

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., veinticinco de enero de dos mil veintiuno

Proceso : Verbal
Demandante : Crecer Cultivos S.A.S.
Demandado : Germán Andrés Reyes Guevara
Radicación : 110013199001201914185 01
Procedencia : Superintendencia de Industria y Comercio
Asunto : Apelación auto
AI-013/21

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el Auto No. 107744 del 21 de octubre de 2019, por el cual la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio desestimó la solicitud de medidas cautelares presentadas por dicho extremo.

Antecedentes

1. Mediante la providencia opugnada, el Juez *a quo* denegó el decreto de las medidas cautelares solicitadas por la demandante, como quiera que según el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, la prosperidad de este tipo de solicitudes en el marco de la acción de competencia desleal, exige, por un lado, que el peticionario se encuentre legitimado, es decir, deberá acreditar su participación en el mercado y la afectación; y por otro, que se aporte prueba suficiente que permita tener por comprobada la realización de algún acto de competencia desleal.

El juez de primer grado no encontró acreditado el primero de los mencionados requisitos, pues *“la solicitante (...) no acreditó su participación en el mercado”*, señaló que *“el Certificado de Existencia y Representación Legal de CRECER CULTIVOS S.A.S. (...), da cuenta de un trámite de publicidad, que por sí solo no genera certeza de que efectivamente la persona jurídica accionante participa o tiene la intención de participar en el mercado. Lo anterior, debido a que ese registro corresponde, por un lado, a una obligación de las personas que ejerzan profesionalmente el comercio (art. 28, C.Co.) y, por el otro, tiene por objeto hacer pública la existencia de la persona jurídica”*. En el mismo sentido, respecto a los “Certificados de Registro Marcarios”, mencionó que *“estos documentos únicamente contienen datos de las resoluciones a través de las cuales se concedió el registro de unos signos distintivos. Sin embargo, dichos actos corresponden a la manifestación de la autoridad administrativa sobre una determinada situación jurídica, mas no dan cuenta de que la accionada se encuentre (...) desarrollando una actividad mercantil en el comercio”*.

De igual forma, frente al *“Contrato de compraventa de acciones”* de la compañía demandante, refirió que *“nada se menciona acerca del mercado en el que presuntamente participa la sociedad demandante. Al respecto, se resalta que es posible llevar a cabo la compraventa de acciones de una sociedad que no se encuentra operando en el mercado, o lo que es lo mismo, desarrollando su objeto social”*.

Finalmente, respecto de los documentos *“Presentación venta de Know How”* y las fotografías, indicó que *“no tienen una relación directa con la participación en el mercado de la sociedad demandante, pues ni siquiera en estas se menciona a dicha sociedad”*.

2. La anterior decisión fue apelada por el extremo actor, quien en lo medular alegó, que *“el registro mercantil (...), certifica sobre la existencia y constitución de una empresa”* y que *“para que exista la obligación del registro mercantil es preciso que exista la empresa o el comerciante (...) de lo contrario tal registro carecería de objeto jurídico”*.

Por otro lado, añadió que los “Certificados de Registro de Marcas”, son *“los activos de la sociedad demandante”*, por tanto *“se concluye que la demandante dentro del giro normal de sus negocios y como un factor de estrategia comercial, solicitó el registro de marcas para distinguir sus servicios y productos”*, demostrando así *“que la demandante desarrolla actividades en el mercado”*. De igual forma, en cuanto al “Contrato de Compraventa de Acciones”, mencionó que *“afirmar que no menciona el mercado en el que presuntamente participa es desconocer que la empresa tiene definido su mercado a través de lo señalado en su objeto social”*.

Aludió también en cuanto a las fotografías aportadas, que unas hacen relación a “*las plantas*” de la demandante, y las otras, “*hacen parte de la oferta comercial*” que está haciendo el demandado; por lo que la simple comparación entre estas, “*se evidencia que este está usando fotografías de la planta de mi mandante, configurándose la realización de actos de competencia desleal*”.

Por último, anexó al recurso, propuestas comerciales entre la demandante y terceros, facturas de compra expedidas por diferentes proveedores, cotizaciones de productos y servicios a diferentes interesados, lista de clientes, facturas de venta expedidas por la parte actora, y, certificación del revisor fiscal sobre la actividad desarrollada por esta última; documental que precisamente echó de menos el juez de primer grado al momento de estudiar la solicitud.

Consideraciones

1. Las medidas cautelares se han instituido como una tutela jurídica de carácter instrumental y preventiva que el legislador autoriza para ciertos casos, ya sea antes o en el curso de un proceso, para lo cual deben darse ciertas circunstancias, como por ejemplo la apariencia del derecho que se patrocina y el peligro de daño ante el eventual retraso del proceso, sin cuya ocurrencia y justificación, en los términos señalados por la ley, carece de sentido la citada pretensión.

2. Los presupuestos que hacen viable las cautelas son: *i)* la apariencia del buen derecho “*fumus bonis iuris*”, esto es, que quien las depreca, probablemente, tiene derecho a la tutela que afirma, *ii)* el riesgo en la demora o “*periculum in mora*” y, *iii)* el otorgamiento de caución; por razón de ello al interesado le incumbe acompañar prueba suficiente de la infracción, advirtiéndose que esto no condiciona el criterio de autoridad que ha de proferirse al momento de definir sobre el fondo de la controversia, pues si así fuera la decisión sobre cautelas reemplazaría la decisión final, cuando es en el curso del proceso que ha de debatirse y demostrarse más allá de toda duda razonable, la fundabilidad de las pretensiones y su soporte jurídico.

3. En ese sentido señalan los incisos 2 y 3 del literal c) del artículo 590 de la ley 1564 de 2012, prevén:

“(…) Para decretar la medida cautelar el juez apreciara la legitimación o interés para actuar de las partes y la

existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada (...)”.

4. Por su parte el artículo 245 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, advierte:

“Quien inicie o vaya a iniciar una acción por infracción podrá pedir a la autoridad nacional competente que ordene medidas cautelares inmediatas con el objeto de impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas o asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios”.

Y el artículo 247 *ídem*:

“Una medida cautelar sólo se ordenará cuando quien la pida acredite su legitimación para actuar, la existencia del derecho infringido y presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia. (...) Quien pida una medida cautelar respecto de productos determinados deberá suministrar las informaciones necesarias y una descripción suficientemente detallada y precisa para que los productos presuntamente infractores puedan ser identificados”.

5. En igual sentido el artículo 31 de la Ley 256 de 1996 prevé:

“MEDIDAS CAUTELARES. Comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes.

Las medidas previstas en el inciso anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la solicitud...”

Si las medidas se solicitan antes de ser interpuesta la demanda, también será competente para adoptarlas el Juez del lugar donde el acto de competencia desleal produzca o pueda producir sus efectos.

No obstante, una vez presentada la demanda principal, el Juez que conozca de ella será el único competente en todo lo relativo a las medidas adoptadas.

Las medidas cautelares, en lo previsto por este artículo, se regirán de conformidad con lo establecido en el artículo 568 del Código de Comercio y en los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil...” (Se subraya.)

6. Por ello ha de establecerse si los reparos expresados por el demandante frente a la decisión proferida por el *a quo* tienen asidero legal y probatorio; dejando claro que tal análisis no se trata de prejuzgamiento, ni sustituye la valoración que deba hacerse en el proceso como tal para definir el litigio.

6.1. En primer lugar, importa destacar que el petitum se encamina a que se declare que por el demandado se ha incurrido en los actos de competencia desleal descritos en los artículos 7, 8, 10, 11, 14 y 15 de la ley 256 de 1996, aduciendo que el demandado Reyes Guevara (antiguo socio de la sociedad demandante) ha presentado propuestas comerciales en las que incluye marcas de las que es titular la accionante y se promociona enviando fotografías de las plantas de producción de ésta.

6.2. Como cautelas deprecó que se le prohíba al demandado realizar las conductas de competencia desleal que denuncia y cualquier otra que la configure; igualmente, prohibirle y promocionarse como productor y comerciante de productos distinguidos con las marcas de la actora, hacer uso de estas, o de las fórmulas de los productos y el uso de fotografías de la planta de producción de la sociedad demandante.

6.3. Siguiendo el contenido del artículo 31 de la Ley 256 de 1996 transcrito, aparece evidente y justificada la exigencia que hace el juez *a quo* entorno a la demostración de los aludidos requisitos que dan viabilidad al decreto de medidas cautelares en este tipo de juicios.

6.4. Ahora bien, en cuanto refiere al primero de los requisitos, esto es, la legitimación del peticionario, debiendo este para ello, acreditar su participación en el mercado, necesariamente habrá de decirse que dicha participación estará marcada por el desarrollo comercial del objeto social, definido también como el giro ordinario de los negocios del ente societario.

Al respecto, de entrada habrá de precisarse que, como bien ha sido definido por el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo, ***“el giro ordinario de los negocios hace referencia a aquellas actividades que realizan las sociedades, que pueden calificarse como actos de comercio o mercantiles habituales, en desarrollo del objeto social, que incluye el principal y el secundario”***¹.

Así entonces, con apoyo en lo anterior y con apego a la valoración de las probanzas incorporadas al trámite, no se

¹ CONSEJO DE ESTADO - Sección Cuarta. Sentencia del 18 de julio de 2018. Proceso No. 250002337000-2015-01063-01 (23009). M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

encuentra en ninguna de ellas los elementos suficientes que permitan concluir indefectiblemente la participación de la demandante en el mercado, o lo que es lo mismo, según se observó, la ejecución del objeto social de forma habitual en actividades comerciales, tal y como entrará esta sede a demarcar en los ulteriores párrafos.

En efecto, en cuanto se refiere al “*Certificado de Existencia y Representación Legal*”, dicho documento no refleja de forma activa el desarrollo de su objeto social, únicamente da cuenta del surgimiento en el espectro jurídico de un nuevo ente societario, que en muchas ocasiones a pesar de surgir, por infinidad de razones no empiezan a ejecutar el objeto por el cual fueron creados. Por tanto, contrario a lo señalado por la recurrente, la obligación del registro mercantil, no implica *per se* el desarrollo de actividades que la ley califica como comerciales anteriores o al menos concomitantes para el momento de su inscripción, por la sencilla razón, de que tal exigencia, que la demandante quiere hacer ver, no está consagrada en el ordenamiento jurídico.

Lo mismo puede decirse del “*Certificado de Registro de Marcas*”, en tanto no permite establecer la participación efectiva de la persona jurídica en el mercado, ni tampoco el uso que del signo distintivo se ha hecho, escasamente da cuenta de la titularidad y vigencia de la marca registrada; y contrario *sensu* a lo manifestado por la demandante, no resulta acertado afirmar que el registro de una marca sobre un bien o servicio suyo, se encuentre “*dentro del giro normal de sus negocios*”, por la potísima razón de que tal actividad no se aviene a lo consignado dentro del objeto social, tal y como lo documenta el propio “*Certificado de Existencia y Representación Legal*” de la sociedad demandante (folio 10). En igual sentido, el “*Contrato de Compraventa de Acciones*” tampoco refleja el desarrollo efectivo de un acto mercantil en cabeza de la recurrente, como quiera que dicha actividad (compraventa de acciones) no se encuentra en su objeto social, precisamente porque no la realiza de forma habitual.

En cuanto a las fotografías aportadas, respecto de las cuales unas muestran “*las plantas*” de la demandante, y otras, “*la oferta comercial*” que está haciendo el demandado, comparación que le permite concluir a la recurrente que éste utiliza “*fotografías de la planta de mi mandante*”, lo que en su criterio muestra los actos desleales denunciados, de ellas no se desprende el desarrollo de una actividad mercantil en el comercio por la demandante, aspecto este cuya demostración es la que se echa de menos. Por lo demás, de esos documentos tampoco se puede concluir indefectiblemente el despliegue de los comportamientos imputados.

Por tanto, la documental oportunamente adosada a este trámite, no tiene el grado de convicción requerido a fin del logro de un decreto de medidas cautelares.

7. Por otro lado, ha de precisarse, que: *i)* las propuestas comerciales entre la demandante y terceros, *ii)* facturas de compra expedidas por diferentes proveedores, *iii)* cotizaciones de productos y servicios a diferentes interesados, *iv)* lista de clientes, *v)* facturas de venta expedidas por la parte actora, y, *vi)* certificación del revisor fiscal sobre la actividad desarrollada por esta última, fueron apenas incorporados al expediente junto a la formulación de los recursos ordinarios, es decir, en oportunidad diferente a las previstas en la normativa procesal para adosar pruebas la parte demandante, mal puede pregonarse equivocación del *a quo* cuando para tomar su decisión no existían tales elementos de juicio.

Memórese que, en virtud del artículo 164 de la ley 1564 de 2012, “**Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso**”, y según el artículo 173 *eiusdem*, “**para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código**”, siendo básicamente estas, la demanda y su contestación, la reforma de la misma y su respuesta, la demanda de reconvenición y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas, y los incidentes y su respuesta.

Téngase presente que según lo prevé el artículo 117 del código en cita, “**los términos señalados en este código para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario**”.

Es claro que, con la aducción de los documentos en mención, la intención de la demandante fue subsanar una omisión por vía de recurso, estadio procesal no apto para la incorporación de pruebas, según las disposiciones de la norma adjetiva citada.

8. En ese orden de ideas se impone confirmar la decisión apelada, sin imponer condena en costas por no aparecer causadas.

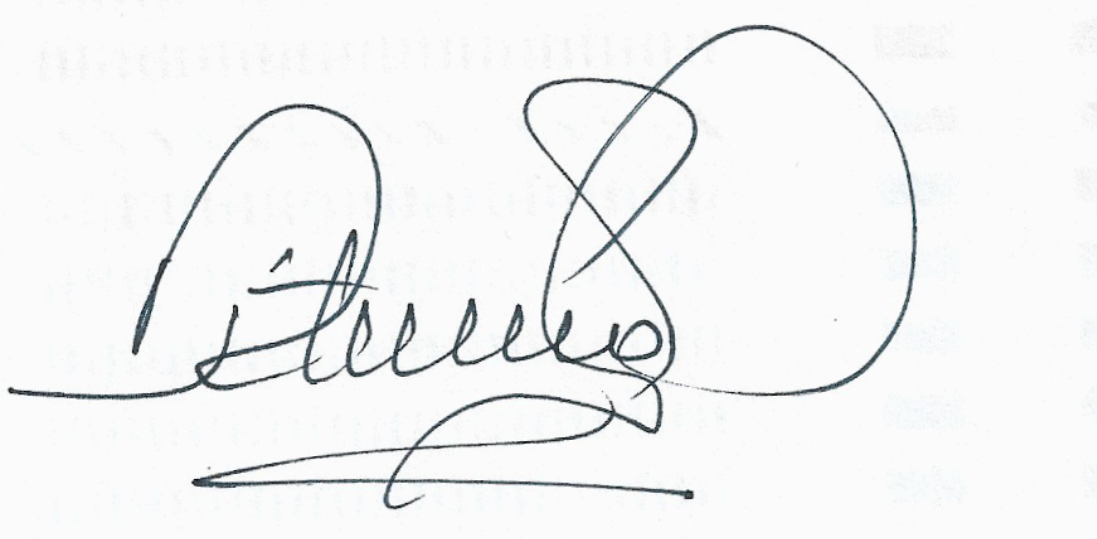
Decisión

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

1. CONFIRMAR el Auto No. 107744 del 21 de octubre de 2019 proferido por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2. Sin costas.

Notifíquese y cúmplase,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ruth Elena Galvis Vergara', is centered on the page. The signature is fluid and cursive, with a large loop at the end.

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

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: f0ac9d24638ad6f7cff4d0bcb6c854b10d5dc7e49255f28dcc2aa55c76cc9762

Documento generado en 25/01/2021 07:46:45 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado ponente: MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Proceso No. 110013199003201801214 01
Clase: VERBAL – PROTECCIÓN AL
CONSUMIDOR FINANCIERO
Demandantes: MAQUILA INTERNACIONAL DE
CONFECCIÓN S.A. y NORA EUGENIA
GÓMEZ GONZÁLEZ.
Demandada: ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., actuación a la
que fue llamada en garantía SBS SEGUROS
COLOMBIA S.A.

Sentencia discutida y aprobada en sesiones de sala n.ºs 38, 39, 40, 41 y 42 de 27 de octubre, 3, 10, 17 y 24 de noviembre de 2020, respectivamente.

Con fundamento en el artículo 278.3 del CGP, el Tribunal emite sentencia escrita mediante la cual resuelve la apelación interpuesta por la parte demandante contra el fallo anticipado de 7 de mayo de 2020 proferido por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante el cual halló probada, en aplicación del aludido precepto, la excepción de transacción y, en consecuencia, negó las pretensiones y se abstuvo de emitir condena en costas.

ANTECEDENTES

1. En la demanda subsanada, y con soporte en el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, Maquila Internacional de Confección S.A. y Nora Eugenia Gómez González pidieron declarar que “*por incumplimiento en las obligaciones contractuales y legales*”, se obligue a Acción Fiduciaria S.A. a devolverles la totalidad de los dineros que le entregaron, así: **(i)** \$670’164.072,00, suma que la primera dio por virtud del contrato de encargo fiduciario individual n.º 1100010256 de 12 de mayo de 2014, y **(ii)** \$424’127.252,00, capital erogado por la segunda con motivo del negocio jurídico de encargo fiduciario individual n.º 1100010245 de 13 siguiente¹, cifras que pidieron indexar junto

¹ Negocios suscritos por Urbo Colombia S.A.S. (*promotor*), Sociedad Acción Fiduciaria S.A. (*fiduciaria*) y los acá demandantes (*inversionistas*).

con sus “intereses legales”, desde que fueron depositadas a su opositora y hasta que se verifique su pago.

2. Para sustentar sus pretensiones, la parte demandante sostuvo que a través de los referidos contratos de encargo fiduciario se vincularon como **inversionistas** para la adquisición de los locales n.ºs 2-081 y 2-080, respectivamente, del proyecto inmobiliario denominado “*Centro Comercial Marcas Mall Cali*”, concebido para la construcción de 340 unidades de diverso formato, 139 oficinas, 1800 parqueaderos, áreas especiales corporativas, culturales de exposiciones y eventos, todo lo cual a desarrollarse en una “*única etapa*” en el lote identificado con el folio de matrícula n.º 370-695292 de la Oficina de Instrumentos de esa ciudad, según se determinó en el contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall suscrito mediante documento privado de 17 de diciembre de 2013 únicamente entre Urbo Colombia S.A.S.², como promotora, y la contraparte (Acción Fiduciaria S.A.), en su calidad de fiduciaria, quien según la **cláusula tercera** del referido convenio, estableció ocho **condiciones** para la transferencia de los recursos de los inversionistas vinculados al proyecto.

Agregaron que [el 20 de enero de 2014] Urbo Colombia S.A.S. cedió su posición contractual a la sociedad Marcas Mall Cali S.A.S.³ (*promotora-fideicomitente*) respecto del encargo fiduciario en comento (MR-799); los días 12 y 13 de mayo de 2014, los demandantes suscribieron con la promotora (Marcas Mall S.A.S.) y su aquí opositora (Acción Fiduciaria S.A.), los encargos fiduciarios individuales n.ºs 1100010256 y 1100010245 para que esta última tuviera la “*guarda, administración, custodia y cuidado*” de sus recursos, y “***una vez se cumplieran los requisitos de transferencia***”, sus dineros fueran trasladados a la “promotora” para adquirir los locales 2-080 y 2-081, sin que hasta la fecha se hayan suscrito las correspondientes escrituras de venta.

Agregaron que el 2[8] de marzo de 2014, tanto la aquí “accionada” como la “promotora” suscribieron el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria fideicomiso (patrimonio autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali⁴.

Manifestaron que optaron por demandar tan solo a Acción Fiduciaria S.A. por haber sido con quien suscribieron los encargos fiduciarios individuales y por ser quien recibió sus dineros, persona jurídica que, a su juicio, no podía trasladar los emolumentos al promotor, como lo hizo según

² Persona jurídica respecto de la cual, junto a Urbanizar S.A., mediante autos de 26 de diciembre de 2018 y 28 de marzo de 2019, la primera instancia desestimó la excepción previa formulada por Acción Fiduciaria S.A. consistente en “*no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios*”.

³ Mediante documentos privados de 19 de octubre de 2016, de un lado, la sociedad Marcas Mall Cali S.A.S. cedió su posición contractual en el Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall Cali a Urbanizar S.A., en un **70.4%**, y de otro, en el mismo porcentaje, hizo lo propio Proyectos y Construcciones San José Ltda. en cabeza de Urbanizar S.A., según la documental aportada por la demandada al replicar.

⁴ Fideicomiso en el que se echa de menos la vinculación de las aquí demandantes.

consta en el **acta de verificación** de 4 de noviembre de 2014⁵, por no encontrarse satisfechas hasta ese momento las “condiciones de transferencia” y porque no se contaba con la *ratificación* de la parte demandante; de suerte que como el que “*paga mal paga dos veces*”, la accionada debe asumir el reclamado reintegro.

En lo medular, el incumplimiento contractual (del encargo original, sus otrosíes e individual en comento) y legal, los actores lo hicieron consistir en que:

a) si bien se previó que el terreno en el que se haría el centro comercial Marcas Mall en Cali, debía estar en cabeza del fideicomiso administrado por la accionada, lo cierto es que para la fecha de la supuesta **acta de verificación** (4 de noviembre de 2014), la propiedad del inmueble en el que se desarrollaría ese proyecto **aún** se encontraba en cabeza de Laboratorios Baxter S.A.S., mas no de Acción Fiduciaria S.A., en calidad de vocera del patrimonio autónomo FA-2351, según la anotación n.º 11 del certificado de tradición n.º 370-695292;

b) para el 4 de noviembre de 2014, fecha del acta de verificación de requisitos, no se cumplió la condición según la cual debía celebrarse un total de contratos de “encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista” equivalente al **52%**, porcentaje que no se alcanzó, pues de acuerdo con la respuesta de 14 de noviembre de 2014 que la accionada les remitió a través de su revisora fiscal, para ese momento las ventas ascendían a **\$92.827'383.075,00**, cuando en los encargos fiduciarios estaban proyectadas para la fase n.º 1 en **\$253.031'332.726,00** (es decir, menos del **37%**);

c) Tampoco se les informó lo atinente a la **supresión** (que, entre otras, tuvo lugar a través del otrosí n.º 3 de 15 de octubre de 2014 que suscribieron convocada y promotora⁶) de la condición 7ª del encargo MR-799, atinente a que para la transferencia de sus recursos, los encargos fiduciarios de los *inversionistas* debían contar con saldos equivalentes al 15% del valor de las utilidades comprometidas en compraventa por los *inversionistas*.

Lo anterior, por cuanto para el 4 de noviembre de 2014, el valor de las unidades comprometidas en venta ascendía a \$92.827'383.075,00, por lo que el aludido porcentaje (15%) de los saldos no podía superar los \$13.924'107.461,00; empero, lo pagado por la demandada solo llegaba a \$24.345'893.031,00 y los saldos superaban los \$83.002'345.308,00.

d) Incumplió con verificar el requisito de la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor, toda vez que en la mencionada acta de 4 de noviembre de 2014 la demandada así lo aseguró, fecha para la cual

⁵ Documento que dijeron conocer las demandantes hasta febrero de 2018, esto es, al momento de demandar.

⁶ Ver a folio 149 el anexo en el archivo en PDF de la demanda original.

no existía comunicación de la promotora, la que solo se obtuvo hasta el 14 siguiente, conforme lo acreditó su revisora fiscal, Adriana Aguilón.

Añadieron que el **28 de noviembre de 2016** las demandantes suscribieron **otrosíes** (n.º 4⁷) *“generales reglamentarios”* **“mediante maniobras, engaños”** y **“dolo”** de su opositora, pues las sumas ya habían sido entregadas por la convocada –en silencio– a Marcas Mall Cali S.A.S. dos años atrás; que promotora y demandantes⁸ suscribieron las promesas de compraventa de los referidos locales; el extremo actor cumplió con sus obligaciones, entre ellas, la entrega de todos los recursos acordados; su contraparte y la “promotora” cambiaron las condiciones para la transferencia de los recursos al agregar “convenientemente” las expresión: **“si es del caso”**, sin habérselo informado a los inversionistas, lo que desconoce el artículo 97 del EOSF.

Sostuvieron que en el párrafo 1º de la cláusula primera de los otrosíes (a los encargos individuales) suscritos entre las aquí comprometidas el 28 de noviembre de 2016, estipulación que consideran **abusiva e ineficaz de pleno derecho** al tenor de lo previsto en los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011, acordaron que **“las partes mediante el presente contrato, además de pactar las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario, manifiestan que transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión al contrato fiduciario originario firmado por las partes”** los días **“12 y 13 de mayo de 2014⁹ y sus posteriores otrosíes”**, lo que en efecto firmaron bajo la convicción errada de que su opositora había verificado el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos; agregaron que la respuesta de la demandada con motivo de su reclamación directa, constituye un indicio grave en su contra.

Por último, señalaron que su contradictora faltó a sus deberes contractuales de lealtad, buena fe, información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión, protección de los bienes fideicomitidos, legales y aquellos consagrados en el EOSF, pues de lo contrario sus dineros les habrían sido devueltos.

3. Admitida la demanda por auto de 30 de agosto de 2018, la demandada, en esencia, señaló:

a) solo fungió como **administradora** y vocera del encargo fiduciario MR-799 en la modalidad de preventa inmobiliaria (pues no medió transferencia de propiedad), mas no de un patrimonio autónomo; **b)** su responsabilidad iba hasta la verificación del punto de equilibrio y nada más; **c)** mediante otrosíes reglamentarios de 29 de noviembre de 2016, desprovistos de engaño, se modificaron los planes de pago, lo que no cumplieron a cabalidad los actores, cuyo clausulado no califica como

⁷ Según el auto inadmisorio de 14 de agosto de 2018, esos negocios jurídicos fueron suscritos por Marcas Mall S.A.S. y Urbanizar S.A.

⁸ La demandada, Acción Fiduciaria S.A., no participó en esos contratos preparatorios.

⁹ Fundamento de la pretensión.

abusivo; **d)** si lo pretendido es alegar un vicio en el consentimiento por la suscripción de esas adiciones, debió pedirse la nulidad de los convenios signados; **e)** siempre informó a los actores de las modificaciones a través de boletines; **f)** los demandantes no tienen los recursos consignados en sus encargos fiduciarios, porque “fueron puestos a disposición del fideicomitente promotor” –sin precisar cuándo-, “de conformidad con lo pactado” en el contrato, para que éste ejecutara el proyecto, y **g)** si hubo un perjuicio para los demandantes, fue consecuencia de los actos emanados de la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.

A su turno, excepcionó “**transacción**”, “*cláusula compromisoria*”¹⁰, “*no es contractualmente responsable*”, “*inexistencia del daño*”¹¹ y de “*nexo causal*”¹², “*error en la identificación del contrato celebrado*”¹³, “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”¹⁴ y la “*genérica*”. Por último, objetó el juramento estimatorio¹⁵.

La primera de las aludidas defensas (**transacción**, que fue la acogida por el *a quo*), la cimentó en el entendido de que la parte actora no podía desconocer el acuerdo al que también llegó con la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. (fideicomitente) y Urbanizar S.A. (gerente del proyecto), lo que consta en los otrosíes a los contratos de encargo fiduciario individual n.ºs 1100010256 y 1100010245 suscritos el 28 de noviembre de 2016, a través de los cuales se pactaron “**nuevas condiciones y términos objeto del encargo fiduciario, transaron y desistieron de cualquier reclamo derivado del incumplimiento que pudo haberse dado en los contratos de encargo individual original**”, por lo que de acuerdo con el artículo 2469 del C.C., cualquier obligación derivada de una infracción negocial relacionada con el encargo fiduciario, “*se encuentra por completo extinta*” “*bajo los efectos... de la cosa juzgada*”.

Con soporte en la póliza n.º 1000099 (amparo de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras), Acción Fiduciaria llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. (antes AIG Seguros Colombia S.A.)¹⁶.

¹⁰ Fundada en que el pacto arbitral contenido en los contratos de promesa de venta de los locales en litigio, por estar **coligado** a los encargos fiduciarios individuales 1100010256 y 1100010245, debía este asunto conocerlo esa justicia transitoria.

¹¹ Las 2 últimas defensas, porque no actuó con culpa, ni existe nexo causal, ni se generó un daño efectivo, real, directo y determinable, pues el dinero invertido por los actores se encuentra representado en la parte o alcuota que les corresponde del inmueble con matrícula n.º 370-695292 “**en el que se desarrollaría el proyecto**”.

¹² Soportada en que “**no tenía el deber de verificar el cumplimiento de**” los “**requisitos**” a que alude el extremo actor, cuando ello era del resorte de la promotora e interventor, aunado a que no existe nexo causal, al haberse dado inicio a la obra.

¹³ Fincada en que existe una diferencia fundamental del encargo fiduciario frente a la fiducia mercantil, que radica en la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados dados a la segunda, la cual es inexistente para el primero. Que en este asunto, “el único vínculo contractual que existió entre la parte demandante y Acción Fiduciaria, fueron unos encargos fiduciarios, mas no un fideicomiso o patrimonio autónomo; es decir, que la propiedad de los recursos es del titular del encargo, Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., sociedad constituyente, quien estableció las condiciones para el cumplimiento del punto de equilibrio y sólo ella las declara cumplidas como constituyente del encargo.

¹⁴ Porque debía ser Marcas Mall Cali la llamada a resistir las pretensiones de los actores.

¹⁵ Que se abstuvo de tramitar en proveído de 19 de julio de 2019.

¹⁶ Carpeta n.º 20.

4. Intervención de la llamada en garantía. La referida aseguradora coadyuvó las defensas presentadas por su llamante, se opuso a la demanda y excepcionó:

4.1. *“Inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Fiduciaria”: “improcedencia de los pretendido en virtud de la existencia de una **transacción**”; “inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de Acción Fiduciaria por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante”¹⁷; falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamado a responder por el actual de Marcas Mall S.A.S.”¹⁸; “procedencia de la sentencia anticipada en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración” y la “genérica”.*

La primera defensa, que pidió acoger en sentencia anticipada (artículo 278 del CGP), soportada en que al existir *“una **transacción** como figura por medio de la cual se extinguen las obligaciones a la luz del código civil..., la demanda presentada... deriva en una clara intención de congestionar el sistema judicial..., dado que la misma carece de cualquier sustento fáctico y jurídico”.*

4.2. Frente al llamamiento también se opuso y excepcionó: *“ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria”¹⁹, “ausencia de cobertura de la póliza Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas consignadas en los numerales 3.7. y 3.14 de las condiciones generales del seguro”²⁰; en subsidio, formuló las defensas que denominó: “improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”²¹, “agotamiento del valor asegurado”²², “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la [aludida] póliza y Sección de responsabilidad civil profesional”²³ y “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”.*

¹⁷ Soportada en que la parte demandante no cumple con la carga de demostrar la responsabilidad civil de su convocante, Acción Fiduciaria, conforme lo prevén los artículos 167 del CGP y 1604 del C.C., como tampoco probaron los alegados perjuicios, máxime cuando los recursos invertidos los recibió la promotora y/o alguno otro sujeto diferente por ella autorizado.

¹⁸ Fundada en que no está llamada a responder por acciones u omisiones de un tercero como Marcas Mall Cali S.A.S. en torno a la construcción del centro comercial.

¹⁹ La aludida defensa, porque conforme al artículo 1056 del C. de Co., debe haber un daño, incumplimiento contractual y legal, y un nexo causal, lo que aquí no se demostró.

²⁰ Soportada en que según el numeral 3º de las condiciones generales de la póliza con fundamento en la cual ha sido llamada, excluyó su responsabilidad “en casos en los cuales se acredite que los reclamos provienen efectivamente de actos profesionales incorrectos de Acción Fiduciaria derivados de conductas delictivas, deshonestas, fraudulentas o maliciosas; o con violación de la ley por parte del asegurado, o ante un fraude que dé origen a los reclamos contra el asegurado por parte de sus clientes.

²¹ Conforme a los artículos 1079, 1089 y 1111 del C. de Co., y lo pactado en la carátula de la póliza, existe un límite asegurado de \$15.000'000.000,00, suma a distribuir entre todos los asegurables que hayan reclamado durante la vigencia del contrato de seguro.

²² Para cuyo efecto pidió primero certificar el estado de la póliza y valores pagados.

²³ Conforme al artículo 1103 del C. de Co., y lo acordado en el punto 4.14 del contrato de seguro, de haber una condena, deben deducirse \$150'000.000,00.

5. Sentencia anticipada de primera instancia.

El *a quo*, en audiencia, luego de exponer las razones para desestimar la excepción de cláusula compromisoria, y con soporte en el numeral 3° del artículo 278 del CGP, profirió fallo anticipado con el que acogió la excepción de **transacción** formulada por la sociedad demandada, sin condenar en costas.

Para arribar a esa conclusión, comenzó por recordar que los negocios acá cuestionados correspondían a una **fiducia inmobiliaria** regulada por los artículos 1226 del C. de Co.²⁴, 29 (lit. b) del EOSF y la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, para significar que la función de la demandada era administrar unos recursos de los inversionistas con la verificación de unas condiciones plasmadas en el contrato de desarrollo y vinculación, para asegurar la recuperación de los costos del proyecto que debía comprobar, junto con las condiciones técnicas, jurídicas y financieras (primera etapa). En cuanto a la ejecución (segunda etapa), sostuvo que a partir de ella se daba la transferencia de los recursos invertidos, para luego la administradora (demandada) entregar las unidades adquiridas en el centro comercial y, por último, la liquidación (tercera etapa) que se relevaba de analizar por innecesaria.

Luego de considerar que en aquellas etapas surgían varios contratos, como acá, esto es, el de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 (de 17 de diciembre de 2013), el de **fiducia mercantil** inmobiliaria FA-2351 (de 28 de marzo de 2014) y los encargos individuales (n.ºs 1100010256 y 1100010245 de 12 y 13 de mayo siguiente) suscritos por los actores, señaló que debían entenderse **coligados** y afectados entre sí conforme lo tiene decantado la jurisprudencia (CSJ, SC18476-2017), sin poner en duda la calidad de **beneficiarios** de los demandantes por virtud de la cláusula 5ª del convenio MR-779 que los consideró así por ser **inversionistas** (legitimación por activa), tanto más cuando tienen una promesa de venta a su favor; precisó que la cláusula décima de estos últimos convenios (de 12 y 13 de mayo de 2014), por ser de **adhesión**, debía “**tenerse como ineficaz**” (min. 1:07:35, aud. 7 de mayo de 2020) “**por abusiva**” al exonerar a la demandada de responsabilidad, según los artículos 11 de la Ley 1328 de 2009 y 43 de la Ley 1480 de 2011, lo que igualmente contrariaba el principio de “buena fe” negocial (min. 1:08:25).

Tras recordar los tres elementos específicos del fenómeno de la transacción (entre ellos el “**abono recíproco**” (min. 1:12:57) y sus efectos de cosa juzgada, el *a quo* señaló que hicieron presencia en la convención que de ese tenor suscribieron las partes, que podía ser consensual, pues en los otrosíes reglamentarios de 28 de noviembre de 2016, fue esa la “*voluntad de las partes*” conforme al artículo 1495 del C.C. y 824 del C. de Co., por lo que

²⁴ Según el cual, se trata de un “negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

se “*extinguieron las relaciones jurídicas*” anteriores (min. 1:17:27), allí se pactaron, además, adiciones en las cuales se sustituyeron los convenios de vinculación de 2014 y otrosíes, que obedecieron a la “*reestructuración financiera, técnica y comercial*” del proyecto Marcas Mall, que comprendió la “*total modificación de los términos y condiciones pactados*” (min. 1:18:16), con la modificación de los encargos MR-799 de 2013 e individuales de 2014, documentos que incluso dieron cuenta de los “*recursos transferidos al promotor*” (min. 1:19:01), por lo que era admisible la renuncia de su derecho a demandar.

Aseveró que el reconocimiento de intereses de los recursos entregados por los inversionistas²⁵, si bien se sujetó a un hito temporal desde el ingreso del dinero hasta la entrega de los locales o la suscripción de las respectivas escrituras, no afectaba la transacción, pues esta no suponía haber quedado atada a esta solemnidad; además, lo convenido en los otrosíes, fue dar paso a unas “*reglas del negocio nuevas*” (min. 1:22:56) para continuar con el proyecto inmobiliario, al punto que en el párrafo primero de la cláusula séptima de cada modificación, hubo un compromiso de suscribir el “*otrosí*” a las promesas de compraventa de los dos locales dentro de los 15 días hábiles siguientes a la firma de esos documentos.

En cuanto al **engaño** de que dijeron ser objeto los actores por desconocer para el 28 de noviembre de 2016 la entrega de los dineros al promotor -aspecto confesado por la representante legal de la demandada en su interrogatorio-, lo cierto era que existían elementos de juicio que permitían inferir que aquéllos “*sí conocían del estado del proyecto*” (1:27:16) y la aludida transferencia²⁶, porque:

a) En la demanda hablaron del estancamiento del proyecto tres años atrás (abril de 2015); pese a ello, suscribieron la transacción 17 meses después, según se confesó en el hecho n.º 13 de la demanda y se deducía de la reclamación directa.

b) El representante legal de la demandante reconoció en su interrogatorio haber hecho más de 30 negocios de fiducia, por lo que no se concebía que desconociera la transacción que firmaba en la que se anunciaba la transferencia de los recursos al promotor de tiempo atrás, quien no pidió aclaración del otrosí que la recogió; es decir, los actores suscribieron los nuevos acuerdos renunciando a su deber de informarse.

c) Según la proyección de pago de los locales, el último instalamento debió darse el 16 de agosto de 2015, y se firmaron los otrosíes el 28 de noviembre de 2016.

²⁵ Según el párrafo segundo de la cláusula primera de cada otrosí de 28 de noviembre de 2016, el promotor, Marcas Mall S.A.S., se obligó a pagar una tasa de interés del 0.75% mensual sobre los dineros que ingresaron al fideicomiso aportados para cada inversionista, causados desde la suscripción de ese convenio y hasta la firma de la escritura pública de compraventa, o hasta que se haga entrega de los locales.

²⁶ No sin antes señalar que las actuaciones del representante legal de la sociedad demandante implicaron un mandato de la demandante Nora Eugenia Gómez González, conforme al artículo 1262 del C.de Co.

Por último, refirió que la afirmación de los actores según la cual desconocían de la transferencia de los dineros al promotor y firmaron mediante presión, carecía de soporte, lo que se oponía a lo consignado en los otrosíes, como tampoco tenían el privilegio de hacer de su dicho su propia prueba, amén de que no se trató de acuerdos de adhesión.

6. El recurso de apelación.

La parte demandante formuló sus reparos concretos en audiencia, en el siguiente sentido:

6.1. El *a quo* fundamentó su fallo en la celebración de los otrosíes generales reglamentarios que suscribieron, pero desconoció todas las actuaciones y pruebas documentales aportadas en el proceso, que precedieron la suscripción de los mismos; ignoró lo declarado en el interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la sociedad demandada, principalmente al omitir dar aplicación a lo ordenado por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y especialmente a lo estipulado en la Circular Externa de 24 de julio de 2016, la cual imparte instrucciones en materia de negocios fiduciarios y establece los requisitos mínimos para los contratos de fiducia inmobiliaria, y principalmente, emite su fallo sin la observancia de los principios generales del derecho, en especial, el principio rector de la buena fe contractual.

6.2. Las pruebas y la confesión de la representante legal de su opositora demuestran que los demandantes sí fueron llevadas a firmar estos otrosíes con engaños que viciaron su consentimiento, violando los principios de transparencia y debida y correcta información por parte de la entidad demandada.

6.3. Desconoció o no valoró las pruebas que demuestran que desde el 4 de noviembre de 2014, la accionada actuó de manera dolosa, al dar por “verificadas” unas condiciones que no se habían cumplido.

6.4. Pasó por alto que la demandada faltó a su deber de información, pues no les comunicó: **a)** las modificaciones que realizó al Contrato de Encargo de Preventas MR-799, sino a finales de noviembre de 2014, en tanto que el 4 anterior había iniciado la transferencia de los recursos, sin atender las condiciones pactadas con los inversionistas en los encargos individuales; **b)** la grave situación por la que atravesaba el proyecto; **c)** que renunciaban a su derecho de demandar las actuaciones dolosas del representante legal de la demandada; **d)** que el proyecto se descapitalizó en parte porque ella pagó el lote denominado Baxter, y **e)** que los dineros los había transferido tres (3) años antes, sin el cumplimiento de las condiciones establecidas para ello, sin que pudiera obviarse que la mera transgresión de la prestación consistente en suministrar datos relevantes para el consumidor es, *per se*, constitutivo de culpa.

6.5. Está prohibido “convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de la posición dominante”, de suerte que los otros ítems contentivos de las transacciones, califican como cláusulas abusivas.

6.6. El fallo se fundamenta en la existencia del fenómeno de la “transacción”, desconociendo los elementos esenciales para su formación, en especial, las **concesiones recíprocas**, pues la tasa de interés mensual que reconoció la promotora a favor de las inversionistas, jamás se efectuó, como tampoco los locales comerciales fueron escriturados ni entregados.

6.7. La primera instancia se limitó a dar valor probatorio en forma aislada, sin otorgarle estudio alguno a las pruebas aportadas y practicadas, tales como la documental, interrogatorios de parte y la denuncia contra los empleados de la sucursal de la demandada en Cali.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con el artículo 328 del CGP y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia²⁷, la competencia del Tribunal se circunscribe al análisis de la sentencia anticipada apelada, en cuanto acogió la excepción de transacción propuesta por la sociedad demandada, defensa respecto de la cual se concedió y admitió la alzada.

El problema jurídico medular que le corresponde resolver en esta instancia al Tribunal, se concreta en determinar si la transacción que soporta la decisión recurrida constituye una cláusula eficaz o si, por el contrario, de acuerdo con las normas vigentes, y con apoyo en la jurisprudencia y la doctrina, es ineficaz de pleno derecho.

La Sala, una vez analizó los argumentos del juez *a quo*, los reparos concretos que acompañan el recurso de apelación y el material probatorio recaudado, concluye que dicha estipulación, amén de ser ineficaz de pleno derecho, es nula de nulidad absoluta, lo que conlleva a revocar el aludido fallo, con soporte en los argumentos que a continuación se exponen.

En la demanda subsanada, Maquila Internacional de Confección S.A. y Nora Eugenia Gómez González pidieron que “*por incumplimiento en las obligaciones contractuales y legales, se obligue a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a efectuar la devolución/ restitución/ reintegro total de los recursos depositados*”.

²⁷ “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, sentencia del 1º de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

Como fundamento de tal pedimento, los libelistas relataron, en esencia, que con motivo del contrato de fiducia mercantil inmobiliaria fideicomiso (patrimonio autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali de 28 de marzo de 2014, los días 12 y 13 de mayo siguiente se vincularon como **inversionistas** con los locales n.ºs 2-081 y 2-080, respectivamente, al proyecto inmobiliario denominado “*Centro Comercial Marcas Mall Cali*”, a través de los encargos fiduciarios individuales n.ºs 1100010256 y 1100010245 que suscribieron con la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. (cesionaria contractual de Urbo Colombia S.A.S.) y Acción Fiduciaria S.A. (acá demandada); que de acuerdo con el numeral 2º de la cláusula 8ª de los referidos encargos individuales, la accionada debía colocar a disposición del promotor los recursos depositados junto con los rendimientos generados, “una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del encargo fiduciario de preventas promotor” MR-799 Marcas Mall de 17 de diciembre de 2013, cuya copia se les entregó; en su defecto, devolver los dineros a los inversionistas (numeral 6º).

Añadieron que de conformidad con la citada estipulación tercera (MR-799), Urbo Colombia S.A.S. y Acción Sociedad Fiduciaria S.A., acordaron como “**condición** para la transferencia de los recursos”, las siguientes:

(**i**) constancia de radicación del permiso de ventas para cada etapa del proyecto; (**ii**) licencia de urbanismo y construcción vigentes para cada etapa del proyecto; (**iii**) carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del proyecto; (**iv**) haber celebrado un total de contratos de promesas de compraventa con los *inversionistas* del proyecto que equivalgan al 52% de las ventas estimadas del proyecto; (**v**) haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionistas que equivalgan al 52% de las ventas estimadas del proyecto; (**vi**) haber suministrado el presupuesto de construcción y el flujo de caja del proyecto debidamente aprobado por el *interventor* del mismo y por el *promotor*; (**vii**) que los encargos fiduciarios de los *inversionistas* cuenten, en suma, con saldos equivalentes al 15% del valor de las utilidades comprometidas en compraventa por los *inversionistas*, y (**viii**) certificado de tradición actualizado del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en el que conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Fiduciaria S.A.

Las reseñadas condiciones también fueron plasmadas en la cláusula primera de los encargos fiduciarios individuales n.ºs 1100010256 y 1100010245, fundamento de esta acción.

Sin embargo, los dineros de los inversionistas fueron transferidos al promotor, sin que: (**i**) se encontrara la propiedad del inmueble en el que se desarrollaría el proyecto, en cabeza de Acción Fiduciaria y (**ii**) los contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista superaran el acordado **52%**.

Aunado a lo anterior, reprocharon que su opositora, de un lado, suprimiera –sin informarles- la condición 7ª del encargo MR-799 atinente a que para la transferencia de sus recursos a la promotora, los encargos fiduciarios de los *inversionistas* debían contar con saldos equivalentes al 15% del valor de las utilidades comprometidas en compraventa por los actores, y de otro, que no verificara el requisito obligatorio de la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor, con lo que la demandada faltó a sus “*deberes contractuales*” de “*información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión*” y “*de protección de los bienes fideicomitidos*”, al igual que los “**legales**” previstos en los artículos 1618 a 1624 del C.C. y las normas que sobre fiducia prevén los artículos 1234 y 1239 del C. de Co., en claro desconocimiento de sus derechos como **beneficiarios**, cuya calidad, dicho sea de paso, no puso en duda la demandada²⁸.

Para fundamentar su medio exceptivo de transacción, la demandada invocó el párrafo primero de la cláusula primera de los otrosíes que ella como vocera del fideicomiso MR-799 Marcas Mall, junto con Marcas Mall S.A.S. (promotora) y Urbanizar S.A. (Gerente del Proyecto), suscribió con Maquila Internacional de Confección S.A. y Nora Eugenia Gómez González el 28 de noviembre de 2016, según el cual: “*Las partes mediante el presente contrato, además de pactar las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario, manifiestan que transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes*” los días 12 y 13 de mayo de 2014, “*y sus posteriores otrosíes*”.

Pues bien, en el presente caso, la aludida transacción impone a la jurisdicción ordinaria asumir el conocimiento del asunto con un cuidado especial, por cuanto la endilgada desatención legal de los artículos 1618 a 1624 del C.C. y las normas que sobre fiducia estipulan los artículos 1234 y siguientes del C. de Co., ciertamente conlleva a analizar el clausulado bajo la óptica *pro consumatore*²⁹, o favorable al consumidor (artículo 78 de la Constitución Nacional³⁰), si se tiene en cuenta que:

En primer lugar, tal como lo sostuvo el *a quo*, desde la suscripción de los encargos fiduciarios individuales n.ºs 1100010256 y 1100010245 de 12 y 13 de mayo de 2014, la demandada, en la **cláusula décima** que denominó “**manifestación especial**”, mostró que actuaba como “*simple administradora fiduciaria del proyecto*” y que quedaba eximida de “*cualquier responsabilidad derivada directa o indirectamente*” de su “*ejecución*”, lo que calificó como una cláusula abusiva que se oponía a los artículos 11 de la Ley 1328 de 2009 y 43 de la Ley 1480 de 2011. Desde luego que la demandada

²⁸ Según se deduce de la cláusula quinta de los encargos fiduciarios individuales n.ºs 1100010256 y 1100010245: “*El (los) BENEFICIARIO(S) del presente contrato será(n) el (los) INVERSIONISTA(S)*”.

²⁹ puesto que “... *por su mayor vulnerabilidad, a lo que se suma el desequilibrio y la asimetría que, a menudo, signa la relación de consumo en la praxis (asimetría de poderes), se hace necesario considerar con mayor detenimiento y atención y, de contera, proteger más, entre ellos el fortalecimiento de los deberes especiales de información precontractual -y contractual según el caso-...*”. Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio (2015). La compraventa en el Derecho del Consumo, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana e Ibáñez, pg. 94.

³⁰ CSJ, Cas. Civ. Sentencia de 12 de febrero de 2018, exp. 2010-00364-01, SC129-2018; se resalta).

tampoco desconoció que la redacción de ese clausulado era de su completa autoría.

La anterior redacción tampoco fue ajena a la cláusula primera (atinente al **objeto**) de los otrosíes de 28 de noviembre de 2016, a través de los cuales la pasiva invitaba a desistir de reclamar frente a “*cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario*” y, ello es medular, anunciaba que “*los recursos*” “**serán**³¹ *transferidos al PROMOTOR*”, lo que igualmente se plasmó en la estipulación segunda al precisar que “*la FIDUCIARIA entregará al PROMOTOR los recursos depositados por los INVERSIONISTAS de acuerdo con el avance de obra*”, cuando según lo relató la representante legal de la sociedad demandada en su interrogatorio, esa entrega de dineros ya había tenido lugar desde noviembre de 2014, sin que pueda obviarse que conforme al artículo 11, literal a) de la Ley 1328 de 2009, en concordancia con el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, toda convención que implique “*limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros*”, o limite los “*derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero*” (lit. d), se considera abusiva, como en este caso, cuya estipulación no podía incluirse so pena de su ineficacia de “pleno derecho” (artículo 42 de la citada ley 1480), únicamente frente a quienes aquí son parte.

Desde esa perspectiva, a juicio de la Sala, el párrafo de la cláusula primera de los otrosíes suscritos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (fiduciaria), Marcas Mall S.A.S. (promotora), Urbanizar S.A. (gerente del proyecto), y Maquila Internacional de Confeción S.A. y Nora Eugenia Gómez González (inversionistas) el 28 de noviembre de 2016, debe considerarse ineficaz, no solo porque no se probó, con las probanzas recaudadas, que “*las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario*”, en especial, lo atinente a los requisitos de transferencia de los recursos a la promotora, hubiesen sido debidamente informadas a los demandantes con antelación a la firma de la transacción, sino porque al impedirles reclamar “*cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario*”, se “*gener[ó] un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contra[jeron] las partes*”; además, porque “*incluida... en un contrato de contenido predispuesto [como acá], [dicha estipulación] establece, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual*”³².

De cara a lo primero, esto es, sobre la ausencia del deber de información hacia los actores, en su condición de consumidores

³¹ Acción futura que según los actores resultaba coherente porque hasta ese momento, en su sentir, no se encontraban dadas las anunciadas condiciones pactadas con su opositora desde el año 2014.

³² CSJ, Cas civ., 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J.

financieros, previo a la firma de la transacción, de “*las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario*”, en especial, de los requisitos de punto de equilibrio para la transferencia de los recursos al fideicomitente, no puede pasarse inadvertido que si a la demandante, la sociedad fiduciaria, cuya diligencia exigible “*no es apenas la que se espera de un buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, sino la que corresponde a un profesional que deriva provecho económico de un servicio que compromete el ahorro privado y en el que existe un interés público*”³³, les anuncia en los otrosíes de 28 de noviembre de 2016 que sus recursos **no han sido transferidos** al promotor cuando la realidad era otra, por más negocios similares que hubiere realizado el representante legal de la persona jurídica accionante, mas no su hermana, en verdad el consentimiento de aquellos como inversionistas se encontraría afectado, sin que la sociedad demandada hubiere acreditado que los actores sabían, antes de la referida calenda, de la transferencia de sus recursos, bien a la promotora, ora a un tercero como promitente vendedor de unos de los predios a construir, como para que aceptaran, sin reparo alguno, la eficacia de la aludida clausula transaccional.

Y es que:

“... en la medida en que las sociedades fiduciarias pretenden que sea el o los fideicomitentes promotores/constructores/desarrolladores y los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción quienes asuman los riesgos a los que está expuesto el desarrollo de éste, **la actitud de un profesional prudente y avisado las obliga no solo a informar, previamente a la celebración del respectivo negocio fiduciario, acerca de los riesgos a los que se encuentra expuesta la construcción, alertar sobre las dificultades y fracasos y, en su caso, exigir la aceptación expresa del o de los fideicomitentes promotores/constructores/desarrolladores y de los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles**, sino también cerciorarse hasta donde les sea posible, actuando de forma diligente, del estado de ejecución del proyecto de construcción, comparándolo con el presupuesto de costos directos, indirectos y financieros, y las fuentes proyectadas de financiamiento, **con miras a evitar que el proyecto se desarrolle en términos y condiciones distintas a las que se tuvieron en cuenta por el o los fideicomitentes promotores/constructores/desarrolladores [y los inversionistas interesados en adquirir las unidades inmuebles]** y, por ende, prevenir o evitar que se presenten hechos que degeneren en una grave alteración de la convivencia social o que sean constitutivos de punibles contra el patrimonio

³³ CSJ. Sentencia 3 de agosto de 2004. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Cfr, además. G.J. Tomo LXIX, pág. 688.

económico, o, en fin, que ocasionen perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptaron sin reparo alguno acceder [al inmueble resultante del proyecto de construcción] valiéndose de un vehículo fiduciario”³⁴ (se subraya y resalta).

En cuanto a lo segundo; es decir, en lo que concierne a la estipulación según la cual los signantes *“manifiestan que transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes”* los días 12 y 13 de mayo de 2014, *“y sus posteriores otrosíes”*, aunque en principio podría sostenerse, como lo hizo la primera instancia, que dicha cláusula deviene del libre juego de la autonomía privada, no puede obviarse que *“la concepción moderna de la autonomía de la voluntad privada supone la existencia de un poder dispositivo de regulación, pero sometido a la intervención normativa del Estado, de suerte que, **lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado. Así, en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (...) (ii) En el logro o consecución no sólo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) **En el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y; (v) A la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe**”***³⁵.

Además, resulta de utilidad recordar que la sociedad accionada redactó en solitario el contenido de los otrosíes fustigados, sin que sus oponentes, interesados en adquirir unos de los locales resultantes del proyecto de construcción, hubieren tenido oportunidad real o efectiva de discutir su contenido³⁶, al tratarse, se *itera*, de cláusulas predispuestas o prediseñadas de modo unilateral, en las que no hay espacio para su negociación individual³⁷.

La jurisprudencia ha destacado la posición de dominio que, en muchas ocasiones, ostentan las instituciones financieras y de la que, en algunos casos, se sirven *“para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución”*³⁸, y que *“... en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de ‘las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse*

³⁴ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. *Fiducia Inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo*, 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pág. 307.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2003.

³⁶ Memos aún si, como se dijo, desconocía que sus recursos ya habían sido transferidos a la promotora, en razón a la inconsulta modificación de las condiciones de punto de equilibrio.

³⁷ CSJ. Sentencia de 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

³⁸ *Ib.*, sentencia de 14 de diciembre de 2011 M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

conductas abusivas’, ejemplo prototípico de las cuales lo suministra el ejercicio del llamado ‘poder de negociación’ por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”³⁹.

Aplicadas las anteriores nociones al *sub judice*, considera la Sala que la cláusula en virtud de la cual las partes “*manifiestan que transan y desisten de [reclamar] cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario firmado...*” los días 12 y 13 de mayo de 2014, “*y sus posteriores otrosíes*”, debe percibirse como una manifestación abusiva derivada de la posición dominante que ostenta la sociedad fiduciaria en el contrato, pues la sitúa en una posición de privilegio frente a la adherente, en la medida en que se favorece de manera excesiva o desproporcionada su posición contractual, en desmedro de aquella que ostentan los inversionistas interesados en adquirir los locales resultantes del desarrollo del proyecto de construcción⁴⁰.

Y es que dicha estipulación no podría considerarse eficaz, si se repara en que, en el presente asunto, precisamente lo que se discute es la desatención de los deberes que en el marco de los negocios fiduciarios descritos en el acápite de antecedentes, le competía honrar a la sociedad fiduciaria, en particular, el relativo a la transferencia de los recursos a la promotora, una vez se hubieren satisfecho las condiciones previstas para tal fin, de suerte que “*negarle a los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción la posibilidad de reclamarle a la sociedad fiduciaria..., implica provocar una inequitativa y de paso inconsulta dilación en el cumplimiento del deber de prestación a cargo de la sociedad fiduciaria, desnaturalizando así la inocultable teleología de los negocios fiduciarios en general y, en particular, de la fiducia inmobiliaria y, por contera, modificando lo dispuesto en los artículos 1226 y 1234 numeral 1º del Código de Comercio*”⁴¹.

Ya la doctrina ha reconocido que “*la estipulación en virtud de la cual [los] terceros adherentes manifiestan conocer y aceptar que la sociedad fiduciaria no es ni constructor ni gerente, ni interventor, ni promotor, ni participa de manera alguna en el desarrollo del proyecto de construcción, ni verifica ni ejerce control sobre la **destinación de los recursos entregados por ellos** y, en consecuencia, no es responsable ni puede serlo por la terminación, calidad o precio del bien que se determine en los contratos de vinculación, ni tampoco por la administración, utilización y destinación de los recursos por parte del fideicomitente/ promotor/*

³⁹ *OP cit.*, CSJ. sentencia de 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J. G.J. Tomo CCXXXI, pág. 746.

⁴⁰ CSJ. Sentencia de 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁴¹ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. *Fiducia Inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo*, 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pág. 307.

constructor, encuadra en lo que se ha señalado como caracterización de una cláusula abusiva, dada la notable y ventajosa desproporción, además injustificada, que genera a favor de las sociedades fiduciarias y en contra de los terceros adherentes”⁴² (se resalta).

Y como uno de los **deberes indelegables** de las sociedades fiduciarias, se concreta en “... *prevenir, evaluar y mitigar los riesgos a los que quedaría expuesta la construcción del proyecto si se dieran por satisfechas o cumplidas, **sin estarlo**, las condiciones de las que depende el denominado punto de equilibrio del proyecto*”⁴³, no puede menos que concluirse que esa obligación *ex lege*⁴⁴ no puede soslayarse por la sola inclusión de una cláusula, cualquiera que sea su arquetipo, transaccional en el *sub lite*, que exonere de responsabilidad a la sociedad fiduciaria, porque conforme al artículo 11, literales a) y d) de la Ley 1328 de 2009, en concordancia con el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, “**se prohíben las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que: a) prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros (...) [y] d) cualquiera... que limite los derechos de los consumidores financieros y **deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato**, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero**”, lo que supone que cualquier estipulación en contrario, como la que se pactó en el presente asunto, debe reputarse, amén de abusiva, **absolutamente nula**, a voces de lo previsto en el numeral 1° del artículo 899⁴⁵ del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 6°⁴⁶, 1523⁴⁷, 1741⁴⁸ y 1742⁴⁹ del Código Civil, aplicables al presente asunto por la remisión a que alude el precepto 822⁵⁰ del estatuto mercantil.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en punto a las cláusulas abusivas, ha precisado que:

“(...) [son] todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya

⁴² *Ib.*, BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. Fiducia inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo, pág. 136.

⁴³ *Ib.*, BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. Fiducia inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo, págs. 293 y 294.

⁴⁴ Dimanante de los artículos 1226 y 1234 del Código de Comercio.

⁴⁵ “Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) **Cuando contraría una norma imperativa**, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) **Cuando tenga causa u objeto ilícitos** (...)”.

⁴⁶ “(...) **En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley**, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos”.

⁴⁷ “**Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes**”.

⁴⁸ “**La nulidad producida por un objeto o causa ilícita**, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, **son nulidades absolutas**”.

⁴⁹ “**La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato**; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. **Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse** por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”.

⁵⁰ “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”.

jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos (cas.civ, sentencias de 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462), que la doctrina y el derecho comparado trata bajo diversas locuciones polisémicas, tales las de cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas con criterios disimiles para denotar la ostensible, importante, relevante, injustificada o trascendente asimetría entre los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los contratantes, la falta de equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio *'significativo'* (art. L-132-1, *Code de la consommation Francia*; artículo 1469 bis *Codice Civile italiano*) *'importante'* (Directiva 93/13/93, CEE y Ley 7ª/1998 - modificada por leyes 24/2001 y 39/2002- España), *'manifiesto'* (Ley 14/7/91 Bélgica), *'excesivo'* (art. 51, ap. IV. Código de Defensa del Consumidor del Brasil; art. 3º Ley de contratos standard del 5743/1982 de Israel) o *'exagerado'* (C.D. del Consumidor del Brasil), *'sustancial y no justificado'* (Ley alemana del 19 de julio de 1996, adapta el AGB-Gesetz a la Directiva 93/13/93 CEE) en los derechos, obligaciones y, en menoscabo, detrimento o perjuicio de una parte, o en el reciente estatuto del consumidor, las ***'que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos'***, en cuyo caso *'[p]ara establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza'*, no podrán incluirse por los productores y proveedores en los contratos celebrados con los consumidores, y *'en caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho'* (artículos 42 y ss), y que igualmente las Leyes 142 de 1994 (artículos 131, 132 y 133) y 1328 de 2009 (D.O. 47.411, julio 15 de 2009, arts. 2o, 7o, 9o, 11 y 12), prohíben estipular⁵¹ (se resalta).

Puestas así las cosas, con fundamento en los anteriores argumentos, el fallo anticipado objeto de apelación se revocará y, en su lugar, se declarará nula la transacción que soportó la excepción que en ese sentido arguyó la demandada y en que se cimentó la sentencia recurrida; como consecuencia de ello, la actuación retornará al fallador de primer grado para que continúe el trámite procesal que corresponda y dirima el litigio mediante sentencia definitiva; esto es, previo agotamiento de las etapas procesales previstas en la ley. Sin condena en costas ante la prosperidad del recurso de alzada (artículo 365 del CGP).

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

⁵¹ Sentencia del 19 de octubre de 2011. Referencia: 11001-3103-032-2001-00847-01

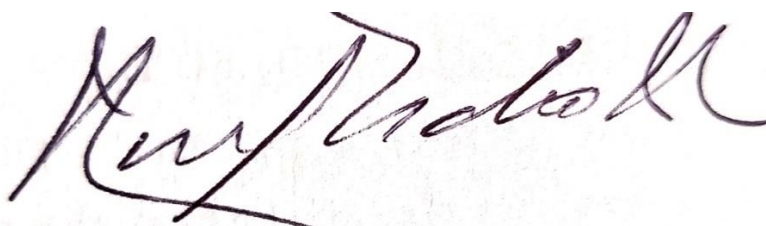
RESUELVE

Primero. Revocar la sentencia anticipada de 7 de mayo de 2020 proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia; en consecuencia, declarar nula la transacción que soportó la excepción que en ese sentido adujo la demandada y en que se cimentó la sentencia recurrida y, en su lugar, ordenar al *a quo* continuar con el trámite que legalmente corresponda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Segundo. Sin condena en costas ante la prosperidad del recurso de apelación (artículo 365 del CGP).

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados,



MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

(Rad. No. 110013199003201801214 01)



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

(Rad. No. 110013199003201801214 01)



ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

(Rad. No. 110013199003201801214 01)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso No. 110013199003201902588 01
Clase: VERBAL – PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Demandante: ASOCIACIÓN DE VOLQUETEROS DE TOLUVIEJO
Y MONTES DE MARÍA
Demandada: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

Sentencia discutida y aprobada en sesión de sala n.º 43 de 1º de diciembre de 2020.

Con fundamento en el artículo 14, inciso 2º del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, el Tribunal emite sentencia escrita con motivo de la apelación que formuló la parte demandante contra el fallo de 8 de octubre de 2020 proferido por la Coordinadora del Grupo de Funciones Jurisdiccionales I de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante el cual declaró probada la excepción de “terminación del contrato de seguro por incumplimiento de la garantía de conducta – aplicación del artículo 1061 del Código de Comercio” y, en consecuencia, le negó sus pretensiones.

ANTECEDENTES

1. La Asociación de Volqueteros de Toluviejo y Montes de María formuló acción de protección al consumidor contra la Previsora S.A. Compañía de Seguros, con el propósito de obtener el pago de \$800'000.000,00, como valor incorporado en la póliza n.º 1000257, más los intereses de mora causados sobre tal cifra, a la máxima tasa legal, desde que se hizo exigible la indemnización (1º de abril de 2019) y hasta que se verifique el desembolso.

Para justificar sus pretensiones, adujo, en síntesis, lo siguiente:

a) Adquirió una excavadora marca Hitachi, “modelo ZX350, año de fabricación 2007 y S/N FFOOASP92013A”.

b) Amparó la máquina a través de la “póliza de seguro de daños todo riesgo contratista n.º 1000257” expedida por La Previsora S.A. Compañía de Seguros, con vigencia de un año, “desde el 14 de diciembre de 2018 al 14 de diciembre de 2019”, y un valor asegurado de \$800.000.000,00.

c) La compañía de seguros no le informó las condiciones generales y particulares de la póliza, como era su deber hacerlo, por lo que soslayó su derecho a obtener información, en su condición de consumidor financiero; en particular, no le fueron advertidas las exclusiones ni las garantías, por lo que “se encontraba en imposibilidad absoluta de conocer y consentir el clausulado unilateral y convenientemente impuesto por la compañía de seguros”.

d) El 1º de abril de 2019 se configuró el siniestro, pues “cuando la excavadora [marca] Hitachi se encontraba operando sobre un espolón de la Isla Tierra Bomba, Cartagena, una de las rocas que le servía de apoyo cedió, haciendo que la maquinaria perdiera estabilidad; como consecuencia de ese hecho, la excavadora cayó hacia el espolón, desplomándose al mar”.

e) El 4 de ese mismo mes y año formuló la reclamación a la aseguradora, “exigiendo se procediera al pago de la indemnización por el total del valor asegurado (\$800.000.000,00 m/cte)”.

f) El 19 de junio siguiente la compañía de seguros objetó la reclamación, “basándose en un supuesto incumplimiento del condicionado de la póliza que, se reitera, no fue puesto en conocimiento [de la tomadora], ni antes, ni durante la celebración del contrato de seguro, pues la aseguradora incumplió su obligación de suministrar la totalidad de la póliza y de explicar todo el condicionado que se le pretendía exigir al asegurado”, al punto que no le preguntó si “estaba de acuerdo” con el mismo, de suerte que “se le impidió conocer y aceptar las cláusulas, particularmente, las referidas a las exclusiones y garantías que debía cumplir el asegurado”.

g) Con todo y que el contenido del contrato de seguro “no le es oponible por no haberse informado oportunamente”, lo cierto es que la objeción que enarbó la aseguradora carece de fundamento, por cuanto “nunca hubo agravación del estado del riesgo, pues es evidente que el contrato de comodato sobre la maquinaria estaba

destinado a la construcción de rompeolas y espolones de Tierra Bomba, situación que en nada cambiaba las condiciones pactadas con la aseguradora ni extendía el riesgo asegurado”.

2. Enterada del presente trámite, la demandada formuló las excepciones que denominó “nulidad relativa del contrato de seguro de daños No. 1000257 por declaración inexacta o reticente del estado del riesgo por parte de la Asociación de Volqueteros de Toluvié y Montes de María”; “anulabilidad del contrato de seguro de daños No. 1000257 por incumplimiento de la garantía afirmativa pactada – aplicación del artículo 1.061 del Código de Comercio”; “terminación del contrato de seguro por incumplimiento de la garantía de conducta – aplicación del artículo 1.061 del Código de Comercio”; “excepción de contrato no cumplido – ausencia de obligación a cargo del asegurador ante el incumplimiento por parte del asegurado de las garantías pactadas”; “terminación del contrato de seguro contenido en la póliza No. 1000257 por falta de notificación de circunstancias constitutivas de agravación del estado del riesgo – aplicación del artículo 1.060 del Código de Comercio”; “ausencia de reclamación en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio - ausencia de mora – imposibilidad de causación de intereses moratorios hasta que ello acontezca”; “sujeción al principio indemnizatorio en el seguro de daños – tasación excesiva de la cuantía de la pérdida – infraseguro”; “inexistencia de conducta alguna violatoria de los derechos del consumidor por parte de la Previsora S.A. Compañía de Seguros”: “incumplimiento de los deberes de autoprotección del consumidor financiero”; “sujeción a los términos, condiciones, límites, deducible y exclusiones del contrato de seguro”, y la genérica.

La sentencia de primera instancia.

La juzgadora de primer grado declaró probado el medio exceptivo de “terminación del contrato de seguro por incumplimiento de la garantía de conducta – aplicación del artículo 1061 del Código de Comercio” y, en consecuencia, negó las pretensiones; para convenir en lo anterior, adujo que la demandante incumplió la *garantía* a que alude una de las cláusulas del contrato de seguro, según la cual la maquinaria objeto de amparo debía ser operada por personal idóneo empleado por el asegurado mediante contrato de trabajo, puesto que el señor Pedro Valencia Paternina, quien conducía la excavadora cuando cayó al mar, no era un trabajador de la asociación demandante; esto es, no mantenía un vínculo laboral con la tomadora y asegurada, estipulación que la actora no podía obviar, pues su representante legal al absolver

interrogatorio, manifestó recibir y leer 3 hojas de la póliza y no tener dudas sobre su contenido; además, señaló que sí tenía conocimiento de las garantías y que ninguna de las estipulaciones allí contenidas le generó inquietudes, máxime cuando no era el único bien que había asegurado con La Previsora S.A. Compañía de Seguros; por lo demás, a juicio de la juzgadora de primer nivel, la *garantía* se encontraba redactada en términos claros y de fácil comprensión para el asegurado.

Añadió la Delegada que la garantía inserta en el acuerdo de voluntades no resultó caprichosa, dado que, según lo advirtió el testigo Fabio Alberto Díaz, su fin no era otro que aminorar el riesgo de daño o pérdida de la máquina, pues la avería causada por un trabajador del asegurado le acarrearía responsabilidades de índole laboral que redundarán en una mayor protección del bien, tan así que, de no incluirse dicha condición, no se celebraría el contrato de seguro, porque la pasiva, con base en un estudio realizado, constató que hay una mayor siniestralidad cuando el rodante no es manipulado por un empleado del tomador/asegurado.

En ese orden, la juzgadora *a quo* encontró que la compañía aseguradora podía abstenerse de asumir el riesgo que le trasladó la demandante, más aún cuando ésta incumplió su deber de informar con exactitud el estado del “riesgo”, pues no le comunicó a su contraparte que la máquina fue entregada en comodato y posteriormente en arriendo, siendo que el primero de tales contratos se suscribió con antelación a la expedición de la póliza, sin que la inspección que la aseguradora hizo a la máquina fuera para verificar quién la operaba, sino para constatar su estado físico y mecánico.

Y es que, relevó la falladora, para cuando la máquina cayó al mar, no existía contrato de seguro, pues el mismo terminó desde el mismo momento en que se incumplió la *garantía*, tal como lo indica el artículo 1061 del Código de Comercio, con independencia del conocimiento posterior de ese hecho por parte de la compañía aseguradora.

El recurso de apelación.

Inconforme con dicha decisión, el apoderado de la demandante reparó en que: *(i)* no se valoraron las pruebas obrantes en el proceso de las que se extrae “que se mantuvo inalterable el estado del riesgo y que además existió una declaración veraz del riesgo por el asegurado”; *(ii)* la garantía cuyo incumplimiento declaró la juez *a quo* “no guarda relación con el riesgo”; *(iii)* la *garantía* inserta

en el acuerdo de voluntades “fue caprichosa y por ende inoponible”; (iv) “el asegurado siempre cumplió con sus deberes” contractuales; (v) la demandada incurrió en una vulneración al deber de información, porque prometió una inspección que no realizó y no indicó las razones de su omisión, “sembrando la creencia de un buen actuar para el asegurado”; (vi) la compañía de seguros no obró de buena fe.

CONSIDERACIONES

Los presupuestos procesales se hallan reunidos en el presente asunto, la actuación se desarrolló con normalidad y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, de modo que ello conlleva a la presente decisión, en los términos y con las limitaciones que establecen los artículos 322 (numeral 3º), 327 (inciso final) y 328 (inciso primero) del CGP y la jurisprudencia (CSJ. STC13242/2017 de agosto 30¹).

Analizados los argumentos de la impugnación, en concordancia con los elementos de juicio aportados a la actuación, la Sala es del criterio que la sentencia de primer grado debe confirmarse, por las siguientes razones:

La sentencia recurrida, al amparo del artículo 1061 del C. de Co., se fundó, en lo medular, en que la parte demandante incumplió la *garantía* de conducta que le imponía el contrato de seguro, inobservancia que le impide reclamar de su contraparte la indemnización a que hubiere lugar por la consumación del riesgo.

Pues bien, sobre las características de las *garantías* en los contratos de seguro, la jurisprudencia tiene dicho que: **(i)** están concebidas y definidas como una promesa en virtud de la cual el tomador se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho (art. 1061, C. de Co.); **(ii)** debe constar por escrito, bien en la póliza extendida por el asegurador, o en los documentos accesorios a ella (art. 1048, *ib.*); **(iii)** puede expresarse en cualquier forma que indique el propósito manifiesto, amén de fidedigno de otorgarla, de suerte que el lenguaje usado por los contratantes debe ser lo suficientemente claro y explícito, para deducir, atendida la naturaleza del riesgo, que determinada

¹ “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, sentencia del 1º de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

declaración del asegurado, o conducta futura (positiva o negativa), ha sido dada o asumida en forma inequívoca, como garantía a favor del asegurador; **(iv)** puede ser sustancial o insustancial respecto del riesgo asegurado, dependiendo de los términos en que haya sido acordada por las partes; **(v)** sea o no sustancial al riesgo, debe tener o guardar –alguna- relación con el riesgo, “así sea moderada o sutilmente”; **(vi)** debe cumplirse estrictamente; en efecto, sea o no sustancial al riesgo, ha de ser objeto de cumplimiento estricto, pues el no cumplimiento de la garantía, aunque no sea substancial al riesgo, significa terminación del contrato, por constituir infracción de las obligaciones o cargas que él origina”²

En el presente asunto, en la póliza n.º 1000257 de 14 de diciembre de 2018, que las partes suscribieron con miras a asegurar la excavadora marca Hitachi de propiedad de la demandante, se pactó, en el capítulo denominado “garantías”, “que el asegurado se obliga a cumplir las siguientes (...): las maquinarias deben ser operadas por personal idóneo empleado del asegurado mediante contrato de trabajo. El incumplimiento de garantías produce la terminación automática del contrato de seguros, de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio colombiano”.

A juicio de la Sala, la condición de la póliza *sub examine* no resulta contraria al postulado de la buena fe, ni al justo equilibrio comercial como para considerarla abusiva, en los términos planteados por el recurrente, no solo porque se redactó en términos claros y con el propósito inequívoco de obligar al tomador a adoptar un deber de conducta frente al asegurador, sino porque es ostensible su relación con el riesgo.

En verdad, según aseveró Fabio Alberto Díaz, subgerente técnico de La Previsora Compañía de Seguros³, dicha garantía tiene como fin conjurar la “alta siniestralidad” que conlleva el arriendo de ese tipo de maquinaria a terceros, quienes, en ausencia de una relación de índole laboral con el propietario de la cosa, no emplearán un uso cuidadoso y precavido en su manipulación, por eso “(...) hay una condición particular dentro de la póliza, que es que la máquina debe ser operada por un empleado del asegurado mediante contrato de trabajo, y esa es la forma mediante la cual [se] minimiza el riesgo”⁴, tan así que, en palabras del mismo deponente, la imposibilidad de

² CSJ, sentencia de 30 de septiembre de 2002, exp. 4799. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J.

³ Quien aseguró tener una experiencia de más de 16 años en la suscripción de este tipo de seguros.

⁴ Testimonio rendido en desarrollo de la audiencia de 1º de octubre de 2020, min: 27:37 en adelante. “Si a mí me informa una compañía que arrienda equipos, yo no la aseguro. Desde el momento en que me diga que su actividad es arrendar equipos, nosotros no los aseguramos porque el riesgo es muy alto”.

cumplimiento de dicha cláusula por parte del tomador acarrea la no expedición de la póliza.

En ese mismo sentido se pronunció el representante legal de la actora, al señalar que este tipo de productos exige la inclusión de una garantía de ese tenor, dado que “... las máquinas que son operadas por terceros o bajo contrato de arriendo son las que más presentan siniestros ante la falta de un doliente que vele por preservar el riesgo[,] situación que nos lleva a exigir a nuestros asegurados, que las maquinas aseguradas por La Previsora S.A. Compañía de Seguros en nuestra jurisdicción sean operadas por personal propio del asegurado, mediante contrato de trabajo[,] generando sentido de pertenencia y responsabilidad con el patrono/asegurado[,] preservando el patrimonio que le fue encomendado para desarrollar su trabajo”⁵.

Por lo demás, dicha estipulación, inserta junto con las condiciones particulares del contrato de seguro⁶, no fue desconocida por la asociación tomadora; por el contrario, fue ampliamente distinguida por su representante legal, Allan David Peñate Peña, quien no solo manifestó que la póliza le fue remitida a través de correo electrónico⁷, sino que la leyó en su integridad y no le generó ningún tipo de inquietud⁸; es más, en desarrollo de la audiencia evacuada el 1° de septiembre de 2020, reconoció que los tres folios que allí se le exhibieron, dentro de los cuales se encuentran las *garantías*, coinciden con aquellos que le fueron remitidos vía correo electrónico⁹, de tal suerte que, contrario a lo que se afirmó en la demanda, su contraparte no incurrió en la falta al deber de información que se le endilgó, en tanto, no sobra reiterarlo, la parte demandante no desconocía la existencia de las condiciones particulares del seguro contratado y, en especial, las *garantías* a las que se obligó frente al asegurador.

Sin que pueda obviarse que según el artículo 6° de la Ley 1328 de 2009, el consumidor financiero tiene deberes tales como **“informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear, indagando sobre las condiciones generales de la operación; es decir, los derechos, obligaciones, costos,**

⁵ Ver informe juramentado en el derivado 025.

⁶ Véanse los folios 31 a 33 del derivado 008.

⁷ Interrogatorio rendido en desarrollo de la audiencia evacuada el 1° de septiembre de 2020, min 20:40 en adelante. “... el día 14 de diciembre a nosotros – se refiere a la asociación- nos llega dicha póliza en tres folios...”, lo que concuerda con lo dicho por el testigo Fabio Alberto Díaz, quien aseguró que “la póliza se envió vía electrónica... yo recuerdo que Ernesto Osorio, de la firma Jaramillo, se acercó a las oficinas nuestras a pedir que le imprimiéramos la póliza y las condiciones generales porque el asegurado las necesitaba físicamente para un contrato” (audiencia de 1° de octubre de 2020, min: 31:47 en adelante). Dicha circunstancia la reiteró el señor Peñate Peña en esa misma audiencia más adelante, min 45:42.

⁸ *Ibidem*, min: 27:30 en adelante.

⁹ Minuto 46:18 en adelante.

exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio...”; “observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros; y **revisar los términos y condiciones del respectivo contrato** y sus anexos, así como conservar las copias que se le suministren de dichos documentos”, entre otros.

Tales deberes, en el presente asunto, subían de nivel, si se considera que, según lo precisó el señor Peñate Peña: **(i)** la máquina se adquirió para ser “alquilada” y **(ii)** el señor Pedro Valencia Paternina, quien la operaba para el momento en que irrumpió el riesgo, no tenía ningún vínculo contractual ni laboral con la asociación¹⁰, de lo que se sigue que si tuvo conocimiento de la información relevante, y en especial, del acápite de “garantías”, no le era dable desconocer que cualquier evento siniestral ocasionado en desarrollo de los convenios de “alquiler” de la máquina, no estaría amparado por el seguro.

Dicha cláusula, vale decir, la de *garantía*, siendo como lo es una estipulación válida y, por ende, eficaz, se tornaba vinculante para los efectos de la anulabilidad de la relación comercial que, con fundamento en el artículo 1061 del C. de Co., invocó oportunamente la compañía aseguradora, a manera de excepción perentoria.

En efecto, en el proceso quedó demostrado que la garantía prevista en el negocio jurídico de seguro fue desatendida por el asegurado, porque el 1º de noviembre de 2018 (1 mes y 12 días antes de la adquisición del seguro) la demandante celebró un contrato de comodato con JJ Materiales¹¹, cuyo objeto era la entrega de la “excavadora... marca Hitachi ZX350LC-3, modelo 2007, con serie N° FF00ASP920131”, la cual “se destinará exclusivamente para cumplir con la actividad de construcción de rompeolas y espolones [en] el municipio de Tierra Bomba – Cartagena, en virtud del contrato que existe con RAHS Ingeniería S.A.S.”, sociedad esta última que el 13 de ese mismo mes y año obtuvo el “alquiler” de la máquina para ser destinada a la obra “123 - espolones Tierra Bomba”¹², en desarrollo de la cual ocurrió precisamente el siniestro, pues según da cuenta la documental acopiada, el 1º de abril de 2019, cuando el señor Pedro Nel Valencia Paternina, empleado de esa compañía¹³, se encontraba operando la máquina sobre un espolón

¹⁰ Audiencia virtual de 1º de septiembre de 2020, min 35:15 en adelante. Según asintió el representante legal, dicho operario era trabajador de la compañía RAHS Ingeniería (*ib.* min 44:40).

¹¹ Ver folio 89, derivado 008.

¹² Fls. 90 – 91, *ib.*

¹³ Ver contrato de trabajo a folios 92 – 96, *ib.*

costero, cayó al mar al ceder “unas de las rocas que le servían de apoyo”¹⁴.

Tampoco son de recibo los reparos según los cuales, “la sentencia de primera instancia desconoció los medios de prueba... que evidenciaron que se mantuvo inalterable el estado del riesgo y que además existió una declaración veraz del riesgo por el asegurado”, así como que “no existió un aumento del mismo”, puesto que el artículo 1061 del C. de Co. no condiciona la configuración del incumplimiento de la garantía al incremento en la probabilidad de ocurrencia del siniestro. Sobre el particular, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria explicó:

“(...) el artículo 1061 del C. de Co., a manera de *plus*, no exige que inexorablemente deba existir una íntima, estrecha e indisoluble relación –o comunión- con el riesgo, concretamente en lo tocante con el *incremento en la probabilidad de realización del mismo*, toda vez que es una cautela que, de *jure condito*, no demandó la norma en estudio, constituyéndose en un aditamento de origen extra-legislativo, por respetable y loable que sea.

Ya se expresó, abundando en razones, que incluso la garantía insustancial frente al riesgo asegurado debe ser cumplida en forma estricta -interpretación avalada por los antecedentes del precepto en cuestión-, luego, si el tomador o asegurado, según el caso, se abstienen de realizar el débito prestacional al que se encuentran obligados en virtud de la garantía otorgada –o lo realizan incorrectamente-, habrán incumplido –en principio- la *lex contractus*, por manera que tal conducta, inicialmente reprobable, facultará al asegurador para pedir la anulación del contrato o su terminación, según fuere el caso, sin que sea necesario para configurar la anunciada inejecución negocial, que ésta se traduzca inequívoca e invariablemente, es decir en todos y cada uno de los casos, en un perceptible aumento en la posibilidad de realización del riesgo asegurado”¹⁵.

Además, el cumplimiento de la garantía es asunto que compete a la parte asegurada, mas no al asegurador, de ahí que el argumento según el cual este último no realizó la inspección de la máquina a fin de comprobar quién la operaba, se torne intrascendente. Además, la violación de una cláusula de garantía presupone “el solo hecho de la infracción, sin parar mientes en la buena o mala fe con que hubiere

¹⁴ Fl. 97, *ib.*

¹⁵ CSJ, sentencia de 30 de septiembre de 2002, exp. 4799. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J.

obrado el asegurado, en la medida que su examen y procedencia es objetiva”¹⁶. Con todo, de haberse llevado a cabo la inspección, la conclusión no sería otra, porque según lo aseguró el testigo Fabio Alberto Díaz, la misma únicamente versa sobre los aspectos físicos y mecánicos de la excavadora.

Y es que, según lo puso de presente el aludido declarante, no fue necesaria la *inspección*, porque entre las partes de este litigio ya se había expedido una póliza para la que previamente ello había tenido lugar, la que fue posteriormente “revocada” por mora en el pago de la prima, y ante la solicitud de expedición de una nueva, no había transcurrido un lapso tal que hiciera imprescindible repetirla¹⁷.

En este punto es bueno recordar que la *garantía*, sea o no sustancial al riesgo, debe ser cumplida estrictamente; además, el incumplimiento de la *garantía* no está supeditado al incremento en la probabilidad de ocurrencia del siniestro, como lo sugiere el recurrente, quien ata la inobservancia de ese deber de conducta a la falta de inspección de la máquina por parte del asegurador.

Ahora bien, aunque la primera instancia acertó en dar aplicación al artículo 1061 del C. de Co., por incumplimiento de la garantía prevista en el contrato de seguro, no así al derivar la consecuencia que dicha situación aparejaba, pues al versar el incumplimiento sobre hechos anteriores y concomitantes a la celebración del contrato, no era la terminación, sino la nulidad relativa la figura que se imponía reconocer, al ser tales hechos determinantes para el asentimiento del asegurador, en los términos del evocado precepto, en concordancia con la jurisprudencia ya descrita; de suerte que ha debido acogerse la excepción segunda principal, mas no la subsidiaria, titulada “anulabilidad del contrato de seguro de daños n.º 1000257, por incumplimiento de la garantía afirmativa pactada – aplicación del artículo 1.061 del Código de Comercio-”, razón por la cual se modificará la sentencia recurrida en ese aspecto; en lo demás, permanecerá incólume.

Sin que sean necesarias mayores disquisiciones, y comoquiera que ninguno de los reparos concretos propuestos por el censor salió avante, se confirmará el fallo de primer grado, con la consecuente condena en costas al apelante vencido (art. 365.1, CGP).

¹⁶ *Ibidem*, sentencia de 28 de febrero de 2007, rad. 2000 00133 01. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J.

¹⁷ Audiencia de 1º de octubre de 2020, min 19:43.

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

RESUELVE

Primero. Modificar el ordinal primero de la sentencia 8 de octubre de 2020 proferida por la Coordinadora del Grupo de Funciones Jurisdiccionales I de la Superintendencia Financiera de Colombia, el cual quedará así: “declarar probada la excepción principal titulada por la pasiva como ‘anulabilidad del contrato de seguro de daños n.º 1000257, por incumplimiento de la garantía afirmativa pactada –aplicación del artículo 1.061 del Código de Comercio-”, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia; en lo demás, se confirma.

Segundo. Costas de esta instancia a cargo de la parte apelante. El suscrito magistrado sustanciador señala como agencias en derecho la suma de \$1.000.000,00 que deberán liquidarse en primera instancia (art. 366, CGP).

Tercero. Secretaría en oportunidad devuelva el expediente a la autoridad de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

(Rad. No. 110013199003201902588 01)



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

(Rad. No. 110013199003201902588 01)



ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

(Rad. No. 110013199003201902588 01)

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

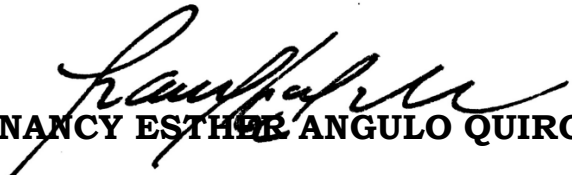
Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Rad. 000-2019-00852-00

De conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 358 del Código General del Proceso, córrase traslado a las partes para que presenten sus alegatos por el término común de cinco (5) días.

Los memoriales correspondientes deberán ser enviados, preferiblemente, a la dirección de correo electrónico: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Notifíquese,


NANCY ESTHER ANGULO QUIROZ
MAGISTRADA

000-2019-00852-00

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Ref: Proceso ejecutivo de Banco Davivienda S.A. contra Montana Accesorios Ltda. y otro.

En orden a resolver el recurso de apelación que los señores Jorge Humberto y Luis Enrique Arias Calderón interpusieron contra el auto de 19 de septiembre de 2019, proferido por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de la ciudad dentro del proceso de la referencia, para negar el levantamiento de una medida cautelar, basten las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. La revocatoria del auto apelado se impone por dos razones basilares, a saber:

a. La primera, porque si el demandado sólo tiene un derecho temporal, su extinción por el advenimiento del plazo fatal o el acaecimiento del hecho que provoca su pérdida, da lugar, necesariamente, al ocaso del embargo y del secuestro que hubieren recaído sobre él.

En el caso del derecho real de usufructo, es preciso recordar que puede constituirse “por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario” (art. 829, ib.), tras cuya muerte se extinguirá para apuntalarse en la propiedad que tiene el nudo propietario (CC, arts. 829, 830 y 865). Por eso el artículo 824 de la codificación civil establece, para que no quede duda, que como el usufructo supone dos derechos coexistentes sobre un mismo bien: el del nudo propietario, titular del dominio, y el del usufructuario, titular del uso y el disfrute CC, art. 823) -lo que tolera el legislador, pero de lo que no gusta como cuestión definitiva-,



“tiene, por consiguiente, **una duración limitada**, al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se concolida con la propiedad.” (se resalta; CC, art. 824)

Por consiguiente, si el usufructuario pierde el derecho a tener la cosa fructuaria y a percibir los frutos naturales y civiles que ella produzca, resulta incontestable que, luego de la extinción, ninguna cautela puede mantenerse sobre esos derechos. Ni más faltaba que el propietario ajeno al pleito, tras la consolidación de aquellos con el dominio, tuviera que soportar la carga y los efectos de un embargo y secuestro decretados bajo el entendido, porque entendido estaba, que lo de aquel era transitorio, de cierta manera efímero, de suyo provisional o precario.

Por tanto, si “el usufructo se extingue generalmente por la llegada del día, o el evento de la condición prefijados para su terminación”, así como también por la muerte del usufructuario, entre otras hipótesis (CC, arts. 863 y 865), se impone colegir que los jueces, tras constatar el hecho respectivo, deben levantar las cautelas que hubieren dispuesto sobre un derecho del que ya no es titular el ejecutado.

En este orden de ideas, si el señor José Ilian Arias le vendió a sus hijos Jorge Humberto y Luis Enrique el inmueble identificado con la matrícula No. 50N-20200416, reservándose el derecho de usufructo “mientras viva” (escritura pública No. 7793 de 17 de octubre de 2008; fl. 222 y ss), es necesario reconocer que, ocurrida su muerte el 6 de junio de 2019, según lo prueba el registro civil de defunción (fl. 216), tiene que levantarse el embargo que dispuso el Juez 20 Civil del Circuito de la ciudad (auto 22 de octubre de 2010; fl. 29, ib.), lo mismo que el secuestro que practicó su comisionado, el Juez Primero Civil Municipal de descongestión, habida cuenta que los derechos de uso y disfrute del



apartamento que aquel tenía, se consolidaron con la nuda propiedad que ostenta su descendencia.

b. La segunda, porque si bien es cierto que “los acreedores del usufructuario pueden pedir que se le embargue el usufructo”, no puede olvidarse que no es el derecho real como tal lo que se subasta, pues lo que ellos pueden pedir es que “se les pague con él hasta concurrencia de sus créditos”, como lo precisa el artículo 862 del Código Civil. Al fin y al cabo, “sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores” (CC, art. 2489).

Luego, si, en estrictez, las medidas cautelares relativas al usufructo no recaen sobre el bien en que se constituyó el derecho real sino sobre su ejercicio, como lo tiene precisado la doctrina y se deduce del numeral 2º del artículo 593 del CGP; si el usufructo le concede al usufructuario el derecho de percibir los frutos que produzca el inmueble (CC, art. 840); y si “los frutos civiles pertenecen al usufructuario día a día” (CC, art. 849), es preciso concluir que si el señor Arias dejó de ser usufructuario, la inscripción en la oficina de registro, por lo dicho innecesaria, no constituye obstáculo para levantar las cautelas, siendo claro que los frutos que se hubieren percibido hasta el momento servirán para el pago de la obligación objeto de recaudo, no así los que se perciban hacia el futuro, que corresponden a los propietarios que consolidaron derechos.

Sobre la embargabilidad del usufructo y los derechos que resultan afectados por la cautela ha puntualizado la doctrina que,



“Los acreedores del usufructuario pueden pedir el embargo del usufructo, pero no el de los bienes en que el usufructo se halla constituido, porque esos bienes no pertenecen al deudor sino al nudo propietario; y pueden pedir el embargo del usufructo, no para que se enajene y adjudique al mejor postor el derecho de usufructo, radicado en cabeza del usufructuario, sino para que se les pague con el usufructo mismo, o sea, el valor de los frutos que pueden obtenerse de los bienes fructuarios. Con la acción ejecutiva de los acreedores, lo que se embarga al usufructuario no es el derecho mismo de usufructo, que el usufructuario conserva siempre como titular, sino el ejercicio de su derecho de usufructo, en que se subrogan los acreedores, según la disposición del art. 2466.”¹ (se subraya)

También ha señalado que,

“Cuando procede el embargo, lo que se embarga no es el derecho mismo de usufructo, sino su ejercicio, la facultad de percibir los frutos para pagarse con ellos: los acreedores se subrogan al usufructuario en el ejercicio del derecho.”² (se subraya)

En el mismo sentido, se ha resaltado que,

“El inciso 1º del artículo 862 permite que los acreedores del usufructuario puedan hacer embargar el usufructo para que se les pague con él hasta la concurrencia de sus créditos. Nótese que la ley no faculta para que el usufructo se venda en pública subasta y con su producto pagar a los acreedores: no: a éstos se les paga con el mismo usufructo, o sea, entregándoseles los bienes que éste comprenda, naturalmente después de embargados, depositados y valorados y establecida la prelación de créditos, si hubiere varios acreedores para que éstos usufructúen los bienes”³ (se subraya)

¹ CLARO SOLAR, Luis, “Derecho civil chileno y comparado”, Tomo octavo, editorial jurídica de Chile, 1992, p. 307.

² ALESSANDRI R., Arturo. SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio, “Tratado de los derechos reales. Bienes”, Tomo II, sexta edición, Editorial jurídica de Chile, 2009, p. 154.

³ VELEZ Fernando, “Estudio sobre derecho civil colombiano”, Tomo tercero, segunda edición, Imprenta París-América, p. 277.

República de Colombia



*Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil*

2. Así las cosas, como el señor Arias no es el titular del dominio sobre el bien embargado y, además, dejó de ser usufructuario, se configuró la causal de levantamiento de las medidas cautelares prevista en el numeral 7º del artículo 597 del CGP, razón por la cual se revocará el auto apelado para disponer la respectiva cancelación.

No se impondrá condena en costas, por la prosperidad del recurso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, **REVOCA** el auto de 19 de septiembre de 2019, proferido por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de la ciudad dentro del proceso de la referencia y, en su lugar, levanta el embargo y secuestro decretados y practicados sobre el derecho de usufructo que limitaba el dominio del inmueble con matrícula No. 50N-20200416. La secretaría del juzgado expedirá los oficios respectivos.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 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

República de Colombia



*Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil*

Código de verificación:

427f1e2fccdf963ed61b7370fab01feac61adc18d1fdb87854f5c017596fbb60

Documento generado en 25/01/2021 03:12:52 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

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

Bogotá, D. C., veinticinco de enero de dos mil veintiuno

Proceso: Ejecutivo singular
Accionante: Héctor Manuel Cetrino Guevara
Accionado: Luis Ernesto Rodríguez Bayona y otros
Radicación: 110012203000202001853 00
AI-014/21

Para resolver se CONSIDERA:

1. A través de apoderado judicial el señor Cetrino Guevara promovió proceso ejecutivo para el cobro de costas judiciales, condena impuesta dentro del proceso con radicación 110013103016200700689.

2. La demanda fue repartida al Juzgado 49 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá en donde, por medio de auto de 16 de marzo de 2020, se rechazó la demanda al considerar que el juez que debe conocer del asunto es este Tribunal.

3. Establece el artículo 306 de la ley 1564 de 2012:

“ARTÍCULO 306. EJECUCIÓN. Cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada. Formulada la solicitud el juez librará mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo señalado en la parte resolutive de la sentencia y, de ser el caso, por las costas aprobadas, sin que sea necesario, para iniciar la ejecución, esperar a que se surta el trámite anterior.

Si la solicitud de la ejecución se formula dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, o a la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso, el mandamiento ejecutivo se notificará por estado. De ser formulada con posterioridad, la notificación del mandamiento ejecutivo al ejecutado deberá realizarse personalmente.

Cuando la ley autorice imponer en la sentencia condena en abstracto, una vez ejecutoriada la providencia que la concrete, se aplicarán las reglas de los incisos anteriores.

Lo previsto en este artículo se aplicará para obtener, ante el mismo juez de conocimiento, el cumplimiento forzado de las sumas que hayan sido liquidadas en el proceso y las obligaciones

reconocidas mediante conciliación o transacción aprobadas en el mismo.” (Se subraya)

Precepto según el cual la competencia para el cobro de las condenas impuestas en un proceso judicial cuyas sumas han sido liquidadas en el mismo es privativa del juez de conocimiento del asunto en que tales determinaciones se adoptaron.

4. Es cierto que la Sala Civil de este Tribunal, conoció en segunda instancia del proceso con radicación 11001310301620070068901, por virtud de la apelación propuesta contra la sentencia de primer grado, y se aprobaron las costas causadas en esta Sede; pero no lo es menos que con la resolución del recurso de apelación se agotó la competencia de esta Colegiatura circunscrita precisamente a ello, por lo que retornó el expediente al Juez de conocimiento.

Revisado el sistema de gestión judicial, el dicho asunto fue asignado para los fines correspondientes al Juzgado 1º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, D.C., además que las copias presentadas fueron expedidas por la Oficina de apoyo de esos juzgados indicando precisamente que ese juzgado es el que tiene a cargo el mentado asunto y, por ende, con cimiento en el precepto mencionado es quien debe conocer de la ejecución de costas deprecada.

Corolario de lo anterior, se RESUELVE:

1. Rechazar la demanda ejecutiva propiciada por el señor Héctor Cetrino Guevara, por no ser de competencia de este Tribunal.

2. En los términos del artículo 306 de la ley 1564 de 2012, se dispone la remisión de la actuación al Juzgado 1º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, a quien corresponde la competencia privativa para conocer de la ejecución de las condenas impuestas y liquidadas dentro del proceso 11001310301620070068900.

Notifíquese,


RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

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: **0050c1923b5c2fd1c949d828f9a0953a9301ff966452e5d682fc27ea6d4af71d**

Documento generado en 25/01/2021 07:43:57 AM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D. C., veinticinco de enero de dos mil veintiuno.

Proceso: Recurso extraordinario de revisión
Demandante: Juan José Londoño Santacoloma.
Demandado: Claudia Marcela Salgado Gutiérrez
Radicación: 11001220300020200190400.
AI-011/21

Teniendo en cuenta que el interesado no dio cumplimiento a lo ordenado en el auto inadmisorio calendado 15 de diciembre de 2020, pues dejó vencer el plazo sin hacer algún pronunciamiento, se RECHAZA la demanda de revisión, consecuencia jurídica consagrada en el inciso 2° del artículo 358 de la Ley 1564 de 2012.

Notifíquese y cúmplase,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

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: **548850ad5c73984569e07769bf8ccf1e834498dce8c78106d5ad1a653f692a21**

Documento generado en 25/01/2021 07:41:50 AM

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., veinticinco de enero de dos mil veintiuno

Proceso: Ejecutivo con título hipotecario
Demandante: Central de Inversiones S.A. CISA
Demandado: Board System Ltda.
Radicación: 110013103025200300180 02
Procedencia: Juzgado 13 Civil Municipal de Bogotá, D.C.
Asunto: Solicitud de aclaración.
AI-012/21

1

Se resuelve la solicitud de aclaración del auto expedido en el asunto de la referencia el 1º de diciembre de 2020.

Antecedentes

1. Fue enviado a esta Colegiatura el asunto de la referencia en apelación del auto que profirió el juzgado comisionado admitiendo la oposición presentada por el señor Serrano Mantilla.

2. En proveído del 1º de diciembre último la suscrita, luego de la explicación normativa, jurisprudencial y análisis de la situación concreta resolvió: *“Declarar inadmisibile el recurso de apelación formulado contra el auto proferido el 14 de febrero de 2020 por el Juez 13 Civil Municipal de Bogotá, D.C., como comisionado dentro del trámite del encargo conferido por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá”* y se dispuso la remisión de la actuación al comitente para que dispusiera el trámite legal correspondiente.

3. Solicitó el apoderado del opositor que se aclarara la providencia mencionada indicando, de un lado, que no hubo

solicitud de insistencia por el interesado en la práctica de la diligencia, sólo recursos y el opositor no fue nombrado como secuestre; y de otro, pide se diga si se confirmó o revocó la decisión del comisionado.

Consideraciones

1. Según el artículo 285 de la Ley 1564 de 2012¹:

“La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.”

Sobre el tema, en pronunciamiento de la Corte, se ha dicho:

“(…) si los términos en que se redactó la sentencia son claros; la parte resolutive de la misma tuvo como fundamento serio lo que sirviera para motivarla, y no se encuentran en su contexto frases o ideas que sean oscuras, como tampoco fue omitida la resolución de alguna cuestión que debía ser objeto de pronunciamiento, es claro que no hay lugar a la aclaración y adición pretendidas”².

2

2. Atendiendo las directrices que acaban de evocarse, la posibilidad de solicitar aclaración de las providencias, no habilita para volver sobre cuestiones ya definidas, buscar explicaciones adicionales u obtener la revocatoria o modificación de las decisiones; ni tampoco para absolver las dudas, inquietudes o consultas personales de los apoderados ni de sus mandantes.

Luego, solamente son susceptibles de aclararse las frases o conceptos realmente dudosos contenidos en la parte resolutive de la decisión o que tengan verdadera incidencia decisoria.

En otras palabras, con la aclaración lo que se persigue es precisar el alcance de los conceptos o frases dudosas y así evitar contratiempos en el cumplimiento de las decisiones que las contengan.

3. Siguiendo tales reglas, en este asunto, no existe conceptos o argumentos ambiguos que deban ser esclarecidos, de manera

¹ Como en esencia lo contemplaba el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 29 de agosto de 2012.

nítida se resaltó que no se había impartido el trámite legalmente previsto a la oposición presentada y por eso resultaba inadmisibile el recurso de apelación interpuesto y concedido.

Se ilustró que admitida la oposición por el comisionado y ante la insistencia del apoderado de la rematante en sus argumentos, relativos a la improcedencia de la oposición y consiguiente viabilidad de la entrega, es lo que en sana lógica se concluye de su inconformidad: que no podía atenderse la oposición del señor Serrano y, por tanto, debía agotarse el encargo, esto es, realizarse la entrega, escenario fáctico frente al cual debió el juez comisionado enviar la actuación al juzgado comitente para que ante éste se adelante el trámite que el legislador diseñó para estos casos; como así no se procedió, y en cambio se concedió el recurso vertical, éste no resultaba admisible, pues prematura es una decisión del Superior cuando no se ha agotado el procedimiento consagrado en la ley procesal, en desconocimiento del debido proceso.

En una detenida, integral y atenta lectura de la providencia podrá el litigante hallar la explicación y respuesta a sus inquietudes.

En consecuencia, no hay lugar a la aclaración deprecada.

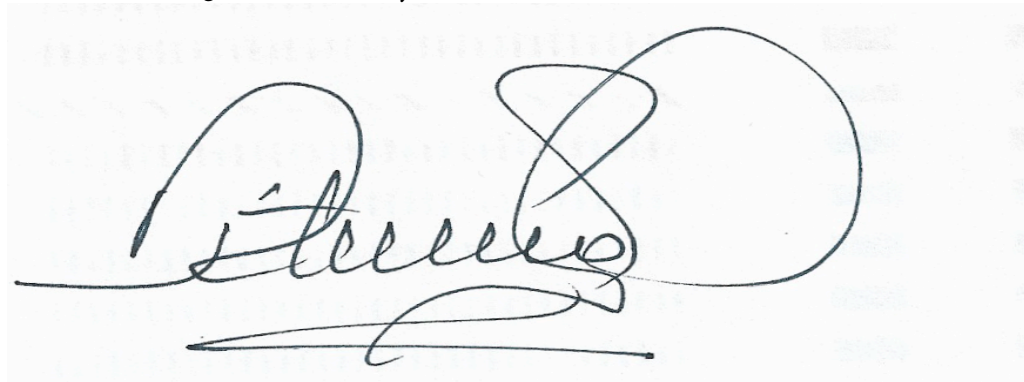
3

Decisión

Atendiendo lo en precedencia advertido, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala Civil de Decisión,
RESUELVE:

1. Denegar la solicitud de aclaración del auto de 1º de diciembre de 2020, reclamada por el apoderado del opositor.

Notifíquese y cúmplase,



RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

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: **df937778be93a7e4fc270023aafe247bc452ca4e23880656f1da5abc866e2084**

Documento generado en 25/01/2021 07:40:08 AM

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL



BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., veinticinco de enero de dos mil veintiuno

Proceso	:	Ejecutivo con garantía real
Demandante	:	Víctor Manuel Romero
Demandado	:	Oscar Mauricio Rodríguez Benavidez
Radicación	:	110013103040201700460 01
Asunto	:	Apelación auto

Ha de tener en cuenta el memorialista que conforme al artículo 328 de la ley 1564 de 2012, la competencia del Superior en apelación de autos se circunscribe a la tramitación y decisión del recurso, condenar en costas y ordenar copias; por tanto es al a quo a quien corresponde definir sobre la solicitud presentada.

Por Secretaría devuélvase la actuación a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase,

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ruth Elena Galvis Vergara'.

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

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: **4acd8e3158c6ee12fdc259b49f46b5fb410b05523afde3165ba7ec4e0a8b2f5d**

Documento generado en 25/01/2021 08:57:49 AM

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Proceso verbal instaurado por Carlos Andrés Rodríguez Ortiz contra Wiliam Roberto Gutiérrez Botero. Rad. No. 11001319900220190028101.

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Previamente a resolver sobre la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, por **Secretaría** solicítese a la Superintendencia de Sociedades, allegue en medio electrónico el expediente completo de la referencia, como quiera que el link enviado reporta el aviso “*este vínculo se ha quitado*”, sin que permita el acceso al proceso.

Lo anterior, pese a que en reiteradas oportunidades y de manera informal se ha insistido en el envío efectivo del expediente digital.

El archivo deberá ser remitidos a los correos electrónicos secsctribsupbta@cendej.ramajudicial.gov.co con copia al des12ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada

Firmado Por:

**MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 012 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:

**ab54e026394ca4c81dc5977c438d6ae31f781f55d7f04d9d
dbfaf9c80db1aa32**

Documento generado en 25/01/2021 03:57:47 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Proceso verbal instaurado por la Corporación de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo Naval, Marítimo y Fluvial contra Guisepp Ospino Isaza. Rad. No. 11001319900220190045401.

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Se admite en el efecto **suspensivo** el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, contra la sentencia del primero (1º) de diciembre de dos mil veinte (2020), proferida por la Coordinadora Grupo Jurisdicción Societaria I adscrita a la Superintendencia de Sociedades.

Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, los apelantes cuentan con el término de cinco (5) días para sustentar el recurso de apelación, vencido éste, se surtirá el traslado de los mismos a la otra parte por cinco (5) días de acuerdo con el artículo 9º y 14 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 110 del Código General del Proceso.

Los escritos de sustentación y réplica deberán ser remitidos a los correos electrónicos secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co con copia al des12ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada

Firmado Por:

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 012 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:

**be522363809423b98c2b56e7695280c75a2ebb447283d499
8f8d17b31ebb0257**

Documento generado en 25/01/2021 03:57:46 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D. C., veinticinco (25) de enero de dos mil
veintiuno (2021).*

**REF: VERBAL DE IMPUGNACIÓN DE ACTAS
DE ASAMBLEA de CAROLINA y PAULA GÓMEZ ROLDÁN contra
INVERSIONES O.G GÓMEZ VESGA Y CIA LTDA. Exp. No. 2019-00427-
01.**

1.- Tras haber correspondido por reparto el proceso de la referencia para surtirse el recurso de apelación que formularon las demandantes contra el auto del 7 de julio de 2020 pronunciado por el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá, corresponde efectuar el examen preliminar, indagando entre otros puntos si se cumplieron los requisitos para la concesión de la alzada, toda vez que de ello pende su admisión en esta instancia, conforme lo dispone el inciso 4º del artículo 325 del C.G. del P.

*2.- Interpuesta la apelación, debe el Juzgador de instancia establecer si se reúnen los siguientes requisitos, con el fin de determinar si conforme a derecho hay lugar a otorgar el recurso, a saber: **1. Que la providencia sea susceptible de apelación; 2. Que el apelante sea parte; 3. Que la providencia apelada (sentencia o auto) cause perjuicio al apelante; y 4. Que se interponga en tiempo.***

3.- En el sub-lite, se echa de menos el último supuesto, esto es, el recurso se formuló extemporáneamente.

En efecto, como ya se anotó, el auto de censura se emitió el día 7 de julio de 2020 y su notificación por estado electrónico se surtió al día siguiente, según se evidencia en el micrositio del juzgado publicado en el portal web de la rama judicial¹, al paso que el escrito contentivo del recurso se radicó en el buzón de mensajes del despacho el día 15 de julio de 2020, como obra a folio 117 de cuaderno principal, circunstancia que permite aseverar que el término empezó a correr el jueves 9 de julio y se extendió hasta el día lunes 13 del referido mes, por lo que al radicarse en la fecha ut supra, lo fue intempestivo.

¹ <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/35165490/41400611/ESTADO+No.+056.pdf/a66459dc-7d3a-4a35-8f68-12c601f8e75a>

Juzgado 23 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C.

112

De: ALVARO RIVERA <alvaro_rivera14@hotmail.com>
Enviado el: miércoles, 15 de julio de 2020 11:20 a. m.
Para: Juzgado 23 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C.
Asunto: RV: RECURSO DE APELACIÓN RAD. 11001 31 03 023 2019 00427 00
Datos adjuntos: RECURSO APELACIÓN AUTO RECHAZA DEMANDA - Carolina y Paula Gómez R. PDF.pdf; ALVARO012.pdf

Reenvío RECURSO DE APELACIÓN conforme a lo solicitado por devolución al no existir el correo enviado dentro del dominio utilizado.

De: ALVARO RIVERA
Enviado: martes, 14 de julio de 2020 5:05 p. m.
Para: j23cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co <j23cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: RECURSO DE APELACIÓN RAD. 11001 31 03 023 2019 00427 00

Buenas tardes,
Anexo recurso de apelación del asunto
ALVAROI RIVERA Q,
Abogado

De lo anterior, se colige que la censura se instauró con posterioridad a los 3 días siguientes a su notificación por estado, conforme lo prevé el inciso 2° del numeral 1° del artículo 322 del Código General del Proceso, debiéndose añadir que en el expediente no obra ninguna constancia secretarial u otro tipo de probanza del cual pudiera inferirse que la interposición de recurso fue oportuna.

Por lo expuesto, se **RESUELVE:**

1.- **DECLARAR INADMISIBLE** el recurso de apelación interpuesto por las demandantes en contra del auto del 7 de julio de 2020, pronunciado en el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá.

2.- Devuélvanse las presentes diligencias al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

República de Colombia



Tribunal Superior
Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil

Magistrada Ponente
NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Discutido en Sala de Decisión virtual celebrada 4 de diciembre de 2020, 15 y 22 de enero 2021

Ref.: Exp. 11001-3199-003-2019-01072-02

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la sentencia dictada el 19 de agosto del año 2020, por la Superintendencia Financiera de Colombia, en el juicio verbal de protección al consumidor promovido por el Municipio de Une contra el Banco Popular.

ANTECEDENTES

1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

En la demanda se pidió declarar que a causa de la falta de seguridad, calidad y diligencia en la prestación de los servicios financieros que asumió para con el actor el demandado, así como en el manejo de los productos de éste en la entidad, se afectaron sus derechos como consumidor; como consecuencia, ordenar el reintegro de la suma de \$604'040.000, transferidos en cuatro operaciones virtuales, realizadas entre el 21 y el 25 de abril de 2016, de las cuentas que en el Banco tiene el Municipio, a cuentas de terceros con quienes el ente territorial no tiene ni ha tenido ninguna relación o vínculo, suma que deberá ser debidamente indexada.

Sustentó tales súplicas, en los siguientes hechos:

1. Las operaciones por vía internet transfiriendo recursos depositados en las cuentas de la autoridad local en el Banco fueron las siguientes:

- De la cuenta 220-331001008-1, denominada Cuenta Maestra SGR, destinada al pago de contratos para el fortalecimiento de la oficina de planeación municipal y el pago de contratos de inversión, cuya fuente de recursos proviene del sistema general de regalías, las sumas de \$145'540.000 a favor de Carlos Vilarete, y \$186'900.000 a favor de la Fundación Guatapurí.
- De la cuenta 110-331-00026-5, denominada de servicios propios del municipio, destinada al pago del personal de nómina de la oficina la oficina de servicios generales dedicado al aseo, pago de contratos relacionados con la totalización de agua, recolección y disposición final de residuos sólidos y demás necesidades de oficina, que todavía se encuentra vigente, \$158'800.000 a favor de Carlos Vilarete.
- De la cuenta 110-331-00025-7, denominada fondos comunes para pago de nómina y contratos de prestación de servicios y pago de diferentes servicios, que tiene su fuente de financiación en la libre asignación de impuestos, que aún está vigente, la suma de \$112'800.000 a favor del mismo Vilarete.

2. El Municipio había sido inscrito al canal BBS del Banco, *“servicio que ofrece la entidad para realizar transacciones, operaciones y consultas mediante internet, sobre las cuentas”* previamente encargadas por el cuentahabiente, desde el 11 de abril 2002; en enero de 2012, el Alcalde del Municipio había suscrito el reglamento *“para la prestación del servicio ‘E-POPULAR INTERNET EMPESARIAL BBS”*.

3. Además de que en *“ninguna de las transacciones se había inscrito previamente las cuentas beneficiarias ante el banco”*, ni se había suscrito formulario alguno con el fin de registrarlas para que la entidad autorizara la operación, requisito todavía más exigible respecto de la cuenta 220-331-00108-1, por ser una cuenta maestra, los fondos fueron transferidos; inclusive, siendo que las cuentas de *“servicios públicos no pueden quedar sobregiradas”*, el banco obró descuidadamente al no ceñirse a los protocolos de seguridad, lo cual se hace más patente cuando, no obstante que los días 15 y 22 de abril de ese año se habían intentado hacer tres transacciones más, por \$176'540.000, \$206'900.000 y \$140'000.000, a favor de las mismas personas nombradas, que rechazó

por “escasez de recursos”, el Banco nunca informó de ello al Municipio, “*incumpliendo su deber de hacerlo*”, como se lo impone el reglamento.

4. Con todo y que “[f]odas las transacciones fueron efectuadas de la dirección de IP 190.85.54.4”, la cual no corresponde a la dirección IP del demandante, el Banco las autorizó, a sabiendas de que el reglamento advierte claramente que las operaciones realizadas por medio de la banca virtual, deben realizarse desde IP fijas, previamente inscritas, cuya modificación debe hacerse mediante un formulario y confirmarse mediante comunicado de aprobación por la entidad, (parágrafo 4° de la cláusula 2ª del reglamento). El 15 de enero de 2013, el alcalde de turno del Municipio envió al Banco una carta solicitándole tramitar una dirección IP dinámica, aunque advirtiendo que “*dicha solicitud es de forma ‘temporal’*”; petición que, por lo demás, no podía ser aceptada por el Banco, en cuanto que se trata de “*una solicitud para iniciar el trámite respectivo, un mero comunicado que no modifica ni altera el contrato (...) máxime cuando existe un reglamento para la prestación del servicio por parte del banco popular, el cual no admite modificaciones unilaterales por parte de la ‘Empresa’ (...) mucho menos en tratándose de la dirección IP, como quiera que es un requisito que está sometido a unas reglas de control y seguridad por parte del banco, según su propio reglamento (Parágrafo Cuarto del reglamento), lo anterior en aras de proteger las cuentas mediante el canal de internet*”.

5. A raíz de ello, situación que el Municipio constató el 26 de abril de 2016 gracias a la información que recibió esa data de la Sijin alertándolo de los delitos cibernéticos de que habían sido víctimas otros municipios, el actor le solicitó al otro día al Banco - sucursal de Cáqueza-, la devolución de los dineros de las transacciones que en forma irregular se habían realizado, poniendo el hecho al mismo tiempo en conocimiento de autoridades penales, las que, al parecer, tramitan la investigación correspondiente en forma acumulada con las adelantadas por razón del ataque cibernético del que fueron objeto otros municipios; si bien el 10 de mayo siguiente hizo una nueva reclamación al Banco, éste se rehusó, nueve días después, a efectuar el reembolso, aduciendo que “*de la alcaldía se activó el Token y que fue un error del usuario no atender a las precauciones de seguridad*”.

6. La queja antes de iniciar el proceso se formuló ante la Superintendencia Financiera, fue respondida finalmente por dicha autoridad el 1° de enero de 2017, señalando que el Banco “*atendió los requerimientos dentro de la actuación y no es posible un pronunciamiento de fondo*”, por lo que la alternativa era acudir a este proceso.

2. La Réplica.

El Banco se opuso, advirtiendo que al margen de que el Municipio saldó la cuenta maestra 220-331-00108-1 a partir del 1° de septiembre de 2017, la inscripción y el formulario no eran necesarios ni obligatorios respecto de las otras dos cuentas; amén de ello, el alcalde del Municipio solicitó la IP dinámica, sin condicionamientos ni limitaciones para su uso, de tal suerte que por ello debía entenderse que éste sería hasta que el cliente modificara la instrucción; de hecho, la utilizada para las transacciones era una IP utilizada en otras operaciones, al punto que el cliente “utilizaba diferentes IP para el manejo de este canal electrónico, con lo cual ratificaba su intención de continuar con el uso del IP dinámica”, sin contar con que, por esa razón, no podía el Banco desentenderse de la instrucción. Adicionalmente, la entidad no tenía la obligación de informar cuándo una transacción no había cursado, ni tampoco que tuvieran montos máximos.

Al paso que propuso las excepciones de prescripción y la que denominó culpa exclusiva del demandante, dada la responsabilidad del accionante por el hecho de sus empleados e incumplimiento por parte del Municipio de las condiciones del reglamento para la prestación del servicio de internet, adicional a los contratos de cuenta de ahorros y corriente, llamó en garantía a la Previsora S.A., Compañía de Seguros, la que igualmente se opuso a la demanda y al llamamiento, observando que la inscripción de las cuentas o la suscripción de formularios “no era un requisito legal o contractual en las cuentas 110-331-00026-5 y 110-331-00025-7”; amén de ello, la alcaldía solicitó el uso del ID dinámica, de donde, hecha la petición por el representante legal del ente, no era posible para el Banco desentenderse de esa instrucción, lo cual significa que la IP utilizada en las transacciones en cuestión, ratificada en otras operaciones donde se usaron distintas IP, se hizo siguiendo los lineamientos del reglamento de servicios, pues no existía una solicitud contraria. La Alcaldía había activado el token para sus transacciones, “motivo por el cual existían fundamentos suficientes para entender que estas eran legítimas y que si se presentaba algún tipo de irregularidad, lo sería por desatender las normas de seguridad”. Además, de acuerdo con la resolución 1789 de 21 de junio de 2013, la responsabilidad en la inscripción de cuentas destinatarias de pagos y transacciones recae sobre el titular de ella, no sobre la entidad bancaria, como mal lo entiende el Municipio. Como excepciones frente a la demanda propuso las de caducidad o prescripción de la acción de protección al consumidor (artículo 58 de la Ley 1480 de 2011), y las que denominó ausencia de responsabilidad por hecho exclusivo de la víctima, contrato no cumplido e inexistencia de responsabilidad del Banco; y respecto del llamamiento, la de prescripción y las de ausencia de acreditación del siniestro y su cuantía, desconocimiento

del artículo 1077 del Código de Comercio, y terminación del seguro por agravación en el estado del riesgo.

Mediante sentencia anticipada proferida en la audiencia citada con fundamento en el artículo 372 del Código General del Proceso, el a-quo declaró prescrita la acción de protección del consumidor ejercida por el demandante respecto de la reclamación efectuada en la demanda por las sumas de \$145'540.000 y \$186'900.000 sobre la cuenta terminada en el número 1081, manteniéndose la controversia frente a las súplicas deducidas en relación con las otras dos cuentas.

2. La sentencia apelada.

A vuelta de memorar que los extremos del litigio acabaron reducidos por efecto de la sentencia anticipada que se dictó dentro del asunto, en que se declaró prescrita la acción frente a la reclamación hecha por razón de las operaciones realizadas sobre la cuenta número 1081, pasó a teorizar acerca de la acción ejercida, remitiéndose a los criterios que, de acuerdo con la jurisprudencia reciente, deben tenerse en cuenta en tratándose de este modelo particular de responsabilidad profesional, donde se está ante un comerciante que, por oficio, se dedica al manejo de recursos ajenos con fines lucrativos, en quien se encuentra depositada la confianza colectiva, y que por ello debe obrar de manera cuidadosa, diligente y oportuna en ejercicio de sus conocimientos profesionales y especializados en materia bancaria, para impedir el quebrantamiento de los derechos de los titulares de sus productos, como a la postre lo señala el artículo 1382 del Código de Comercio, al establecer que es obligación del banco, en el contrato de cuenta corriente, la de mantener los dineros depositados regularmente para entregarlos en la medida que el cuentahabiente haga disposición de ellos, de conformidad con la ley y el contrato, o con las prácticas bancarias, en lo cual va ínsito eso de que el ente debe mantener las precauciones, diligencia y cuidados indispensables para evitar cualquier tipo de desviación, la que constituye un factor de desatención del contrato, dado su particular designio, responsabilidad de la que solo puede exonerarse en cuanto se acredite que, en todo caso, contó con la autorización del usuario.

Y si los avances tecnológicos en el sector llevan ínsito el riesgo del fraude electrónico, las exigencias, cargas y deberes que tienen dichas entidades debe ser mayor, dado el provecho que obtienen de las operaciones que realizan, al ser dueñas de la actividad que ejercen de manera profesional, habitual y lucrativa, y ser quienes la controlan o, al menos, a quiénes son exigibles los deberes de control y seguridad y diligencia en la

custodia de los dineros provenientes del ahorro privado, de donde el riesgo se materializa con el ofrecimiento a los clientes de una plataforma tecnológica para realizar sus transacciones en línea, vulnerabilidad es inherente a los sistemas electrónicos. A raíz de esto es que *“las instituciones financieras están compelidas a adoptar mecanismos de protección de los datos transferidos en relación con sus usuarios a través de los cuales puede prevenirse la defraudación”,* y por ello *“están sujetas a la responsabilidad que acarrea para ellas la creación de un riesgo de fraude que afecta sus clientes a disposición de los cuales ha dispuesto su plataforma y recursos tecnológicos”.*

A tono con esto es que la sentencia SC1230 de 2018, de 25 de abril de ese año, con radicación 08-1001-31-03-003-2006-00251-01 precisó que si las entidades financieras gozan de algunas prerrogativas propias a su objeto y *“una posición de supremacía frente al usuario también, adquieren ciertas obligaciones para con este debido al alto riesgo social que esa actividad conlleva”,* particularmente el deber de diligencia, mediante el *“ejercicio de controles y adopción de procedimientos dirigidos a la debida y completa identificación de sus clientes y de quiénes utilizan el servicio público para realizar operaciones financieras, tendientes a impedir o minimizar los riesgos que su omisión puede provocar”,* actividad profesional bancaria que, por ende, *“le impone entonces a la entidad en principio soportar las contingencias de su tarea A menos que se demuestre como ya se dijo una causa extraña capaz de fracturar el nexo causal”,* lo cual, en el caso de autos, impone *“demostrar el incumplimiento o la conducta omisiva o culposa por parte del cuentacorrentista que de manera directa o indirecta dio lugar a la realización de las operaciones monetarias que por esta vía reclama, así como también debe entrar a establecer la entidad financiera que paralelamente cumplió con las obligaciones que de acuerdo a la relación contractual y asisten y esto también en armonía con lo que se desprende de lo previsto en el artículo 6° de la ley 1328 de 2009 en cumplimiento de su carga procesal”.*

A partir de esto y después de enfatizar en que de acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso, el reclamo de la Alcaldía por las operaciones realizadas sobre dos de sus cuentas corrientes, sin su autorización, debe tenerse como *“una negación indefinida”,* que no solo la releva de probarlo sino que traslada la carga de demostrar que cumplió con los *“términos pactados”* en el contrato al Banco, concretó el problema jurídico a resolver, a saber, determinar si este último incumplió el contrato al autorizar esas operaciones, por valor total de \$271'600.000, a través del canal virtual de internet EH POPULAR INTERNET EMPRESARIAL BBS, con cargo a esas dos cuentas corrientes, y en caso afirmativo si procede el reintegro.

Y para establecerlo, fijó su atención en la cláusula 3ª de las condiciones para acceder a las claves señaladas por el Banco, al igual que en el reglamento previsto por éste para la prestación del servicio de internet empresarial a los usuarios de la entidad, destacando que si bien para la defensa, el Municipio incumplió con las directrices señaladas en esos clausulados, en cuanto que no fue suficientemente cuidadoso en el manejo de la información y del token entregado para la utilización del servicio, dado el carácter secreto, confidencial, personal e intransferible que se predica de aquellos, no hay prueba en el proceso que descubra algo semejante de parte del accionante.

El informe juramentado del Alcalde, donde refiere que el token se mantenía en una *“caja fuerte movable que se encontraba en el despacho de la tesorería”* y que el ingreso al canal se *“realizaba en el buscador de internet, se ingresaba a la página web www.bancopopular.com.co, posterior, en la zona transaccional, suministrando la información relacionada”*, precisando que luego *“se le requería primero un usuario, segundo una clave del token, tercero una clave del usuario, que no ingresaban a través de otro link y que no recibió con anterioridad al 21 de abril de 2016 correo donde le solicitarán dicha información transaccional”*, y que las operaciones se hacían desde el computador asignado a la tesorera, Francy Carolina Núñez Carrillo, con el servicio de internet que tiene el Municipio, permiten concluir que no hay nada que reprochar al ente en el manejo de los *“elementos transaccionales”*, desde luego que si las transacciones dubitadas no obedecen a un acto permisivo del actor, no hay forma de tildarlo de haber desatendido las medidas de seguridad impuestas por el contrato y el reglamento.

Aunque lo expresado por el Alcalde no es *“prueba en su favor, lo cierto es que la falta de demostración de lo contrario por parte del banco, permite entonces darle credibilidad al dicho o a lo que se relacionó en este informe juramentado”*, aspecto litigioso que analiza con vista en la obligación que por virtud de lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 1328 de 2009, pesa en las entidades financieras, con arreglo al cual deben observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros, cumplidamente los contemplados en el capítulo I, título 2° de la parte primera de la Circular Externa Básica Jurídica de 2014, que integran las obligaciones contractuales de este tipo de entes, cuyo objetivo es mitigar los riesgos naturales y propios que asumen por el ejercicio de una actividad profesional de la se benefician, requerimientos que, en lo que hace al consumidor financiero, están incorporados al contenido obligacional del contrato, tales como el bloqueo de canales o instrumentos para realización de operaciones cuando

existan situaciones o hechos que lo ameriten o un número de intentos fallidos por parte del cliente; la elaboración de perfiles de las costumbres transaccionales de sus clientes y la definición de procedimientos para la confirmación oportuna de las operaciones monetarias que no correspondan a sus hábitos.

Mas, ocurre que aunque el Banco aduce que las transacciones cuestionadas se verificaron dentro de los límites o topes parametrizados por la entidad, y en realidad, de acuerdo con la información que brinda el proceso es posible decir que las operaciones realizadas por el Municipio caen dentro de esos criterios, por sus montos y topes, no es cierto que fuera habitual que en este tipo de transacciones realizadas a través del canal de internet empresarial del Banco *“se generaran errores frecuentes, especialmente para los días 2 y 3 de abril de 2016”*; la bitácora vista a folio 54 enseña cómo a partir del 15 de abril de 2016 se registran reiterados intentos de ingreso a la sucursal virtual con resultado *“rechaza ingreso token - acceso denegado”*, particularmente el día 18 de dicho mes, donde se presentan 8 intentos, y el 21, otro, de manera que aun cuando con anterioridad se advierten errores, siendo a partir de esa data más frecuentes, en orden a preservar la integridad de la cuenta, el Banco debió adoptar provisiones que, ciertamente, no tomó, contraviniendo los criterios señalados por la Superintendencia en su Circular.

Si bien el alcalde del turno del Municipio pidió en 2013 una IP dinámica, solicitud que, indicó, sería de manera temporal, lo cierto es que el reglamento establece en el párrafo 4° de la cláusula 1ª, que todas las operaciones que realizaría la empresa serían desde una IP fija registrada por el usuario en el menú, cuya modificación debía ceñirse a todo un procedimiento descrito allí, comprendiéndose que esto sería de responsabilidad del cliente, de donde, si la comunicación de 2013 precisó que el uso de la IP dinámica sería temporal, el banco debió, ante el incumplimiento del cuentahabiente de registrar una IP fija, *“tomar las medidas al respecto, como requerir oficialmente al cliente, hoy demandante, para el cumplimiento de esta obligación, tal y como ya lo había realizado para el año 2012, como se evidencia de la comunicación aportada por el Municipio con la demanda”*, algo de lo que también se sustrajo, situación que impone, de modo consecuente, declarar no probada las excepciones denominadas culpa exclusiva del demandante por el hecho de sus empleados e incumplimiento de éste de las condiciones del reglamento para la prestación del servicio de internet adicional a los contratos de cuenta de ahorros y corriente.

Así, fulminó la condena en contra del Banco por la suma de \$271'600.000, que deberá indexarse

3. La apelación.

Lo despliega aduciendo que probatoriamente hay forma de afirmar, al contrario de lo estimado por el a-quo, que el cuentahabiente tuvo culpa en la realización del daño, ya porque fue quien hizo las transacciones a que se refiere el proceso o, cuando menos, porque si éstas se efectuaron, fue debido a que alguna persona tuvo acceso a los medios físicos y técnicos necesarios para hacerlas, circunstancia que descubre culpa en éste.

A efectos de hacerlo ver, destaca la importancia de la bitácora o *log* transaccional, herramienta y prueba técnica idónea, si no la única, que permite registrar, analizar, detectar y notificar eventos que suceden en cualquier sistema de información. Allí queda el registro de datos específicos de cada transacción, tales como tipo de operación, usuario, 'fecha máquina' o IP, programa, tipo de conexión, estado, entre otros, al punto que por ello la Superintendencia siempre la requiere en procesos donde se cuestiona la utilización de un canal electrónico.

La bitácora de las operaciones cuestionadas aportada al proceso, que no fue objeto de peticiones por el demandante, y el 'Digipass', que registra los ingresos y la utilización de usuarios e informa que las transacciones no fueron anormales, validación exitosa del OTP del token serie 2290435296 AES, Alfredo Esteban Santiago C802, analizados desde el punto de vista técnico, entendiendo lo que significa cada locución: login, token, usuario, y la forma como funciona el mecanismo de seguridad, permite establecer que a la usuaria primaria del sistema, Francly Carolina Núñez Carrillo, creada a solicitud del Alcalde solo dos meses antes de los hechos, se le asignó el login "bpfrancyn" y el token del serial 2290435296 AES_C802, información que coincide con la bitácora transaccional de las operaciones cuestionadas en el proceso, algo que no tuvo en cuenta el fallador de primera instancia, al preterir el documento visto a folios 82 a 84, aportado con la demanda, donde el grupo legal de riesgos operativos de la Superintendencia responde la queja del Municipio, advirtiéndole que para haber podido realizar las transacciones, se debió contar con la información relevante o reservada entregada por la entidad financiera, información personal, y el PIN, o sea, que fueron realizadas por la persona autorizada por el titular para efectuarlas.

Además, la declaración escrita del alcalde, según la cual el token y la clave se mantenían en una caja fuerte, y que la única IP que se utilizaba era la de la tesorera, Francly Carolina Núñez Carrillo, la única autorizada para manejar el canal, quedó desvirtuada con las conclusiones del grupo legal de riesgos operativos de la Superintendencia, y con el

reglamento, propiamente dicho, donde el Banco hace unas recomendaciones de seguridad, entre las que está una que dice que el cliente debe asignar a distintas personas, dentro de su organización, para la aprobación de pagos o transferencias, acreditando dos usuarios, por lo menos, uno con capacidad de crear la transferencia o el archivo para el pago, quien no debe estar en capacidad de autorizar la aprobación; y otro con capacidad de aprobar la transferencia o el archivo creado por el primer usuario, sin capacidad para crearlo, algo que, siendo vital en el manejo de dineros públicos, como lo tiene dicho la Contraloría General de la República, fue descatado por el Municipio, dejando ver su negligencia.

Lo cual, por lo demás, se corrobora con lo expresado por el documento visto a folio 1 de los adjuntos derivado 07 del expediente, aportado con la demanda y suscrito por la tesorera, que señala como excelente la capacitación brindada por y marca todos los campos en que se capacitó, al que se suma el manual de uso, arrimado también a los autos y visto a folio 46, donde se detalla cada paso para utilizar el canal y se describen todos los controles de seguridad que puede generar el titular, mediante la creación de perfiles, tales como usuarios secundarios, asignación de privilegios, cambio de contraseñas, segundas aprobaciones, seguimientos, asignación y administración de tokens, parametrización de IPs y la posibilidad de hacer consultas diarias, o y si se quiere, en línea.

Así, no habiendo la tesorera adoptado medidas de seguridad para evitar el fraude, no puede el Municipio alegar su propia torpeza, como que hecho se desprende de que haya advertido el fraude solo después de que la Sijin lo alertó de lo que venía sucediendo con otros municipios, haciéndole unas recomendaciones de seguridad muy completas, contenidas en unos documentos ISO, que ciertamente debió seguir el accionante, quien solo después de la comunicación estableció lo acaecido con sus cuentas; tanta fue la negligencia del Municipio, que en septiembre tuvieron otro evento igual al que da origen al proceso.

La responsabilidad en esas seguridades es del ente territorial, cual lo ha dicho igualmente el Ministerio de Hacienda y el DNP, al fijar las reglas del manejo de las regalías por parte de los municipios a través de cuentas maestras, entre las cuales está la de que su manejo concierne exclusivamente al titular de dichas cuentas, la inscripción de cuentas destinatarias de los recursos, al igual que la administración y control de los recursos del SGR, todo lo cual contrasta con el reglamento de utilización del canal electrónico que ofrece el Banco a sus clientes.

El contrato, por lo demás, no obstante lo apreciado por el a-quo, no puede afirmarse que un contrato “solo se puede modificar agotando el procedimiento señalado en el mismo contrato para ello”; esto sería tanto como decir que un contrato se puede modificar, excepto “en lo atinente a su procedimiento para modificarse”, lo cual suena tautológico, pues si de los artículos 13, 26, 32 y 40 de la ley de contratación pública, se desprenden una serie de obligaciones, cargas y principios en la materia, en cuya base está la autonomía de la voluntad, lo que implica el reconocimiento de un poder de autorregular los propios objetivos e intereses de las partes; el individuo tiene plena libertad de contratar, o no; de elegir el tipo contractual; pueden celebrar contratos atípicos; tiene capacidad para modificar los contratos típicos, si es que la norma tiene carácter dispositivo y, “en lo que hace al procedimiento para modificar una instrucción para el manejo electrónico de recursos depositados en cuenta corriente, la tiene”, de tal suerte que si quien modifica tiene capacidad para hacerlo, en el caso en estudio, donde quien hizo la modificación fue la persona que habilitada para ello, bien puede aceptarse, pues “no contraviene alguno de los límites señalados en el artículo 1255 del Código Civil, es decir, no es contrario ni a la ley ni a la moral ni al orden público”, como lo advierte un autor nacional en un texto sobre la teoría de la responsabilidad fiscal.

La misma delegatura de la Superintendencia lo ha dicho en otros casos, citando doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto que los consumidores financieros deben atemperarse a las buenas prácticas de protección propia que establece la Ley 1328 de 2009, “sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones especiales pactadas en el respectivo contrato, siempre y cuando ellas no correspondan a cláusulas que limiten o restrinjan los derechos del consumidor o exoneren a la entidad de responsabilidad”.

Así las cosas, no existiendo prueba de fallas en el canal electrónico del Banco, cual lo acreditan diferentes medios probatorios, y siendo que el portal cumple con los lineamientos de calidad y seguridad en la información que establece la Circular Básica Jurídica, y que la entidad logró recuperar \$175'200.643, cual lo aceptó el demandante, la sentencia debe confirmarse.

Dijo el a-quo que los errores cometidos al procesar las transacciones no eran habituales; pero la bitácora del sistema desvirtúa esa conclusión, en cuanto demuestra que el usuario cometía errores en ese procedimiento, lo cual hacía necesarios varios intentos antes de realizar la operación; ATH lo certificó y por ello, no puede endilgársele responsabilidad al Banco.

CONSIDERACIONES

1. Concurren los presupuestos procesales y no se advierte irregularidad alguna que invalide lo actuado, por lo cual procede dirimir el mérito de la controversia, dentro del ámbito de competencia de esta instancia, la cual está delimitada por los reparos formulados y sustentados tempestivamente por el apelante, lo que, por contera, deja al margen del escrutinio cualesquier cuestión que no hubiere suscitado inconformidad y que no esté íntimamente relacionada con las eventuales modificaciones frente a lo resuelto en primera instancia (artículo 328 del C.G.P.).

De ahí que, en el caso sub judice, sólo se resolverá sobre los aspectos combatidos en la apelación.

2. Ahora, habiendo accedido el a-quo a las súplicas de la demanda por haber establecido que las transacciones dubitadas por el actor respecto de dos de las cuentas a que se refiere el proceso, pudieron verificarse debido a la negligencia del demandado, que no obstante tener en sí una serie de cargas y obligaciones que le imponían adoptar provisiones urgentes para salvaguardar los intereses de su cuentahabiente, derivadas éstas no solo del contrato y el reglamento de utilización del servicio del canal virtual ofrecido al consumidor, se sustrajo de honrarlas, pues nada hizo a sabiendas de que los intentos fallidos realizados entre los días 15 y 21 de abril de 2016 lo ameritaban, esperábase que los embates de la apelación se enfilaran a cuestionar estas apreciaciones jurídicas y probatorias del sentenciador de primer grado, desde luego que si el ejercicio del derecho a la impugnación se comprende como un enfrentamiento entre lo decidido por el juzgador y la argumentación que se ofrece con el fin de rebatirlo, lo lógico sería que el Banco, obrando al compás con esa lógica, arremetiera contra aquello.

Mas, sopesando esos motivos de desacuerdo que exhibe el Banco en el recurso, no encuentra la Sala, realmente, que controvierta, o menos, trate de refutar esas conclusiones del a-quo. Ciertamente, las emprende contra él aduciendo que existe un cúmulo importante de elementos dentro del proceso que autorizan pensar que el Municipio fue poco prudente en el manejo de la seguridad de la dirección IP, pues al margen de que las directrices gubernamentales indicaban mucho mayor tiento en ello, contractual, reglamentaria y legalmente, el cliente tenía en sus hombros una carga de diligencia que finalmente desdeñó. Pero frente a lo suyo enmudece, como si una entidad financiera fuera ajena a esos controles cuya desatención avistó sin muchas averiguaciones el

sentenciador de primer grado. Acaso buscando persuadir de que no obstante la desatención a sus obligaciones, la del demandante es mayor, de tal jaez que alcanzaría para opacar o, más bien, desdibujar, su omisivo proceder y, en ese orden, desquiciar el fallo de primer grado que dedujo responsabilidad en la entidad demandada.

3. A juicio del Tribunal, sin embargo, tal aspiración es vana. Y a fe que resulta ser así, porque esa indiferencia con sus deberes de parte del demandado, en un contexto constitucional, legal y reglamentario como el que es característico del sistema financiero, comúnmente catalogado como de orden público e interés general, pues comporta un servicio esencial, de marcado acento liberal, donde día a día las políticas gubernamentales se inclinan por bancarizar la mayor parte de los renglones económicos, inclusive los menos visibles, acaso porque a través del sistema y la regulación es posible acercarse más a la idea de un control absoluto de la economía, no puede pretender el demandado, un actor importante dentro de ese escenario, que se lo trate igual que a un cliente-consumidor cualquiera, menos un cuentahabiente como lo es el demandante, pues, definitivamente, desde ningún ángulo, es posible predicar una eventual homogeneidad en una relación de consumo.

A la final, como lo expone en forma providente el fallo SC18614 de 2016 de 19 de diciembre de 2016, *“los titulares de cuentas corrientes y de ahorro, constituyen la parte débil de la relación y el Banco, en principio, tiene una posición dominante”*, cuya existencia hace necesaria *“la intromisión estatal”*, cuyos objetivos, en concordancia con el interés público, están en que *“se tutelen preferentemente las expectativas de ahorradores y depositantes; y las operaciones «se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia», al tenor del artículo 46 ibídem”*.

Y se trata de una posición de dominio, porque la banca, en sus diversas manifestaciones, representa *“una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que ‘barrenando los principios liberales de la contratación’ como lo dijera un renombrado tratadista (...), les permite (...) predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar... (CSJ SC, 30 Jun. 2001, Rad. 1999-00019-01), lo cual “justifica el establecimiento de controles y políticas restrictivas en su desarrollo” y, a la par, imponerles una exigencia “de un mayor grado de diligencia y profesionalismo, porque la actividad que desarrollan además de profesional, tiene los rasgos de ser habitual, masiva y lucrativa, requiere de una organización para ejecutarla y del conocimiento experto y singular sobre las operaciones*

que comprende, así como de los productos y servicios que ofrece al público, razón por la cual los estándares de calidad, seguridad y eficiencia que se le reclaman, son más altos que los exigidos a un comerciante cualquiera” (sentencia citada).

4. De ahí, por supuesto, que siendo el banco profesional en el lucrativo negocio de la intermediación financiera, teniendo en sus hombros ese tipo de exigencias que surgen de la naturaleza de su oficio, no puede pretender, como ya se puso de presente, que se lo trate de la misma forma que se haría con un usuario consumidor cualquiera, y mucho menos con una entidad territorial, como lo es el actor, cuyas características exigen a la institución bancaria un mayor cuidado y diligencia, pues al aceptarlo como cuentahabiente está persuadido de que los dineros que va a manejar son recursos públicos, que dado el modelo de administración de ese tipo especial de personas jurídicas de derecho público tienen, que cambian cuatrienalmente a cuenta de la elección popular de sus dignatarios, quienes en las más de las veces traen una nueva planta de personal de apoyo su gestión, amerita una especial diligencia, sobre todo cuando ese cuatrienio termina y se reinicia, representa un reto con el que debe lidiar, desde luego que, a ojos vistas, eso obsta dispensarle un trato igual en el contexto de la relación de consumo.

A estas, si de acuerdo con el artículo 3° de la Ley 1328 de 2009, aludido por el a-quo, es incontrovertible que las instituciones financieras deben sujetarse a las instrucciones que en materia de seguridad y calidad establece la Superintendencia Financiera, es obvio que si la Circular Básica Jurídica de dicha autoridad imparte unas instrucciones generales para la prestación de los servicios financieros, en el acápite denominado de esa forma, título II, capítulo I: “Canales, Medios, Seguridad y Calidad en el Manejo de Información en la Prestación de Servicios Financieros”, de adopción obligatoria para “*todas las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la SFC*”, como se declara en el encabezamiento del título, es obvio que si el banco debía “[e]laborar el perfil de las costumbres transaccionales de cada uno de sus clientes y definir procedimientos para la confirmación oportuna de las operaciones monetarias que no correspondan a sus hábitos”, según se lo ordena el artículo 2.3.3.1.13. del título, y “[e]stablecer mecanismos fuertes de autenticación para las operaciones que, de acuerdo con el análisis de riesgo de cada entidad, generen mayor exposición al riesgo de fraude o suplantación. El análisis debe estar documentado y a disposición de la SFC. Igualmente, este análisis debe tener en cuenta aspectos como el perfil transaccional del cliente, monto de operaciones, tipo de producto, canal, etc.”, tal como lo prescribe el artículo 2.3.3.1.27 *ibidem*, es clarísimo que, ostentando el usuario esas características a que se viene refiriendo el Tribunal, no podía, el Banco hacer caso omiso a esas alarmas que de suyo representaban esos intentos

fallidos y no habituales por acceder a la plataforma virtual que antecedieron al fraude de que fue víctima el cuentahabiente.

5. A decir verdad, si, cual lo advierte el fallador de primer grado, el número de errores presentados en ese lapso comprendido entre el 15 y el 21 de abril de 2016, no puede calificarse de habitual, desde que superaron el número normal de equivocaciones que en los períodos anteriores se presentaron al intentar acceder a las cuentas del Municipio para realizar transacciones sobre ellas, cual puede corroborarse sin mayores tropiezos en la bitácora transaccional aportada a los autos en varias ocasiones, conclusión probatoria que no da en refutar la apelación, tal vez por la razón que arriba se explicó, opina la Sala que de haber llevado una caracterización más acorde con las necesidades del usuario, el demandado habría, desde un comienzo, atajado el fraude, así el cúmulo de operaciones fuera el que se alude en la defensa, pues, está visto, se trataba de una situación anormal, aislada y por fuera de los patrones de comportamiento financiero del cliente que, de haber sido advertida, cual le era exigible al demandado, imperaba de él, como profesional y experto en el oficio, la adopción de medidas de verificación que nunca tomó. A propósito, como lo señala el fallo SC 18614 de 2016 citado, tal desidia *“presupone la falta de rigor y proactividad para afrontar situaciones particulares y extraordinarias que atenten contra los recursos del público en general”*.

Porque, según más adelante lo expresa el fallo citado, *“atendiendo la naturaleza de la actividad y de los riesgos que involucra o genera su ejercicio y el funcionamiento de los servicios que ofrece; el interés público que en ella existe; el profesionalismo exigido a la entidad y el provecho que de sus operaciones obtiene, los riesgos de pérdida por transacciones electrónicas corren por su cuenta, y por lo tanto, deben asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos a través de reparar los perjuicios causados, y no los usuarios que han confiado en la seguridad que les ofrecen los establecimientos bancarios en la custodia de sus dineros, cuya obligación es apenas la de mantener en reserva sus claves de acceso al portal transaccional”* (sublíneas ajenas al texto).

6. Ahora, es cierto que el Municipio utilizó una IP dinámica en otras ocasiones. En ello atina la apelación al subrayarlo, tratando de desplazar los niveles de culpa en el fraude hacía su contraparte. Mas, el problema que afronta la impugnación para lograr ese objetivo es que ello desnuda, en sí, un comportamiento ambivalente de su parte, pues si el en 2012, en comunicación de 4 de enero de ese año, ya venía recordándole, entre otras cosas, que centradas sus preocupaciones porque los *“servicios transaccionales*

realizados por nuestros clientes, cuenten con las medidas de seguridad necesarias, en especial las efectuadas a través del canal de internet”, se sugería, entre otras medidas de control, que los clientes hicieran “el registro de la(s) dirección(es) IP Dirección Pública de Salida a Internet) fija(s)”, lo cual, contrastado con lo expresado en el parágrafo 4° del reglamento para la prestación del servicio “E-POPULAR INTERNET EMPRESARIAL BBS” aportado con la demanda, es indicativo de que para el Banco, el usuario, debía ceñirse a los criterios de uso del canal previamente determinados en sus reglamentos, no se entiende por qué, siendo que sus directrices eran esas, el año siguiente, atendiendo una solicitud de esa misma administración, que constitucionalmente debía haber iniciado su gestión el 1° de enero de 2012, permite las IP dinámicas.

Y, aún más grave, desoyendo el contenido de la solicitud en cuestión, fechada el 15 de enero de 2013, pues en ella se anotó claramente que eso sería solamente “temporal”, es decir, por un periodo definido, de suerte que si, como profesional y experto, tenía que analizar y ponderar la viabilidad de la petición, proyectando sus eventuales efectos en el tiempo, desde un comienzo debió precisar cuánto tiempo duraría esa situación anormal y por fuera de lo reglamentario; situación que, sobrevenido el cambio de administración local en el cuentahabiente, demandaba un proceder mucho más cauto y proactivo del que tuvo, por supuesto que esa capacitación de la tesorera del Municipio, Francy Carolina Núñez Carrillo, acreditada con el documento visto a folio 1 del derivado 07, dice algo en favor del Banco, pero en medio de ese elenco de acontecimientos presentados en torno al fraude, inane a la hora de deshacer la responsabilidad que pesa en él, y mucho menos trasladárselo al consumidor financiero, que ultimadamente no hace más que atenerse a las posibilidades tecnológicas que le proporciona la institución financiera para el uso y conservación de sus recursos.

Y así el grupo legal de riesgos operativos de la Superintendencia haya dicho en la respuesta a la queja que por los hechos formuló el Municipio ante dicha autoridad de supervigilancia, que las transacciones se realizaron por alguien que debió contar con información relevante o reservada entregada por la entidad financiera, información personal, y el PIN, el problema, ya en este juicio de protección al consumidor, no es lo que haya dicho esa dependencia acerca de cómo pudo haber ocurrido el fraude, sino la responsabilidad del Banco por no haber adoptado las provisiones oportunas y necesarias para evitarlo, sobre todo sabiendo de la nueva situación que afrontaba el cliente, a cuya tesorera acababa de capacitar, muy seguramente porque de esa caracterización que obligatoriamente debe hacer del usuario, estaba persuadido de que el cambio hacía necesario aguzar las medidas de seguridad, control, calidad y verificación.

7. Algo a lo que, por lo demás, debió haber estado mucho más atento el Banco, pues si una de las cuentas atacadas por los ciberdelincuentes fue una cuenta maestra, cuyas condiciones de utilización y su seguridad son mucho más exigentes, es clarísimo que presentada la alerta sobre el posible fraude pretendido respecto de ella, cuya detección, en esas condiciones era mucho más hacedera, fácil habría sido detectar los otros ciberataques intentados respecto de las otras dos cuentas del Municipio que resultaron defraudadas, así, incluso, se entendiera que el contrato terminó modificado por efecto de la solicitud que en 2013 hizo el alcalde anterior pidiendo una IP dinámica, lo cual busca demostrar esforzadamente la apelación, obviamente que la negligencia del Banco no se mide en función de la desatención de ese deber contractual y reglamentario, sino en los desvaríos en el deber de cuidado, seguridad y calidad que su condición de profesional y experto en el oficio que le concernían.

Las omisiones del Banco, para concluir, son inaceptables. Y de ellas se deduce responsabilidad para él, pues incluso mirando el comportamiento del consumidor, lo que aflora es simplemente una manera de atemperarse a los criterios de utilización del canal que previamente le tenía dispuestos la institución; nada más, naturalmente que, en estas condiciones, cargarle algún grado de culpa no se compadece con las obligaciones de seguridad, custodia y calidad, que a su turno, están en cabeza del Banco, quien debió detectar, primero que nadie, el hecho.

8. La sentencia apelada, en ese orden de ideas, debe ser confirmada, por lo que se impondrá la condena en costas a cargo de la parte vencida.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia dictada el 19 de agosto de 2020, por la Superintendencia Financiera, dentro de la acción de protección al consumidor promovida por el Municipio de Une contra el Banco Popular.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de esta instancia a la parte apelante, incluyendo como agencias en derecho a favor de la contraparte la suma de un millón de pesos (\$2.500.000.00), monto fijado por la magistrada ponente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

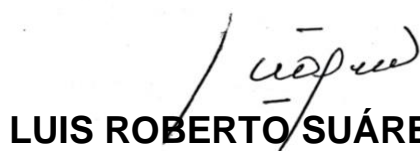

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D.C., veintidós de enero de dos mil veintiuno

En atención al informe secretarial que antecede se aprueba la liquidación de costas efectuada por la secretaría, al no haber sido objetada y hallarse conforme a derecho.

Notifíquese,


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARIN**

Rad. N° 110013199 001 2018 23514 01

En virtud de lo dispuesto en el artículo 140 del Código General del Proceso, así como del principio de la buena fe, se acepta el impedimento expuesto por el Magistrado Marco Antonio Álvarez Gómez en proveído de 19 de enero de 2020, motivo por el cual se asume el conocimiento del asunto en referencia.

Secretaría abone el expediente y, cumplido ello, ingréselo a Despacho para resolver sobre la admisión o no del respectivo recurso de alzada.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE¹,

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: **72921221cb68d74767a3293515900362ecd84e1db795d106816851dd294a03fc**
Documento generado en 25/01/2021 08:22:02 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

¹ Para consultar el proceso digital visite: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil-despacho-17/14>

República de Colombia

Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.

SALA CIVIL

MAGISTRADA PONENTE: HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Atendido el informe secretarial de esta calenda y de conformidad con lo dispuesto en el inc. 3° del art. 14 del D.806 de 2020 en concordancia con el art. 322 de la Ley 1564 de 2012, como el recurso de apelación no fue sustentado oportunamente, se declara desierto el formulado por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, el 13 de octubre de 2020.

Notifíquese,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hilda González Neira', written over a horizontal line.

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada

(03201901835 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:

**0636ab1c740e5e350e5d1a1420d4c399e1f81857a899263324396c4
020959249**

Documento generado en 25/01/2021 02:53:21 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

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

Magistrada Ponente
NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

Bogotá D. C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y aprobado en Sala dual ordinaria N°01 realizada el 15 de enero de 2021 .

Radicación: 11001-3103-005-2018-00022-01
Asunto. Verbal
Recurso. Súplica
Demandante: Edificio Oficina Grupo 7 Torre I P.H.
Demandado: Inversiones Tamar S.A.S. y otro
Ingreso. 04/12/2020

Decídese el recurso de súplica interpuesto por la parte actora frente al auto dictado el 18 de noviembre de 2020, dentro del juicio citado en la referencia, cuya sustanciación fue asignada a la Magistrada Adriana Saavedra Lozada.

ANTECEDENTES

1. El 6 de julio de esta anualidad, la actora solicitó, con apoyo en los numerales 3°, 6° y 8° del artículo 133 del C.G.P., y el artículo 29 de la Constitución Política Nacional, la nulidad de la actuación surtida en esta instancia, a partir del auto fechado 16 de junio de 2020, el cual ordenó correrle traslado para sustentar la apelación que propuso en contra de la sentencia de primer grado.

Como sustento de su pedimento, pretextó, respecto de la causal 3ª del artículo 133 del C.G.P., que el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales, por medio de diversos acuerdos, con las excepciones previstas en aquellos y, por su parte, el Gobierno Nacional en el Decreto 806 de 2020 previó que para su reanudación resultaba

necesario otorgar un plazo prudencial para ello; empero, a su juicio, el trámite de segunda instancia fue reanudado antes de conferirle esa oportunidad.

Los otros motivos de invalidación, en su opinión, se configuran puesto que, a la luz del Decreto 806 de 2020, la oportunidad para sustentar la alzada requiere la adopción de medidas especiales, en tanto las providencias dictadas además de notificarse por estado “requieren ser notificadas mediante estado electrónico”, amén de exigir el cumplimiento de medidas para enterar efectivamente a los sujetos procesales de la providencia, tales como el envío de la misma a sus correos electrónicos registrados en el expediente. De ahí que alega que en el presente proceso “se omitió la oportunidad para sustentar la apelación por falta de comunicación efectiva que me permitiera enterarme de la oportunidad para sustentar la apelación”, pese a que su dirección electrónica obra en el expediente. Adicionalmente, arguye que el susodicho auto “se notificó mediante estado electrónico E-27 del 17 de junio de 2020 e inserción de la providencia en el mismo estado, pero se omitieron los requisitos ordenados en el Decreto 806 de 2020, en particular, el de enviar copia de la providencia a través del correo electrónico”.

Por último, adujo que la vulneración al debido proceso y al derecho de defensa se produjo, en síntesis, porque “la providencia que dispuso el traslado para sustentar, no está amparada por ninguna de las dos leyes procesales mencionadas” (C.G.P. y Decreto 806 de 2020) “y por la misma razón, la providencia no está conforme a leyes preexistentes (...)”.

2. En proveído de 18 de noviembre del año que avanza –auto suplicado–, la Magistrada Ponente denegó la nulidad deprecada, tras considerar, que aun cuando el peticionario alegó cuatro causales de nulidad, todas ellas fundadas en un argumento común, esto es, haber omitido remitir a su correo electrónico el proveído emitido el 16 de junio de 2020 mediante el cual se corrió el traslado para sustentar la alzada, lo cierto era que esa actuación no era exigible, por cuanto no hay soporte legal que imponga que la notificación de la aludida decisión deba ser enviada vía e-mail.; además, estimó que no fue pretermitida la oportunidad para sustentar los reparos, habida cuenta el traslado impuesto por el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 se surtió, cosa distinta es que el recurrente dejara de recorrerlo.

Por lo demás, consideró que el inciso 5º del artículo 8 del precitado decreto no era aplicable, en tanto regula exclusivamente lo atinente a las notificaciones de providencias que deban surtirse en forma personal; igualmente, señaló que la invalidación fundada en el artículo 29 de la C.P. cabe exclusivamente respecto a las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, además, puntualizó que una cosa son los reparos concretos al fallo opugnado que deben formularse ante el a quo y otra la sustentación de los mismos ante el Superior.

3. El extremo demandante cuestionó dicha determinación en súplica, insistiendo en los argumentos expuestos al momento de promover la nulidad en comento.

4. Una vez surtido el traslado previsto en los artículos 110 y 332 del C.G.P., procede desatar la súplica, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Las nulidades procesales constituyen un remedio excepcional enfocado a enmendar aquellas irregularidades o deficiencias que pueden presentarse en el curso del litigio y, por su magnitud, comprometan el debido proceso y el derecho de defensa; consecuentemente, no son un simple instrumento para procurar la cabal observancia de las formas procesales, sino que obedecen al propósito de resguardar las garantías constitucionales a las partes e intervinientes afectadas con el vicio.

Así mismo, están regidas por el principio de la especificidad¹, en cuanto a que los motivos generadores de la misma los instituyó taxativamente el ordenamiento procesal, así el actualmente vigente los consagra en su artículo 133.

2. Ahora bien, como quedó dicho en líneas anteriores, el demandante considera que en el *sub júdice* concurren las causales de nulidad ya anotadas, las cuales se desencadenaron, según su modo de ver, por la falta de remisión a su correo electrónico, del auto que ordenó correr el traslado para que sustentara el recurso de alzada por él propuesto frente al fallo proferido por el *a quo*.

3. Al respecto, comporta recordar que el Consejo Superior de la Judicatura, mediante los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546 y PCSJA20-11549, suspendió los términos judiciales, estableció algunas excepciones y adoptó otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia de la COVID-19, la cual ha sido catalogada por la Organización Mundial de la Salud como una emergencia de salud pública de impacto mundial.

Y con el propósito de normalizar “el servicio de justicia” fue ampliando las excepciones a esa suspensión de los términos judiciales; así, en el artículo 7º del Acuerdo PCSA20-11556, emitido el 22 de mayo de 2020, excluyó de dicha medida en materia civil “el trámite y decisión de los recursos de apelación y queja interpuestos contra sentencias y autos,

¹ C.S.J., Cas. Civ. 21 de marzo de 2001, Exp.No.5198; 24 de febrero de 1994 y 3 de febrero de 1998, entre muchas otras.

así como los recursos de súplica” (numeral 7.2); de suerte, pues, que a partir de la publicación en la Gaceta de la Judicatura del precitado acto (Gaceta XXVII - Vol. XXVII Ordinaria No.3, fechada 22/05/20) era factible continuar el trámite de las alzadas propuestas frente a los fallos dictados en primera instancia.

Ante ese levantamiento de los términos, la funcionaria profirió el auto de 16 de junio de 2020, en el cual, con sustento en el artículo 14 del Decreto 806 de la misma anualidad, corrió traslado a la parte apelante -demandante- para que sustentara la alzada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esa decisión, la que fue surtida por “estado” electrónico E-27 el día 17 de junio del año que avanza, insertándose en el mismo no solo todos los datos exigidos por el artículo 295 del C.G.P., sino también la susodicha providencia, como bien puede apreciarse en el respectivo link.

Luego, el acto de enteramiento del proveído en cuestión fue realizado en la forma señalada por el precitado artículo 295, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, concretamente, las prescripciones del artículo 103 ibídem, según el cual “en todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura”; por consiguiente, ninguna irregularidad capaz de viciar la actuación se estructura, como lo puntualizó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 20 de mayo de 2020, Exp.No.2020 00023 01.

Luciendo, por demás, incongruente el motivo pretextado, con las causales de nulidad alegadas, en tanto que el trámite, no estaba suspendido para el momento de la expedición de la providencia que corrió traslado, siendo notificada en legal forma y, mucho menos, resultó omitida la oportunidad para sustentar la alzada, pues, el plazo para ello, precisamente fue habilitado a través de la determinación de 16 de junio de 2020, cosa distinta que el interesada hubiera dejado fenecer esa oportunidad legal.

Aún más, la supuesta falta de remisión al correo electrónico del aquí incidentante del auto que le corrió traslado traslado para sustentar la alzada por él propuesta frente al fallo proferido por el *a quo*, tampoco se configura porque esa exigencia no está prevista legalmente como requisito para surtir la notificación por “por estado”, mediante la cual debía cumplirse el

acto de enteramiento de la susodicha decisión, a la luz de lo dispuesto en el artículo 295 del C.G.P.

Así lo ha decantado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en varios fallos de tutela², según los cuales “(...) Del citado canon es irrefutable que para formalizar la ‘notificación por estado’ de las disposiciones judiciales no se requiere, de ninguna manera, el envío de ‘correos electrónicos’, amén que se exige solamente, como ya se dijo, hacer su publicación web y en ella hipervincular la decisión emitida por el funcionario jurisdiccional. (...)”; incluso, dejó en claro que “pese a que los acontecimientos actuales tocantes con la pandemia (COVID-19) han afectado todo lo atañadero con la jurisdicción nacional, ello no exonera a las partes involucradas en un litigio del deber de asumir, diligentemente, la carga de revisar lo propio en el sistema de la página web de la Rama Judicial, donde se refleja con suficiente claridad, el estado actual de los juicios activos y las notificaciones que expide la jurisdicción, para la ejecución de los actos procesales que le son propios. (...)”.

Por ello, en conclusión, el acto de enteramiento de la providencia que corrió traslado para sustentar la alzada se surtió en legal forma.

4. En todo caso, la forma de explicitar la fundamentación, esto es, por escrito y no oral, en modo alguno, comporta la preterición de la “oportunidad” para “sustentar el recurso”, porque la realidad procesal evidencia que, al margen de cualquier discusión sobre cual norma aplicable, aquella le fue conferida y bien pudo presentar por escrito los motivos fundantes de la censura formulada a la sentencia dictada por el a quo.

5. En cuanto a la denominada nulidad constitucional, ha de mencionarse que ésta fue agregada por vía jurisprudencial a los motivos de invalidación previstos en el artículo 133 del C.G.P. y, consagrada en el artículo 29 de la Carta Política, según el cual “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, esto es, “sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone ésta”³, no encajando en esa puntual causal los argumentos expuestos por el ahora suplicante.

6. En esas condiciones, la súplica no está llamada al éxito, lo cual comporta condenar en costas al inconforme (artículo 365 numeral 1° del C.G.P.).

² C.S.J., Sala de Casación Civil, Sentencias de tutela: 5 de agosto de 2020, 28 de agosto de 2020 y 28 de octubre de 2020.

³ Corte Constitucional C-491 de 2 de noviembre de 1995, en armonía con los fallos C-090 de 18 de marzo de 1998, SU 159 de 2002 y C-657 de 1996, cuyos apartes están citados en la Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia SC211 de 2017, dictada el 20 de enero de 2017 dentro del asunto radicado bajo el N° 2005-00124-01.

Por lo expuesto, se

RESUELVE


Primero.- **DECLARAR IMPRÓSPERO** el recurso de súplica propuesto contra el auto de 18 noviembre de 2020, proferido por la Magistrada Adriana Saavedra Lozada, en el proceso de la referencia.

Segundo.- Costas de la súplica a cargo del recurrente. Liquidense de conformidad con el artículo 366 del C.G.P., incluyendo como agencias en derecho la suma de \$600.000.

Tercero.- En firme esta decisión, **devolver** el expediente al juzgado de origen, previas las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

-con aclaración de voto-



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

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación 11001-3103-005-2018-00022-01. Verbal de Edificio Oficina Grupo 7 Torre I P.H. contra Inversiones Tamar S.A.S. y otro. Recurso de Súplica.

Con el debido respeto que siempre he profesado a las señoras Magistradas integrantes de la Sala de Decisión, me permito consignar a continuación las razones por las cuales aclaro mi voto, pues aun cuando comparto la decisión que desestima el medio de censura, debo precisar que la posición que la suscrita ha adoptado en asuntos como el *sub-examine*, es que como la apelación contra la sentencia de primera instancia se formuló bajo los apremios del Código General del Proceso, ha debido ser tal rito el que discipline el trámite de la alzada y no el previsto en el artículo 14 del decreto 806 de 2020.

Sin embargo, como en el recurso que nos ocupa solo nos es dable pronunciarnos sobre los reparos expuestos en la impugnación, esto es, los que atacan la improsperidad de la solicitud de invalidez fundada en una presunta indebida notificación del auto que corrió traslado de alegatos, independientemente del criterio de las integrantes sobre la aplicación de la evocada disposición, a ello debe circunscribirse la Sala.

En efecto, es indudable que la pandemia que nos afecta hizo imperativa la declaratoria de emergencia sanitaria; y, por ende, la expedición de la normativa declarativa de su desarrollo, como la que nos ocupa. Pese a ello, es claro que la situación del estado de excepción no permite el desconocimiento de la constitución, ni de la ley. En consecuencia, se

incorpora en la Legislación Colombiana ya existente.

Revisado el Decreto Legislativo 806 de 2020, aunque indica que se adoptará “... en los procesos en curso y los que se inicien luego de la expedición...”, no creó un régimen especial de transición. Lo que conlleva que para su aplicación deba ajustarse al Código General del Proceso.

Entonces, descendiendo al asunto *sub-examine*, encontramos que tal precepto modificó por un término de dos años el trámite del recurso de apelación en asuntos civiles regulado en el Estatuto en cita. Se trata de una norma procesal, que entró en vigor desde el 4 de junio hogaño⁴, por ende, predomina respecto de la disposición que disciplina el decurso de ese medio de impugnación, toda vez que el artículo 624 del Código General del Proceso indica:

“...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, no debe pasarse por alto que la disposición en comento, esto es, el inciso final del artículo 624 del Código General del Proceso, regula que la nueva ley procesal no tiene aplicación inmediata, ya que en tratándose de “...**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 surtirse las notificaciones...” –resalta la Sala-

En estas condiciones, la inaplicación de dicha preceptiva se revela nítida en lo relativo a los recursos planteados en vigencia de la ley procesal anterior, pues, precisamente, al amparo de aquella norma, si el medio de impugnación se inició bajo el imperio de una determinada norma, debe continuar su decurso al tenor del procedimiento establecido por esta disposición hasta

⁴Según el artículo 16 de la Decreto Ley 806 de 2020.

tanto culmine su trámite. Vale decir, no cambian las reglas procesales de actuaciones que ya estaban en curso. Desconocer estos principios desemboca en que las partes pueden verse afectadas al modificarles las reglas que observaron cuando formularon sus reparos. Sin temor a equivocación, es una vulneración al debido proceso estipulado en el artículo 29 de la Carta Magna.

Desde esa perspectiva, las prescripciones contenidas en el Decreto 806 de 2020 sobre el trámite de la alzada no son de recibo para los recursos de esa naturaleza que tuvieron su génesis antes que entrara en vigencia la mencionada disposición, pues a voces del Alto Tribunal Civil, *“...cuando una norma posterior modifica los requerimientos relativos al nacimiento o finalización de una situación jurídicamente relevante, en línea de principio, no puede alterar las situaciones que están consolidadas en el pasado, ni violentar los derechos adquiridos, so pena de atentar contra la seguridad jurídica y someter a la sociedad a una situación permanente de incertidumbre...”*⁵.

Con tal criterio, también se acompasa lo consagrado en el inciso final del artículo 624 del Código General del Proceso, ya reseñado, es decir, los casos excepcionales en que se aplica una ley procesal derogada a determinados actos procesales en curso, los cuales son imposibles de seccionar porque no se han consumado cuando entra en vigor la nueva norma.

Memórese que respecto de ese tópico, desde antaño, la honorable Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

“...según la ley colombiana, las normas procesales tienen aplicación inmediata aun respecto de los procesos pendientes. Pero si bien es un principio de carácter general, tolera algunas concesiones, toda vez que la misma ley ha exceptuado, rindiendo con ello culto a la doctrina que distingue los actos procesales consumados de los no consumados, algunas situaciones, así: "Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la vigente al tiempo de su iniciación". Estas excepciones están significando, entonces, que la ley antigua tiene, respecto de ellas, ultractividad; de suerte tal que si una actuación, una diligencia o un término, ha empezado a tener operancia y

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 12 de febrero de 2018, expediente 11001311001820080033101.

no se han agotado cuando adviene la ley nueva, ellas y él terminarán regulados por la antigua. Salvedades que se muestran imperiosas y plenamente justificadas en aras del orden procesal...”⁶.

En posterior pronunciamiento, la Alta Corporación insistió en que:

“...los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación»⁷. Para los eventos antes mencionados, que representan actuaciones judiciales caracterizadas por su unidad, autonomía e independencia, no hay posibilidad de fraccionar el acto procesal con el fin de dar cabida a la nueva ley, porque éste constituye un todo inescindible que se rige, desde que se formula hasta que se decide, por la ley anterior, sin que pueda sacrificarse su integralidad para admitir que una es la normatividad que ampara su inicio y otra diferente la que debe atenderse para su resolución...”

⁸.

Esta postura fue reiterada el pasado 3 de septiembre de 2020, al dirimir una tutela por la aplicación indebida de la normatividad en cita, cuando anotó:

“... Para la Sala, se conculcaron derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia porque el remedio vertical que la tutelante propuso, respecto a la sentencia de 14 de febrero de 2020, lo incoó en el momento en el cual regía el procedimiento señalado en la Ley 1564 de 2012, en especial, el mandato previsto en el precepto 327 de esa codificación...”⁹.

Igualmente, recordó los principios de retrospectividad y de ultraactividad en materia de recursos como sigue:

“... Sobre lo aducido, la Corte Constitucional adoctrinó:

“(...) El fenómeno de la retrospectividad, por su parte, es consecuencia normal del efecto general e inmediato de la ley, y se presenta cuando las

⁶Corte Suprema de Justicia. Autos del 17 de mayo de 1991 y del 9 de mayo de 2002, expediente 2002-0066-01.

⁷ Debe advertirse que el sentido de esa misma regla se hace expreso en los artículos 699 del Código de Procedimiento Civil, 17 del Decreto 2272 de 1989 y 140 del Decreto 2303 de 1989.

⁸Auto de 20 de septiembre de 2010, expediente 11001-02-03-000-2010-01226-00.

⁹ Sentencia STC6687-2020. Radicación 11001-02-03-000-2020-02048-00 Magistrado ponente LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

normas se aplican a situaciones que si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, sus efectos jurídicos no se han consolidado al momento en que cobra vigor la nueva ley. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que “el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, ‘pero con retrospectividad, (...) siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal...’. De este modo, ‘aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma (...).”

“(...) Este fenómeno ha sido abordado por este Tribunal como un “límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor de la justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad (...).”¹⁰.

En cuanto a la ultraactividad, esa corporación enfatizó:

“(...) La ultraactividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y está íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio “Tempus regit actus”, que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultraactividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc. (...).”

“(...) Y claro, el legislador bien podrá ordenar también que ciertas disposiciones legales formalmente derogadas, continúen produciendo efectos en torno a determinadas hipótesis, dada la favorabilidad que ellas

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia SU309-19 de 11 de julio de 2019, expediente T-7.071.794

puedan reportar a sus destinatarios. Poniéndose de relieve una coexistencia material de reglas sobre un mismo punto, de suerte que mientras la nueva ley se enerva bajo la figura de la inaplicación, por su parte la antigua ley prolonga su existencia al tenor de la ultraactividad, que es, ni más ni menos, que la metaexistencia jurídica de una norma derogada, por expresa voluntad del legislador. La cláusula general de competencia del Congreso de la República así lo avala, en tanto lo irradia de facultades para crear, mantener, modificar o derogar la legislación que estime oportuna y conveniente; siempre y cuando lo haga en consonancia con los parámetros constitucionales vistos, dentro de los cuales militan el debido proceso y el derecho a la igualdad (...)"¹¹.


Las directrices precedentes, conllevan a concluir que si la alzada que nos ocupa se planteó cuando no había entrado en vigencia el Decreto 806 de 2020, lo propio era tramitarla bajo los lineamientos del Estatuto Adjetivo Civil y no al amparo de la previsión contemplada en aquel acto legislativo, en virtud del fenómeno de ultraactividad.

Puestas así las cosas, en el *sub-lite* no era dable impartir a la opugnación el curso señalado en el aludido decreto legislativo, sino convocar a la audiencia prevista en el artículo 373 del Código General del Proceso, dado que al haberse iniciado el memorado recurso bajo el imperio de este ordenamiento, es el llamado a seguir rigiéndolo, con sustento en el principio de la ultraactividad de la vigencia de la ley en el tiempo.

De acuerdo con lo discurrido, estimo que las anteriores consideraciones debieron ser tenidas en cuenta para tramitar la apelación de la referencia.

En los términos esbozados en precedencia, dejo aclarado mi voto.

Fecha *ut supra*,


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-763-02 de 17 de septiembre de 2002, expediente D-3984.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULAGARIN**

Rad. N° 110013103 006 2013 00359 03

Sería del caso surtirse la audiencia de alegaciones y fallo por los medios tecnológicos el día 26 de enero próximo, no obstante por dificultades técnicas no es posible llevar a cabo dicha audiencia, por lo que en aras de la economía procesal y conforme lo reglado en el Decreto 806 de 2020 en el artículo 14 se concede a las partes el término común de cinco días para sustenten su recurso de apelación y acrediten su remisión al correo de la contraparte, a efectos de la contabilización del término previsto en dicha disposición para la parte no recurrente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

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:

fe077101783b34829391e23c93509244e9f30946492d2ce7e1a92e1b4a6903a3

Documento generado en 25/01/2021 08:21:13 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Bogotá D.C, veintidós (22) de enero de dos mil veintiuno (2021).

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente: **CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**
Radicación: 110013103011 2018 00032 02
Procedencia: Juzgado Once Civil del Circuito
Demandantes: María Margarita Silva Navia y otros.
Demandada: Aeroclub de Colombia y otra.
Proceso: Declarativo
Recurso: Apelación Sentencia

Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 27 de noviembre, 4 y 11 diciembre de 2020. Actas 48,49 y 50.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se dirime el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia calendada 3 de marzo de “2020”, proferida por el Juzgado Once Civil del Circuito de esta ciudad dentro del proceso **DECLARATIVO** instaurado por **MARÍA MARGARITA SILVA NAVIA, HELDER BARAHONA URBANO y LUIS HELDER BARAHONA SILVA** contra **AEROCLUB DE COLOMBIA y ALLIANZ SEGUROS S.A.**

3. ANTECEDENTES

3.1. La Demanda.

Helder Barahona Urbano, en su condición de padre y representante del estudiante Hernando Barahona Silva –q.e.p.d.-, a través de procurador judicial, formuló demanda de responsabilidad contractual frente a Aeroclub de Colombia, con el propósito que previos los trámites correspondientes, se efectúen los siguientes pronunciamientos:

3.1.1. **Declarar:**

3.1.1.1. La existencia de un contrato de matrícula curso de aviación celebrado el 24 de febrero de 2014 entre la convocada, su hijo Hernando Barahona Silva –q.e.p.d.- en condición de alumno y, él como padre y responsable económicamente de éste, cuyo objeto era la instrucción teórica y práctica de vuelo en la modalidad de piloto comercial.

3.1.1.2. El incumplimiento por “*culpa grave*” de las obligaciones que le atañían a la escuela en aquella convención, a raíz del accidente aéreo acaecido el 12 de abril de 2015, en el cual falleció su descendiente.

3.1.1.3. **Condenar**, en consecuencia de lo anterior, a la encartada a devolver \$99.917.901, monto sufragado con ocasión del memorado pacto.

3.1.2. María Margarita Silva Navia y Luis Helder Barahona Silva, mediante apoderado judicial, la primera en condición de progenitora y el segundo actuando como hermano de Hernando Barahona Silva – q.e.p.d.-, en el mismo libelo demandatorio contra Aeroclub de Colombia y Allianz Seguros S.A., impetraron

Declarar que:

3.1.2.1. Aeroclub de Colombia por haber actuado con “...culpa grave...” es “...extracontractual, directa, patrimonial y solidaria[mente]...” responsable de los perjuicios causados a los aludidos actores a raíz del fallecimiento de su hijo y hermano.

3.1.2.2. En virtud de la acción directa, Allianz Seguros S.A. debe indemnizar a los promotores en su condición de víctimas, los daños patrimoniales y/o extrapatrimoniales generados, en la cuantía señalada en la póliza de aviación número 21726910, en la cual figuran como tomador Aeroclub de Colombia y asegurada la nave CESSNA HK 150 M, en la que se accidentó el estudiante Barahona Silva.

3.1.3. **Condenar** a las demandadas, a pagar en favor de María Margarita Silva Navia, Helder Barahona Urbano y Helder Barahona Silva: \$13.373.900 –de los cuales \$12.584.000 corresponden a gastos funerarios y \$789.900 a un Ipad mini- a título de perjuicios materiales.

\$2.818.800.000,00 por pérdida de oportunidad–considerando que devengaría un salario base de \$5.000.000 como piloto comercial de vuelos nacionales.

100 salarios mínimos legales mensuales para los dos primeros en mención y 50 salarios mínimos legales mensuales para el último por daño moral.

Las mismas cantidades para cada uno de los accionantes, por concepto de daño a la vida de relación y daño psíquico –folios 306 a 354 del cuaderno Uno B en PDF.

3.2. Los Hechos.

Las anteriores peticiones se apoyan en los supuestos fácticos, que se pueden resumir así:

Hernando Barahona Silva -q.e.p.d.- nacido el 11 de septiembre de 1996,

era un joven alegre, responsable, estudiante destacado, como lo certificaron las instituciones educativas en donde cursó su bachillerato. Soñó convertirse en piloto, por lo que sus padres Helder Barahona Urbano, docente universitario de 55 años, y María Margarita Silva Navia, Psicóloga de 52 años, no escatimaron esfuerzos económicos y suscribieron contrato de matrícula de curso de aviación el 24 de febrero de 2014 con Aeroclub de Colombia para su formación.

Aquella decisión la tomaron guiados por la información publicitaria que aparecía en su página *web*, la cual destacaba ser la mejor escuela de instrucción del país por contar con una la flota de aviones de alto y bajo plano, para vuelo diurno y nocturno, con avanzados y seguros equipos de simulación y aviación, así como aeronaves con navegación Garmin 1000. En aquel centro de enseñanza, el alumno Barahona Silva obtuvo calificaciones destacadas.

El 12 de abril de 2015, entrenaban cuatro escuadrillas¹. La número 2 compuesta por un par de aeronaves, uno tipo Cessna 172, tripulada por el piloto instructor, Gustavo Guerra y la alumna Alejandra Sánchez, y el segundo, tipo Cessna 150 M, matrícula HK 1912 G, tripulada por el alumno Hernando Barahona Silva –q.e.p.d.–, efectuaron un vuelo desde Barranquilla hasta Barrancabermeja, en donde aterrizaron respectivamente a las 17:36 UTC y 17:38 UTC. Los aparatos salieron a las 18:30 UTC con plan de vuelo hacia Guaymaral, con la ruta visual – Cimitarra – Barbosa – Chiquinquirá – Ubaté – ZIP – Yankee -, a un nivel de 10.500 pies, pero a las 18:50 UTC, con 3.800 pies informaron que realizarían un desvío por la ruta Zapatoca - San Gil - Socorro. Siendo las 19:06 UTC, los dos artefactos colisionaron en un terreno montañoso entre Barrancabermeja y Chía, suceso que ocasionó el deceso de todos los ocupantes.

El informe preliminar realizado el 13 de abril de 2015 por el Grupo de Investigación de Accidentes de la Aeronáutica Civil señaló que el

¹ Es decir, conjunto de aviones que vuela dirigidos por un jefe, e instrucción fase crucero, que tiene que ver con la parte final del vuelo

aeroplano en donde se transportaba Barahona Silva se encontró a 7422 pies de elevación en el costado occidental de la ladera de la Serranía Yariguíes; que por el impacto originado con rumbo de entrada 072° la sección frontal de la aeronave y el plano izquierdo golpearon contra el terreno, produciendo su desprendimiento del plano derecho desde la raíz, así como la separación de la sección de los estabilizadores y lesiones mortales al ocupante por excesiva disipación de energía en la cabina, aspecto este último confirmado por la necropsia practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la cual además no dio cuenta de signos de alcohol o sustancias psicotrópicas en la sangre del occiso Barahona Silva.

El Grupo de Investigación de Accidentes & Incidentes de la Aeronáutica Civil estableció como causas del accidente: ingreso inadvertido en condiciones de baja visibilidad que limitaron la operación visual y separación del terreno montañoso, deficiente evaluación y gestión del riesgo por parte del instructor al no prever las condiciones meteorológicas existentes en el sector programado, además de políticas y reglamentación aeronáutica laxa y permisiva en cuanto a la aplicación de los chequeos de vuelo a los instructores de la escuela. Sin embargo, no hizo ninguna referencia al cumplimiento, por parte de Aeroclub de Colombia de las instrucciones, recomendaciones o modificaciones contenidas en los Boletines de Servicios, que son documentos emitidos por los fabricantes para mantener en servicio los equipos, mediante la corrección de errores de diseño y/o aplicación de actualizaciones que mejoren la seguridad de la aplicación.

El instructor Gustavo Guerra no confirmó el estado del clima en el trayecto programado en principio con la cuadrilla de la misma institución que había partido 20 minutos antes; no obstante que aquella no presentaba problemas meteorológicos. Por su parte, la ruta alterna de vuelo elegida es una zona de alto riesgo para el entrenamiento de alumnos, tan así que la autoridad aeronáutica civil prohibió el paso de aeronaves por ese sector 3 días después del suceso.

El día en que acaeció el infortunado suceso, el instructor Gustavo Guerra había sobrepasado las asignaciones y las 8 horas diarias de instrucción teórica, las 40 horas semanales y los 5 días consecutivos de vuelo permitidos, sin tomar los 2 días de descanso consecutivo. Así mismo, el alumno Hernando Barahona Silva superó las 6 horas de instrucción diaria en la fase crucero consentidas, desconociendo lo previsto en los capítulos 2.15.5.6. y 4.17.1.18 de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia, así como la cláusula cuarta del contrato laboral a término indefinido suscrito entre el primero en cita y Aeroclub de Colombia, el cual contempla que los descansos se rigen por tales disposiciones.

El avión Cessna 150M, en el cual perdió la vida Hernando Barahona Silva no tiene las características técnicas de las naves especificadas al publicitar la escuela, pues es un equipo con más de 40 años de operación constante, con una tecnología antigua y obsoleta. Es de inferior rendimiento en relación con el aparato tripulado por el instructor Gustavo Guerra, pese a que las autoridades aeronáuticas recomiendan, que en la fase crucero, el alumno entrene con una de rendimiento superior al líder. Igualmente, no tiene el equipo de navegación Garmín 1000, ofrecido a los estudiantes por el centro de instrucción, ni certificación para vuelo IFR –Reglas de Vuelo Instrumentos-, tampoco contaba con “...los protocolos inscritos y/o instrumentos que permiten al alumno entrar en condiciones de nubosidad...”.

Según el informe definitivo emitido por el Grupo de Investigación de Accidentes & incidentes de la Aeronáutica Civil, desde que falleció un alumno del instructor Gustavo Guerra el 4 de enero de 2010 en la ruta Cimitarra – Barbosa - Chiquinquirá, éste evitaba tomar el aludido trayecto, que fue el mismo que en principio se le programó para que siguiera su escuadrilla el 12 de abril de 2015. La memorada pesquisa también dio cuenta que la escuadrilla número 3, que se desplaza por el primer rumbo planificado, no advirtió condiciones adversas para cambiar el camino.

A partir del accidente ocurrido en el año 2010, la Aeronáutica Civil recomendó acatar los rumbos establecidos en las especificaciones de operaciones, incluir en la instrucción charlas informativas y académicas, destacando la importancia del criterio del alumno en la toma de decisiones durante la ejecución de vuelos tipo crucero, además de, reforzar las políticas y lineamientos para vuelos en escuadrillas.

Aeroclub de Colombia suscribió póliza de aviación número 21726910, con vigencia entre el 3 de abril de 2015 al 2 de abril de 2016, con el fin de asegurar la aeronave Cessna 150 M por un valor de \$1.100.000.000 y a los alumnos e instructor por un monto de \$100.000.000, cantidad que recibió la progenitora de Hernando Barahona Silva, con ocasión de su muerte, quedando abierta la afectación de los demás amparos.

María Margarita Silva, como consecuencia del deceso de su hijo, somatizó el dolor, lo cual afectó su salud y conllevó a que tuviera que consultar diversas especialidades médicas como ginecología, psiquiatría y medicina interna.

3.3. Trámite Procesal.

3.3.1. El Juzgado de conocimiento, mediante auto calendado 13 de marzo de 2018, previa subsanación, admitió el escrito introductorio y ordenó el respectivo traslado al extremo pasivo.

3.3.2. Allianz Seguros S.A. fue notificada de manera personal. A través de un profesional del derecho, se opuso a las pretensiones que la involucraban, se pronunció frente a los hechos y propuso a las defensas denominadas: “...**Terminación del contrato de seguro. Incumplimiento de garantías. Condiciones precedentes aplicables a todas las secciones. Necesidad de observar y cumplir condiciones antes de cualquier pago...**”, “...**CONCURRENCIA DE CULPAS...**” y “...**Ajuste del valor a indemnizar – Reducción de suma asegurada por pagos...**”. Adicionalmente, objetó el juramento estimatorio.

3.3.3. Aeroclub de Colombia se resistió a las súplicas invocadas. Formuló las excepciones de “...**INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL AERoclUB...**” de manera principal. Subsidiariamente “...**CONCURRENCIA DE CULPAS...**” y “...**COBRO DE LO NO DEBIDO O MÁS DE LO DEBIDO...**”. Objetó el juramento estimatorio. Llamó en garantía a Allianz Seguros S.A., quien se pronunció. Planteó el primer y último enervante que propuso frente al escrito introductorio.

3.3.4. Descorridas las defensas planteadas, así como el traslado de la objeción al juramento estimatorio, el Despacho de primer grado citó a la audiencia prevista en el artículo 372 del Código General del Proceso, prorrogó el término para zanjar el asunto al amparo del artículo 121 del mismo estatuto. Evacuadas las etapas pertinentes, así como las estatuidas en el canon 373 *ibídem*, anunció que proferiría por escrito la sentencia.

3.3.5. La funcionaria de primera instancia, declaró, imprósperas las excepciones formuladas frente a la acción de responsabilidad contractual y que Aeroclub de Colombia S.A. incumplió el contrato de matrícula curso de aviación celebrado con el señor Helder Barahona Urbano, por lo que aquélla debe indemnizar a éste el perjuicio irrogado, equivalente a \$99.917.901, con indexación.

Determinó, que Aeroclub de Colombia es civil y extracontractualmente responsable de los daños ocasionados por el fallecimiento de Hernando Barahona Silva. En consecuencia, debe pagar a María Margarita Silva Navia, Helder Barahona Urbano y Luis Helder Barahona Silva: \$13.373.900 por daño emergente- gastos funerarios y por el valor de un iPad mini-, los cuales no fueron cuestionados por la escuela de aviación.

\$2.091.307.606 por pérdida de oportunidad, cantidad que arrojó el dictamen efectuado por el perito Jorge Enrique Montaña, mediante calculo actuarial de una renta contingente temporal, desde la edad que

tenía el occiso al momento del accidente hasta los 62 años, edad de retiro, teniendo en cuenta la tabla de mortalidad.

Así mismo, ordenó el pago de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los padres y 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el hermano del occiso, Helder Barahona Silva, por daño moral, tras acoger los topes máximos trazados por la jurisprudencia administrativa y civil, y valorar el dolor que expresaron aquéllos en la audiencia al referirse al deceso de su familiar.

Dispuso igualmente sufragar para María Margarita Silva y Heder Barahona Urbano 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, ya que se demostró que a raíz del deceso de su hijo cambiaron sus condiciones de vida, pues afectó no solo el entorno íntimo como pareja y su desenvolvimiento social, como lo admitieron en el interrogatorio absuelto. Reconoció por tal concepto para Luis Helder Barahona Silva 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, ya que se volvió una persona más fría y distante, conforme lo afirmó su progenitor. De manera contraria negó el perjuicio psíquico por ausencia de prueba documental o testimonial que lo refrende.

Además, negó la pretensión relativa al daño psíquico. Tuvo por próspera la excepción propuesta por Allianz Seguros S.A. titulada “... *Terminación del contrato de seguro. Incumplimiento de garantías. Condiciones precedentes aplicables a todas las secciones. Necesidad de observar y cumplir condiciones antes de cualquier pago...*”. Por lo tanto, esa compañía no tiene la obligación de sufragar las condenas impuestas.

Con similares consideraciones, negó el llamamiento en garantía.

Por último, condenó en costas a Aeroclub de Colombia, e impuso unas agencias en derecho a favor de los demandantes de \$120.000.000 y de Allianz Seguros S.A. de \$5.000.000.

El Club de instrucción convocado apeló la decisión de fondo,alzada

concedida mediante auto de 11 de marzo de 2020.

4. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Juez, luego de advertir la presencia de los presupuestos procesales y la inexistencia de irregularidad que invalide lo actuado, indicó que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si se cumplen los presupuestos axiológicos de las responsabilidades civil contractual y extracontractual invocadas, por tanto, si hay lugar a acceder a las condenas invocadas, o si las defensas planteadas logran desestimar súplicas.

A continuación, precisó la diferencia entre la responsabilidad directa o por hecho propio y la indirecta o por hecho de otro. Así mismo, que la responsabilidad de la persona jurídica es directa, pues debe responder por los daños ocasionados por actos cometidos por subalternos, cualquiera sea el vínculo de subordinación, siempre y cuando ellos actúen en ejercicio de las funciones encomendadas o con motivo de las mismas.

Luego, adujo que Aeroclub de Colombia cuenta con legitimación en la causa por pasiva en las acciones civiles promovidas. Respecto a la primera, con estribo en el contrato de matrícula de curso de aviación que suscribió. En cuanto a la segunda, porque el capital Gustavo Guerra, quien impartía las clases de aviación a los alumnos era su subalterno.

Igualmente, encontró que Allianz Seguros S.A. tiene legitimación en la causa por pasiva, por cuanto expidió póliza que se encontraba vigente para la época en que acaeció el accidente génesis de la presente litis. Además, recabó que la víctima puede ejercer la acción directa contra la aseguradora, al amparo del artículo 1113 del Estatuto Mercantil.

Después, especificó que la jurisprudencia ha catalogado la conducción de aeronaves como una actividad peligrosa, los requisitos para que

prosperen las responsabilidades civil contractual y extracontractual incoadas, y que el artículo 1873 *ibídem* prevé que la autoridad aeronáutica tiene el deber de reglamentar la actividad de las escuelas de aviación, la cual debe cumplir con los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia –RAC para su funcionamiento.

Seguidamente, descendió al estudio del caso concreto, para ello hizo un recuento de los diferentes elementos de juicio obrantes en el plenario. De su valoración concluyó que se estructura la responsabilidad civil contractual demandada, en tanto que se acreditó la existencia de un convenio de matrícula curso de aviación válido, celebrado el 24 de marzo de 2014 entre Aeroclub de Colombia y Hernando Barahona Urbano, en representación de su hijo Hernando Barahona Silva – q.e.p.d.-, quien cumplió con las obligaciones dentro del programa. Resaltó que tuvo un desempeño académico sobresaliente. Su padre pagó las obligaciones pecuniarias por el entrenamiento, parte de lo cual le fue devuelto, por no haber culminado la formación respectiva.

Agregó que el incumplimiento no se edificó por los motivos expuestos en la demanda, porque las pruebas refrendan que el instructor Gustavo Guerra contaba con 9 horas y 18 minutos de vuelo previo al accidente entre el 6 y el 12 de abril de 2015, por lo que en principio no excedió el límite de instrucción diaria, es decir, 8 horas, como tampoco lo hizo el estudiante Barahona, quien solo registró una hora de vuelo en la fase crucero durante los últimos 3 días. Aunado, en el documento suscrito no se evidencia que la escuela de instrucción se hubiera comprometido a impartir las clases en avionetas específicas.

No obstante, estimó que la desatención de los deberes obligacionales se patenta por cuanto: el capitán Guerra no contaba con la evaluación de procedimientos de radionavegación y vuelo por instrumentos, descatando el numeral 2.2.1.1.4.3. del RAC; las aeronaves cambiaron de ruta sin modificación del lugar de destino; el instructor y líder de la escuadrilla descendió sin autorización de la altitud inicialmente autorizada en 10.500 a 7.500 pies e impactó en la serranía a 7.922 pies

y su alumno a 7.422 pies, con lo cual contravino el numeral 4.19.26 del RAC, pues debió mantener una altura superior a 10.850 pies, conforme lo contemplado en el peritaje practicado a solicitud de la activa, ya que el mencionado lugar tiene elevaciones de un máximo aproximado de 9.850 pies.

Con estribo en ello, concluyó que por haberse inobservado las prescripciones de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia – RAC, los cuales forman parte integral del contrato de matrícula curso de aviación, tal como se pactó, deben resarcirse los perjuicios originados al señor Barahona Urbano, que corresponden a lo sufragado por él en tal negocio, cifra que asciende a \$99.917.901, la cual deberá ser indexada al momento del pago, previo descuento de los valores que fueron reintegrados.

Dicho esto, pasó a estudiar la responsabilidad civil extracontractual, dejó por sentado que la aviación es una actividad peligrosa, y puntualizó los presupuestos para que prosperara la acción. Halló acreditado el daño con el dictamen practicado por medicina legal, el cual dio fe que el choque de la avioneta que conducía Hernando Barahona Silva le generó múltiples lesiones, las cuales causaron su muerte. También, la culpa en razón a que se probó que el instructor del Aeroclub de Colombia Gustavo Guerra, a quien seguía el estudiante Barahona Silva -q.e.p.d.-, voló por debajo de la altura permitida en un terreno montañoso, al parecer no utilizó el mecanismo Garmin 1000 para verificar la nubosidad y varió el trayecto, decisión que seguramente tomó porque el nuevo es más corto, lo cual infiere según las reglas de la experiencia.

Añadió que, aunque el trayecto inicialmente autorizado no presentaba problemas climáticos, tan así que la escuadrilla número 3 que desplegó 20 minutos antes lo siguió y aterrizó sin contratiempo alguno. El instructor Guerra escogió una ruta más riesgosa, a tal punto que después del accidente se prohibió el tránsito de aeronaves por allí; aunado él no optó por regresar antes que las condiciones meteorológicas empeoraran.

Adujo que las circunstancias expuestas en precedencia dan cuenta que el piloto instructor Guerra desplegó una conducta imprudente y negligente en desarrollo de una actividad peligrosa, lo cual conllevó a que colisionaran los artefactos que él y su alumno piloteaban, quedando así acreditado el nexo causal, máxime cuando no advierte que este último hubiera tenido injerencia en la producción del incidente, pues si bien es cierto que tenía el mando de la avioneta que manipulaba y que estaba facultado para realizar recomendaciones y sugerencias al instructor, no lo es menos que la madurez y experiencia de su profesor se impusieron.

Ulteriormente, destacó que la excepción denominada inexistencia de responsabilidad de Aeroclub no prosperaba, en la medida que se contrastó el cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual demandadas; agregado a ello, el capitán Guerra de Aeroclub de Colombia, acorde a lo analizado con anterioridad, no actuó con la debida diligencia y cuidado en el servicio de instrucción a que se comprometió, como le correspondía al haber adquirido una obligación de medios.

Afirmó que tampoco salía avante la defensa rotulada concurrencia de culpas, toda vez que no se advierte contribución del estudiante Barahona Silva en el desenlace fatídico de los hechos, puesto que éste se limitó a seguir las instrucciones del líder de la cuadrilla, quien contaba con experiencia y una nave provista de la tecnología necesaria para advertir las condiciones meteorológicas adversas.

Adicionó que tampoco se abre paso la enervante titulada cobro de lo no debido o más de lo debido, habida cuenta que los perjuicios materiales –daño emergente y pérdida de oportunidad- e inmateriales –morales, psíquicos y daño a la vida de relación- reclamados corresponden a las tipologías admitidas por la jurisprudencia y son conceptos disímiles. En punto al perjuicio de pérdida de oportunidad, tras precisar sus presupuestos axiológicos, acotó que resulta viable su reconocimiento,

dado que atendiendo el perfil personal, académico y profesional de Hernando Barahona Silva, tenía la posibilidad, una vez culminara sus estudios como piloto comercial, de vincularse laboralmente y, obtener unos ingresos económicos altos, serios y fundados. Además, que tal clase de daño puede implorarla la víctima directa del hecho lesivo o sus herederos, mediante el ejercicio de la acción hereditaria o *jure proprio*, como ocurrió en el presente asunto.

Arguyó que en cambio sí hallaba acogida la exceptiva nombrada “...*Terminación del contrato de seguro. Incumplimiento de garantías. Condiciones precedentes aplicables a todas las secciones. Necesidad de observar y cumplir las condiciones antes de cualquier pago...*” formulada por la compañía de seguros, por cuanto, como se dejó por sentado, el capitán Gustavo Guerra, dependiente de Aeroclub de Colombia no acató algunas disposiciones de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia, con lo cual de paso desatendió las condiciones que le concernían a aquel centro de instrucción, estipuladas en el literal b) de la Sección IV de la póliza de seguro de aviación número 21726910, entre las cuales se encuentran el cumplimiento de normas de aeronavegación, circunstancia que exonera a Allianz Seguros S.A. de cubrir el valor asegurado.

En punto a la defensa titulada concurrencia de culpas planteada por la aseguradora, se remitió a las apreciaciones esgrimidas frente a la misma excepción alegada por Aeroclub de Colombia. Y en cuanto a la llamada “*Ajuste del valor a indemnizar – reducción de la indemnización*”, aseveró que aunque el monto amparado asciende a \$1.100.000.000, en virtud de la prosperidad de la primera defensa formulada por la aseguradora, no está llamada a responder por la indemnización impetrada.

Por último, en seguida de efectuar un recuento del deber de reparación integral, de las tipologías y definición de los perjuicios invocados, reconoció los rubros indicados.

5. ALEGACIONES DE LAS PARTES

5.1. El apoderado judicial de Aeroclub de Colombia, como sustento de la solicitud revocatoria de la sentencia arguyó:

5.1.1. No existe legitimación en cabeza del señor Helder Barahona Urbano para deprecar la responsabilidad civil contractual demandada y el consecuente resarcimiento de los perjuicios invocados, toda vez que él no es parte en el contrato de matrícula de curso de aviación, ya que lo suscribió como responsable económico y en representación legal de su hijo Hernando Barahona Silva, quien en realidad sí tenía tal condición, por lo que solo puede considerarse al primero en mención como un deudor solidario de la obligación de pagar el dinero pactado.

5.1.2. El demandante Barahona Urbano solo impetró la acción civil de estirpe contractual y no la extracontractual, la cual solo incoaron María Margarita Silva Navia y Luis Helder Barahona Silva, como lo respaldan las pretensiones y la fijación del litigio, frente a lo cual el apoderado de la activa no tuvo reparo alguno, por tanto, no le era dable a la juzgadora efectuar, en desconocimiento del principio de congruencia contemplado en el artículo 281 del Código General del Proceso, declaraciones y condenas a su favor sustentadas en la última clase de responsabilidad, emitiendo un fallo *ultra-petita*.

5.1.3. Dado que Hernando Barahona Silva -q.e.p.d.- murió en desarrollo y ejecución del contrato de matrícula celebrado con Aeroclub de Colombia, la acción hereditaria que pueden ejercer sus padres y hermano, es de carácter contractual, por ende, no era dable que el *a quo* emitiera condena por concepto de pérdida de oportunidad en la modalidad de responsabilidad civil extracontractual. Aunado, los demandantes no promovieron la acción hereditaria sino la personal y directa, como se colige de los hechos y las súplicas demandatorias, por ello, es inviable interpretar del libelo lo contrario, máxime cuando tal ejercicio debe ser ponderado, prudente y razonable.

5.1.4. Además, era improcedente que la Juzgadora reconociera el aludido perjuicio de pérdida de oportunidad porque el alumno Barahona Silva –q.e.p.d.- no había culminado su formación como piloto, ni tenía licencia comercial para desempeñarse profesionalmente, tampoco se encontraba en un proceso de selección en la industria aeronáutica.

Así que ante la ausencia de prueba de la existencia de una legítima oportunidad sería, verídica, real y actual de tal daño, no era dable proferir una condena sobre el aludido perjuicio, máxime cuando el actor Helder Barahona Urbano admitió en interrogatorio de parte que su hijo no tenía proyectado dedicarse a la aviación, sino estudiar administración de negocios internacionales.

5.1.5. El dictamen rendido por Jorge Enrique Uribe Montaña no es idóneo para determinar la supuesta pérdida de oportunidad reclamada, por cuanto: el cálculo actuarial de renta contingente temporal allí empleado no aplica para tasar el memorado daño sino aspectos en materia pensional; se basó en parámetros de planes de beneficios para empleados cuando el alumno Barahona Silva no tenía tal condición al momento de su deceso; se sustentó en meras suposiciones, como un posible ingreso de \$5.000.000 mensuales –salario promedio de un piloto- y no en soportes reales, en tanto que no indagó las condiciones del mercado laboral en el sector aeronáutico para establecer la probabilidad real que hubiera tenido Hernando Barahona de ingresar como piloto a una aerolínea comercial entre los años 2015 a 2018, según el número de vacantes que se presentan, conforme lo admitió el mismo perito en las respuestas emitidas; y se fundamentó en tasas y valoraciones excesivas.

Agregado a lo anterior, existió una indebida valoración probatoria de la pericia debido a que la juez no analizó las respuestas dadas por el experto, en el interrogatorio formulado en la etapa de contradicción de la experticia.

5.1.6. La Juzgadora no debió condenar a Aeroclub de Colombia a pagar

los perjuicios morales y daño a la vida de relación exclusivamente con fundamento en los interrogatorios de parte rendidos por los promotores. Al contrario, observar el mismo raciocinio y negar tal reconocimiento como lo hizo con el daño psíquico, por ausencia de medio de convicción diferente a la versión de los propios accionantes, pues no se recaudaron testimonios que dieran cuenta de tal linaje de afectaciones, dado que fue revocado el auto que los decretó a solicitud de la activa, frente a lo cual el abogado de esta parte no interpuso recurso de apelación.

5.1.7. Contrario a lo aseverado por la Sentenciadora, Aeroclub de Colombia cumplió con las obligaciones que le atañían en el contrato de matrícula, pues contaba con un instructor autorizado para tal actividad, con aviones en condiciones de aeronavegabilidad, así como con permisos y certificados de operación, además, de haber otorgado a los pilotos y alumnos herramientas para la gestión del riesgo y planeación de sus vuelos, motivo por el cual no hay lugar a declarar la responsabilidad civil extracontractual implorada.

Aunado, el capitán Guerra para el día en que ocurrió el accidente tenía los chequeos vigentes y la licencia habitada; así mismo, de acuerdo con los reglamentos aeronáuticos establecidos para el 12 de abril de 2015, cualquier entrenamiento de vuelo en simulador era válido para verificar y evaluar las aptitudes y competencias del vuelo por instrumento de piloto, conforme lo señaló el perito Javier Mauricio Bahamón.

Erró también el pronunciamiento en afirmar que se conculcaron las normas respecto de la altura, debido a que técnicamente no necesariamente, en un plan de vuelo crucero, debe mantenerse la autorizada; además, la tripulación tenía autonomía para realizar cambios al respecto, sin requerir ninguna anuencia, ya que el espacio aéreo en donde se generó el accidente es tipo “G” RAC 6.8.1.2. Apéndice D “CLASES DE ESPACIO ATS SERVICIOS SUMINISTRADOS Y REQUISITOS DE VUELO”.

Agregado a lo anterior, el piloto Barahona Silva –q.e.p.d.- asumió el

riesgo en la instrucción, y por estar al mando de la aeronave tenía facultades y responsabilidades.

5.1.8. El *a quo* no debió declarar la responsabilidad civil extracontractual demandada, porque: es inaplicable el régimen de actividades peligrosas; el capitán Guerra contaba con licencia de piloto comercial, licencia de instrucción de vuelo y certificado médico vigente; la aeronave que él conducía tenía certificado de aeronavegabilidad, formulario de inspección y certificación de habilitación anual; al centro de enseñanza le fue expedido permiso de operación, el cual no fue suspendido o revocado con ocasión del accidente, ni por ello se le multó o impuso sanción alguna, de manera que Aeroclub de Colombia cumplió con los estándares aeronáuticos.

Adicionalmente, en un vuelo visual se puede modificar la ruta y la altitud inicialmente establecida, sin que ello implique una violación reglamentaria. Es irrelevante incluir hechos temporales posteriores a la ocurrencia del suceso, como el relativo a que la Aeronáutica Civil prohibió el trayecto del incidente.

En la sentencia no era dable, en análisis de un asunto de alto contenido técnico, hacer alusión a las reglas de la experiencia, o suponer que la presencia o ausencia del Garmin 1000 hubiera variado los hechos, motivo por el cual existe una indebida apreciación probatoria.

Así las cosas, no está demostrada la culpa de Aeroclub de Colombia ni el nexo de causalidad. Adicionalmente, el estudiante asumió el riesgo y cada piloto tenía facultades y responsabilidades respecto del vuelo.

5.1.9. En la providencia apelada se omitió efectuar un análisis de los argumentos presentados por Aeroclub de Colombia al descorrer las excepciones de mérito formuladas por la aseguradora y sobre los motivos por los cuáles el llamamiento en garantía está llamado a prosperar, expuestos en los alegatos de conclusión.

Allianz Seguros S.A. no cubrió el siniestro con sustento en la terminación del contrato por violación de una garantía; sin embargo, nunca comunicó tal finalización con apoyo en el artículo 1061 del Código de Comercio, por el contrario se allanó a cumplir la convención, puesto que: pagó a la familia Barahona Silva \$100.000.000 y a la de María Alejandra Sánchez, estudiante ocupante de la otra nave accidentada otra cantidad igual, por concepto de accidentes personales, con fundamento en la póliza de aviación 21726910; el 15 de noviembre de 2017, autorizó y sufragó los honorarios de defensa y representación judicial de Aeroclub de Colombia causados con ocasión de la conciliación convocada por la familia Sánchez Herrera por el accidente acaecido el 12 de abril de 2015, y con posteridad, también los de este proceso, sin que hiciera ninguna observación, glosa, reserva y/o comentario. Por consiguiente, si se allanó a ello, es contradictorio declarar probada la exceptiva que propuso.

Sumado a lo precedente, no es cierto como lo indica la compañía que al amparo de accidentes personales le son inaplicables las condiciones del contrato de seguro, entre ellas, la atinente a la garantía, dado que precisamente la cláusula contractual que cimentó la excepción planteada por aquella se denominó “...**CONDICIONES PRECEDENTES APLICABLES A TODAS LAS SECCIONES...**”, se dispuso para todo el contrato de seguro.

5.1.10. En el evento que se confirme total o parcialmente la sentencia, determinar el grado de responsabilidad imputable a Hernando Barahona Silva –q.e.p.d.-, distribuyendo o graduando la culpa o asunción del riesgo, de acuerdo con el artículo 2357 del Código Civil.

5.1.11. La Juez impuso sin motivación alguna unas agencias en derecho a cargo de Aeroclub de Colombia de \$120.000.000 y de manera desequilibrada por el mismo concepto \$5.000.000 a Allianz Seguros S.A.

5.1.12. En el proveído impugnado no se indicó la forma como se

distribuiría entre los demandantes, el monto reconocido por daño emergente y pérdida de oportunidad.

Al desarrollar los reparos, recabó en la falta de legitimación en la causa por activa del señor Helder Barahona Urbano, por no ser parte en la relación contractual, al haber fungido como representante del menor de edad. Insistió en que la sentencia es incongruente y se falló *extra petita*, pues no consulta las pretensiones del libelo en relación con el citado, quien no ejerció acción extracontractual, sino contractual. Sin embargo, la sentenciadora de manera sorpresiva lo benefició. El dictamen pericial allegado, por su parte, no versó sobre la materia, a lo que agregó que el profesional que lo adelantó, no es idóneo y carece de los soportes pertinentes.

Contrario a lo estimado por la señora Juez, los impulsores no ejercieron la acción hereditaria, ninguna pretensión la menciona, las aspiraciones son de carácter directo, no fue objeto de reclamación, ni siquiera cuando se fijó el objeto del litigio.

La pérdida de oportunidad no es posible otorgarla, por cuanto se están ejerciendo acciones directas. En gracia de discusión, tampoco está acreditada en el proceso, no hay pérdida de chance, su proyecto de vida era distinto.

En lo relacionado con el llamamiento en garantía, la sentencia no se refirió a ninguno de los argumentos expuestos en su oportunidad. Destaca que contrario a lo estimado, no opera la terminación del contrato, por cuanto la aseguradora se allanó a cumplir con diferentes actos positivos que confirman la cobertura de la póliza.

5.2. El apoderado judicial de Allianz Seguros S.A., esgrimió que en el debate procesal, la aseguradora se defendió con fundamento en el incumplimiento de la garantía establecida en la póliza por parte de Aeroclub de Colombia, en lo atinente a evitar accidentes y cumplir los lineamientos de aeronavegabilidad. En el informe de accidente de la

Aeronáutica Civil, se tomó nota del incumplimiento gravísimo por parte de la demandada, ya que quedó demostrado que el instructor cambió el plan de vuelo *motu proprio*. Además, voló a una altura inferior a la autorizada; y, tenía a la mano elementos tecnológicos como el GARMIN 1000, pero no lo utilizó. Tales situaciones hubieran podido evitar el fatal desenlace.

Precisa que en el mundo asegurativo, se contemplan coberturas iniciales en función misma del contrato, como un deber constitucional y legal, sin que sea necesario verificar las condiciones particulares del siniestro. Explica, hay responsabilidades objetivas que se pagan sin abordar el análisis de la culpa, pues prima la obligación de auxiliar a la víctima. En este caso, la compañía, en efecto, cubrió los gastos de entierro, traslado de cadáveres y costas de defensa, cuestiones que no se deben negar. Itera, son prestaciones legales, pero ello no quiere decir que se deba satisfacer el amparo frente a las indemnizaciones reclamadas.

Expresa que de manera hábil se está tratando de confundir al aparato judicial con una postura que no es admisible jurídicamente, máxime cuando el Tribunal Superior de Bogotá, en pretérita oportunidad ha analizado la situación de cara a esta clase de pólizas. Impetró mantener dicha línea jurisprudencial.

5.3. El mandatario judicial de los demandantes, a su turno, anotó que la exposición argumentativa de la alzada, no hace reproche alguno frente a las probanzas que acreditan la responsabilidad de Aeroclub de Colombia, al vulnerar reglamentos aeronáuticos, tampoco desvirtúan la culpa en que incurrió, que conllevó al lamentable accidente.

Aduce que los planteamientos esgrimidos por su contraparte, obedecen a un error de tipo conceptual, pero no cuestionan la determinación de primer grado. La censura de manera equivocada aspira a que se acoja la falta de legitimación en la causa por parte del actor, cuando le asiste pleno derecho, pues intervino en la relación contractual como

representante del que para entonces era menor de edad quien carecía de capacidad para contraer obligaciones.

De otro lado, indica que en lo atañadero a la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales, atendiendo la doctrina y jurisprudencia nacional, también pueden ser materia en una acción contractual.

Frente a la pérdida de oportunidad, memora que es una tipología del daño, reconocible e indemnizable que fue demostrada en el proceso. Explica que el hecho que el joven no estuviera trabajando, no es lo que lo materializa, sino la “certidumbre o la realidad” es lo que se acreditó. “...Este muchacho era brillante, el mejor de su clase...”, se esperaba que una vez graduado y obtenido el título, ejerciera su profesión. Además, tal supuesto se soportó en un dictamen pericial allegado al plenario en el que el experto efectuó una proyección a largo plazo con un método, aplicable al caso, de cálculo actuarial que se encuentra debidamente soportado, como también se respaldó la idoneidad de quien lo elaboró.

Cuestiona la experticia presentada por Aeroclub de Colombia, “...lejos está de ser un dictamen...” ya que no efectuó una investigación fundada en los supuestos fácticos, ni en la articulación aplicable al caso.

Por último, a vuelta de memorar los accidentes ocurridos en la institución, así como sus efectos, solicita se “haga justicia” ante la lamentable pérdida de vidas humanas.

Bajo tal entendimiento, la sentencia confutada debe ser confirmada en su totalidad al encontrarse ajustada a derecho.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Liminarmente se advierte la presentación de una demanda en forma, la capacidad de las partes para obligarse y concurrir al juicio, así como la competencia del juzgador para dirimir el conflicto. Además, por cuanto

examinado el trámite rituado no se observa irregularidad capaz de invalidarlo, fluye meridiana la concurrencia de las condiciones jurídico procesales que habilitan el proferimiento de una sentencia de mérito.

6.2. Acorde con lo previsto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del Tribunal de conformidad con los reparos esbozados ante la señora Juez *a- quo* y la sustentación del recurso de apelación, se circunscriben a determinar, en primer lugar, si Helder Barahona Urbano está legitimado para promover la acción de responsabilidad civil contractual, cuando él suscribió la convención base de esta demanda como responsable económico y en calidad de representante de su descendiente; para luego establecer, si se cumplen los presupuestos axiológicos de la responsabilidad demandada; y, en consecuencia, hay lugar a reconocer los perjuicios invocados, en la primera clase de responsabilidad a favor de Helder Barahona Urbano, y en la segunda, a éste, su cónyuge e hijo. Finalmente, definir si prospera la acción directa entablada contra Allianz Seguros S.A.

6.3. Para abordar el estudio del asunto, conviene memorar que la responsabilidad civil *“...puede ser definida, de forma general, como el deber de reparar las consecuencias de un hecho dañoso por parte del causante, bien porque dicho hecho sea consecuencia de la violación de deberes entre el agente dañoso y la víctima al mediar una relación jurídica previa entre ambos, bien porque el daño acaezca sin que exista ninguna relación jurídica previa entre agente y víctima...”*².

En nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad extracontractual está consagrada en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, y la denominada contractual en los artículos 1604 a 1617 *ibídem* y en reglas especiales para ciertos negocios. Sobre el tópico la honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“...El principio universal ya expresado, nemo laederi, en tratándose de

² LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Fundamento de derecho Civil. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, página 406.

la responsabilidad civil, se bifurca, porque el perjuicio puede venir de un acto contractual, violación o incumplimiento del contrato, ley de las partes, o de un hecho extracontractual, voluntario o no, que perjudique a terceros.

De modo, pues, que la responsabilidad civil y por lo tanto la profesional, puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro. Esto da lugar y nacimiento a la responsabilidad contractual reglamentada en el Código Civil especialmente en el título 12 del libro 49 y a la extracontractual o aquiliana a que se refiere el título 34 también del libro 49 de dicha obra...”³.

Posteriormente, la Alta Corporación sobre la diferencia que existe entre las responsabilidades contractual y extracontractual sostuvo:

“...En múltiples ocasiones la jurisprudencia de la Corte ha reiterado la notoria diferencia que existe entre la culpa contractual y la aquiliana, fundamentalmente en cuanto a su origen y trato jurídico, pues la primera tiene por vengero el incumplimiento de una obligación convencional al paso que la segunda nace con prescindencia de todo vínculo contractual y tiene lugar cuando una persona, con motivo de una conducta ilícita (dolosa o culposa), le irroga daño a otra.

2. En el campo civil, la primera se encuentra regulada en el título 12 del libro 4 y la segunda por el título 34, ... Por tal virtud, se ha dicho que la diferente naturaleza de ambas responsabilidades explica y justifica que el legislador las haya reglamentado de manera distinta y separada, en tal forma que los principios legales o reglas establecidas para la una no pueden indistintamente aplicarse a la otra. En efecto, la Corte ha sostenido que "dado el distinto tratamiento que el estatuto civil da a una y a otra en títulos diversos del mismo y la manifiesta diferencia que hay entre ellas (la culpa contractual y la aquilina), no ha aceptado que se

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de marzo de 1940.

puedan aplicar a la culpa contractual los preceptos que rigen la extracontractual, ni al contrario, sino que cada una se regule por las disposiciones propias...⁴.

Por su parte, a la acción de responsabilidad civil contractual se puede acudir *“...[c]on ocasión de la relación comercial, en los eventos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones derivadas del mentado acuerdo el acreedor cuenta con la acción de cumplimiento o de resolución, en ambos casos con la consabida indemnización de los perjuicios que pudo sufrir.*

Lo anterior, por cuanto de acuerdo con el imperativo contenido en el artículo 1602 del Código Civil, «todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales», lo que trae aparejado que en razón de tal ligamen los convenientes estarán llamados a atender las prestaciones a su cargo en los tiempos y forma debidos, so pena de hacerse acreedor a las sanciones que de su omisión emerjan, teniendo por su parte el contratante cumplido el derecho de optar por persistir en el negocio o desistir del mismo y, en cualquiera de los dos eventos, a reclamar el reconocimiento y pago de los perjuicios que pudieron causarse.

Consecuente con esto, se ha dicho de manera reiterada por esta Corporación que, para la prosperidad de la acción de responsabilidad contractual estará llamado el demandante a 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

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de mayo de 1980.

(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)» (CSJ SC 380-2018 del 22 de feb. de 2018, Rad. 2005-00368-01)...”⁵.

Ahora, la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana tiene como propósito la reparación de los perjuicios derivados de un hecho generado por un tercero, quien infringe la prohibición de causar daño a otro, configurándose un vínculo jurídico entre éste como deudor y el afectado como acreedor de la reparación, aun cuando la obligación no provenga de la voluntad de tales sujetos.

Tal estirpe de responsabilidad está regulada en el artículo 2341 del Código Civil, el cual dispone que *“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 imponga por la culpa o el delito cometido”*, emergiendo de tal norma los presupuestos para la viabilidad de la acción de reparación por responsabilidad civil extracontractual, a saber:

6.3.1. La comisión de un hecho dañino.

6.3.2. La culpa del sujeto agente

6.3.3. La existencia de la relación de causalidad entre uno y otra⁶.

Concerniente a los destinatarios de la responsabilidad civil extracontractual y su eventual exoneración, el Máximo Tribunal Civil ha indicado que:

“...La responsabilidad civil extracontractual de que trata el Título 34 del Libro IV del Código Civil comprende no solamente al autor del daño por el

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de junio de 2018. Expediente 11001-31-03-020-2006-00497-01, Magistrada Ponente Doctora Margarita Cabello Blanco.

⁶ *Ibidem*.

hecho personal suyo, sino también por el hecho de las cosas o de los animales que le pertenecen, o de las personas que de él dependan. De ahí que los ‘... entes morales responden directamente por los daños que causen sus representantes, agentes o dependientes, razón por la cual no pueden exonerarse de la responsabilidad consiguiente, demostrando simplemente que no incurrieron en las llamadas culpa in eligendo o culpa in vigilando, sino probando’ que el ‘perjuicio se produjo por caso fortuito, fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima o la de un tercero...’⁷.

Por consiguiente, el promotor de la responsabilidad civil extracontractual debe “...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...”⁸.

6.4. Dicho lo anterior, atañedero al reproche fundado en que el señor Helder Barahona Urbano carece de legitimación en la causa por activa para incoar la acción de responsabilidad civil contractual, porque suscribió el contrato de aviación báculo de la demanda en condición de representante legal de su hijo y como responsable económico, por lo que no puede tenersele como parte sino como un deudor solidario, debe decirse tiene acogida por las razones que pasan a exponerse.

La legitimación en la causa es la facultad que le asiste a una persona para exigir de otro el derecho controvertido, por ser justamente quien debe responderle. Así “...según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la ‘legitimatío ad causam’ consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)”. (Instituciones de

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de septiembre de 1990.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de febrero de 1976.

Derecho Procesal Civil, I, 185)...”⁹.

Además, como lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia, tal figura jurídica no es “...una excepción sino que es uno de los requisitos necesarios e imprescindibles para que se pueda dictar providencia de mérito, ora favorable al actor o bien desechando sus pedimentos...”¹⁰. por lo cual, “...**el juzgador debe verificar la legitimatio ad causam con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular...**”¹¹.

Entonces, al ser aquella una cuestión propia del derecho sustancial, su ausencia, por activa o por pasiva, conduce forzosamente a un fallo adverso a las pretensiones perseguidas en la demanda, en la medida que “...si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdiccional cuya característica más destacada es la de ser definitiva...”¹².

En el *sub lite*, el señor Helder Barahona Urbano sustenta la legitimación en la causa por activa para efectos de reclamar los perjuicios derivados de la responsabilidad civil contractual demandada, en que suscribió el contrato de matrícula curso de aviación en calidad de representante legal de su hijo, menor de edad para aquel entonces, Hernando

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 12 de junio 2001, expediente 6050.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 23 septiembre de 2007, expediente 1999-00125-01.

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 1° de julio de 2008, expediente 11001-3103-033-2001-06291-01.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 3 de 1997, CXXXVIII, páginas 364 y siguiente, citada en el expediente número 7804 de junio 21 de 2005.

Barahona Silva –q.e.p.d.- y como responsable económico.

Auscultada dicha convención, se advierte que allí se consignó que Aeroclub de Colombia y el estudiante Hernando Barahona, representado legalmente por su progenitor Helder Barahona, son las partes del aludido negocio, en el cual también se concertó que el precio del curso sería pagado por: “...*(i) el estudiante, en caso de tener la solvencia económica para pagarlo; (ii) el representante legal del estudiante, si este es menor de edad y siempre que éste tenga la solvencia económica para pagarlo; o (iii) por cualquier tercero que asuma expresamente la obligación de pago del Precio...*”, a quienes se le denominará “*Responsable Económico*”.

Del clausulado trasuntado se infiere, entonces, que el señor Barahona urbano participó en el aludido convenio como representante legal de su hijo; *empero*, no por ello adquirió la condición de parte contractual, la cual se reservó de manera exclusiva para su descendiente y la escuela de instrucción, por voluntad expresa de los propios negociantes. En virtud de la memorada condición se comprometió a asumir el pago del precio pactado, pero sin que los celebrantes le dieran la connotación de deudor solidario, como lo indica el impugnante, ya que “...*[l]a solidaridad contractual civil ... jamás se presume...*”¹³

Además, no debe perderse de vista que la sola circunstancia que Barahona Urbano hubiera solventado la obligación que contrajo a nombre de su hijo, en un negocio en que fungió como representante legal de éste, no implica que aquél se hubiera obligado de manera personal, y por tanto, tenga una posición contractual que lo habilite a reclamar un incumplimiento negocial a nombre propio.

Lo anterior es así, tal como desde antaño lo decantó el Tribunal del cierre de la jurisdicción ordinaria, al precisar que el acto de representación del

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 10 de marzo de 2020, expediente 18001 31 03 001 2010 00053 01. Magistrado Ponente Doctor Ariel Salazar Ramírez.

hijo por el padre en una convención, no lo convierte en parte del pacto, ni radican en él sus efectos jurídicos, aun cuando hubiere asumido las obligaciones derivadas de la convención con recursos propios. En ese sentido en la sentencia de 29 de abril de 1971, citada en sentencia de 26 de enero de 2006, anotó:

"... no se puede "suponer que cuando un representante legal o convencional compra un bien para su representado y paga el precio con dineros propios –no en el sentido de bienes propios, sino de recursos sobre los que tiene disposición- la compra ha de entenderse realizada para sí...". Por tanto, "si el padre de familia, representante legal y nato de sus hijos no emancipados, celebra en nombre de estos un contrato de compraventa de inmueble, en que los mismos aparecen como compradores, el derecho crediticio correlativo a la obligación de dar que contrae el vendedor se radica directamente en cabeza de dichos menores, no del padre, y se satisface, como en el caso de autos, mediante la tradición registral del dominio que así se transfiere directamente a aquellos. Equivocado es, entonces, decir que el padre compró para sí..., pues en virtud de la representación legal, aquel en ningún momento recibe los efectos del contrato, ni de la tradición de la cosa vendida...". Más aún, "si cualquier tercero que no tenga interés alguno en la solución de la deuda puede pagar por el deudor, con mayor razón puede y debe hacerlo el padre de familia, evento en el cual, también por virtud de la representación, dicho pago se entiende hecho directamente por el hijo." "Es pues, manifiestamente equivocado también desconocer este efecto legal del pago y suponer, en su lugar, que el representante que paga el precio adquiere para sí la cosa vendida y no para el representado..." (Se subraya; G.J. CXXXVIII, págs. 308 a 316)..."¹⁴.

En ese escenario de cosas, ciertamente, le asiste razón al apelante en que el señor Helder Barahona Urbano no estaba facultado para reclamar

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de enero de 2006, expediente 11001 3103 016 1994 13368 01. Magistrado Ponente Doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

la declaratoria de una responsabilidad civil contractual a cargo de Aeroclub de Colombia y la indemnización consecuencial, cuando tales pretensiones emergían de un contrato de matrícula de aviación en el que ninguna relación negocial lo vinculaba a título personal con aquel centro de instrucción, motivo por el cual no estaba habilitado para promover la acción “...contractual [la cual] sólo está en cabeza de quienes tomaron parte en el acuerdo o de sus causahabientes, que por la misma razón no pueden demandar por fuera de esa relación jurídica preexistente la indemnización del daño causado por la inejecución de las obligaciones acordadas, relación material ésta en la que ninguna injerencia tienen los terceros, quienes por el contrario sólo son titulares de acción de responsabilidad nacida de hecho ilícito, de la que también se pueden servir los herederos del contratante afectado por el incumplimiento del acuerdo, cuando la culpa en que incurre el deudor les acarrea un daño personal...”¹⁵.

Por consiguiente, como es una realidad procesal acreditada, que no existe ninguna relación negocial de manera directa entre Aeroclub de Colombia y el señor Barahona Urbano, no le era dable a éste ser sujeto activo de la acción de responsabilidad civil contractual que incoó de manera personal y directa, y no en calidad de heredero de Hernando Barahona, conforme se aprecia en la subsanación del libelo demandatorio, en tanto que, insístase, a nombre propio carecía de *legitimatío ad causam* para demandar.

Así las cosas, resta decir que no se precisa asumir el análisis de los elementos de la responsabilidad alegada, dado que la ausencia de legitimación en la causa tiene ímpetu suficiente para provocar la negación de las súplicas demandatorias. De allí, entonces, que resulte inane toda pesquisa dirigida a verificar si el centro de enseñanza convocado cumplió con los deberes prestacionales a su cargo, porque el instructor tenía los chequeos vigentes y la licencia habitada, respetó

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de abril de 1993, Gaceta Judicial CCXXII, página 404, cita en la sentencia de la misma Corporación de 4 de septiembre de 2000, expediente 5602. Magistrado Ponente Doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

la normatividad que regula la altura en un vuelo tipo crucero, así como lo atinente al riesgo asumido por el alumno piloto, como lo pretendía el opugnante.

Las argumentaciones precedentes, conllevan a revocar los ordinales primero, segundo, tercero y cuarto de la providencia apelada, en los cuales se acogieron las pretensiones relativas a la responsabilidad civil contractual impetrada y se desestimaron las excepciones que la atacaban.

6.5. Superado el anterior aspecto, en cuanto a la incongruencia endilgada a la sentencia impugnada, porque salió avante la responsabilidad civil extracontractual impetrada por María Margarita Silva Navia, Luis Helder Barahona Silva y Helder Barahona Urbano, pese a que éste último no la demandó, no se abre paso por las siguientes razones.

Como es bien sabido, “...[*]a incongruencia se presenta, cuando el juez decide el caso por fuera de las pretensiones o excepciones probadas (extra petita)...”¹⁶.*

Situación que no ocurre en el presente asunto, porque si se revisa la demanda, se advierte, que si bien es cierto en las pretensiones se invocó declarar a Aeroclub de Colombia “...*en virtud de la culpa grave con la que actuó, responsable extracontractual, directa, patrimonial y solidariamente, si fuera el caso, de los perjuicios ocasionados a MARÍA MARGARITA SILVA NAVIA y LUIS HELDER BARAHONA SILVA producto [del] accidente aeronáutico donde falleció su hijo y hermano respectivamente, HERNANDO BARAHONA SILVA -Q.E.P.D-, el 12 de abril de 2015 dentro de su formación como piloto...*”, también lo es que en la parte introductoria de ese escrito se indicó que la acción de responsabilidad extranegocial la promovían María Margarita Silva

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de noviembre de 2017, expediente 11001-31-03-019-2011-00224-01. Magistrado Ponente Doctor Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Navia, Helder Barahona Urbano y Luis Helder Barahona Silva, los dos primeros en calidad de padres y el último como hermano de Hernando Barahona Silva -q.e.p.d.-, así como que los perjuicios irrogados por daños patrimoniales, morales, a la vida de relación y psíquicos se deprecaron para ellos tres.

En estas circunstancias, no se vislumbra que la sentencia sea disonante con las pretensiones como lo denuncia el recurrente, dado que la Juzgadora condenó al pago de la indemnización derivada de la responsabilidad civil extracontractual en favor de quienes se invocó, que no son otros que los mismos que anunciaron que entablaban tal demanda.

Con tal determinación no se altera el objeto del litigio, ni se incurre en ninguna extralimitación, por el contrario, se cumple con el mandato establecido en el inciso 5º del artículo 42 del Código General del Proceso, en el sentido de “...interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto...”, respetando “...el derecho de contradicción y el principio de congruencia...” de la sentencia, pues aunque en la pretensión enfilada a que se declare la responsabilidad civil extracontractual se omitió incluir tal súplica a favor del señor Barahona Urbano, en el acápite preliminar si se indicó que él era promotor de la acción y en las súplicas consecuenciales de condena se impetró que se le pagaran los perjuicios correspondientes.

Por estas razones no es admisible predicar que el pronunciamiento emitido fue *extra petita*, el cual se presenta cuando se “...decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, o, de un tiempo a esta parte, en Colombia, con apoyo en hechos diferentes a los invocados (*extra petita*)...”¹⁷; aspectos que no ocurrieron en el *sub exámine*, ya que la Juzgadora resolvió sobre un tópico solicitado, como eran los perjuicios reclamados por los progenitores y el hermano de la víctima.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 25 de febrero de 2015, expediente 2000-00108-01.

6.6. En cuanto a la inconformidad edificada en que al caso en análisis no le es aplicable el régimen de actividades peligrosas, deviene afortunado el opugnante, porque aun cuando “...es evidente que la aviación constituye un ejemplo perfecto de este orden de actividades...”¹⁸, es importante precisar que de la revisión de la causa *petendi* y de los fundamentos de derecho del *sub lite*, la responsabilidad civil extracontractual aquí implorada no es la proveniente de actividades peligrosas – artículo 2356 del Código Civil-, sino la directa o personal causada por un hecho de uno de los dependientes de la compañía de instrucción aérea, puesto que la demanda se fundamenta en la posición de garante de ese centro de enseñanza y en el daño generado por el proceder del instructor.

Memórese que referente a la responsabilidad atribuida a una persona jurídica por un hecho dañoso causado por un empleado o dependiente suyo, el Alto Tribunal de Casación Civil, después de replantear varias posiciones jurisprudenciales, concluyó hace algunos años que ese preciso evento se juzga desde la óptica de una responsabilidad personal o directa, regulada por el artículo 2341 del Estatuto Sustancial Civil, pues en ese sentido adujo:

“...En punto a la responsabilidad extracontractual, la corriente doctrinal que desde hace varias décadas acogió esta Corte se funda en el principio cardinal de que todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta, así como en la concepción según la cual quien ha padecido un daño está en el derecho a ser indemnizado.

De esta responsabilidad no han estado exentas las personas jurídicas o entes morales, frente a quienes en un principio se concibió que podían responder civilmente, de manera indirecta, con apoyo en los conceptos de culpa ‘in eligendo’ e ‘in vigilando’; pues se estimaba que era la mala elección o la falta de vigilancia lo que permitía proyectar sobre la persona

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 3 de mayo de 1974.

moral el daño que, por negligencia u otro factor de culpabilidad, causaran sus dependientes o aquellos que le estuvieren subordinados.

Con fundamento en los postulados de la responsabilidad indirecta consagrada en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, se entendía que no era propiamente la persona jurídica quien actuaba sino sus empleados. El ente moral, en consecuencia, podía desvirtuar la presunción de culpa si demostraba que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado, o si a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad les confería, no habría podido impedir el hecho dañoso.

De igual modo, si la víctima del daño reclamaba la indemnización contra la persona moral, ésta, a su vez, estaba en el derecho de repetir contra el autor del hecho culposo por efectos de la solidaridad, por lo que las acciones prescribían –como consecuencia de esta teoría– en plazos diferentes según fuera el sujeto pasivo de la acción indemnizatoria.

Esta doctrina, que se situaba en el terreno de la responsabilidad por el hecho ajeno perdió actualidad al considerar la Corte que «en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas (...), no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia o cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión». (G.J.I. XLVIII, 656/57).

Una vez revaluada la teoría de la responsabilidad indirecta de los entes morales, se dio paso a la doctrina de la responsabilidad directa; desplazándose en tal forma de los artículos 2347 y 2349 al campo del 2341 del Código Civil. En relación con esta clase de responsabilidad, nació por obra de la jurisprudencia la tesis llamada ‘organicista’, que se explicaba diciendo que la persona jurídica incurría en responsabilidad directa cuando los actos culposos se debían a sus órganos directivos –

directores o ejecutores de su voluntad–, y en responsabilidad indirecta en los restantes eventos.

Sin embargo, esta caracterización de la responsabilidad a partir de la función que el agente del daño desempeña en una organización (dependiendo de si es directivo o subalterno), carece de un sustento lógico y jurídico suficiente para fundamentar una teoría de la responsabilidad civil extracontractual y, al mismo tiempo, se muestra demasiado artificiosa e inequitativa.

No existe un motivo razonable para variar la posición de la entidad jurídica frente a los actos lesivos de quienes ejecutan sus funciones por el simple hecho de que éstos desempeñen labores de dirección o de subordinación, puesto que al fin de cuentas todos ellos cooperan al logro de los objetivos de la persona moral, independientemente de las calidades u oficios que realicen.

A diferencia de las personas naturales, que poseen entendimiento, voluntad propia y autoconciencia, los entes jurídicos no obran por sí mismos sino a través de sus agentes, por lo que los actos culposos y lesivos que éstos cometen en el desempeño de sus cargos obligan directamente a la organización a la que pertenecen, con apoyo en el artículo 2341 del Código Civil, sin importar si se trata de funcionarios de dirección o de operarios.

Fue así como a partir de la sentencia de 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC), ratificada en fallos posteriores, se recogió esa corriente jurisprudencial, al entender la Corte que la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es directa, cualquiera que sea la posición de sus agentes productores del daño dentro de la organización. En concreto sostuvo:

Al amparo de la doctrina de la responsabilidad directa que por su vigor jurídico la Corte conserva y reitera hoy, procede afirmar pues, que cuando se demanda a una persona moral para el pago de los

perjuicios ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, ejecutado en ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, no se demanda al ente jurídico como tercero obligado a responder de los actos de sus dependientes, sino a él como directamente responsable del daño.

Tratándose pues, en tal supuesto, de una responsabilidad directa y no indirecta, lo pertinente es hacer actuar en el caso litigado, para darle la debida solución, la preceptiva legal contenida en el artículo 2341 del Código Civil y no la descrita en los textos 2347 y 2349 ejusdem. (Sentencia de Casación Civil de 17 de abril de 1975).

La circunstancia de que las personas jurídicas incurran en responsabilidad civil directa favorece a las víctimas del perjuicio, puesto que no sólo se amplía el término de la prescripción de la acción (art. 2358) sino que se atenúa la carga probatoria con relación a los requisitos de la responsabilidad por el hecho ajeno, dado que –a diferencia de lo que acontece en esta última– al demandante no se le exige demostrar la relación de dependencia o subordinación del autor del daño respecto del ente moral ni el deber de vigilancia de éste frente a aquél.

En el mismo orden argumentativo, el demandado en este tipo de acción no se exime de culpa si demuestra que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado, o si a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad les confiere no habría podido impedir el hecho dañoso, pues estas situaciones son irrelevantes en tratándose de la responsabilidad directa de los entes morales. De ahí que en esta última «la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, probando el caso fortuito, el hecho de tercero o la culpa exclusiva de la víctima». (Sentencia de casación de 28 de octubre de 1975).

Con base en estas consideraciones, es preciso admitir que le asiste razón al casacionista cuando reprocha al Tribunal haber aplicado al caso bajo examen una norma que no rige la controversia, pues en tratándose de la responsabilidad civil de las personas jurídicas –se reitera– es la

*directa consagrada en el artículo 2341 y no la indirecta que prevén los artículos 2347 y 2349 del ordenamiento sustancial, la que está llamada a dirimir el conflicto...*¹⁹ –negrillas de la Sala-

Ahora, particularmente sobre la responsabilidad que les atañe a los centros de enseñanza por un acto realizado por uno de sus dependientes que causa daño a un alumno, la jurisprudencia del Máximo Tribunal Administrativo ha dicho que:

*“...El centro educativo se erige en garante y adquiere la obligación de responder por los actos del educando que pudieran lesionar derechos propios o ajenos, es decir, que la obligación de cuidado de los maestros con respecto a los alumnos origina responsabilidad de los centros educativos y de los mismos maestros por cualquier daño que los alumnos puedan llegar a causar o sufrir, aunque aquellos pueden exonerarse de responsabilidad si demuestran ... que el hecho se produjo por fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima...”*²⁰.

Las premisas precedentes permiten considerar que, en efecto, como lo manifestó el inconforme, al *sub judice* no le era aplicable el régimen de culpa presunta de las actividades peligrosas, sino la responsabilidad sobre conceptos de la culpa probada, gobernada por el artículo 2341 del Código Civil, motivo por el cual no era dable que la Juzgadora hiciera alusión en la sentencia al acometer el estudio de la responsabilidad extranegocial reclamada, sobre la necesidad de acreditar en este asunto los elementos axiológicos de la primera clase de responsabilidad referida.

Por tanto, es imperativo que se acredite *“...la culpa ..., el daño y la relación de causalidad, como elementos estructurales de la responsabilidad aquiliana...”*²¹, para que las aspiraciones demandatorias

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de octubre de 2015, expediente 73411-31-03-001-2009-00042-01. Magistrado Ponente Doctor Ariel Salazar Ramírez.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia 24 de marzo de 2011.

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 20 de junio de 2005, expediente 7627. Magistrado Ponente Doctor César Julio Valencia Copete.

salgan avante. Así mismo, conforme se señaló, para que aquella se desvirtúe debe acreditarse una causa extraña, tipificada en el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de un tercero o de la víctima.

6.7. En punto a los elementos estructurales de la responsabilidad civil extracontractual, aunque sobre el daño, esto es, la muerte de Hernando Barahona Silva, el recurrente no presenta discusión alguna, si lo hace respecto de los restantes requisitos, pues en su criterio no se encuentran acreditados la culpa y el nexo causal.

Tendiente a refrendar el elemento de la culpa se adosaron las siguientes pruebas:

El informe final de accidente adelantado por la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, el cual, según los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC) 8 y el Anexo 13 de OACI, tiene como único objetivo la prevención de futuros accidentes o incidentes y no determinar la culpa o responsabilidad, el cual pese a tal infortunada advertencia se valora por esta Colegiatura como elemento de juicio idóneo para esclarecer la injerencia que tuvieron el proceder del instructor y el centro de aviación en el accidente ocurrido el 12 de abril de 2015, consecuencia del cual perdió la vida el alumno Barahona Silva, por ser la única pesquisa contigua al acaecimiento de los hechos y practicada por una entidad con especiales conocimientos en la materia.

La aludida investigación da cuenta que:

“...Durante la ejecución de un vuelo VFR de instrucción en cuadrilla (formación abierta) con dos (2) elementos matrículas HK5064G y HK1912G), entre el aeródromo Yariguies (SKEJ) y el aeródromo Flaminio Suárez Camacho (SKGY), se presentó colisión de ambas aeronaves contra terreno montañoso perteneciente a la Serranía de Los Yariguies en jurisdicción del Municipio de San Vicente de Chucurí – Santander.

En la ocurrencia, se produjo el deceso de los dos (02) ocupantes de la aeronave HK5064G y el deceso del único ocupante de la aeronave HK1912G.

....

En el área, las condiciones reinantes a la hora del accidente, evidenciaban la presencia de nubosidad a pequeña escala adyacente a la Serranía Los Yariquies. La situación meteorológica en SKE y al sur de dicha estación, evidenciaba condiciones secas con presencia de nubosidad escasa.

Se identificó también la presencia de algunos cúmulos en desarrollo adyacente y presencia de nubosidad baja asentada en la serranía. Estaba muy cerca de los focos convectivos.

...

La aeronave HK1912G, siguiendo los protocolos establecidos en el manual de operación de la escuela de aviación mantenía comunicación con la aeronave HK5064G a través de frecuencia interna.

...no hubo evidencia de malfuncionamiento de las radiocomunicaciones, y no se evidenció ningún reporte o llamado de emergencia por parte de los tripulantes durante el transcurso del vuelo.

...la última comunicación efectuada por la escuadrilla ... [a las] 18:50:07 UTC... Buenas tardes, trasponder 1160 por condiciones meteorológicas desviado vamos a proceder vía... inicialmente Zapatoca, Sal Gil Socorro. [Ante lo cual la Dependencia de aproximación de Bucaramanga respondió a las] 18:50:16 UTC: Recibido 5064G, QNH estándar, llame cruzando Socorro...

El sitio del accidente correspondía a un sistema montañoso perteneciente a las estribaciones de la cordillera oriental denominado Serranía de Los Yariquies, la cual se encuentra situada en el Departamento de Santander extendiéndose en una longitud de 60 kms con elevaciones máximas aproximadas que rondan los 9850 pies promedio.

Ambas aeronaves impactaron la ladera occidental de la Serranía a 32NM al E de la Ciudad de Barrancabermeja – Santander. Un terreno de difícil acceso, con pendientes pronunciadas y alta densidad boscosa.

...

La aeronave HK5064G se encontró impactada a una elevación de 7926 pies en terreno rocoso agreste con una pendiente 80.8°. La elevación máxima vertical desde la posición final de la aeronave corresponde a 8150 pies.

El HK1912G yacía a 7422 pies de elevación en un terreno semi rocoso con una pendiente de 69.8°. La elevación máxima vertical desde la posición final de la aeronave correspondía a 8449 pies. Ambas aeronaves distaban entre si una longitud 926 mts.

[Sobre el análisis de las operaciones de vuelo se consignó:]...20 minutos después del despegue de la escuadrilla No. 3, a las 13:45 HL (18:45UTC), la escuadrilla No. 2 despegó e informó a los 5 minutos en el vuelo que por condiciones meteorológicas, notificaba el desvío de la ruta Cimitarra – Barbosa - Chiquinquirá, por la ruta Zapatoca – San Gil – Socorro - Chiquinquirá, un tramo que exigía una desviación hacia el Este hacía la Serranía Los Yariguies.

Si bien, el piloto es autónomo en cambiar su ruta, de acuerdo a las condiciones meteorológicas que puedan llegar a presentarse, la escuadrilla No. 2 que fue la última en despegar SKEJ, pudo haber efectuado un llamado interno a los demás líderes de escuadrilla para indagar acerca de las condiciones meteorológicas en la ruta, y así evitar el desvío de la ruta hacia [el] Este, donde las condiciones orográficas del terreno eran más riesgosas y donde la situación meteorológica presentaba tendencia a degradarse. Esta situación fue evidente en el comentario que hizo la escuadrilla... 3 en su declaración, al inquietarse del desvío de la escuadrilla ... 2, sabiendo que la ruta programada inicialmente presentada condiciones meteorológicas óptimas para el vuelo VFR.

Aun cuando el líder de la escuadrilla 2 optó por cambiar la ruta hacia el Este, en dirección a la Serranía de los Yariguies, por lo cual el piloto debió proveer un ascenso a los 10.500 pies y no haber mantenido los 7.500 pies que alcanzó la aeronave hasta impactar contra el terreno montañoso.

...

[Referente a la condición meteorológica se consignó:] "...Observando las condiciones a las 17:15UTC, la zona del accidente presentaba pequeñas formaciones de nubosidad baja que a lo largo del tiempo fueron evolucionando hasta evidenciarse núcleos convectivos acompañados de prominente nubosidad baja y media en el área del accidente (19:15 UTC) que se encontraba acentuada sobre la Serranía Los Yariguies.

A las 18:45Z, la aeronave se encontraba iniciando el viraje por la izquierda y era apreciable la presencia de nubosidad sobre la zona del accidente. La investigación no pudo determinar del por qué el instructor solicitó el desvío hacía el E por condiciones meteorológicas, si era prácticamente evidente que las imágenes satelitales mostraban escasa nubosidad S y la escuadrilla No. 3 relató tener condiciones adecuadas para la operación segura VFR...

...

[En cuanto a los aspectos organizacionales de Aeroclub de Colombia señaló:] en el chequeo anual de vuelo realizado al instructor (11 de noviembre de 2014, no fueron evaluados los procedimientos de radionavegación o vuelo por instrumentos, solo procedimientos VFR.

Dichos chequeos de radionavegación y vuelos por instrumentos eran normalmente evaluados por la escuela de aviación utilizando simuladores de vuelo. De acuerdo a las evidencias recopiladas, los chequeos reales en vuelo de instrumentos radionavegación son realizados muy esporádicamente debido a la autorización que otorgue el ATS. La razón de esta práctica radica en la ausencia de espacios aéreos adecuados en el país para la práctica real de vuelos IFR y chequeos de

instrumentos.

*Dentro de la información factual recopilada se observó que la **atmósfera** organizacional en la que se constituyó el accidente se encontraba en un entorno laxo, donde las Regulaciones Aeronáuticas existentes y las Políticas del centro de instrucción, permitían la realización de chequeos de vuelo a instructores y alumnos sin evaluarse el vuelo por instrumentos (IFR), en un contexto de vuelo real, dado que los chequeos y proeficiencias eran válidos a evaluarse a través de los simuladores estáticos.*

...

Las políticas del centro de instrucción al no establecer rutas de vuelo VFR durante el desarrollo de cruceros, permitían que los instructores eligieran bajo su criterio, las rutas más adecuadas abriendo la puerta a un error en la toma de decisiones y a una inadecuada gestión del riesgo ...”.

Las anteriores aseveraciones fueron corroboradas por el análisis técnico realizado por el capitán Julio César Palacios Mullcue, quien afirmó que revisado el Manual General de Operaciones (M.G.O) de Aeroclub de Colombia, allí no se especificaron condiciones especiales a tener en cuenta en caso de contingencias o emergencias “...*ni se establecieron controles o barreras ..., que permitieran evitar el ingreso de las aeronaves en condiciones de nubosidad, las cuales llevaron al instructor y sus alumnos a perder el control visual con el terreno e impactar con el mismo. Esta condición se conoce en la industria a nivel global como I-IMC (Inadvertend IMC)- Condiciones Inadvertidas Meteorológicas de Instrumentos.*

Añadió que “...*la aeronave C-150M involucrada en el accidente, no tenía certificación para realizar vuelos IFR (Reglas de Vuelo por Instrumentos) bajo condiciones IMC (Condiciones Meteorológicas de Vuelos por Instrumentos)...”*, como se advierte en la cartilla de estandarización para instructores y alumnos S.O.P. o también llamada Procedimientos Estándar de Aeroclub. Tampoco en estos documentos ni el Manual de

Operaciones el Centro de Instrucción definió y estandarizó los procedimientos y lineamientos para la ejecución de vuelos de crucero en la instrucción de los pilotos y alumnos, por lo cual la ausencia de disposiciones al respecto le permitía a aquellos y a los instructores, cambiar de manera autónoma y deliberada las rutas de los cruceros, llevando a sobrevolar las aeronaves en zonas aéreas inseguras y de alto riesgo para la instrucción.

Además, aseveró que la aeronave C-150M estaba en desventaja, en cuanto a las ayudas de navegación que tenía el avión C-172 del piloto instructor, pues esta contaba con certificación para vuelos por instrumentos, mediante la instalación del sistema Garmin-1000, el cual le permite a la tripulación visualizar el tiempo real del terreno que va a sobrevolar. Puntualmente sobre el uso que se le dio a esta herramienta consideró: *“...El accidente ocurrió en una serranía cuyas alturas alcanzan los 9.850 pies (2.985 metros) y se extiende en una longitud de 60 kilómetros. La aeronave del piloto líder o instructor impactó en el terreno a una altura de 7.962 pies (2.412 metros) y la aeronave del piloto alumno (a la cola) impactó a una altura de 7.422 pies (2.249 metros). Esto demuestra que la tripulación del avión líder o piloto jefe, no estaba utilizando o no conocía el funcionamiento y operación de la herramienta del mapa en movimiento que ofrece el sistema GARMÍN 1000 instalado en su aeronave HK5064G. Esta herramienta, utilizada en forma correcta, hubiese permitido a las dos aeronaves, identificar el terreno montañoso de acuerdo a la ruta a seguir. El avión del piloto instructor impactó [a] 1.888 pies (573 metros) por debajo del punto más alto del sector montañoso, así mismo, el avión del piloto alumno o cola, impactó a 2.428 pies (736 metros) por debajo del punto más alto del sector montañoso...”*

Así mismo, manifestó que *“...no hubo una consulta juiciosa de las condiciones meteorológicas de la RUTA DE DESVIACIÓN que el instructor definió y determinó tomar a última hora..., [dado que] el vuelo del accidente, el cual tenía origen en el aeropuerto de Barrancabermeja y como destino el aeropuerto de Guaymaral, el instructor decidió a última*

hora desviar el vuelo hacía el sector de Bucaramanga, área que horas antes había tenido que evitar por presentar condiciones meteorológicas adversas. Esto es claramente, una mala decisión por parte del instructor, que terminó en un accidente fatal...". Revisada la cartilla de estandarización de maniobras para instructores y alumnos S.O.P. o también llamada de procedimientos estándar de operación del Aeroclub de Colombia, no se advierte en ninguno de sus apartes procedimiento de acciones previas al vuelo briefing²² del instructor, que analice de manera responsable, un punto relevante como lo es la meteorología.

En adición, adujo que la escuadrilla del capitán Guerra *"...fue autorizada por parte del control de tránsito aéreo a alcanzar y mantener una altura de 10.500 pies, sin embargo el instructor al solicitar cambio de ruta por condiciones meteorológicas, no pidió cambiar su altura de crucero y voló a 7.500 pies de altura hasta impactar contra el terreno. El instructor y líder de la formación no respetó la altura autorizada de 10.500 pies consignada en el plan de vuelo, de haberlo cumplido se habría librado el terreno contra el que impactaron las aeronaves..., [ni] estableció una ALTITUD MÍNIMA de 11.500 pies para la ruta seleccionada con el fin de garantizar la seguridad del vuelo y evitar impactar contra el terreno montañoso..."*, como lo respalda el reporte realizado por la aeronáutica civil -folios 63, 64, 81, 92, 95, 99, 103 del 01CuadernoPrincipal.

Con el propósito de contrarrestar las anteriores conclusiones Aeroclub de Colombia allegó una experticia, practicada por el Teniente Coronel Javier Mauricio Bahamón, quien aseveró que el artefacto C-150 HK1912G no estaba obligado a contar con permiso de operación IFR - Reglas de Vuelo por Instrumentos- para el vuelo realizado el 12 de abril de 2015, por cuanto el Manual General de Operación vigente para aquella fecha establecía que para la fase de navegación –cruceros-doble comando *"... no existe restricción de aeronaves. Se efectuará por*

²² "El *"briefing* es una palabra que sirve para describir una breve reunión de trabajo que las tripulaciones mantienen antes del inicio de un vuelo o de una rotación de vuelos... en él... se informa de las circunstancias específicas del vuelo a realizar, se reparten puestos y tareas, se dan pautas e instrucciones y se recuerda la normatividad y los procedimientos en materia de seguridad y salvamento..."

referencia visual, navegación a estima y con uso de Radio- ayudas para la navegación, la última parte se implementará el uso de navegadores autónomos (GPS)...”. Por esa misma razón todas las aeronaves de la escuela se encontraban certificadas para vuelos VFR- Reglas de Vuelo Visual-, particularmente el avión C150 M además de contar con certificado de aeronavegabilidad para vuelos VFR para la época del accidente, se encontraba incluida en las especificaciones de operación aprobadas por la Aeronáutica Civil, razón por la cual se infiere que estaba en capacidad de desarrollar el crucero, tan así que en el informe final no menciona que ello hubiere sido un factor determinante de la causalidad del accidente.

De otra parte, manifestó que “...[s]eñalar que hubo o no hubo briefing previo al crucero o durante la realización del mismo es una suposición que nadie podría confirmar por cuanto no estuvo presente en ese momento...”. Lo más probable es que se hubiera hecho, dado que el S.O.P. lo establecía como un procedimiento previo a los vuelos de instrucción.

También, aseguró que “...[e]l número de horas voladas en la semana tanto por el Cap. Guerra (23:47), como por el Piloto alumno Hernando Barahona (10:29), no excedieron el número de horas semanales establecido por la Autoridad Aeronáutica..., [por lo que esto] no fue un factor determinante o contribuyente en el accidente...”. Así mismo, que “...[e]n las navegaciones de vuelo visual (VFR), es común que los pilotos realicen ajustes en sus rutas de vuelo debido a cambio en las condiciones de viento o formaciones de nubes...”. Igualmente que “...[p]ara el 12 de abril de 2015, el Cap. Gustavo Adolfo Guerra Miranda contaba con sus chequeos vigentes, así como con propia licencia PCA-IVA sin restricciones y con habilitación para operación VFR e IFR, en cumplimiento a los lineamientos estipulados en el R.A.C. 2 PERSONAL AERONÁUTICO. [Aunado], [d]e acuerdo con los Reglamentos Aeronáuticos ... cualquier entrenamiento y chequeo de vuelo [por] instrumentos en simulador era válido para verificar y evaluar las aptitudes y competencias del vuelo por instrumentos de un piloto...”.

Agregó que como se trataba de un vuelo bajo condiciones VFR era innecesario contar con el equipo Garmin 1000 en las aeronaves, tan así que la Aeronáutica Civil aprobó las especificaciones de operación para esa clase de vuelos el 11 de marzo de 2015, en los cuales los pilotos están “...*facultados para tomar decisiones de cambio en la ruta, [lo cual] debe ser informado [y aprobado por el] control de tránsito aéreo (ATC)...*”, así como también la variación de la altura, misma que el piloto escogió inicialmente de manera apropiada -10.500 pies-. En ese sentido sostuvo que “...*el vuelo realizado por la escuadrilla No. 2 el día 12 de abril de 2015, contaba con un plan de vuelo revisado y aprobado por la Autoridad Aeronáutica y que las modificaciones que se dieron del mismo durante la ruta también fueron recibidas por el control de tránsito aéreo en su momento...*”²³.

Se recaudaron los siguientes testimonios técnicos a solicitud de la escuela enjuiciada:

Fabio Augusto Carvajal, piloto e instructor del centro de instrucción demandado, afirmó que para el momento del accidente todas las aeronaves de la escuela tenían certificado de aeronavegabilidad; el vuelo, en condiciones visuales no exige un equipo Garmin 1000; en él se puede cambiar la ruta por condiciones meteorológicas o de viento; así como que con los alumnos previo al vuelo se realizaba briefing para analizar diferentes factores del vuelo atinentes a la ruta, complicaciones, entre otras. También, manifestó que el mando de los vuelos en escuadrilla lo tiene el líder de la escuadrilla, que es el instructor, el supervisor y quien toma las decisiones, no obstante el alumno puede apartarse de ellas; además, que desconoce si el capitán Guerra el día del estudiante utilizaba el Garmín 1000 solo como GPS y no como ayuda de vuelo por instrumentos²⁴.

²³ folios 135, 136, 138, 145, 147, 148, 150 a 152 cuadernoUnoD-.

²⁴ -minutos 0:00 a 17-13 de archivo 08ContinuacionAudiencia, 2:10 a 3:40 de archivo 09ContinuaciónAudiencia en audiencia a folio 128 del CuadernoUnoD-

Fabricio Montaña Sierra, instructor de Aeroclub de Colombia, aseveró que en vuelo escuadrilla visual, el instructor como jefe líder tiene la autonomía de variar la ruta, es el responsable de observar la meteorología, pero el estudiante que va solo en el avión puede tomar determinaciones sobre el vuelo. Agregó que si el desplazamiento era visual no debía utilizarse un instrumento como el Garmín 1000, así como que era muy complicado si se inició en condiciones visuales repentinamente cambiarlo a instrumentos y que si se observa un clima adverso lo más prudente es devolverse, maniobra – giro de 180°- que puede hacerse en un minuto, así mismo que los vuelos por instrumentos solo operan en aeropuertos internacionales²⁵.

Javier Alfonso Herrera Palacios, instructor de la escuela de aviación encartada, expuso que en vuelos visuales se puede cambiar el trayecto, tal facultad la tiene tanto el alumno como el estudiante, al punto que éste puede devolverse si lo considera lo más prudente; añadió que cuando las cuestiones meteorológicas se complican lo aconsejable es retomar para que *“...no se tape atrás y quedemos en el limbo...”*. En el vuelo visual existen elementos *“análogos”* –relojes, D.O.R.- y ayudas como mapas y cartas de navegación que se llevan en un maletín de vuelo, las cuales permiten al piloto detectar cerros y alturas, a diferencia de los adelantados por instrumentos que cuentan con pantallas digitales. En adición, comentó que en los vuelos por escuadrilla la distancia entre las aeronaves puede ser de una milla o una milla y media, y que la causa del accidente materia de este proceso obedeció a una mala toma de decisión del piloto Guerra de no regresarse a tiempo²⁶.

Del análisis en conjunto de estos elementos suasorios se colige que el experto Bahamón Sterling junto con los testimonios técnicos recaudados a solicitud del centro de instrucción demandado, lograron con la contundencia de sus dichos, la cual se acompasa con las regulaciones

²⁵ -minutos 2:10 a 5:05, 11:00 a 15:06 de archivo 011ContinuaciónAudiencia, 2:00 y 15:55 de archivo 012ContinuaciónAudiencia, 1:40 de archivo 013ContinuaciónAudiencia, 12:10 de archivo 015 Continuación Audiencia en Usb a folio 128 del CuadernoUnoD-.

²⁶ -minutos 14:00 de archivo 015ContinuaciónAudiencia, 1:58 a 3:36 y 5:05 de archivo 016ContinuaciónAudiencia, 6:00 a 8:15 y 12:00 a 13:04 de archivo 017ContinuaciónAudiencia, en Usb a folio 128 del CuadernoUnoD.

aeronáuticas, desvirtuar algunas aseveraciones efectuadas por la parte activa, en tanto que acreditaron que: los vuelos crucero tipo visual que realizaban los aviones con placas HK5064G y HK1912G el 12 de abril de 2015, obtuvieron autorización de la autoridad aeronáutica, a las 18:50 07UTC para variar la ruta hacia Zapatocha – San Gil – Socorro- por condiciones climáticas; así como que a los pilotos alumnos antes de los vuelos de instrucción se les realizaban los briefings, con el propósito de analizar las posibles complicaciones que se pudieran presentar; que aquéllos no sobrepasaron las horas de vuelo semanales permitidas para la época del infortunio; y que el chequeo de vuelo visual realizado por el capitán Guerra mediante simulador era válido. Estos hechos refrendan, entonces, que la escuela de aviación acató los deberes de prudencia y diligencia que le competían en los aspectos relacionados.

Sin embargo, no puede considerarse lo mismo respecto al proceder del piloto instructor Gustavo Guerra, según lo refrendan el informe final de accidente y el peritaje practicado por el experto Julio César Palacios Mullcúe, los cuales no fueron desvirtuados por el laborío realizado por el Teniente Coronel Bahamon Sterling, en la medida que aquéllas probanzas dan cuenta que el capitán Guerra en su condición de líder del vuelo tipo crucero varió el trayecto inicialmente autorizado –Cimitarra - Barbosa – Chiquinquirá-, el cual presentaba condiciones secas y nubosidad escasa, para tomar una ruta hacia el este que exteriorizaba en el área denominada La Serranía de Los Yariguies nubosidad asentada media y baja, cuyo terreno tiene unas pendientes con elevaciones aproximadas de 9.850 pies y una alta densidad boscosa.

Siguiendo con lo expuesto por el perito Palacios Mullcúe, tal circunstancia es indicativa que el piloto Gustavo Guerra, no efectuó un análisis acucioso de las condiciones climáticas presentes en la ruta de desviación, como le correspondía, con el fin de velar por la seguridad del vuelo crucero que lideraba.

Conforme con ello, es claro que el capitán Guerra actuó de manera imprudente y desobligada al no reparar en la anterior situación, por

demás bastante riesgosa, y desviar como líder el vuelo que seguía su alumno Hernando Barahón Silva hacía un sector que tenía un ambiente meteorológico adverso, un terreno menos óptimo que el trayecto inicialmente autorizado, y pese a ello no tomar la decisión de devolverse, como era viable hacerlo, según las versiones de los testigos técnicos Fabricio Montaña Sierra y Javier Alfonso Herrera Palacios, escuchados a solicitud del centro de instrucción demandado.

Aunado, el piloto instructor Guerra, aunque solicitó autorización para cambio de, ruta no lo hizo respecto a la altura, como correspondía, y descendió de los 10.500 pies, aun cuando el terreno que iba a volar tenía una elevación de 7.962 pies, impactando él a una altura de 7.962 pies y su alumno Barahona Silva a 7.422 pies. Este actuar impone concluir que aquél actuó con impericia, pues sin aquiescencia de la autoridad aeronáutica disminuyó la altura a nivel inferior del que tenían las pendientes del terreno que atravesaba.

Desde luego, de tales conductas refulge la culpa por impericia del instructor, en razón a que, pese a que le era exigible la mayor diligencia y cuidado en su desempeño profesional, no reflexionó sobre las situaciones ambientales de la nueva vía, ni el nivel de altura que debía tener el vuelo dadas las condiciones de la superficie que sobrevolaba, así como tampoco obtuvo el beneplácito requerido para modificar este último aspecto.

Además, el hecho que el instructor Guerra omitiera considerar el entorno climático del área por donde desvió el vuelo, llevó a que tanto él como el piloto alumno que lo seguía en vuelo tipo crucero se desorientan en el terreno y colisionaran, así lo afirmó el perito Javier Mauricio Bahamón, quien rindió el laborío presentado por la parte enjuiciada, aseveró en el interrogatorio realizado para la contradicción de ese dictamen, que de lo consignado en el informe final de accidente practicado por la Aeronáutica Civil puede inferir que el accidente se generó por estar en un “...vuelo controlado contra el terreno por desorientación de la tripulación...”, el cual ocurre cuando “...el terreno

se empieza a juntar con la formación meteorológica, con el techo de nubes, y ya no tiene por donde pasar más que devolverse, y busca devolverse y ya no encuentra el hueco por donde entró, y busca uno la manera de tener visual hasta que llega y se tapa totalmente, pierde visibilidad y se encuentra de frente la formación montañosa...”²⁷

Ergo, como se ha dejado visto, los hechos descritos generan un juicio de reproche jurídico en el actuar del piloto instructor Gustavo Guerra, los cuales involucran a Aeroclub de Colombia, por ser aquél empleado de ésta y haber efectuado las conductas increpadas en ejercicio de la relación de dependencia.

Desde esa óptica, está demostrada la infracción de deberes de prudencia y diligencia que le concernían a Gustavo Guerra Miranda como subalterno de Aeroclub de Colombia, por tanto, también la culpa en cabeza de Aeroclub de Colombia, en razón a que como se señaló con anterioridad la obligación de cuidado y guarda de los maestros con respecto a los alumnos genera responsabilidad de los centros de enseñanza o instrucción con ocasión de cualquier daño que puedan sufrir estos últimos.

De la misma manera está acreditado el requisito concerniente a la relación de causalidad, pues el informe final de accidente, realizado por la Aeronáutica Civil indica que este suceso fue desencadenado por el proceder imprudente del capitán Guerra, dependiente de Aeroclub de Colombia, respecto a la valoración de las condiciones climáticas y del terreno del nuevo trayecto escogido, al punto que se señalaron como factores contribuyentes del accidente: *“...Vuelo no intencionado en condiciones meteorológicas instrumentales en ambas aeronaves al ingresar inadvertidamente en condiciones de baja visibilidad que limitaron la operación visual y separación de terreno montañoso. Deficiente evaluación y gestión del riesgo por parte del instructor al no prever las condiciones meteorológicas existentes en el sector*

²⁷ –minuto 21:33 a 23:50 en archivo denominado 017AudienciaArt373 CD obrante a 318 cuadernoUnoD en PDF en octavo lugar del link de primera instancia -.

programado, aun cuando las condiciones meteorológicas al S se encontraban VMC...” -Folio 122 del Cuaderno Uno C -, a lo que se suma que el testigo técnico Javier Alfonso Herrera Palacio, recaudado a petición del extremo pasivo, de forma contundente admitió que la causa del accidente obedeció a una mala decisión del capitán Guerra Miranda.

La responsabilidad endilgada a la escuela de aviación convocada, no se desdibuja por el hecho del alumno Hernando Barahona Silva haber pactado en la disposición 7.4. del contrato de matrícula de aviación que *“...[e]l estudiante declara que en cualquier momento en que ocupe una aeronave en la ejecución del presente Contrato, lo hace sin fines comerciales, y bajo su exclusivo y propio riesgo y ventura, exonerando en consecuencia y manteniendo indemne de toda y cualquier responsabilidad al Aeroclub, a sus socios, afiliados, directivos, administradores, empleados, contratistas, dependientes, en caso de que se presente algún daño o lesión sea que suceda a bordo de la nave, o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, cuando el daño se produzca por su negligencia o dolo²⁸*; por cuanto, auscultado el plenario, el centro de instrucción enjuiciado no demostró, en cumplimiento de la carga probatoria regulada en el artículo 167 del Código General del Proceso, que Hernando Barahona Silva hubiera actuado con negligencia o dolo en el suceso que causó su muerte, por no apartarse y contradecir la decisión de cambio de trayecto adoptada por el piloto líder en el vuelo tipo crucero realizado el 12 de abril de 2015, ya que aunque quedó establecida la autonomía del estudiante para adoptar determinaciones, lo cierto es que se desconocen las precisas circunstancias en que acaeció tal suceso y las razones que llevaron al alumno a seguir la ruta escogida por su instructor.

Luego, están acreditados todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual demandada, máxime que, conforme se dejó sentado, no se probó ninguna eximente como culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un elemento extraño. De ahí que es inadmisibile

²⁸ –folio 14 del 01 Cuaderno Principal,

cualquier crítica a la Sentenciadora por declarar probados tales presupuestos

Ahora, en torno a la inconformidad del impugnante fundada en que la Funcionaria en un asunto de alto contenido técnico hizo alusión a las reglas de la experiencia, y efectuó conjeturas en cuanto a que la presencia o ausencia del Garmin 1000 hubiera variado los hechos, al realizar la valoración demostrativa, debe decirse que, si bien las máximas de la experiencia junto con el sentido común y la ciencia pueden servir de orientación para apreciar los diferentes medios probatorios y definir su poder de convicción, no lo es menos que tales reglas, no pueden utilizarse de manera autónoma para sacar conjeturas y hacer juicios de valor que sustenten una determinación judicial, dado que al tenor del artículo 164 del Código general del Proceso, “...[t]oda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso...”.

De suerte que efectivamente desatinó al realizar una deducción lógica con apoyo exclusivamente en las máximas de la experiencia, y aseverar que de haberse utilizado el Garmín 1000 otro hubiera sido el desenlace. Afirmación esta que además resultó en contravía de las pruebas técnicas que militan en las diligencias, particularmente, los dichos del perito Bahamón Sterling y el testigo Fabricio Montaña Sierra, los cuales fueron coincidentes en asegurar que no era viable cambiar un vuelo en condiciones visuales como el que realizaban el capitán Guerra y el piloto alumno Hernando Barahona Silva, a uno por instrumentos, en el que se hubiera utilizado aquella ayuda –el Garmín 1000-²⁹.

No obstante, el anterior desacierto no logra variar la decisión que radicó la responsabilidad aquiliana demandada en cabeza de Aeroclub de Colombia, por cuanto, como ya se acotó, existen otros instrumentos de

²⁹ -minuto 29: a 32:59, 35:00 –minuto 21:33 a 23:50 en archivo denominado 017AudienciaArt373 CD obrante a folio 318 cuaderno Uno D. y 2:10 a 5:05, 11:00 a 15:06 de archivo 011ContinuaciónAudiencia, 2:00 y 15:55 de archivo 012ContinuaciónAudiencia, 1:40 de archivo 013ContinuaciónAudiencia, 12:10 de archivo 015ContinuaciónAudiencia en Usb a folio 128 del CuadernoUnoD.

convicción en las diligencias que respaldan los elementos que la estructuran.

6.8. En relación con el cuestionamiento por haber condenado a Aeroclub de Colombia a pagar los perjuicios morales exclusivamente con lo manifestado por los actores en los interrogatorios de parte, tampoco halla prosperidad, habida cuenta que desde hace varios lustros la jurisprudencia civil ha aceptado que su configuración puede inferirse o presumirse, dado que la prueba de esta tipología de daño extrapatrimonial resulta dificultosa, por tratarse de sentimientos muy íntimos del afectado, como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que en el evento dañoso le hubiere ocasionado a quien la padece. De allí que sobre el punto la Corte Suprema de Justicia señaló:

*“...En materia de perjuicios morales subjetivos, al igual que en toda clase de perjuicios, es indispensable distinguir entre la legitimación para solicitar su indemnización, la prueba de los mismos, y la cuantificación del resarcimiento. (...). En lo que respecta a la legitimación, y para lo que concierne al presente caso, importa dejar establecido que doctrina y jurisprudencia coinciden en que de aquélla están investidos los parientes cercanos (padre, hijos y hermanos) de la víctima fallecida. Esta legitimación dimana de la urdimbre de las relaciones que se entretienen con ocasión de los vínculos propios de la familia (consanguinidad, afinidad o adopción) y no sólo de una de ellas en particular. (...) porque lo que a simple vista es perceptible es que el desaparecimiento de uno de los miembros de la familia representa una lesión para los otros en su propia integridad, o sea, que es algo que hiere directamente la personalidad de cada uno de ellos. La pérdida es, entonces, total, y no limitada o circunscrita a un aspecto cualquiera, por más importante que éste sea. **En relación con la prueba, se ha de anotar que es, quizá, el tema en el que mayor confusión se advierte, como que suele entremezclarse con la legitimación cuando se mira respecto de los parientes cercanos a la víctima desaparecida, para decir que ellos, por el hecho de ser tales, están exonerados de demostrarlos.***

Hay allí un gran equívoco que, justamente, proviene del significado o alcance que se le debe dar al término presunción. (...) allí no existe una presunción establecida por la ley. Es cierto que en determinadas hipótesis, por demás excepcionales, la ley presume -o permite que se presuma- la existencia de perjuicios. Mas no es tal cosa lo que sucede en el supuesto de los perjuicios morales subjetivos. Entonces, cuando la jurisprudencia de la Corte ha hablado de presunción, ha querido decir que ésta es judicial o de hombre. O sea, que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hijos, hermanos o cónyuge. Sin embargo, para salirle al paso a un eventual desbordamiento o distorsión que en el punto pueda aflorar, conviene añadir que esas reglas o máximas de la experiencia -como todo lo que tiene que ver con la conducta humana- no son de carácter absoluto. De ahí que sería necio negar que hay casos en los que el cariño o el amor no existe entre los miembros de una familia; o no surge con la misma intensidad que en otra, con respecto a alguno o algunos de los integrantes del núcleo. Más cuando esto suceda, la prueba que tienda a establecerlo, o, por lo menos, a cuestionar las bases factuales sobre las que el sentimiento al que se alude suele desarrollarse -y, por consiguiente, a desvirtuar la inferencia que de otra manera llevaría a cabo el juez-, no sería difícil, y si de hecho se incorpora al proceso, el juez, en su discreta soberanía, la evaluará y decidirá si en el caso particular sigue teniendo cabida la presunción, o si, por el contrario, ésta ha quedado desvanecida. De todo lo anterior se sigue, en conclusión, que, no obstante que sean tales, los perjuicios morales subjetivos están sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto, las más de las veces, puede residir en una presunción judicial. Y que nada obsta para que ésta se desvirtúe por el llamado a indemnizar poniéndole de presente al fallador aquellos datos que, en su sentir, evidencian una falta

o una menor inclinación entre los parientes” (G.J. T. CC, pág. 85) ...”³⁰
–negrilla de la Sala-.

De cara a las anteriores premisas, la razonabilidad en las inferencias jurisdiccionales permite construir la presunción del daño moral o afectivo, a partir de la demostración del parentesco cercano entre el actor y la víctima, que por lo mismo puede ser desvirtuada, invirtiéndose la prueba, para pasar a cargo de quien le correspondería asumir tal perjuicio.

Lo referente al parentesco de los demandantes con la víctima se encuentra demostrado, mediante los registros civiles de nacimiento aportados a las diligencias³¹. Además, los actores en sus declaraciones de parte dieron cuenta de la afectación moral que causó la muerte de Hernando Barahona Silva en los demás miembros de su núcleo familiar.

Helder Barahona Urbano indicó: *“...Este dolor que tiene mi esposa...yo salgo a trabajar y en mi hogar queda mi señora, y esa señora ahí donde la ve, está con sus cuadros bien interesantes, ha pasado [durante] cuatro años visite médicos y visite médicos, ... eso fue lo que ustedes me dejaron una señora mal de salud, me la recuperan y eso es tome droga vaya el médico ... en eso está... Mi esposa le ha pasado de todo con esa salud, que la presión que la tensión, le toman exámenes de sangre, le dolía la espalda, le duele todo, las relaciones íntimas están afectadas... esa parte también cambió, ... mi esposa que hace 8 días estuvo en el médico, hace 15 estuvo en el médico..., a mi señora la han tratado de todo..., ha perdido cabello en la parte de adelante..., le dan gripas a cada rato..., ver a una señora que está maltratada internamente ..., ella ha tenido atención de psicólogo...”³²*

“...Mi hijo [Luis Helder] ha cambiado mucho, él no era así..., se ha vuelto

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de mayo de 1999, expediente 4978.

³¹ –folios 34 y 35 del 01CuadernoPrincipal.

³² -minuto 22:16 a 22:29 y 23:44, hora 1:01 a 1:05, 1:09 y 1:101del archivo 04AudiencialnicialArt372 ubicado en el folio 401 del Cuaderno UnoC.

diferente es como más bravo, él era más chévere, más apegado al papá, hoy en día lo tengo como más serio, él ha cambiado..., al poco tiempo que fallece mi hijo se puso a investigar el accidente, miraba las fotos..., miraba el closet de mi hijo donde está su ropita..., se retiró de la fuerza aérea..., es un hijo distante..., ahora no jugamos los dos...". Por último manifestó que el sufrimiento de su hijo Luis Helder y su esposo lo han afectado mucho³³.

Al respecto, Luis Herlder Barahona Silva expresó que *"...[su] vida y la vida de su familia cambió desde ese accidente, la pérdida de [su] hermanito porque compartí[an] este mismo sueño de ser pilotos, habl[aban] mucho de eso, discutí[an] mucho de aviación, ...cuando lo vi[ó] en la funeraria..., le dije que iba a seguir adelante, que iba a cumplir nuestros sueños y por eso hoy [es] piloto comercial, por él, porque eso era lo que quería[n]..., cada que vuel[a] lo ha[ce] por él y lo sient[e] [con él] en cada vuelo que realiza, fue lo que le prometí[ó], y está haciendo realidad sus sueños, por eso se retiró de la Fuerza Aérea y trabaja como piloto comercial..."*³⁴.

Por último, María Margarita Silva Navia aseguró que con la muerte de su hijo *"...se fueron [sus] sueños, se va [su] vida, se está apagando [su] salud..., ve a [su] hijo y su esposo sufriendo, ve a [su] esposo deteriorándose en [su] salud también..., est[án] sufriendo demasiado..."* Agregó que ella fue atendida por psiquiatría porque no podía dormir ni parar de llorar y le formularon medicamentos, pero que ha somatizado el dolor; que ya no tiene alegrías ni proyectos³⁵.

Igualmente, las expresiones físicas y el sufrimiento reflejado por los promotores en la audiencia, cuando relataban el infortunio del que fue víctima su hijo y hermano es indicativo de la afectación moral que tal suceso ha causado en ellos.

³³ -minutos 46:00 a 47:58, 59:58 a hora 1:01 a 1:11 hora del archivo 04AudiencialNicialArt372 ubicado en el folio 401 del CuadernoUnoC.

³⁴ ..."-hora 1:21 a 1:22, 1.25 del archivo 04AudiencialNicialArt372 ubicado en el folio 401 del CuadernoUnoC -.

³⁵ -hora 1:54 a 2:02 del archivo 04AudiencialNicialArt372 ubicado en el folio 401 del CuadernoUnoC.

Por tanto, el conjunto de probanzas descritas con antelación permiten deducir o estructurar la presunción judicial respecto del agravio moral reclamado por los impulsores de la *litis*, generados por el fallecimiento de Hernando Barahona Silva, sin que ninguna actuación opuesta al presumido perjuicio hubiera aportado la parte demandada, a quien le correspondía desvirtuarlo.

En este escenario de cosas, contrario a lo aseverado por el impugnante, se encuentra prudente reconocer tal daño como indemnizable.

6.9. De la misma manera tampoco resulta de recibo el reproche concerniente al reconocimiento del perjuicio a la vida de relación implorado por los gestores de la contienda por ausencia de demostración, en la medida que la Sala de Casación civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento reciente de 12 de diciembre de 2019, morigeró el tema de prueba del aludido desmedro, pues puntualizó que habrían sucesos que por ser hechos notorios resultaba desmedido exigir su acreditación, a diferencia de otros eventos, en los cuales es necesaria la evidencia de esta clase de daño, o en su defecto, del hecho indicador del perjuicio, para evitar el resarcimiento con soporte en meros juicios hipotéticos. Sobre el particular recabó:

“...eventos hay en los cuales dicho menoscabo extrapatrimonial constituye hecho notorio, siendo excesivo requerir prueba para tenerlo por demostrado, porque esta se satisface aplicando las reglas de la experiencia y el sentido común.

Aunque no son habituales tales eventualidades y por ello el juzgador debe mirarlas con celo para evitar desproporciones y abusos, no cabe duda acerca de su existencia, verbi gratia, la pérdida del sentido de la visión de forma permanente, en tanto que exigirle a esta acreditar cómo se vería afectada su vida con posterioridad a dicho menoscabo es un despropósito.

Sería tanto como intimar a que el perjudicado demuestre cómo va cambiar su desenvolvimiento en sociedad o, dicho en otros términos, qué veía antes de su padecimiento y qué pudo haber visto después, de donde el sentido común repele dicha exigencia probatoria y conduce a tener por colmada la acreditación del daño a la vida de relación derivado de ese padecimiento.

Igual sucede con la persona que pierde la movilidad de forma permanente, pues no cabe duda de que sus condiciones de vida no serán iguales a su estado previo y que enfrentará nuevas barreras, como quiera que disminuirá su facultad de locomoción autónoma, esto es, sin ayudas mecánicas o de otras personas.

Conminar a quien está en esta situación a que demuestre que antes caminaba y cómo en el futuro no lo podrá hacer, igualmente se muestra inconcebible en razón a que la pérdida de dicha prerrogativa basta por sí sola.

De allí que el inciso final del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que hoy corresponde al canon 167 del Código General del Proceso, regulara que «[l]os hechos notorios (...) no requieren prueba».

....

En suma, casos habrá en los cuales el sentido común y las reglas de la experiencia bastarán para tener probado el daño a la vida de relación padecido por quien vio alteradas sus condiciones de vida, por tratarse de hechos notorios, los que -se resalta- deben examinarse en cada caso concreto por el funcionario judicial con miras a evitar su uso desbordado e injusto...”³⁶.

Acorde a las anteriores premisas, dado que en el *sub judice*, el daño a la vida de relación lo reclaman los integrantes de la parte activa a partir de la muerte de un familiar muy cercano, es innecesario que se acreditara la certidumbre y gravedad del memorado menoscabo, por

³⁶ Corte Suprema de Justicia. SC4803 de 12 de diciembre de 2019, expediente 73001-31-03-002-2009-00114-01. Magistrado Ponente doctor Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

cuanto bajo un criterio racional, la afectación en la interacción social causada por la muerte de un hijo y un hermano tienen la intensidad y relevancia suficiente para considerarse un hecho notorio que por tal condición está relevado de prueba.

Por consiguiente, en el *sub lite*, a partir de la mera demostración del hecho dañoso –muerte de Hernando Barahona Silva ocasionada por el actuar imprudente de Aeroclub de Colombia- es viable conjeturar, de acuerdo a las máximas de la experiencia, que las condiciones de existencia relacional de sus padres y hermanos se vieron perturbadas, así como su cotidianeidad, actividades sociales e incluso la calidad de vida con ocasión de su deceso. De ahí que, a diferencia de lo argüido por el opugnante, tampoco desatinó la Juzgadora de instancia al proferir la condena por el daño a la vida de relación impetrada.

6.10. A diferencia de los reparos frente a los anteriores perjuicios, el formulado respecto a la pérdida de oportunidad si tiene acogida, como en seguida se expone.

Por sabido se tiene que a la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia Corte, en tratándose de situaciones indemnizables le interesan no solo las venideras, sino “...*el porvenir, aunque intangible, goza de su aprecio...*”³⁷.

Apoyada en lo anterior, la Alta Corporación en sentencia de 24 de junio de 2008, expediente 2000 01141 01, determinó, a propósito de las ganancias frustradas o ventajas dejadas de obtener, “...*que una cosa es la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico o, incluso, la privación de una ganancia que con una alta probabilidad objetiva se iba a obtener circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales utilidades porque las*

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 1998 expediente 5002.

mismas son concretas, (...) y, otra muy distinta es la frustración de la chance, de una apariencia real de provecho, caso en el cual, en el momento que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad entonces existente, sino, simplemente, la posibilidad de obtenerla. Trátase, pues, de la pérdida de una contingencia, de evidente relatividad cuya cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia...”. -Negrilla de la Sala-

Con posterioridad el Máximo Colegiado analizó la pérdida de oportunidad como un asunto parecido al lucro cesante, pero no idéntico. Así, explicó que el “...[p]roblema análogo a la certeza del daño, suscita la pérdida de una oportunidad (*Perte de Chance, Perdita di una Chance, Loss of Chance, Der Verlust einer Chance*), o sea, la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio, asunto de tiempo atrás analizado por los comentaristas desde la certidumbre del quebranto, la relación de causalidad y la injusticia del daño...”³⁸.

En la misma decisión anotó que “...[e]n particular, la supresión definitiva de una oportunidad, podrá comprender el reconocimiento de los costos, desembolsos o erogaciones inherentes a su adquisición, el valor de la ventaja esperada o de la desventaja experimentada, cuando los elementos probatorios lleven al juzgador a la seria, fundada e íntima convicción a propósito de la razonable probabilidad de concreción futura del resultado útil, por lo cual, a diferencia del lucro cesante, o sea, la “ganancia o provecho que deja de reportarse” (artículo 1614 del Código Civil), en ella no se tiene la utilidad, tampoco se extingue, y el interés protegido es la razonable probabilidad de obtenerla o de evitar una pérdida...”. - Negrilla de la Sala-

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de septiembre de 2010, expediente 17042-3103-001-2005-00103-01.

En época más reciente, la Sala de Casación Civil abordó el tema de la pérdida de oportunidad, o de “de la chance” e iteró su posición que es una cuestión distinta al lucro cesante. Al respecto indicó:

“...Ahora bien, dada la forma como se solicitó el resarcimiento de los perjuicios que dice haber padecido la sociedad actora, es menester preguntarse qué ocurre cuándo la pérdida experimentada por la víctima no es de una ganancia, provecho o beneficio, propiamente dichos, sino de la oportunidad de obtenerlos? Estos supuestos, como se aprecia, son distintos, no obstante su cercanía y, por ende, son diversos de la real y cierta obtención de una ganancia actual o futura.

La pérdida de una oportunidad atañe a la supresión de ciertas prerrogativas de indiscutible valía para el interesado, porque en un plano objetivo, de contar con ellas, su concreción le habría significado la posibilidad de percibir, ahí sí, una ganancia, ventaja o beneficio, o de que no le sobrevenga un perjuicio. Expresado con otras palabras, existen ocasiones en las que la víctima se encuentra en la situación idónea para obtener un beneficio o evitar un detrimento, y el hecho ilícito de otra persona le impide aprovechar tal situación favorable.

Y es que, en tales casos, sin adentrarse la Corte en las disputas doctrinales que controvierten si el debate se debe situar en el requisito de la relación de causalidad o, por el contrario, en el de la certeza del daño, lo cierto es que respecto del sujeto que se encuentra en una situación como la descrita, puede llegar a predicarse certeza respecto de la idoneidad o aptitud de la situación para obtener la ventaja o evitar la desventaja, aunque exista incertidumbre en cuanto a la efectividad de estas últimas circunstancias.

*Es claro, entonces, que si, como se señaló, una cosa es no percibir una ganancia y otra verse desprovisto de la posibilidad de obtenerla, **el daño por pérdida de una oportunidad acaece sólo en frente de aquellas opciones revestidas de entidad suficiente que, consideradas en sí mismas, permitan colegir, por una parte, que son reales, verídicas,***

serias y actuales, reiterando aquí lo expresado por la Sala en el fallo precedentemente citado, y, por otra, idóneas para conseguir en verdad la utilidad esperada o para impedir la configuración de un detrimento para su titular, esto es, lo suficientemente fundadas como para que de su supresión pueda avizorarse la lesión que indefectiblemente ha de sufrir el afectado.

Por lo tanto, es indispensable precisar que la pérdida de cualquier oportunidad, expectativa o posibilidad no configura el daño que en el plano de la responsabilidad civil, ya sea contractual, ora extracontractual, es indemnizable. Cuando se trata de oportunidades débiles, incipientes, lejanas o frágiles, mal puede admitirse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de los acontecimientos, su frustración necesariamente vaya a desembocar en la afectación negativa del patrimonio o de otro tipo de intereses lícitos de la persona que contó con ellas.

Adicionalmente, por parte de la doctrina se indica que **“debe exigirse que la víctima se encuentre en situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a la obtención de esas ventajas al momento del evento dañoso”** (Zannoni, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, págs. 110 y 111). Y en relación con este último aspecto, resulta pertinente acudir a la opinión de **Geneviève Viney y Patrice Jourdain, quienes señalan que la oportunidad debe existir para el momento en el que se realiza la conducta antijurídica que se imputa al demandado, pues “cuando el demandante no ha intentado su oportunidad en el momento en el que sobreviene el hecho que le impide definitivamente hacerlo, debe, para obtener reparación del daño, demostrar que en dicho momento estaba en capacidad de aprovechar la oportunidad o estar a punto de poder lograrlo. Esta directiva permite excluir la reparación de esperanzas puramente eventuales que no están sustentadas en hechos acaecidos al momento de advenimiento del hecho dañino imputable al demandado (...). La exigencia del carácter real y serio de la oportunidad perdida constituye un correctivo eficaz**

contra los abusos eventuales de la teoría” (Viney, Geneviève y Jourdain, Patrice. Les conditions de la responsabilité, L.G.D.J., 3ª edición, París, 2006, ps. 101 y 102...”³⁹.

Las últimas doctrinas sobre la materia coinciden en que el apreciable grado de la posibilidad debe ser suficiente, de suerte que la oportunidad perdida no resulta indemnizable si representa apenas una probabilidad abstracta y vaga, una esperanza débil de derecho.

Los profesores Felix Trigo Represas y Marcelo López Mesa, “...**en cuanto a la pérdida de chance existe la necesidad de realizar otro juicio de probabilidad**, sólo que de naturaleza más flexible, para apreciar así, **si el damnificado se ha visto privado de obtener una ganancia, o si al menos, ello es verosímil...**”⁴⁰.

Para Gastón Salinas Ugarte⁴¹ la pérdida de oportunidad “...es una forma de daño en la cual la certidumbre del mismo aparece imprecisa, aun cuando se halla presente; razón por la cual en la aplicación del moderno derecho indemnizatorio, cuando los Tribunales han reconocido perjuicios al amparo de ese concepto, han dejado claro que en esos eventos la cuantía se establece en virtud de lo que la doctrina francesa ha enseñado como la desaparición de la probabilidad de un suceso favorable o pérdida del chance de obtener una ganancia, debiendo contemplarse de una forma restrictiva y su reparación nunca puede formularse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido beneficioso al perjudicado...

...Cuando el daño se origina en frustración de una esperanza razonable, en la pérdida de una chance, de una probabilidad fundada, nos encontramos frente a esta categoría de daño, donde coexiste un elemento de certeza con un elemento de incertidumbre”.

³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 1º de noviembre de 2013, expediente 080011 03008 1994 26630 01.

⁴⁰ TRIGO REPERAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo. Tratado De la Responsabilidad Civil. Cuantificación del daño. Fondo Editorial del Derecho y la Economía. Buenos Aires 2006.

⁴¹ SALINAS UGARTE, Gastón. Responsabilidad Civil Contractual. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot. Santiago de Chile 2011.

A partir de las reflexiones memoradas, la Sala de Casación Civil ha pregonado que en la pérdida de oportunidad “...*existe un razonable juicio de posibilidad, relativo a la concreción futura de un resultado útil donde se combinan la certidumbre y la fluctuación, pero partiéndose de la base de que el afectado se hallaba en una posición de privilegio que le permitiría obtener un beneficio, y el actuar ilícito de otra persona le impide fructificar tal situación de prosperidad. De hecho, no escasean en la doctrina especializada ejemplos de esta nueva modalidad de daño. Piénsese, en la actuación del agente demandado en responsabilidad civil que con su proceder, impidió que alguien, habiéndose inscrito a un concurso o licitación y superado la mayoría de sus fases, por una indebida digitación o calificación, lo excluyó de la posibilidad de obtener el empleo o resultar adjudicatario del contrato; el deportista que con una trayectoria reconocida y después de haber obtenido distintos premios, es atropellado por un automotor en la proximidad de la última competencia donde se había perfilado como seguro ganador; el evento del descuido del abogado que no recurre una providencia con el propósito de que sea revocada; o de la persona que, por no recibir la información suficiente y pertinente, pierde la oportunidad de resolver si adopta una decisión diferente de la que finalmente tomó frente a una negociación significativa, para solo mencionar, a título meramente enunciativo, algunos de los supuestos más frecuentemente citados por la literatura sobre la materia...*”.

Aquella, en sí misma considerada, causa daño a quien se privó o se frustró de ese “chance”, razón por la cual tiene un valor en sí misma, independientemente del hecho futuro, pues la lesión consistente en la desaparición absoluta de una probabilidad objetiva, posee una naturaleza cierta y directa.

Sus presupuestos axiológicos, para que pueda considerarse como daño indemnizable según la elaboración jurisprudencial de esta Corporación refieren a: (i) Certeza respecto de la existencia de una legítima oportunidad, y aunque la misma envuelva un componente aleatorio, la “chance” diluida debe ser seria, verídica, real y actual; (ii) Imposibilidad

*concluyente de obtener el provecho o de evitar el detrimento por razón de la supresión definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en inconveniente; y (iii) **La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; no es cualquier expectativa o posibilidad la que configura el daño, porque si se trata de oportunidades débiles, lejanas o frágiles, no puede aceptarse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de las cosas, su frustración inevitablemente conllevaría en la afectación negativa del patrimonio u otros intereses lícitos. Dicho de otro modo, el afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba...***⁴². -negrilla de la Sala-

De acuerdo con los anteriores derroteros, al descender al caso concreto, los padres y el hermano de la víctima alegan que con ocasión de la ocurrencia del hecho dañoso, esto es, el deceso de Hernando Barahona Silva, éste perdió el chance profesional.

Sin embargo, con prontitud se advierte que dada la realidad probatoria del presente caso, la pérdida de oportunidad del joven Barahona Silva, aparecen como una mera expectativa que impide su reconocimiento, pues al momento del acontecimiento infortunado él no tenía la condición de piloto comercial, ni actividad productiva alguna; tampoco estaba a punto de poder lograr esa oportunidad laboral, si en cuenta se tiene que pese a que aquél estaba próximo a terminar el curso de aviación, no iba a ejercer tal profesión en un futuro inmediato, conforme lo reconoció su progenitor al absolver el interrogatorio de parte, cuando acotó:

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia 4 de agosto de 2014, expediente 11001 31 03 003 1998 07770 01. Magistrada Ponente Doctora Margarita Cabello Blanco.

“...Mi hijo ya estaba camino a coger una carrera de pregrado, porque yo le decía papi metete a la academia y ... a lo último me dijo sí me graduó de piloto comercial y comienzo a hacer esos procesos, su mamá lo sabe, Luchito lo sabe...”. Más adelante, cuando se le indagó por el proyecto de vida que tenía Hernando Barahona Silva, respondió “...como se lo venía diciendo iba a comenzar su carrera de pregrado, ya que iba a estudiar administración de negocios internacionales, ese era el proyecto de él...”⁴³.

Desde esa perspectiva, no se cumple en el *sub lite* con el requisito atiente a encontrarse la víctima en una situación idónea para obtener un beneficio, en el momento que sucedió el incidente. Tal coyuntura permite excluir la reparación deprecada por fundamentarse en esperanzas puramente eventuales.

Por consiguiente, de lo discurrido refulge palmaria la frustración del reclamo de la *chance* o de la pérdida de oportunidad efectuada por los promotores, por tanto, desacertó la Sentenciadora de primer grado en haberla reconocido. Siendo ello así, se impone la revocatoria de tal decisión y por sustracción de materia no se analizarán los ataques restantes enfilados al fracaso de dicho perjuicio, esto es, la inviabilidad de emitir condena por pérdida de oportunidad en la acción de responsabilidad civil extracontractual promovida de manera personal y directa por los sucesores de la víctima, porque el suceso fatídico aconteció en ejercicio del contrato de matrícula de aviación, así como las críticas realizadas al rendido por Jorge Enrique Uribe Montaña para determinar el monto implorado por pérdida de oportunidad y a la Juez por no omitir las respuestas dadas por aquel experto, frente al interrogatorio formulado para contradecir ese laborío.

6.11. De otra parte, destáquese que al tenor del artículo 281 del Código General del Proceso, la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones, y comoquiera que el monto reclamado a título de daño

⁴³ -minuto 22:16 a 22:29 y 23: 44 del archivo 04AudiencialnicialArt372 ubicado en el folio 401 del CuadernoUnoC-.

emergente -\$12.584.000 de gastos funerarios y \$789.900 por el valor de un ipad mini – fue impetrado en la subsanación de la demanda para todos los demandantes, es decir, Helder Barahona Urbano, María Margarita Silva y Luis Helder Barahona Silva⁴⁴, la solución de tal perjuicio debe ordenarse proporcionalmente para cada uno de ellos.

Por consiguiente, se modificará el numeral (i) del ordinal sexto del acápite resolutivo de la sentencia para aclarar que el valor reconocido por daño emergente deberá pagarse proporcionalmente a los actores, entendido por tales, los padres y hermano de Hernando Barahona Silva –q.e.p.d.-.

6.12. Referente a la reducción de la indemnización alegada, debe decirse que tal figura se encuentra regulada en el artículo 2357 del Código Civil, y se estructura cuando con *“...la generación del daño, objeto de reparación pecuniaria, concorra con aquélla la propia culpa de la víctima, en tanto ésta se haya expuesto a él imprudentemente, ...”* *“la apreciación del daño está sujeta a reducción”*; de ese modo, se atenúa la responsabilidad civil imputable al demandado, toda vez que si bien tiene que correr con las consecuencias de sus actos u omisiones culpables, no será de modo absoluto en la medida en que confluya la conducta de la propia víctima, en cuanto sea reprochable, a la realización del daño, inclusive hasta el punto de que si la última resulta exclusivamente determinante, el demandado debe ser exonerado de cualquier indemnización; y, a partir de allí, si fue apenas un hecho concurrente, se impone, justa y proporcionalmente, una disminución del monto indemnizatorio reclamado...”⁴⁵.

Empero, en el asunto en estudio, no opera la reducción de la condena deprecada, pues de acuerdo con las pruebas que militan en el proceso, como se dejó por sentado, no se acreditó la participación de Hernando Barahona Silva –q.e.p.d.- en el evento dañoso, ya que quedó

⁴⁴ -folios 143 y 144 del cuadernoUnoB-

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de abril de 2001, expediente 6690. Magistrado Ponente Doctor Silvio Fernando Trejos Bueno.

establecido que la conducta imprudente o negligente del piloto instructor Gustavo Guerra fue la causante de este infortunio. Por ende, no es viable acceder a la reducción del resarcimiento implorada.

6.13. Llegados a este punto, dado que se encuentra acreditada la responsabilidad civil extracontractual demandada, corresponde el análisis de los reparos frente al contrato de seguro que respalda la cobertura de los desmedros patrimoniales reconocidos.

Para el efecto, resulta pertinente dejar por sentado que Aeroclub de Colombia tomó la póliza de aviación número 21726910 de Allianz Seguros S.A. para garantizar la instrucción – enseñanza de vuelo, con vigencia del 3 de abril de 2015 al 2 de abril de 2016, la cual amparaba según el anexo 1, entre otros, la responsabilidad civil de terceros, incluyendo ocupantes, alumnos, pasajeros, tripulantes, instructor y AVN52E, causadas por las aeronaves HK1912G y HK5064G, y otras más, con un valor asegurado de \$1.100.000.000; además cubría la muerte del piloto, instructor o alumno con una cifra de \$100.000.000, y también otros siniestros⁴⁶.

En las condiciones generales de aludida póliza de aviación se consagró que “...[l]as aseguradoras indemnizarán al Asegurado por todas las sumas por las que el Asegurado pueda ser responsable de pagar y pague, como los daños compensatorios (incluyendo costos legales fallados en contra del asegurado) con respecto a lesiones corporales (fatales o de otro tipo) y daños accidentales a bienes causados por la Aeronave o por una persona u objeto que haya caído de la misma...”.

Igualmente, se contemplaron como exclusiones: a) para empleados y otros – lesiones (fatales y de otro tipo) o pérdidas sufridas por algún directivo o empleado del Asegurado o socio en el negocio del Asegurado mientras esté desempeñando funciones relativas a su empleo o cumpla con obligaciones para con el asegurado, y b) para la tripulación en vuelo

⁴⁶ –folios 331 y 333 del PDF 01CuadernoLlamamientoGarantía-

– lesiones (fatales o de otro tipo) o pérdidas sufridas por los miembros de la tripulación o de la cabina mientras están comprometidos con la operación de la aeronave.

Así mismo, en ese documento se consignó en cuanto al límite de indemnización que *“...no excederá el valor establecido en la carátula, menos las sumas que se estipulan. Los aseguradores pagarán además los costos y gastos legales incurridos con su consentimiento escrito para la defensa de alguna acción legal instaurada en contra del Asegurado con respecto a un reclamo por daños compensatorios amparados bajo esta Sección; sin embargo, si el valor pagado o fallado en contra del asegurado para la liquidación del reclamo excede el Límite de Indemnización, entonces la responsabilidad de los Aseguradores con respecto a tales costos y gastos legales se limitará a una porción de dichos costos y gastos igual a la que represente el Límite de Indemnización con respecto a la suma pagada por daños compensatorios...”*⁴⁷.

También, en el literal b) de la sección cuarta se consignaron como condiciones para que la aseguradora esté obligada a efectuar algún pago, las siguientes:

“1. En todo momento el Asegurado deberá hacer todo lo que esté a su alcance y cooperar con todo lo que sea razonablemente practicable para evitar accidentes y evitar o disminuir las pérdidas.

2. El asegurado deberá cumplir con todas las normas de aeronavegación y los requisitos de aeronavegabilidad emitidos por las autoridades competentes que afecten la operación segura de la Aeronave y deberá garantizar que:

a) la aeronave está en condiciones de aeronavegabilidad al momento de iniciar el vuelo;

b) todos los libros y demás registros relacionados con la Aeronave, requeridos por las regulaciones oficiales vigentes, se mantengan

⁴⁷ -folios 41 y 42 del PDF 01CuadernoLlamamientoGarantía-

actualizados y se ponga a disposición de los Aseguradores o de sus Agentes cuando así lo solicite;
c) *los empleados y agentes del Asegurado cumplan con tales regulaciones y requisitos...*⁴⁸.

La compañía aseguradora convocada se negó a cubrir el siniestro - daños derivados responsabilidad civil-, con estribo en que se había terminado el contrato de seguro por la violación de los compromisos enunciados con antelación por parte de Aeroclub de Colombia, los cuales fueron catalogados como las garantías que debía cumplir el asegurado, al amparo del artículo 1061 del Código del Comercio. La señora Juez acogió dicho argumento, tras considerar que el centro de instrucción transgredió algunas reglas de aeronavegabilidad y absolvió a Allianz Seguros S.A. en la acción directa que se entabló en su contra, así como del llamamiento en garantía efectuado por la escuela de aviación demandada.

El tomador de la póliza, esto es, Aeroclub de Colombia cuestiona tal determinación, porque como lo alegó al descorrer las excepciones planteadas frente al memorado llamamiento, no le comunicaron la aludida finalización del negocio, y por el contrario la aseguradora se allanó a cumplirlo pues con posteridad al accidente, cubrió el siniestro de Hernando Barahona y María Alejandra Sánchez, además de sufragar los honorarios de defensa y representación judicial de Aeroclub de Colombia causados con ocasión de la conciliación convocada por la familia de la última en mención.

En efecto, como lo destaca el recurrente, Allianz Seguros S.A. exteriorizó un proceder que dejaba entrever que el pacto aseguraticio siguió vigente después de ocurrido el evento dañoso que dio origen a este juicio, o al menos que no lo culminó por el incumplimiento de las garantías estipuladas en el artículo 1061 *ibídem*, pues así lo refrendan los documentos denominados “...**FINIQUITO**...” que dan cuenta que la

⁴⁸ -folio 47 ídem-.

citada sociedad cubrió, con soporte en la póliza número 21726910, los amparos de los accidentes personales de Hernando Barahona Silva y María Alejandra Sánchez el 29 de marzo de 2016 y el 22 de septiembre de 2015, así como los amparos de gastos médicos y funerarios el 5 de noviembre de 2015⁴⁹.

Sin que sea admisible considerar, como lo plantea la compañía de seguros, que tales siniestros se pagaron debido a que al amparo de accidentes personales le son inaplicables las disposiciones atinentes a las garantías, cuando la taxatividad de la póliza número 21726910 da cuenta de lo contrario, habida cuenta que tituló aquéllos condicionamientos como “...**CONDICIONES PRECEDENTES APLICABLES A TODAS LAS SECCIONES...**”.

Las anteriores razones llevan al traste la defensa titulada “...**Terminación del contrato de seguro. Incumplimiento de garantías. Condiciones precedentes aplicables a todas las secciones. Necesidad de observar y cumplir condiciones antes de cualquier pago...**”.

La misma suerte, que el anterior enervante, tiene la denominada “...**CONCURRENCIA DE CULPAS...**”, en tanto, como quedó visto en acápites anteriores, Hernando Barahona Silva seguía a su instructor, no tuvo ninguna participación en el hecho daño, o al menos no se acreditó lo contrario. Aunado, en el presente asunto la culpa debía probarse, como se hizo, como quiera que se demandó la responsabilidad directa de Aeroclub de Colombia.

Igualmente, fracasa la excepción rotulada “...**Ajuste del valor a indemnizar – Reducción de suma asegurada por pagos...**”, en la medida que conforme se aprecia en el anexo 1 de la póliza cada aeronave contaba con un valor asegurado de \$1.100.000.000, lo cual fue corroborado por la representante legal de Allianz Seguros S.A., por

⁴⁹ –folios 77 al 85 del PDF 01CuadernoLlamamientoGarantía y 271 del cuadernoUnoB-.

lo que pese a la posible existencia de varios damnificados con el accidente, no todos reclaman por el siniestro del avión HK1962G que piloteaba Hernando Barahona para acceder a tal petición⁵⁰.

Sumado a lo anterior, tan cierto es que Allianz Seguros S.A. no terminó la póliza número 21726910, con ocasión de la presunta vulneración de garantías por parte de Aeroclub de Colombia en el accidente ocurrido el 12 de abril de 2015, que fue hasta el 5 de agosto de esa misma anualidad cuando aquella compañía le comunicó la revocación unilateral del contrato de seguros al tomador⁵¹, figura diferente a la finalización de la convención alegada, la cual impone a la aseguradora asumir los siniestros que se presenten antes que la revocación sea comunicada en los términos del artículo 1071 *ibídem*, por tener efectos jurídicos hacía el futuro.

Sobre el tópico la jurisprudencia de la honorable Corte ha acotado:

“... La terminación... determina inexorablemente que de manera automática -por ministerio de la ley- cesen hacia el futuro los efectos del negocio jurídico, sin que sea necesaria la intervención de la voluntad de las partes, ni la declaración judicial de tal fenómeno.

En cambio, la revocación unilateral constituye, en los términos de la Sala, una ‘... declaración de voluntad formal; unilateral; recepticia; directa o indirecta y que sólo produce efectos para el porvenir, a su turno detonante de un negocio jurídico de carácter extintivo ...’, que no está ligado estrictamente a un incumplimiento del contrato, como ocurre con la figura precedente, pudiendo estar fundado en diversas y heterogéneas razones, toda vez que el ordenamiento no circunscribió su procedencia a la ‘... materialización de específicas y delimitadas circunstancias (numerus clausus) ...’, sino que introdujo un criterio amplio y elástico, que se refleja en el hecho de que ‘... quien de buena

⁵⁰ –folios 331 y 333 del PDF 01CuadernoLlamamientoGarantía y hora 3:14 del archivo 04AudiencialInicialArt372 ubicado en el folio 401 del CuadernoUnoC-

⁵¹ –folio 80 del 01CuadernoLlamamientoGarantía-

fe hace uso de dicho instituto, de inobjetable origen volitivo (ad libitum), no tiene la necesidad de consignar en el escrito de enteramiento respectivo a su cocontratante, indefectiblemente, cuáles son las razones que, in casu, lo llevaron a tomar dicha decisión ...’, habida cuenta que ‘... le basta con comunicarla, en debida forma, al otro extremo de la relación comercial, sin que su eficacia, per se, quede supeditada a la validez de una motivación específica y, menos aún, a la aceptación por parte de éste ...’ (sentencia de 14 de diciembre de 2001, exp. 6230, no publicada aún oficialmente)...”⁵² –subrayado original-.

Siguiendo este derrotero, refulge patente que al surtir efectos jurídicos la revocatoria del negocio aseguratorio hacia el porvenir, la aseguradora lisa y llanamente, no puede liberarse de la obligación de pagar la indemnización a que hubiere lugar por un siniestro que ocurrió previo a comunicarle al tomador que le ha revocado el contrato. En ese sentido el Máximo Tribunal Civil esbozó:

“...Mientras la revocación no sea comunicada por el tomador –o por la persona legitimada legal o convencionalmente para ello-, la entidad aseguradora, a términos del artículo 1037 del Código de Comercio, ha “asumido el riesgo” y, por ende, tiene derecho a percibir la prima correspondiente; por su parte, en tanto ésta no le de noticia escrita a aquel de que ha revocado el contrato y transcurra el término –o preaviso- de 10 días fijado por el legislador del año 1971, si se produce un siniestro, deberá honrar la palabra empeñada y, por tanto, cumplir la prestación asegurada, según el caso (deber de prestación)...”⁵³.

Acorde con lo esgrimido, en el *sub lite*, como el siniestro ocurrió el 12 de abril de 2015, antes que se comunicara la revocación al tomador el 5 de agosto siguiente, tal hecho infortunado debe ser cubierto por la aseguradora, ya que según el citado criterio prohiado por la jurisprudencia nacional, con ocasión de la revocación, el contrato de

⁵² Citada por la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de octubre de 2015, expediente 05001 31 03 012 2006 00426 01.

⁵³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 14 de septiembre de 2001, expediente 623. Magistrado Ponente doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

seguro se preserva intacto en el pasado, pero es destruido integralmente en el futuro.

Lo dicho con anterioridad conlleva a la prosperidad de la acción directa entablada contra Allianz Seguros S.A., por ende, esta compañía debe responder por el resarcimiento invocado con ocasión del acaecimiento del siniestro y en razón del vínculo contractual que se deduce de la Póliza número 21726910 que amparó, entre otros eventos, la responsabilidad civil hasta por \$1.100.000.000, sin descuento por deducible.

Empero, como Aeroclub de Colombia ya efectuó la consignación en la cuenta de depósitos judiciales de los montos reconocidos por perjuicios en primera instancia, según lo manifestó su apoderado⁵⁴, los cuales no han sido entregados a la parte activa, le corresponde a la aseguradora encartada reintegrarle a la memorada escuela de aviación las cantidades avaladas por el aludido resarcimiento en esta instancia, que no son otras que las correspondientes a daño emergente -\$13.373.900-, perjuicios morales y daños a la vida de relación, reconocidas en los numerales i), iii) iv) del ordinal sexto del acápite resolutivo de la sentencia apelada, y al Juzgado *a quo* entregar los mismos valores a los demandantes en la forma ordenada en ese proveído, teniendo en cuenta que el monto ordenado por daño emergente debe ser distribuido proporcionalmente entre los tres actores, esto es, María Margarita Silva, Luis Helder Barahona Silva y Helder Barahona Urbano, conforme se indicó.

6.14. Finalmente, el desencuentro frente a las agencias en derecho fijadas por la Juez *a quo* no halla acogida en esta sede, en la medida que debe plantearse como lo impone el numeral 5° del artículo 366 del Código General del Proceso, “...*mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas...*”.

6.15. Como colofón de lo esgrimido, se revocaran los numerales, primero, segundo, tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia

⁵⁴ –folios 389 y 390, del cuadernoUnoD en PDF-

objeto de alzada, para en su lugar, negar las pretensiones atientes a declarar la existencia de un contrato de matrícula de aviación entre Helder Barahona Urbano y Aeroclub de Colombia, así como el incumplimiento de esa convención y la indemnización consecuencial implorada, por falta de legitimación en la causa por activa.

Así mismo, se infirmará el numeral (ii) del ordinal sexto del acápite resolutivo de tal providencia, con el fin de negar el reconocimiento del valor deprecado por pérdida de oportunidad. Lo anterior amerita modificación de los numerales quinto y sexto de la parte resolutive, para aclarar que solo se les reconocen a los promotores los valores pedidos por daño emergente, perjuicios morales y daño a la vida de relación.

Además, se adicionará el numeral (ii) del ordinal sexto del mismo acápite de la sentencia, con el propósito de señalar que el valor reconocido por daño emergente debe pagarse de forma proporcional entre los demandantes María Margarita Silva, Luis Helder Barahona Silva y Helder Barahona, como fue deprecado en las pretensiones.

También, se revocarán los ordinales octavo y noveno de la parte resolutive de la providencia impugnada, con el propósito de declarar no probadas las excepciones planteadas por Allianz Seguros S.A., y que ella, con ocasión de la ocurrencia del siniestro, está obligada a sufragar la indemnización reconocida en esta instancia, la cual debe reintegrar a Aeroclub de Colombia porque consignó en cuenta de depósitos judiciales la suma atiente a las condenas impuestas en primer grado. Los valores convalidados por esta sede se entregarán a los demandantes, y el excedente se devolverá al mencionado centro de instrucción.

En lo demás, se confirmará. Sin condena en costas en esta instancia, en razón a la prosperidad parcial del recurso.

7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

JUDICIAL DE BOGOTÁ, en **SALA QUINTA CIVIL DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

7.1. REVOCAR los numerales primero, segundo, tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada, para en su lugar, **NEGAR** las pretensiones relativas a declarar la existencia de un contrato de matrícula de aviación entre Helder Barahona Urbano y Aeroclub de Colombia, el incumplimiento de esa convención y el resarcimiento de perjuicios consecuencial implorado, por falta de legitimación en la causa por activa.

7.2. INFIRMAR el numeral (ii) del ordinal sexto del acápite resolutive de la providencia objeto de alzada, para en su lugar, **NEGAR** el reconocimiento de la cantidad solicitada por pérdida de oportunidad.

7.3. MODIFICAR los ordinales quinto y sexto, numeral primero (i), de la parte resolutive, los cuales quedarán así:

*“**QUINTO: DECLARAR** que Aeroclub de Colombia es civil y extracontractualmente responsable de los daños y perjuicios materiales e inmateriales ocasionados en virtud del fallecimiento de Hernando Barahona Silva acaecido el 12 de abril de 2015, en la modalidad de daño emergente, perjuicio moral y daño a la vida de relación.*

***SEXTO: RECONOCER**, en consecuencia, por concepto de los referidos detrimentos patrimoniales y extrapatrimoniales, las siguientes sumas de dinero:*

(i) Por daño emergente: la suma de \$13.373.900.00 [actualizada al momento del pago, conforme a la fórmula señalada en la parte motiva] a favor de María Margarita Silva Navia, Helder Barahona Urbano y Luis Helder Barahona Silva.

(ii) *Por perjuicios morales: a favor de María Margarita Silva Navia el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de Helder Barahona Urbano el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a favor de Luis Helder Barahona Silva cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

(iii) *por concepto de daño a la vida de relación, la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a María Margarita Silva Navia, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a Helder Barahona Urbano y veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes a Luis Helder Barahona Silva”.*

7.4. REVOCAR los numerales octavo y noveno de la parte resolutive de la sentencia recurrida, para en su lugar, declarar no probadas la excepciones denominadas “...**Terminación del contrato de seguro. Incumplimiento de garantías. Condiciones precedentes aplicables a todas las secciones. Necesidad de observar y cumplir condiciones antes de cualquier pago...**”, “...**CONCURRENCIA DE CULPAS...**” y “...**Ajuste del valor a indemnizar – Reducción de suma asegurada por pagos...**”, propuestas por Allianz Seguros S.A. como demandada y llamada en garantía.

7.5. DECLARAR que se configuran los requisitos para el pago del amparo denominado “...**RESPONSABILIDAD CIVIL A TERCEROS (DIFERENTES DE PASAJEROS)**”, respaldado en la póliza de aviación número 21726910 expedida por Allianz Seguros S.A., para asegurar a Aeroclub de Colombia.

7.6. CONDENAR a la sociedad **ALLIANZ SEGUROS S.A.** a pagarle a los señores María Margarita Silva Navia, Helder Barahona Urbano y Luis Helder Barahona Silva, a título de indemnización por la ocurrencia del siniestro asegurado en la póliza mencionada con antelación, las sumas reconocidas en el numeral 7.3. de esta providencia por concepto de daño

emergente, perjuicio moral y daño a la vida de relación, en la proporción allí indicada. Sin embargo, como Aeroclub de Colombia ya consignó tales montos, se dispone que la memorada asegure se los reintegre.


7.7. ORDENAR al Juzgado de primera instancia que de la cifra consignada en la cuenta de depósitos judiciales por Aeroclub de Colombia, entregue los valores señalados en el numeral 7.3. de esta sentencia a los promotores María Margarita Silva Navia, Helder Barahona Urbano y Luis Helder Barahona Silva, y el excedente lo restituya a aquel centro de instrucción.

7.8. CONFIRMAR en lo demás el pronunciamiento.

7.9. DETERMINAR que no hay condena en costas en esta instancia.

7.10. DEVOLVER el expediente a la oficina de origen, dejando las constancias del caso. Oficiese.

NOTIFÍQUESE,


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada


ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

Magistrada

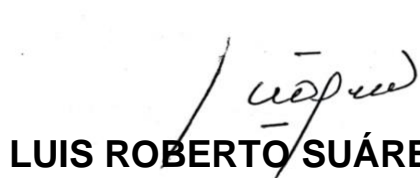
-con excusa-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D.C., veintidós de enero de dos mil veintiuno

Se declara improcedente la reposición presentada por el apoderado de la demandada, en virtud de lo previsto en el inciso segundo del artículo 318 del Código General del Proceso, como quiera que en la providencia atacada, el suscrito Magistrado sustanciador resolvió la alzada presentada por la misma parte contra el auto proferido en la audiencia celebrada el seis de octubre de dos mil veinte por el Juzgado Veintinueve de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta urbe, determinación que no es susceptible de impugnar horizontalmente.

Notifíquese,



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

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

Bogotá, D. C., veinticinco de enero de dos mil veintiuno.

Radicado: 11001 31 03 019 2011 **00749 03**.
Proceso: Inlaser S.A.S. y Otros. *vs.* DGI Ltda. y Otros.

Se **rechaza** el recurso de reposición interpuesto por la parte demandante contra el numeral 4° del auto de 10 de diciembre de 2020, por medio del cual se ordenó remitir copia de ciertas piezas procesales junto con la solicitud de interpretación prejudicial. Lo anterior, comoquiera que ningún cuestionamiento o reparo se planteó frente a lo allí decidido; es de ver, en esa senda, que lo pretendido por el apoderado de dicho extremo es que se adicione tal numeral para incluir otros documentos o actuaciones del expediente, lo que escapa al ámbito y marco de decisión de una reposición.

Ahora bien, **no se concede** el recurso subsidiario de apelación que se anunció en el encabezado del memorial, pues dicho medio de impugnación no está previsto para los autos emitidos por el Tribunal en el grado jurisdiccional de apelación de sentencias, y tampoco resulta procedente otro recurso contra la providencia recurrida.

Por último, y en atención a lo realmente peticionado por los demandantes, se ordena a la Secretaría que, junto con las piezas señaladas en el numeral 4° del proveído de 10 de diciembre de 2020, también remita al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina copia auténtica del memorial en el cual se describió el traslado de las excepciones de mérito, y los alegatos de conclusión de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Rad. 11001 31 03 019 2011 00749 03

Firmado Por:

**GERMAN VALENZUELA VALBUENA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 019 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: **b2039dc3975c55985c898508f740ed6c1f0744f05ff25f6baf685154090847ec**
Documento generado en 25/01/2021 05:05:04 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

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

Magistrada Ponente
NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

Bogotá D. C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Discutido y aprobado en Sala dual ordinaria N°01 de 15 de enero de 2021.

Radicación: 11001-3103-026-2018-00338-05
Asunto. Ejecutivo Singular –acumulado-
Recurso. Súplica
Demandantes: Club San Jacinto y otro.
Demandado: Fiduagraria S.A.-Vocera y Administradora del
Fideicomiso San Jacinto
Ingreso. 04/12/2020

Decídese el recurso de súplica interpuesto por el Club San Jacinto – demandante- frente al auto de 18 de noviembre de 2020, dictado dentro del juicio citado en la referencia, cuya sustanciación fue asignada a la Magistrada Ponente, Dra. Adriana Saavedra Lozada.

ANTECEDENTES

1. El 2 de octubre de 2020, la parte ejecutante con apoyo en los numerales 6° y 8° inc. 2° del artículo 133 del C.G.P., solicitó la nulidad de la actuación surtida en esta instancia, a partir del auto fechado 17 de junio de 2020, a través del cual la Magistrada Ponente ordenó correr el traslado para sustentar el recurso de apelación propuesto contra la sentencia de primer grado dictada en este proceso.

Fundó tal pedimento en que el precitado proveído fue proferido con base en una norma no aplicable a este asunto, en razón a que la alzada fue interpuesta antes de entrar el vigor el Decreto 806 de 2020 y, por ello estaba regido por el artículo 327 del C.G.P., según emerge de los artículos 624 y 625 ibídem, situación que condujo a omitir la oportunidad para sustentar la apelación formulada al fallo dictado por el a quo.

Alegó, también, la indebida notificación de la aludida providencia, en virtud de “la dificultad tecnológica para acceder a la plataforma de la Rama Judicial” y la falta de remisión de dicha determinación a su dirección electrónica.

2. En proveído de 18 de noviembre de esta anualidad -auto suplicado-, la Magistrada Ponente negó la invalidación de la actuación, tras considerar que carece de soporte legal la tesis de que la notificación del auto en cuestión imponía la obligación de remitir el mismo al correo electrónico de las partes, argumento que respaldó con los apartes pertinentes de los fallos STC5158 2020, STC6353 2020 y STC9383 2020, emitidos por la Corte Suprema de Justicia.

Destacó, asimismo, que el contendor del peticionario -Banco del Estado- sí recorrió el traslado en mención, actuación indicativa de la correcta realización del acto de enteramiento, además, consideró extraño que aquel acuse el desconocimiento exclusivo del proveído en cuestión, mientras que respecto de las otras determinaciones, notificadas en idénticas condiciones, ha ejercido su contradicción, lo cual evidencia que la situación alegada obedeció a su descuido.

En lo atinente a la aplicación del Decreto Legislativo 806 de 2020, expresó que bastaba con acudir a sus motivaciones para concluir que las medidas allí adoptadas rigen para los procesos en curso, por lo que debió adecuarse el trámite de cara a las reglas consagradas en esa norma, garantizando, así, el derecho de acción y contradicción.

Acotó, además, que el momento oportuno para presentar algún reparo en punto del uso del decreto en comento, lo era al momento de la expedición de la providencia de 17 de junio de 2020.

Concluyendo, en últimas, que no fue omitida la oportunidad para sustentar el recurso de alzada, habiéndose notificado en debida forma el auto que corrió traslado para sustentar la alzada, con observancia a la normatividad aplicable.

3. Esa determinación la recurrió en súplica El Club San Jacinto - demandante-, y reclamó su revocatoria bajo el argumento de que de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1987, modificado por el artículo 624 del C.G.P., el trámite de la alzada interpuesta frente al fallo de primer grado lo regía la legislación vigente para el momento de su formulación, esto es, el artículo 327 de la Ley 1564 de 2012, por lo que debió fijarse fecha para la audiencia de sustentación y fallo, aunado a que debió ordenarse la digitalización del expediente, lo que, por contera, comportaba la comunicación de los autos a los correos electrónicos de las partes.

Finalmente, reparó en el descuido a él endilgado, sosteniendo, en lo medular, que no esperaba la notificación de una providencia, a su juicio, ilegal.

4. Una vez surtido el traslado previsto en los artículos 110 y 332 del C.G.P., procede desatar la súplica, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Las nulidades procesales constituyen un remedio excepcional enfocado a enmendar aquellas irregularidades o deficiencias que pueden presentarse en el decurso del litigio y, por su magnitud, comprometan el debido proceso y el derecho de defensa; consecuentemente, no son un simple instrumento para procurar la cabal observancia de las formas procesales, sino que obedecen al propósito de resguardar las garantías constitucionales a las partes e intervinientes afectadas con el vicio.

La nulidad procesal está regida por los principios de la especificidad¹, protección, trascendencia y convalidación².

¹ C.S.J., Cas. Civ. 21 de marzo de 2001, Exp.No.5198; 24 de febrero de 1994 y 3 de febrero de 1998, entre muchas otras.

² C.S.J., Cas.Civ.21 de junio de 2016, Exp.No.2008 00043 01.

La especificidad en cuanto a que las causales generadoras de la misma están instituidas taxativamente. Así, para su estructuración es imperioso que los hechos alegados se subsuman dentro de alguno de los específicos motivos contemplados la normatividad procesal (Art.133 del C.G.P.), y/o en la única hipótesis del artículo 29 de la Constitución Política, admitida por vía jurisprudencial, esto es, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Ello obedece a que el régimen de nulidades consagrado en nuestro estatuto procesal civil es de naturaleza objetiva, en consecuencia no tiene el juez ninguna discrecionalidad para crear a su antojo causales de nulidad ni aplicarlas de manera extensiva o analógica a situaciones fácticas distintas a las señaladas por la ley como estructurantes de las mismas; tampoco las partes pueden alegar la invalidación de la actuación por fuera de los motivos taxativamente previstos en el ordenamiento, siendo deber del juzgador, de conformidad con lo establecido en el artículo 135 de dicha codificación, rechazar de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las allí determinadas.

La protección se relaciona “con la legitimidad y el interés para hacer valer la irregularidad legalmente erigida en causal de nulidad, en cuanto, dado el carácter preponderante preventivo que le es inherente, su configuración se supedita a que se verifique una lesión a quien la alega”³.

La trascendencia impone que el defecto menoscabe los derechos de los sujetos procesales, por atentar contra sus garantías o cercenarlas. Es así como las nulidades procesales, salvo por las causales insaneables, se consideran saneadas “cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no violó el derecho de defensa” (Art.136, num.2º ibídem).

Por último, la aludida figura también está gobernada por el principio de la convalidación, en tanto la supuesta irregularidad será saneada en los precisos eventos previstos en el artículo 136 ibídem, sin que por tanto haya lugar a su declaración, pues a la invalidación del acto procesal sólo se llega excepcionalmente cuando la violación al debido proceso se ha consumado y aquella es la única manera de salvaguardar la vigencia de tal derecho; claro está, con la salvedad de los vicios de carácter insaneable, como lo son únicamente

³ C.S.J., Cas.Civ.1º de marzo de 20112, Exp.No.2004 00191 01.

“proceder contra providencias ejecutoriadas del superior, revivir un procesal legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia” (Art.136 ejusdem, párrafo único).

2. La actora en la súplica insiste en la configuración de la nulidad prevista en el numeral 6° del artículo 133 del C.G.P., por cuanto para la sustentación de la alzada propuesta frente al fallo de primer grado fue impreso el trámite previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, siendo, a su juicio, aplicable el contemplado en el artículo 327 ibídem, en tanto el recurso fue interpuesto antes de entrar en vigor el precitado decreto, según las prescripciones del artículo 624 del C.G.P., modificadorio del artículo 40 de la Ley 153 de 1887; de ahí que, en su parecer, se imponía convocar a la audiencia de “sustentación y fallo”.

Es patente, entonces, que el peticionario funda la anulación procesal reclamada, en estrictez, en un planteamiento sobre la aplicación de la ley en el tiempo, esto es, en un criterio jurídico que en su sentir debió atenderse en el trámite de la alzada propuesta frente al fallo de primer grado; empero, una situación de ese talante, de carácter jurídico más no fáctico, en modo alguno, está prevista legalmente como supuesto de la causal de invalidación procesal invocada.

Por tanto, esa supuesta indebida aplicación del precitado decreto, **per se**, en modo alguno, encuadra como supuesto estructurante del motivo de anulación invocado, ni mucho menos cualquier otro de los autorizados por el artículo 133 del C.G.P., ni incluso la causal de linaje constitucional admitida por vía jurisprudencial, vale decir, la nulidad de pleno derecho que recae sobre la “prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Es más, esa discusión jurídica debió suscitarse censurando el proveído que dispuso correr traslado de la apelación, en los términos del artículo 14 del Decreto 806 de 2020, habida cuenta que ese era el escenario procesal instituido para discutir esa decisión; no obstante, las partes guardaron silencio frente a ella.

Ahora, si se entiende que el actor hace residir la irregularidad procesal invocada, en que con el trámite impreso a la alzada en cuestión le fue cercenada la oportunidad para sustentarla, ninguna razón le asiste, en tanto si contó con ella.

Ciertamente, la Magistrada Sustanciadora, mediante auto fechado 17 de junio de 2020 corrió traslado al apelante por el término de 5 días para que sustentara la apelación, incluso clarificó que ese plazo se contabilizaría a partir del día siguiente a la notificación de esa determinación.

En todo caso, la forma de explicitar tal fundamentación, esto es, por escrito y no oral, en modo alguno, comporta la preterición de “la oportunidad” para “sustentar el recurso”, porque la realidad procesal evidencia que, al margen de la discusión sobre cual norma era aplicable, aquella le fue conferida bien pudo presentar por escrito los motivos fundantes de la censura formulada a la sentencia dictada por el a quo.

2. El motivo de invalidación previsto en el inciso 2º del numeral 8 del mentado artículo 133, por la falta de remisión al correo electrónico del aquí incidentante del auto que le corrió traslado para sustentar la alzada por él propuesta frente al fallo proferido por el *a quo*, tampoco se configura porque esa exigencia no está prevista legalmente como requisito para surtir la notificación por “por estado”, mediante la cual debía cumplirse el acto de enteramiento de la susodicha decisión, a la luz de lo dispuesto en el artículo 295 del C.G.P.

Así lo ha decantado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en varios fallos de tutela⁴, según los cuales “(...) Del citado canon es irrefutable que para formalizar la ‘notificación por estado’ de las disposiciones judiciales no se requiere, de ninguna manera, el envío de ‘correos electrónicos’, amén que se exige solamente, como ya se dijo, hacer su publicación web y en ella hipervincular la decisión emitida por el funcionario jurisdiccional. (...)”; incluso, dejó en claro que “pese a que los acontecimientos actuales tocantes con la pandemia (COVID-19) han afectado todo lo atañadero con la jurisdicción nacional, ello no exonera a las partes involucradas en un litigio del deber de asumir, diligentemente, la carga de revisar lo propio en el sistema de la página web de la Rama Judicial, donde se refleja con suficiente claridad, el estado actual de los juicios activos y las notificaciones que expide la jurisdicción, para la ejecución de los actos procesales que le son propios. (...)”.

⁴ C.S.J., Sala de Casación Civil, Sentencias de tutela: 5 de agosto de 2020, 28 de agosto de 2020 y 28 de octubre de 2020.

Por ello, el acto de enteramiento del auto que corrió traslado para sustentar la alzada se surtió en legal forma, ya que se realizó por “estado” electrónico el día 18 de junio del año que avanza, insertándose en el mismo no solo todos los datos exigidos por el artículo 295 del C.G.P., sino también la susodicha providencia, como bien puede apreciarse en el respectivo link.

Luego, esa notificación cumplió con los requisitos señalados por el precitado artículo 295, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, concretamente, las prescripciones del artículo 103 ibídem, según el cual “en todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura”; por consiguiente, ninguna irregularidad capaz de viciar la actuación se estructura, como lo puntualizó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 20 de mayo de 2020, Exp.No.2020 00023 01.

Concluyese, entonces, que el auto de 17 de junio de 2020 fue debidamente notificado, sin que hubiera resultado omitida la oportunidad para sustentar la alzada, pues, el plazo para ello, precisamente fue conferido a través de dicha determinación, cosa distinta que el interesado dejara fenecer esa oportunidad legal y ahora quiera rescatarla alegando una supuesta nulidad.

3. En esas condiciones, la súplica no está llamada al éxito, lo cual comporta condenar en costas al inconforme (artículo 365 numeral 1° del C.G.P.).

Por lo expuesto, se

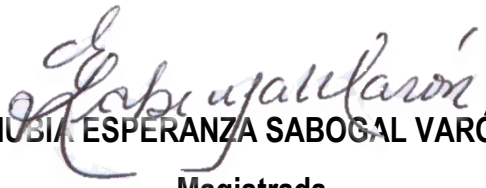
RESUELVE

Primero.- DECLARAR IMPRÓSPERO el recurso de súplica propuesto contra el auto de 18 noviembre de 2020, proferido por la Magistrada Adriana Saavedra Lozada, en el proceso citado en la referencia.

Segundo.- Costas de la súplica a cargo del recurrente. Líquidense de conformidad con el artículo 366 del C.G.P., incluyendo como agencias en derecho la suma de \$600.000.

Tercero.- En firme esta decisión, **devolver** el expediente al juzgado de origen, previas las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

-con aclaración de voto-

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación 11001-3103-026-2018-00338-05. Ejecutivo Singular –acumulado- de Club San Jacinto y otro. Contra Fiduagraria S.A.-Vocera y Administradora del Fideicomiso San Jacinto. Recurso de Súplica.

Con el debido respeto que siempre he profesado a las señoras Magistradas integrantes de la Sala de Decisión, me permito consignar a continuación las razones por las cuales aclaro mi voto, pues aun cuando comparto parcialmente la réplica del suplicante, toda vez que la posición que la suscrita ha adoptado en asuntos como el *sub-examine* es que como la apelación contra la sentencia de primera instancia se formuló bajo los apremios del Código General del Proceso, ha debido ser tal rito el que discipline el trámite de la alzada y no el previsto en el artículo 14 del decreto 806 de 2020; sin embargo, como se trata de un recurso de súplica, la competencia se circunscribe a los reparos enfilados frente a la negativa de acceder a la solicitud de invalidez.

Ciertamente, la indebida aplicación en el tiempo no está prevista como causal de nulidad; y; la notificación de los autos que dieron impuso a la litis, fue adecuada.

Al margen de ello, debo recabar en que es indudable que la

pandemia que nos afecta hizo imperativa la declaratoria de emergencia sanitaria; y, por ende, la expedición de la normativa declarativa de su desarrollo, como la que nos ocupa. Pero es claro que la situación del estado de excepción no permite el desconocimiento de la constitución, ni de la ley. En consecuencia, se incorpora en la Legislación Colombiana ya existente.

Revisado el Decreto Legislativo 806 de 2020, aunque indica que se adoptará “... *en los procesos en curso y los que se inicien luego de la expedición...*”, no creó un régimen especial de transición. Lo que conlleva que para su aplicación deba ajustarse al Código General del Proceso.

Entonces, descendiendo al asunto *sub-examine*, encontramos que tal precepto modificó por un término de dos años el trámite del recurso de apelación en asuntos civiles regulado en el Estatuto en cita. Por ende, se trata de una norma procesal, que entró en vigor desde el 4 de junio hogaño⁵, por lo que predomina respecto de la disposición que disciplina el decurso de ese medio de impugnación, toda vez que el artículo 624 del Código General del Proceso indica:

“...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, no debe pasarse por alto que la disposición en comento, esto es, el inciso final del artículo 624 del Código General del Proceso, regula que la nueva ley procesal no tiene aplicación inmediata, ya que en tratándose de “...**los recursos interpuestos**, *la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr,*

⁵Según el artículo 16 de la Decreto Ley 806 de 2020.

los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se registrarán 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...” –resalta la Sala-

En estas condiciones, la inaplicación de dicha preceptiva se revela nítida en lo relativo a los recursos planteados en vigencia de la ley procesal anterior, pues, precisamente, al amparo de aquella norma, si el medio de impugnación se inició bajo el imperio de una determinada norma, debe continuar su decurso al tenor del procedimiento establecido por esta disposición hasta tanto culmine su trámite. Vale decir, no cambian las reglas procesales de actuaciones que ya estaban en curso. Desconocer estos principios desemboca en que las partes pueden verse afectadas al modificarles las reglas que observaron cuando formularon sus reparos. Sin temor a equivocación, es una vulneración al debido proceso estipulado en el artículo 29 de la Carta Magna.

Desde esa perspectiva, las prescripciones contenidas en el Decreto 806 de 2020 sobre el trámite de la alzada no son de recibo para los recursos de esa naturaleza que tuvieron su génesis antes que entrara en vigencia la mencionada disposición, pues a voces del Alto Tribunal Civil, *“...cuando una norma posterior modifica los requerimientos relativos al nacimiento o finalización de una situación jurídicamente relevante, en línea de principio, no puede alterar las situaciones que están consolidadas en el pasado, ni violentar los derechos adquiridos, so pena de atentar contra la seguridad jurídica y someter a la sociedad a una situación permanente de incertidumbre...”*⁶.

Con tal criterio, también se acompasa lo consagrado en el inciso final del artículo 624 del Código General del Proceso, ya reseñado,

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 12 de febrero de 2018, expediente 11001311001820080033101.

es decir, los casos excepcionales en que se aplica una ley procesal derogada a determinados actos procesales en curso, los cuales son imposibles de seccionar porque no se han consumado cuando entra en vigor la nueva norma.

Memórese que respecto de ese tópico, desde antaño, la honorable Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

“...según la ley colombiana, las normas procesales tienen aplicación inmediata aun respecto de los procesos pendientes. Pero si bien es un principio de carácter general, tolera algunas concesiones, toda vez que la misma ley ha exceptuado, rindiendo con ello culto a la doctrina que distingue los actos procesales consumados de los no consumados, algunas situaciones, así: "Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la vigente al tiempo de su iniciación". Estas excepciones están significando, entonces, que la ley antigua tiene, respecto de ellas, ultractividad; de suerte tal que si una actuación, una diligencia o un término, ha empezado a tener operancia y no se han agotado cuando adviene la ley nueva, ellas y él terminarán regulados por la antigua. Salvedades que se muestran imperiosas y plenamente justificadas en aras del orden procesal...”⁷.

En posterior pronunciamiento, la Alta Corporación insistió en que:

“...los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación»⁸. Para los eventos antes mencionados, que representan actuaciones judiciales caracterizadas por su unidad, autonomía e independencia, no hay posibilidad de fraccionar el acto procesal con el fin de dar cabida a la nueva ley, porque éste constituye un todo inescindible que se rige, desde que se formula hasta que se decide, por la ley anterior, sin que pueda sacrificarse su

⁷Corte Suprema de Justicia. Autos del 17 de mayo de 1991 y del 9 de mayo de 2002, expediente 2002-0066-01.

⁸ Debe advertirse que el sentido de esa misma regla se hace expreso en los artículos 699 del Código de Procedimiento Civil, 17 del Decreto 2272 de 1989 y 140 del Decreto 2303 de 1989.

integralidad para admitir que una es la normatividad que ampara su inicio y otra diferente la que debe atenderse para su resolución...”⁹.

Esta postura fue reiterada el pasado 3 de septiembre de 2020, al dirimir una tutela por la aplicación indebida de la normatividad en cita, cuando anotó:

“... Para la Sala, se conculcaron derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia porque el remedio vertical que la tutelante propuso, respecto a la sentencia de 14 de febrero de 2020, lo incoó en el momento en el cual regía el procedimiento señalado en la Ley 1564 de 2012, en especial, el mandato previsto en el precepto 327 de esa codificación...”¹⁰.

Igualmente, recordó los principios de retrospectividad y de ultraactividad en materia de recursos como sigue:

“... Sobre lo aducido, la Corte Constitucional adocrinó:

“(...) El fenómeno de la retrospectividad, por su parte, es consecuencia normal del efecto general e inmediato de la ley, y se presenta cuando las normas se aplican a situaciones que si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, sus efectos jurídicos no se han consolidado al momento en que cobra vigor la nueva ley. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que “el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, ‘pero con retrospectividad, (...) siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal...’. De este modo, ‘aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma (...)”.

⁹Auto de 20 de septiembre de 2010, expediente 11001-02-03-000-2010-01226-00.

¹⁰ Sentencia STC6687-2020. Radicación 11001-02-03-000-2020-02048-00 Magistrado ponente LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

“(...) Este fenómeno ha sido abordado por este Tribunal como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor de la justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad (...)”¹¹.

En cuanto a la ultraactividad, esa corporación enfatizó:

“(...) La ultraactividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y está íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultraactividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc. (...)”.

“(...) Y claro, el legislador bien podrá ordenar también que ciertas disposiciones legales formalmente derogadas, continúen produciendo efectos en torno a determinadas hipótesis, dada la favorabilidad que ellas puedan reportar a sus destinatarios. Poniéndose de relieve una coexistencia material de reglas sobre un mismo punto, de suerte que mientras la nueva ley se enerva bajo la figura de la inaplicación, por su parte la antigua ley prolonga su existencia al tenor de la ultraactividad, que es, ni más ni menos, que la metaexistencia jurídica de una norma derogada, por expresa

¹¹ Corte Constitucional, sentencia SU309-19 de 11 de julio de 2019, expediente T-7.071.794

voluntad del legislador. La cláusula general de competencia del Congreso de la República así lo avala, en tanto lo irradia de facultades para crear, mantener, modificar o derogar la legislación que estime oportuna y conveniente; siempre y cuando lo haga en consonancia con los parámetros constitucionales vistos, dentro de los cuales militan el debido proceso y el derecho a la igualdad (...)"¹².

Las directrices precedentes, conllevan a concluir que si la alzada que nos ocupa se planteó cuando no había entrado en vigencia el Decreto 806 de 2020, lo propio era tramitarla bajo los lineamientos del Estatuto Adjetivo Civil y no al amparo de la previsión contemplada en aquel acto legislativo, en virtud del fenómeno de ultraactividad.

Puestas así las cosas, en el *sub-lite* no era dable impartir a la opugnación el curso señalado en el aludido decreto legislativo, sino convocar a la audiencia prevista en el artículo 373 del Código General del Proceso, dado que al haberse iniciado el memorado recurso bajo el imperio de este ordenamiento, es el llamado a seguir rigiéndolo, con sustento en el principio de la ultraactividad de la vigencia de la ley en el tiempo.

De acuerdo con lo discurrido, estimo que las anteriores consideraciones debieron ser tenidas en cuenta para tramitar la apelación de la referencia.

En los términos esbozados en precedencia, dejo aclarado mi voto.

Fecha *ut supra*,


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

¹² Corte Constitucional, sentencia C-763-02 de 17 de septiembre de 2002, expediente D-3984.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARIN**

Rad. N° 110013103 032 2019 00323 01

Sería del caso adelantar la audiencia de alegaciones y fallo programada en auto inmediatamente anterior, a través de los medios tecnológicos respectivos, no obstante, por dificultades técnicas ello no es posible, por lo que en aras de la economía procesal y conforme a lo reglado en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, se concede a la parte demandada el término cinco (5) días para que presente la sustentación a su recurso de apelación y acredite la remisión de la misma al correo electrónico de su contraparte, a efectos de la contabilización del término previsto en dicha disposición normativa para el extremo no recurrente.

Secretaria contabilice los términos en debida forma y, acaecidos los plazos respectivos ingrese a Despacho el expediente para proveer.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE¹,

Adriana Ayala Pulgarin
ADRIANA AYALA PULGARIN
Magistrada

¹ Para consultar el proceso digital visite: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil-despacho-17/14>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Rad. 040-2017-00156-01

Como quiera que la parte apelante no sustentó el Recurso de apelación dentro del término ordenado en auto del 19 de noviembre de 2020, la suscrita Magistrada Sustanciadora **DECLARA DESIERTA** la alzada que se presentó contra la Sentencia de primera instancia, de conformidad con el numeral 3° del artículo 322 del Código General del Proceso, concordante con el párrafo 3° del artículo 14 del decreto legislativo 806 de 2020.

Por secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Nancy Esther Angulo Quiroz'.

**NANCY ESTHER ANGULO QUIROZ
MAGISTRADA**

040-2017-00156-01

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

Bogotá, D.C., veinticinco de enero de dos mil veintiuno.

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 11001 31 03 040 2015 **00504 06**
Proceso: Verbal, Banco de Occidente S.A. vs. Pablo Eduardo Castro López y otra.
Asunto: **Recurso de reposición y solicitud adición.**
Aprobación: Sala virtual 2.

Se **rechaza por improcedente** el recurso de reposición interpuesto por Carlos Hernán Rodríguez Achury y Rosaura Pineda Hernández contra el auto de 18 de diciembre de 2020, mediante el cual se resolvió, en Sala (art. 35 Cgp), la apelación que ellos interpusieron contra la providencia que desestimó la oposición presentada. Lo anterior, comoquiera que *i.* de conformidad con el inciso 2° del citado artículo 35, “*los autos que resuelven apelaciones, dictados por la sala o por el magistrado sustanciador, no admiten recurso*”; y *ii.* el inciso 2° del artículo 318 Cgp establece que “*el recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja*”.

Ahora, en cuanto a la solicitud de adición, la Sala **no accede a ella**, habida cuenta que esta figura solo opera cuando en la providencia respectiva se omitió resolver algún punto que debía ser objeto de pronunciamiento, mientras que lo pretendido por el memorialista es que se adicione o complemente el auto de marras, para incluir órdenes que escapen por completo al ámbito y marco de resolución de este grado jurisdiccional. Es de ver, en esa senda que, en materia de apelación de autos “*el superior solo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias*”, labor que se agotó con la emisión de la providencia de diciembre pasado.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados,



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA



ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA



MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Rad. 11001 31 03 040 2015 **00504 06**

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

Bogotá, D. C., veinticinco de enero de dos mil veintiuno.

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 1100 1310 3040 2016 00854 01 - **Procedencia:** Juzgado 40 Civil del Circuito.

Proceso: Silvia Inés Díaz Henao y otros. **vs.** Parking International Sas.

Asunto: Apelación sentencia

Aprobación: Sala virtual n°. 2 -21

Decisión: Revoca.

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, la demandada y la llamada en garantía contra la sentencia de 14 de enero de 2020, proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito.

ANTECEDENTES

1. Silvia Inés Díaz Henao y Mauricio Parra García, quienes actúan en nombre propio y en representación de Mariana Parra Díaz y Santiago Parra Díaz, así como Esther Henao de Díaz y María Liliana Díaz Henao, instauraron demanda en contra de Parking International Sas, con el propósito de que:

i. Se declarara la responsabilidad civil extracontractual de la demandada por los daños ocasionados como consecuencia del volcamiento del vehículo de placas BTY-702, en el establecimiento de comercio destinado al servicio de parqueadero ubicado en la Calle 81 No. 12-62 de Bogotá.

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.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

ii. En consecuencia, se condene al pago de las sumas de dinero que bajo juramento se estimaron en la demanda por concepto de perjuicios materiales, y por el detrimento inmaterial (daño moral y a la vida de relación), valores actualizados al momento de realizarse el pago junto con ‘los intereses legales a que haya lugar’.

iii. Que bajo el principio de reparación integral la sociedad Parking International Sas, a través de su representante reconociera públicamente que el accidente que sufrió Silvia Inés Díaz Henao fue generado por la indebida aplicación del protocolo de seguridad que se requiere para la prestación del servicio de parqueadero mediante el uso de rampas y ascensores, solicitando perdón y excusas.

2. Como fundamento de las pretensiones se expuso:

a. Silvia Inés Díaz Henao, como empleada de Citibank Colombia S.A., tenía el beneficio adicional consistente en el servicio de estacionamiento de vehículo en parqueadero.

Por ello le fue informado por su empleador que a partir del 2 de febrero de 2016 entraba en vigencia el convenio comercial suscrito con la sociedad Parking International Sas, donde los empleados podrían hacer uso del estacionamiento ubicado en la Calle 81 No. 12-62 de Bogotá, que por ser subterráneo, para su ingreso debía utilizarse un elevador de carga que desplazaba verticalmente el rodante desde su entrada, hasta el sótano del edificio.

b. El 23 de febrero de 2016 sobre las 8:15 a. m., la demandante dirigió su vehículo hasta el parqueadero; cuando accedió al andén peatonal por la rampa observó que la puerta de acceso a la plataforma no estaba cerrada ni

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

había obstáculo alguno o señalización que indicara que el ascensor estaba en movimiento, por lo que desplazó el vehículo hasta el lugar donde se ‘posa’ la plataforma, pero ésta se encontraba en el parte inferior y el vehículo cayó por la fosa hasta golpearse ‘unos pisos más abajo’.

Por el peso del motor y la inercia generada por la caída, el automotor con Silvia Inés Díaz Henao en su interior, se volcó hacia adelante ‘generando un giro de media vuelta de aproximadamente 180°, por lo que el techo de su vehículo impactó violentamente contra la plataforma’.

c. Inicialmente recibió auxilio por el operario que trabaja para la demandada, pero el mal estado del carro impidió que fuera rescatada con facilidad, solo pudo ser extraída con la ayuda de otros acudientes a través del vidrio lateral. Sufrió varias laceraciones en su antebrazo izquierdo y derecho; posteriormente fue transportada al servicio de urgencias de la Clínica el Country.

La consigna de ingreso a valoración (triage), refirió “dolor cervical, de cabeza por trauma craneoencefálico sin tener claro pérdida de conocimiento, miembro superior izquierdo, cefalea, dolor en seno izquierdo”. El egreso de urgencias ocurrió el mismo día a las 3:40 p. m., con recomendaciones de signos de alerta e ingesta de medicamentos para el dolor y una incapacidad de (5) días. El 24 de febrero de 2016 el diagnóstico final de especialistas fue ‘esguince y torceduras de la columna cervical, S09.9 traumatismo de la cabeza’.

Debido a las afectaciones psicológicas y mentales generadas por el accidente, Silvia Inés Díaz Henao consultó a una especialista en psiquiatría y psicoterapia quien prescribió un trastorno de estrés postraumático, allí se

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

ordenó un tratamiento terapéutico y se extendió la incapacidad médica por (5) días.

d. La demandante fue sometida a tratamientos de fisioterapia y recuperación física. El rendimiento laboral ha mermado notablemente y ha sufrido sentimientos de temor, congoja, zozobra, angustia, rabia e impotencia.

Las relaciones con su compañero se alteraron por la disminución del apetito sexual; la irritabilidad por el trauma ha dificultado la convivencia marital; no puede disfrutar de juegos ni entretenimientos con sus hijos; después del fallecimiento de su padre se afianzaron las relaciones con su madre y hermana, generando una dependencia afectiva y sentimental que se vio afectada notablemente, toda vez que Silvia Inés Henao Díaz restringió las visitas y las fechas especiales para atender el traumatismo generado por el accidente.

3. Oposición:

3.1. La sociedad Parking International Sas. contestó la demanda, se opuso a las pretensiones por considerarlas temerarias y carecer de sustento jurídico-fáctico, objetó el juramento estimatorio y llamó en garantía a Seguros Generales Suramericana S.A. Asimismo formuló las siguientes excepciones de mérito:

a. Falta de legitimidad por activa, falta de legitimidad por pasiva, causa extraña, inexistencia de responsabilidad a cargo de mí representada, previsibilidad del daño y culpa exclusiva de las demandantes - *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (se fundamentaron en los mismos hechos): el accidente fue causado por Silvia Inés Díaz Henao, porque negligentemente

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

y bajo su propio riesgo tomó la decisión de desconocer el servicio de valet parking; al momento de llegar al andén donde se reciben los carros desconoció los conos puestos que daban aviso de que el ascensor se encontraba en la parte inferior del sótano, también estaba sosteniendo una discusión con su esposo vía telefónica.

La demandante asumió los riesgos derivados de llevar a cabo una actividad peligrosa (conducción de vehículo) e incumplir con las normas legales de tránsito, ya que no previó la existencia de los conos que estaban al ingreso del parqueadero a consecuencia de estar hablando por teléfono mientras conducía. El hecho ilícito existió pero fue causado por la actora.

b. Abuso del derecho: Silvia Inés Díaz Henao se valió de herramientas jurídicas para reclamar perjuicios materiales e inmateriales, pese a que el yerro que da origen al accidente de tránsito es causado por su propia conducta. Los demás familiares pretenden un enriquecimiento injustificado derivado del ejercicio de un derecho abusivo.

c. Inexistencia de perjuicios patrimoniales: respecto al lucro cesante el sistema de seguridad social en salud efectuó el pago total de los salarios a la demandante durante su período de incapacidad; el Soat canceló los gastos personales por la atención médica.

d. Inexistencia de perjuicios extra patrimoniales: la ilicitud del acto generador de perjuicios está en cabeza de Silvia Inés Díaz Henao; no se tuvo en cuenta los límites establecidos por la jurisprudencia para la fijación de este rubro.

e. Inexistencia de responsabilidad civil extracontractual: podría predicarse la presencia de los presupuestos de la responsabilidad contractual, dado

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

que al supuesto daño precede un acuerdo de voluntades con Citibank. No es dable endilgar la responsabilidad extracontractual porque existe un contrato de depósito que vinculó a los empleados del Citibank; los demandantes y Parking International Sas no cuentan con ningún vínculo jurídico.

3.2. Seguros Generales Suramericana S.A., sociedad llamada en garantía se opuso a las pretensiones de la demanda, objetó el juramento estimatorio. Y planteó las siguientes excepciones:

a. Ausencia de responsabilidad civil extracontractual de Parking International Sas: no existió conducta imprudente de la demandada toda vez que en el parqueadero se contaba con los diferentes elementos de seguridad orientados a evitar la producción de accidentes, tales como: reja localizada en el muro superior de la puerta que conduce al parqueadero que impide el acceso al ascensor o plataforma; cartel adherido a la fachada de la reja que contiene el mensaje ‘favor esperar un momento; ascensor en movimiento’; y conos viales de seguridad dispuestos como medio de señalización.

Se imponía a los usuarios la entrega del vehículo al servicio de valet parking. En las fotografías tomadas el día del incidente con el rodante volcado se observan los conos de seguridad caídos.

b. Inexistencia de nexo causal - concurrencia de culpas o causalidad conjunta (subsidiaria): la conducta de la demandante fue determinante en el hecho, pero podría plantearse que los daños alegados se habrían producido en razón a variadas causas que sucedieron e incidieron en la causación del accidente. Por ende, en el hipotético caso de que se establezca que Parking

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

International Sas participó en el suceso, se deberá tener en cuenta el porcentaje del mismo de cara a establecer el monto a indemnizar.

c. Inexistencia o tasación excesiva de los perjuicios reclamados: el lucro cesante no es cierto ni directo, toda vez que con los documentos aportados no es posible inferir la eventual disminución de la suma que devengaba la actora y los días de incapacidad debieron ser asumidos por la Eps y el empleador.

El daño emergente comprende valores por salud, medicamentos y consultas que son de cargo del Soat y de la Eps. Los pagos por transporte no encuentran sustento en las citas médicas, controles o tratamientos realizados a Silvia Inés Díaz Henao. Los gastos por papelería, notaría, fotocopias y demás no tienen relación directa con el actuar del demandado. Los valores pretendidos por daño moral y a la vida de relación no atienden los parámetros establecidos por la jurisprudencia.

d. Inexistencia de obligación a cargo de Seguros Generales Suramericana S.A., por incumplimiento de las garantías por parte del asegurado: en caso de que se llegare a probar la responsabilidad de Parking International Sas, ésta incumplió con la garantía establecida en la póliza de seguro consistente en llevar un control de entrada y salida de vehículos con tiquete, de suerte que el contrato de seguro terminó e impide el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo de la aseguradora.

e. Inexistencia de obligación en cabeza de Seguros Generales Suramericana S.A. - ausencia de los supuestos necesarios para la cobertura y riesgos excluidos: en caso de condena deberá tenerse en cuenta las condiciones generales y particulares estipuladas en el contrato de seguro,

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

específicamente lo atiente a la exclusión del lucro cesante del asegurado o de terceros.

f. La responsabilidad de la aseguradora se encuentra limitada al valor de la suma asegurada pactada en el contrato de seguro: no se puede ordenar el pago de un valor que exceda el monto asegurado.

g. Existencia de deducible: se pactó en un 15% del valor de la pérdida, mínimo (3) Smlmv.

LA SENTENCIA APELADA

Indicó el a-quo que en la fijación del litigio se encontró probado el hecho atinente a que el 23 de febrero de 2016, la señora Silvia Inés Díaz Henao conducía el rodante de placas BTY-702, quien sufrió un accidente en las instalaciones de Parking International Sas ubicadas en la Calle 81 No. 12-62.

Señaló que existía un vínculo contractual entre la sociedad demandada y el otrora Citibank, con el fin de que algunos empleados de éste tuvieran acceso a parqueadero, pero esa convención no es suficiente para que el caso se estudie bajo la ‘óptica’ de la responsabilidad contractual ‘especialmente cuando el parqueadero en la fecha y hora que se ha venido mencionado no cumplió con el propósito de esa relación, esto es, con la carga de guarda que le confiere el depósito y/o parqueo para el cual se utilizaba’.

Destacó que los dos extremos en litigio estaban ejerciendo una actividad peligrosa: la parte actora conduciendo un automotor y la sociedad demandada en razón a que en sus instalaciones tenían una rampa en la que

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

se suben y bajan carros, labor similar a la actividad de elevadores de carga, que ha sido definida por la Corte Suprema de Justicia como un acto con potencial para causar peligro.

Precisó que Silvia Inés Díaz Henao no desplegó en debida forma la carga de diligencia y cuidado, pues aunque no se haya demostrado que iba hablando por teléfono y a una velocidad superior a la permitida -aspecto que no sobrepasó el dicho de la demandada-, debió observar el espacio en el que se ubicaba la plataforma, previo ingreso a la misma, actuar que no ejecutó y se ‘podría’ describir como imprudente, porque de no cruzar el área de acceso al parqueadero de forma intempestiva se hubiera percatado del vacío existente, lo que se acentúa en razón a que la actividad la ejercía asiduamente.

Frente a Parking International Sas. -prosigue la Juez-, la reja de seguridad a la entrada del estacionamiento no estaba en funcionamiento y no demostró la presencia de conos de señalización que bloquearan el acceso²; el operario a cargo no se encontraba en el área de ingreso lo que permitió que el botón del ascensor fuera activado por cualquier persona. Por ello, estimó que se configuró una ‘conurrencia de culpas’, con aptitud para disminuir la condena en un 50%.

Cuando abordó los perjuicios materiales destacó que los gastos médicos fueron cubiertos por el Soat, pero los rubros por transporte, parqueadero, medicamentos y consulta por especialista en psiquiatría fueron asumidos directamente, en consecuencia, condenó a la demandada por este concepto en \$970.375,5. Denegó el lucro cesante (incapacidades), porque de las

² Manifestó que si bien en las fotografías “se advierten dos conos”, dada su ubicación “no tendrían el talante de acreditar que estuvieran impidiendo el acceso al parqueadero” (f. 550). Además porque si estuvieran en el lugar indicado la dimensión impediría una ‘visibilidad y/o señalización adecuada’.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

certificaciones expedidas por Citibank (fs. 46-48) ‘se extracta que a ésta (refiriéndose a la demandante) se le pagaron esas cantidades’.

Para los daños inmateriales, accedió al detrimento moral para Silvia Inés Díaz Henao en \$15.000.000, ya que sufrió lesiones y el ‘evento traumático’ del accidente le pudo generar alteraciones en su vida personal. Para la vida de relación manifestó que la demandante no perdió funcionalidad alguna y no se acreditó que en el transcurso del tiempo los temores, miedos y exclusión de su núcleo perduraran. Denegó tales perjuicios para los familiares, ya que no fueron probados.

En lo que respecta al llamamiento en garantía, consideró que no se demostró que las garantías dispuestas en la póliza hayan sido incumplidas, porque el accidente ocurrió antes del ingreso al parqueadero, previo a la entrega del tiquete por parte del personal de Parking International Sas, de allí que la aseguradora debe salir al pago de los ‘emolumentos que ha de reconocer la llamante’ y que abarca los daños morales, aplicando un deducible del 10%.

LAS APELACIONES

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

1. Parte demandante:

a. No hay lugar a la concurrencia de culpas como atenuante en la graduación de la responsabilidad civil de Parking International Sas, porque:

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

- Si en la sentencia se tuvo por demostrado que la reja que impedía el paso a cualquier vehículo no estaban en funcionamiento y que la puerta metálica que enseña un aviso no fue cerrada por el operario al momento del accidente, no se entiende cómo se determinó que hubo un comportamiento imprudente de Silvia Inés Díaz Henao por el simple hecho de que no detuvo su vehículo previo ingreso al estacionamiento. Por ende, el razonamiento es errado porque desconoce el valor demostrativo de los hechos probados y no acreditados, incluso la construcción lógica de la supuesta imprudencia está basada en deducciones y conjeturas.

- Se restó valor a las fotografías y videos contenidos en el ‘reporte de actividades de observación’ el cual demuestra como actuaron en días posteriores diferentes usuarios del estacionamiento.

- Parking International Sas defraudó la confianza y legítima expectativa de la demandante como usuaria habitual, por no haber colocado señalización alguna o desplegar actuación para que el rodante se detuviera, por lo que no puede ser imputable a la demandante esa omisión, al calificar su comportamiento como negligente por el hecho de no detenerse. El estándar exigido en el razonamiento de la Juez es incompatible y excesivo frente al comportamiento de un hombre medio, probo y diligente.

- Se desconoció que hay conductores que tienen mayor pericia que otros, pero no por ello puede decirse que actúan imprudentemente por el hecho de que no puedan ejecutar con suficiente destreza una actividad como la de ingresar a un estacionamiento de las características particulares, o prever todos los riesgos a los que se enfrenta en esa operación.

- Existen otros factores que explican por qué Silvia Inés Díaz Henao no se percató que la plataforma no estaba sobre el piso, como: la altura del carro,

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

que pudo disminuir su visibilidad, la longitud del ‘capó’, la estatura de la conductora, la elevación de la silla, las condiciones de luminosidad. Asimismo, la frecuencia con que se acudía al estacionamiento no puede ser valorada como si debiera conducir con un cuidado superior, pues lo que explica es la confianza con la que actuó al realizar la maniobra. (Cita una sentencia del Consejo de Estado respecto de una situación similar donde pretendió valorar en contra de la víctima la frecuencia de desplazamiento por la vía en un accidente donde se encontraba un hueco)

- Parking International Sas, como operador de una actividad peligrosa, tenía el deber jurídico de colocar y activar los mecanismos de seguridad para advertir a los conductores e impedir el tránsito indiscriminado al parqueadero cuando la plataforma no está en la posición adecuada para recibir vehículos.

- Parece desmedido que se afirme que la conducta de la actora contribuyó en un 50% con la ocurrencia del accidente.

b. Erró la sentencia al concluir que no le asiste ninguna indemnización por daños inmateriales a las personas que no participaron en el hecho, puesto que: unificó indebidamente el análisis del daño moral y el daño a la vida de relación, como si se tratara del mismo concepto; no aplicó el criterio jurisprudencial según el cual opera una presunción judicial frente a los perjuicios no patrimoniales que padecen los familiares cercanos a la víctima; se omitió valorar el contenido de la historia clínica No. 52151742.

c. En la sentencia no se resolvió de fondo sobre el reconocimiento de las pretensiones no pecuniarias, como medidas de reparación simbólica integral. Se afectó el principio procesal de la congruencia.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

2. Parte demandada:

a. Para el daño emergente debe responderse lo alegado en el numeral 1.5 del escrito de objeción al juramento estimatorio.

b. El perjuicio moral debía estar soportado en informes técnicos que evidenciaran las afectaciones extra patrimoniales. Si bien se acudió al arbitrio judicial para tasar el valor, no se justificó la manera como se obtuvo la suma, la cual debió fundarse en la sana crítica y las reglas de la experiencia.

c. El a-quo no se pronunció sobre la inasistencia de los demandantes a las audiencias del proceso, lo que impidió surtir los interrogatorios de parte, conducta que conforme a lo previsto en el artículo 205 del Cgp conlleva a que se tenga por cierto que la conductora venía hablando por celular cuando ocurrió el accidente, lo cual además encuentra apoyo en los testimonios. Dicha situación, adicional a la observación conjunta de todas las pruebas, hace que opere la culpa exclusiva de la víctima.

3. Extremo llamado en garantía:

a. Se declaró erradamente la concurrencia de culpas, porque no se confirió eficacia probatoria a los documentos y testimonios que ‘informaron de la señalización del daño de la reja por parte de Parking International’

b. Hubo omisión y apreciación parcial de las pruebas que evidencian la culpa exclusiva de la víctima como causa exclusiva, eficiente y adecuada del daño que se reclama.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

- c. No se aplicaron las consecuencias contenidas en el artículo 205 del Cgp, ante la inasistencia de todas las personas que componen la parte demandante a las audiencias.
- d. Existió una tasación errada de los perjuicios a los que se condenó al extremo demandado.
- e. En el análisis que se realizó sobre el incumplimiento de las garantías del contrato de seguro se dejó de valorar las pruebas que acreditaron el incumplimiento del asegurado.
- f. Se presentó una falta de coherencia en la sentencia de primera instancia, porque si el único motivo para atribuir responsabilidad fue que no se había advertido el daño de la reja, la consecuencia lógica era que se verificara el desacato de la garantía de correcta señalización y demarcación del parqueadero (son argumentos íntimamente ligados).
- g. Se dispuso la aplicación de un deducible que no fue el acordado en la póliza de responsabilidad civil No. 20283.
- h. En la sentencia no se dijo nada frente a la objeción al juramento estimatorio.
- i. Existe falta de claridad en punto a las agencias en derecho.
- j. No se incluyó en la parte resolutive de la sentencia las excepciones propuestas por la aseguradora que se declaraban probadas y las que se desestimaban.

CONSIDERACIONES

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

1. En orden a desatar la alzada se estudiarán en primer término los reparos formulados por Parking International Sas y Seguros Generales Suramericana S.A., que se refieren a la inexistencia de la llamada concurrencia de culpas que declaró el a-quo, pues en su sentir no está probado que la actividad que desplegó la demandada a través de su operario fuera parte de la causa eficiente del accidente ocurrido el 23 de febrero de 2016, para lo cual solicitan que se dé aplicación a la presunción contenida en el artículo 205 del Cpg, que se deriva de la inasistencia del extremo actor a las audiencias del juicio oral y se declare la culpa exclusiva de la víctima.

Tesis que de serles favorable, desde un punto de vista meramente lógico, tornaría inoficioso el análisis de la apelación formulada por el extremo actor, visto que su reparos se encaminaron en punto a la participación que la Juez a-quo le atribuyó en el hecho y al incremento de las indemnizaciones que fueron reconocidas en primera instancia, lo mismo que la alzada promovida por la aseguradora respecto al llamamiento en garantía y las condiciones del contrato de seguro (garantías), pues de no haber responsabilidad de la sociedad demandada, por sustracción de materia el seguro de esa índole no estaría llamado a indemnizar.

2. No se discute que en el accidente ocurrido el 23 de febrero de 2016 estuvo involucrado el automóvil de propiedad de Silvia Inés Díaz Henao (BTY-702), incidente en el que resultó afectada, cuando trataba de ingresar a las instalaciones del estacionamiento de carros ubicado para ese entonces Calle 81 No. 12-62 de Bogotá, habida cuenta que la plataforma de acceso al sótano se encontraba en el piso inferior y el rodante cayó por la fosa del parqueadero, con la conductora en su interior.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

Tampoco hay controversia en punto a que la acción se promovió bajo los postulados de la responsabilidad civil extracontractual, pese a que el otrora Citibank Colombia S.A. había celebrado un convenio con Parking International Sas para que sus trabajadores depositaran sus automotores en el estacionamiento en mención, entre ellas la demandante -punto que así fue escrutado por el a-quo y que ninguna de las partes refutó-.

2.1. La responsabilidad civil *aquiliana* está regulada en el título XXXIV del Código Civil, y se debe recordar que de conformidad con el precepto normativo 2341 de la misma obra, toda persona 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 imponga por la culpa o el delito cometido"*, siempre y cuando no se demuestre que el hecho generador del daño se produjo como consecuencia de una causa extraña.

En desarrollo de la anterior disposición, se ha sostenido por la jurisprudencia que la prosperidad de este tipo de acción está supeditada a la concurrencia de los siguientes requisitos: a) El daño o perjuicio; b) Un hecho intencional o culposo; y c) El nexa o relación de causalidad que debe existir entre estos dos.

También quedó establecido, con las particularidades de este asunto, que los extremos en contienda estaban ejerciendo actividades que se han definido como riesgosas: la demandante porque estaba conduciendo un vehículo y su contraparte en razón a que la modalidad para prestar el servicio de estacionamiento conlleva el uso y manejo de una plataforma de carga -razonamiento que tampoco fue cuestionado-.

Al efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene sentado que en casos como el presente, esto es, frente a la causación de perjuicios

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

por la concurrencia de actividades peligrosas, debe analizarse la incidencia que dentro de la causación del daño tuvo el ejercicio de cada una de esas actividades, para luego de precisar su grado de contribución y participación, definir cuál fue relevante y determinante del resultado y cuál no. Con ese propósito, se debe echar mano de la libertad de apreciación probatoria para estudiar las circunstancias en que se produjo el daño, la equivalencia entre las actividades peligrosas que concurren, sus características, y el grado de riesgo o peligro inherente a cada una de esas actividades, para así definir cuál fue la determinante en la producción del evento dañoso³.

2.2. En la demanda se atribuye responsabilidad por dos motivos en especial: (i) que Silvia Inés Díaz Henao nunca fue informada respecto a que la maniobra de parqueo no podía ejecutarla directamente, porque tenía que hacer uso del servicio de valet parking, y (ii) que al momento de acceder a la puerta de acceso no había ningún tipo de obstáculo o señalización que le indicara que el ascensor estaba en movimiento.

En este caso es irrelevante, de cara a determinar la responsabilidad, el hecho de que la actora fuere comunicada o no que era una exigencia el hacer uso del servicio de valet parking, toda vez que por la forma en que sucedió el incidente la sociedad demandada no tuvo la posibilidad de ejercer el control que se tenía establecido para la guarda de los automotores. En otra palabra: ante lo repentino e inesperado que fue el accidente el operario no contó con la oportunidad, cuando menos, de comunicar a Silvia Inés Díaz Henao que era una obligación, conforme los parámetros del estacionamiento, que el manejo del rodante hacia el interior de las instalaciones debía ser realizado por personal de Parking International Sas.

³ Cfrt. CSJ Sentencia de 24 de agosto de 2009, Ref. Exp.: 11001-3103-038-2001-01054-01

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

Así entonces, el aspecto que reviste medular importancia para dar solución al diferendo, se circunscribe a determinar si la sociedad demandada al ingreso de sus instalaciones tenía las respectivas advertencias que dieran cuenta de que la plataforma del elevador no estaba en el piso de acceso, porque de ser así se hubiera alertado a la conductora de la situación a la que se enfrentaba.

Del interrogatorio de parte que rindió el representante legal de Parking International Sas, como de la versión de Fernando Aldana -operario en funciones para el día del accidente-, se prueba que en el estacionamiento de la Calle 81 No. 12-62 de Bogotá existía el siguiente protocolo de seguridad para advertir a los usuarios respecto del ascensor: (i) una persiana que cubría totalmente la puerta de acceso; (ii) un segunda reja -de menor dimensión- que se activaba automáticamente cuando el elevador descendía y; (iii) conos de seguridad a la entrada del estacionamiento.

De esas ponencias, sobre todo la del empleado de la sociedad demandada, se sigue que para el 23 de febrero de 2016 el primer obstáculo no fue activado y la segunda reja se había retirado para mantenimiento; pero enfáticamente exponen que los conos estaban ubicados en una posición que daba aviso a los usuarios sobre la contingencia que estaba sucediendo, conos que fueron desconocidos por la conductora cuando desplegó la maniobra que conllevó a la caída del rodante en el pozo del ascensor, quien por demás se encontraba hablando por teléfono celular.

2.3. Pues bien, para la Juez de primera instancia hubo participación conjunta en el hecho dañoso. En punto a la injerencia de la demandada destacó que aquella no demostró la presencia de conos de señalización, ni que la demandante estuviera hablando por teléfono, aspectos que en su sentir no sobrepasaron el propio dicho de Parking International Sas.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

No obstante, el escrutinio probatorio no lo realizó conforme lo dispone el artículo 176 del Cgp, habida cuenta que omitió apreciar en conjunto y bajo las reglas de la sana crítica todo los elementos de juicio que componían el litigio, en especial, no se pronunció frente a la conducta procesal de las partes y que, según lo prevé el artículo 241 del *ibídem*, se califica como un factor del que se desprende valor demostrativo, pues de allí se puede derivar una presunción de certeza sobre los supuestos de interés del proceso.

En el *sub judice* ninguno de los demandantes acudió a la audiencia inicial, tampoco a la de instrucción y juzgamiento, lo que hizo imposible practicar el interrogatorio de parte, omisión que actualmente es de gran trascendencia, comoquiera que el novedoso juicio oral exige a los contendientes participación activa en aras de llevarle al Juez los elementos de convicción para que la solución del caso se resuelva con el mayor grado de certeza. Nótese, por lo demás, que la práctica del interrogatorio de parte es ineludible y que oficiosamente lo debe realizar el juez (Art. 372-7 cgp).

Por lo anterior, el artículo 205 del Cgp reprueba, entre otros eventos, la inasistencia a rendir interrogatorio, omisión que hace presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, según sea el caso. A su vez, el numeral 4 del artículo 372 -audiencia inicial-, prevé que: “*La inasistencia injustificada del demandante hará presumir ciertos los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado siempre que sean susceptibles de confesión; la del demandado hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda*”.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

Para la validez de la confesión ficta, se requiere, según la jurisprudencia, que:

“(...) ese presunto confesante tenga capacidad para confesar y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; que “verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento”; y, por último, que recaiga sobre hechos susceptibles de ser probados por confesión (...)”

Además de lo expuesto, para que haya confesión ficta o presunta, con las consecuencias de orden probatorio que se han indicado, requiérase sine qua non que en todo caso se hayan cumplido las formalidades que para la prueba de confesión exige la ley”⁴

Por manera que a la confesión ficta, en sentido estricto, debe conferírsele el mismo valor que a las confesiones espontánea o provocada, siempre y cuando no haya en la actuación prueba en contrario y para su incorporación se acaten, en lo pertinente, las condiciones previstas en el artículo 191 del Código General del Proceso, esto es:

“...1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado. 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria. 3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba. 4. Que sea expresa, consciente y libre. 5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento. 6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.”

⁴ CSJ. SC. Sentencia de 10 de febrero de 1975. Citada posteriormente en sentencia STC21575-2017. Radicación n.º 05000-22-13-000-2017-00242-01.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

A partir de las anteriores nociones, se tiene que al momento de contestar la demanda y fundamentar gran parte de las excepciones de mérito, entre ellas la que se nominó ‘culpa exclusiva de las demandantes’, Parking International Sas enunció dos hechos que acaecieron el día del lamentable suceso: (i) que Silvia Inés Díaz Henao se encontraba hablando por teléfono celular y; (ii) que en la entrada al parqueadero estaban instalados los ya citados conos de seguridad. Situaciones de facto que para la Sala deben presumirse por ciertos, debido al desinterés que mostró el extremo afectado con el accidente en el decurso de litigio, confesión ficta que, por demás, reúne los parámetros ya esbozados, porque de haber sido provocada mediante interrogatorio de parte se tenía la capacidad para confesar, contiene efectos que le producen consecuencias desfavorables a la actora, favorecen a la parte demandada y no existe formalidad alguna para su concreción.

2.4. De todos modos, no puede dejarse de lado que las presunciones legales y aún la propia confesión de parte puede ser desvirtuada, 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...porque hay que convenir que...es principio admitido ahora que la confesión es infirmable, según expresión paladina, en cuanto a nuestro ordenamiento respecta*”.⁵

Para derribar la confesión ficta a la que se ha hecho referencia, procede el Tribunal a estudiar las demás pruebas que obran en el expediente, especialmente las que se trajeron a instancia de los accionantes. Así, en lo que se refiere al documento ‘reporte de actividades de observación caso Parking’ (fs. 143-163 c. 1), acompañado con los anexos de la demanda, es

⁵ CSJ sentencia del 1 de junio de 2001, expediente 6268. Citada posteriormente en Sentencia de 16 diciembre de 2011. Referencia: 05001-3103-001-2000-00018-01.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

una prueba que no contiene ningún tipo de firma o signo que identifique a su autor, es decir, no se sabe a ciencia cierta si el análisis que allí se expone fue elaborado por la misma demandante, por su apoderado, o por un experto que fuera contratado *v.gr.*, un profesional en siniestros.

En esencia, juzga la Sala, no corresponde a un medio demostrativo de carácter técnico elaborado por un experto en el tema -necesario para establecer lo que se pretendía demostrar-, y por ende, carente de relevancia probatoria. (Art. 244 Cgp). Además, no debe olvidarse que la eficacia de un documento estriba, en principio, de la posibilidad de conocer con certeza quién es su autor y es a partir de esa convicción, que se abre la posibilidad de entrar a apreciar su contenido conforme a las reglas de valoración probatoria y la sana crítica previstas en las normas procesales.

La jurisprudencia ha dicho que *“La firma es, pues, requisito imprescindible para que un documento tenga valor probatorio, ya que sin ella, salvo aceptación expresa de la parte o de sus causahabientes -según el caso-, no podrá establecerse con certeza quién es el autor, esto es, lisa y llanamente su autenticidad...”*⁶.

En lo que concierne a la declaración de Nicolás Mejía Wills, compañero de trabajo de la actora, no estuvo presente al momento de la caída del carro, porque llegó al lugar momentos posteriores; destacó, además, que tuvo la oportunidad de ver el rodante ya volcado y que si bien percibió algunos conos de seguridad, trató de sembrar la duda en punto a que estuvieran ubicados a la entrada del parqueadero, cuando señaló que: *“había un cono detrás, como del carro, el carro quedó con las llantas hacía arriba y al parecer había como un cono, pero pues lo que yo le entendí a, pues no sé si fue al esposo que le manifestó a Silvia que ese cono no estaba ahí,*

⁶ CSJ, sentencia de 4 de septiembre de 2000. Expediente 5565.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

*entonces no sé, deduzco que ellos me intentaban decir que ese cono lo tiraron, o lo pusieron ahí.”*⁷

Entonces, como no tuvo intervención directa su declaración se convierte en lo que se ha llamado ‘de oídas’, condición que se pregona incluso para la incertidumbre que recalcó sobre los obstáculos de seguridad, ya que dijo que ello obedece a manifestaciones, al parecer, del cónyuge de la accidentada, y por ende, pierde toda relevancia demostrativa.

La misma Corte ha puntualizado, con rigor, que “[t]ales declaraciones, valoradas conforme las reglas de la sana crítica, no merecen credibilidad y, en consecuencia, no crean convencimiento (...) como quiera que, según lo tiene dicho esta Corporación, en los testimonios de oídas o ex auditu ‘son mucho mayores las probabilidades de equivocación o de mentira’, de donde ‘está desprovisto de cualquier valor demostrativo, con mayor razón, el testimonio del que afirma un hecho por haberlo oído de la parte misma o a sus causahabientes, en cuanto esa afirmación sea favorable a éstas’”⁸

3. En razón de lo expuesto, si bien no queda duda de que los implicados en el accidente se encontraban desarrollando una actividad peligrosa, en la actuación no aparece prueba alguna que lleve a concluir con total certeza que la actividad ejercida por el personal que laboraba para la demandada, fuera determinante en las lesiones que padeció la conductora del vehículo de placas BTY-702, o en un grado mayor por haberla desplegado con impericia, imprudencia, o negligencia, comoquiera que de los controles que se tenían previstos en los protocolos se presume, con efectos probatorios, que cuando menos se activó uno de ellos, esto es, a la entrada

⁷ Hora 2:56:02 de la Audiencia de 5 de diciembre de 2009.

⁸ G.J t, CLXVI, págs.. 21 y 22)” (Exp. No. 6943).

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

de acceso al estacionamiento estaban ubicados conos de seguridad en señal de aviso para los usuarios.

Por el contrario, la conducta de Silvia Inés Díaz Henao fue imprudente y determinante en la producción del accidente de tránsito en el que resultó lesionada, habida cuenta que debe presumirse que estaba infringiendo las reglas de circulación vial, quien no desplegó con la idoneidad del caso la labor peligrosa que estaba ejecutado.

En efecto, es que el actual Código Nacional de Tránsito Terrestre sanciona el “*Usar sistemas móviles de comunicación o teléfonos instalados en los vehículos al momento de conducir, exceptuando si estos son utilizados con accesorios o equipos auxiliares que permitan tener las manos libres.*”⁹, de manera que la demandante desatendió dicha norma, sin que se pueda tener por probado que iba utilizando un dispositivo bluetooth, como se propuso en la réplica al recurso de la demandada, ya que en el proceso no se pudo obtener la versión de la conductora para que diera claridad sobre ese aspecto.

Además, por la forma particular en que sucedió la caída por la fosa del elevador de automóviles, se evidencia que no estaba concentrada en la actividad peligrosa que estaba desempeñando, porque de haber ejecutado la labor de conducción con la mediana pericia que se exige, podría haber identificado que la plataforma de ingreso no estaba a la altura de la superficie a la que trató de acceder.

Exigencia que se acentúa si para el caso se presume la presencia de conos de seguridad, los cuales constituyen un mecanismo para que se tenga recelo al acercarse; es una señal de alerta, por demás preventiva de

⁹ Numeral C. 38, artículo 131 de la Ley 169 de 2002.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

contención, para superar el riesgo de caer y evitar las eventuales consecuencias nocivas de un accidente, que al ser omitidas tuvieron relevante importancia para provocar el incidente, conducta de la víctima que no se puede ignorar. En consecuencia, la demandante no tomó las medidas razonables que debió haber adoptado para con ello evitar el daño que se le causó.

Ahora, la parte demandante en su apelación persiguió exculparse de la conducta que le endilgó el a-quo, alegando que hay conductores que tienen mayor experiencia que otros y no se puede prever un estándar de conducta en el caso en específico, el que de todos modos consideró excesivo para la coparticipación causal que se resolvió. Señaló además la existencia de circunstancias que explican por qué Silvia Inés Díaz Henao no se percató que la plataforma no estaba sobre el piso, tales como: la altura del carro -disminución de visibilidad-, la longitud del capó, la estatura de la conductora, la elevación de la silla, entre otros.

A juicio del Tribunal, los planteamientos del impugnante no pasan de ser simples conjeturas, porque en verdad no llegó a establecerse en este trámite la pericia que tenía la demandante para maniobrar automotores -que se presume es idónea por estar habilitada por la Secretaría de Movilidad para desplegar tal actividad-; mucho menos se pudo determinar las particularidades que se proponen en el recurso en punto a las condiciones del automotor y la forma en que venía siendo conducido -que de todos modos serían circunstancias reprochables a la demandante-. Todo aquello, como ya se dijo, derivado de la falta de participación de ese extremo a las audiencias del proceso.

4. En razón a lo expuesto, en el *sub judice* debió prosperar a plenitud la excepción denominada '*culpa exclusiva de las demandantes*' y también la

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

‘*culpa exclusiva de la víctima*’ formulada por la llamada en garantía, visto como está que el hecho dañino fue el resultado de la conducta de Silvia Inés Díaz Henao y no de la actuación de su contraparte, configurándose entonces una de las causales de exoneración de la responsabilidad que tiene prevista la Ley.

Por consiguiente, la sentencia se revocará para declarar probados los citados medios exceptivos y negar las pretensiones de la demanda en su integridad, ante la infirmación de uno de los presupuestos sobre los cuales se edifica la responsabilidad, a saber, el del nexo causal entre el hecho dañino y el perjuicio reclamado.

Circunstancia que, por demás, releva a la Sala del estudio de los demás argumentos que soportan las impugnaciones, esto es, los reparos frente a: (i) la existencia del daño y su cuantificación; (ii) el incumplimiento de las garantías por parte del asegurado y; (iii) las agencias en derecho. Como tampoco hay lugar a decidir sobre las pretensiones consecuenciales que la Juez de Primera Instancia no analizó (reparación simbólica), ni sobre las demás excepciones de las partes que componen el extremo pasivo. (art. 282 Cgp).

Finalmente, ante los resultados del recurso y por aparecer causadas, se impondrá condena en costas de ambas instancia a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia apelada, proferida el 14 de enero de 2020 por el Juzgado 40 Civil del

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2016 00854 01

Circuito y en su lugar **RESUELVE: 1°.** **DECLARAR** probada la excepción denominada ‘*culpa exclusiva de las demandantes*’ formulada por Parking International Sas; como la excepción de ‘*culpa exclusiva de la víctima*’ propuesta por Seguros Generales Suramericana S.A. **2°.** **NEGAR** las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **3°.** **CONDENAR** en costas de ambas instancias a la parte demandante. El magistrado sustanciador fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$2.000.000. Liquídense (art. 366 Cgp).

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados,



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Radicado: 1100 1310 3040 2016 00854 01



ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Radicado: 1100 1310 3040 2016 00854 01



MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Radicado: 1100 1310 3040 2016 00854 01

REPÚBLICA DE COLOMBIA**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL****MAGISTRADA PONENTE: HILDA GONZÁLEZ NEIRA**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

I.- OBJETO

Procede el Despacho a resolver el recurso subsidiario de apelación interpuesto por el extremo demandante contra la providencia del 23 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá.

II. ANTECEDENTES

1. En el auto impugnado la *a quo*, rechazó la demanda por considerar que: “... *no se dio cumplimiento total a lo ordenado en el numeral 3 del auto del 08 de septiembre de 2020 (...)*” – documento: “07autorechaza.pdf” -, relacionado con la petición de prueba testimonial.

2. El apoderado del extremo activo formuló recursos de apelación contra dicha determinación, en razón de lo cual manifestó que, tanto en el libelo de la demanda, como en el escrito subsanatorio, el pedimento de los testimonios se hizo conforme lo exige el procedimiento civil, esto es, mencionando el nombre de los deponentes, su dirección, y los “insucesos” que se requieren probar;

máxime si, por virtud del escrito de subsanación, respecto del defecto señalado por la *a quo*, también se señaló y discriminó claramente en el literal de “Testigos”, el correo electrónico por medio del cual deben ser notificados cada uno de ellos.

Con todo, arguyó que el proveído censurado transgrede el art. 90 del CGP, dado que: *“sólo se puede inadmitir la demanda en cualesquiera de los 7 numerales que allí se invocan”*, y el que invoca el despacho no se encuentra enlistado como causal de inadmisión. Por tanto, tachó de subjetivo, injusto, ilegal y arbitrario el auto inadmisorio, aún más, que se dispusiera el rechazo de la demanda, por un hecho no contemplado en la ley.

III. CONSIDERACIONES

1.- La determinación censurada, será revocada en esta instancia, por las razones que a continuación se exponen:

Liminarmente, debe memorarse que de conformidad con los incisos 2° y 4° del art. 90 del C.G. del P, la demanda sólo puede ser rechazada cuando (i) carezca de jurisdicción, (ii) escasee de competencia, (iii) esté vencido el término de caducidad para instaurarla, y (iv) no se subsanen los defectos de que adolezca señalados por el Juzgador, en el término de 5 días, con base en los artículos 82 y s.s. de la Ley 1564/12.

Descendiendo al caso en concreto, *ab initio*, se advierte que le asiste razón al extremo apelante en la revocatoria del proveído censurado, como quiera que aquél demostró en los escritos de la

demanda y subsanación de la misma, haber dado cumplimiento a la causal 3ª del proveído inadmisorio del 08 de septiembre de 2020, según la cual, respecto de los testimonios peticionados, debía adecuarlos en la forma que prevé el art. 212 del C.G. del Proceso.

Afírmese así, por cuanto el extremo convocante, en punto de los requisitos de la prueba testimonial previstos en el precepto normativo en comentario¹, en el escrito genitor, numeral b) del acápite de pruebas, enunció el nombre de los 11 testigos y su dirección de notificación, con identificación del apartamento y torre del Conjunto Residencial La Moneda Primera Etapa, ubicado en la carrera 55 A No. 169 A 10 de esta ciudad; y en el escrito de subsanación², mencionó concretamente los hechos objeto de aquella prueba, agregándose que se requería a los mismos, a fin de: “(...) *deponer sobre todo lo que les conste en relación con los hechos de la demanda,*”. Por ende, contrario a lo considerado por la a quo, pues la parte actora cumplió con el numeral 6º del art. 82 del C.G.P³, enunciando la petición de las pruebas que pretendía hacer valer, y en tratándose del medio probatorio testimonial, con el lleno de los requisitos exigidos por el ya citado art. 212 ibídem, de acuerdo con lo requerido en el proveído inadmisorio fechado 08 de septiembre de 2020.

Así las cosas, no encuentra esta Corporación el motivo por el cual la *juzgadora* rechazó de plano la demanda, al considerar que quien la formuló no subsanó la causal 3ª de inadmisión.

¹ Artículo 212 de la Ley 1564 de 2012.

² Documento denominado: “05subsanacion.pdf”.

³ Requisitos de la demanda.

2.- Conclusión: Asiste razón a la parte apelante y como ya se anunció, la decisión será revocada, para que la Juez de Primer Grado determine lo pertinente, respecto de la admisión de la demanda declarativa de la referencia. Con todo, en esta instancia no se condenará en costas por las resultas favorables de la alzada.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la suscrita Magistrada Ponente,
RESUELVE:

PRIMERO: -REVOCAR el proveído de fecha 23 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, en este asunto. En su lugar, la *a quo* deberá determinar lo pertinente respecto de la admisión de la demanda declarativa de la referencia.

SEGUNDO: -SIN CONDENA en costas por las resultas de la alzada.

TERCERO: -DEVUÉLVANSE las actuaciones al juzgado de conocimiento, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE,



HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada

(47202000156 01)

Firmado Por:

110013103047202000156 01

Clase de Juicio: Verbal

Demandante: Clara Inés Camacho Beltrán

Demandado: Conjunto Residencial La Moneda Primera Etapa

Apelación de Auto

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:

021f1d9b470ffa573a22d8d1394fd2a4492fbbf19c8951940f3e62df3
348b79f

Documento generado en 25/01/2021 11:34:43 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia

Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.

SALA CIVIL

MAGISTRADA PONENTE: HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Atendido el informe secretarial de esta calenda y de conformidad con lo dispuesto en el inc. 3° del art. 14 del D.806 de 2020 en concordancia con el art. 322 de la Ley 1564 de 2012, como el recurso de apelación no fue sustentado oportunamente, se declara desierto el formulado por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, el 17 de noviembre de 2020.

Notifíquese,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hilda González Neira', written over a horizontal line.

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada

(51202000058 01)

Firmado Por:

HILDA GONZALEZ NEIRA

110013103051202000058 01
Apelación Sentencia- Expropiación
Demandante: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP -EAAB
Demandado: Marco Antonio Guerrero Herrera

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:

**6c3b2dfa420135a9c3853bf723838f18070bd1758cbe75c832f98e6
3108425d6**

Documento generado en 25/01/2021 02:54:25 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Rad. 039-2014-00393-01

Como quiera que la parte apelante no sustentó el Recurso de apelación dentro del término ordenado en auto del 20 de noviembre de 2020, la suscrita Magistrada Sustanciadora **DECLARA DESIERTA** la alzada que se presentó contra la Sentencia de primera instancia, de conformidad con el numeral 3° del artículo 322 del Código General del Proceso, concordante con el párrafo 3° del artículo 14 del decreto legislativo 806 de 2020.

Por secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Nancy Esther Angulo Quiroz'.

**NANCY ESTHER ANGULO QUIROZ
MAGISTRADA**

039-2014-00393-01

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

RAD. 11001 31 03 005 2017 00401 01

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021).

**REF. PROCESO EJECUTIVO DE MARIO ANDRÉS DE VIVERO
GUTIÉRREZ CONTRA ANDRÉS, CLARA INES Y MARÍA ROSA ELENA
SUÁREZ MORENO.**

ASUNTO

Decide el Tribunal el recurso de queja interpuesto por Yasnith Cifuentes Hernández, Virginia Salcedo Padrón, Jairo Fernando Acuña Molano, Carlos Alberto González Patarroyo y Víctor Hugo Pulido Diaz contra el auto proferido el 24 de octubre de 2019, por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. El 26 de marzo de 2019 los recurrentes presentaron ante el juzgado Quinto Civil Municipal “incidente de desembargo”, respecto del inmueble con matrícula inmobiliaria 07019555499 cautelado dentro del proceso de la referencia, a efecto que se decretara “*el levantamiento del embargo y secuestro*” que pesaba sobre este.

Mediante auto del 25 de abril de 2019, el Juzgado de Ejecución resolvió: “*Por ahora éste Despacho se releva de dar trámite a la solicitud de*

incidente de desembargo obrante a folios 107 a 114, como quiera que aunque l bien inmueble objeto de la medida cautelar identificado con matrícula inmobiliaria N° 070-195499, se encuentra inscrito con medida de embargo por cuenta del presente asunto, también lo es que el mismo no ha sido secuestrado por cuanto fe infructuosa la diligencia de secuestro, razón por la que resulta anticipada dicha solicitud". Determinación que recurrieron los petentes en reposición y, en subsidio en apelación (folios 129-131).

2. El 24 de octubre de 2019, el *a quo* mantuvo incólume el proveído censurado y denegó la concesión de la alzada. Ello, al estimar que al no estar secuestrado el inmueble objeto de debate no resultaba dable darle trámite al incidente de desembargo propuesto. Asimismo, sostuvo que *"el despacho resolvió en tal sentido toda vez que el escrito contentivo del incidente y exactamente en el acápite de pretensiones, numeral 1° solicitó: decretar el levantamiento del embargo y secuestro del inmueble de propiedad de mi mandante identificado con matrícula inmobiliaria No. 070-195499 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tunja, situado en la ciudad de Tunja, en la calle 59 No. 3 Este, lote 9, lote de terreno con extensión de tres mil ciento treinta y ocho con setenta y dos metros (3.138.72) M2 (subrayado fuera de texto). Motivo por el cual, no puede ahora con la interposición del recurso cambiar la pretensión y que solo sea el levantamiento del embargo del bien inmueble, cuando lo pedido fue también el de secuestro"*.

Precisó que *"así las cosas, el Despacho atendiendo lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 597 del C.G.P., le informó en el auto objeto de censura que no era aún la oportunidad para resolver la solicitud como quiera (sic) que el citado bien no había sido secuestrado, así mismo, se aclara que en ningún momento se ha rechazado la solicitud, solo que la etapa procesal en la que se encuentra el presente asunto, no es factible tramitarla"*.

No obstante lo anterior agregó que *"ahora bien, en gracia de discusión, tampoco se cumplen los presupuestos contemplados en el artículo 597 del C.G.P., para ordenarse el levantamiento del embargo, toda vez que el bien inmueble está en cabeza de los demandados y no como afirma el recurrente, que sus poderdantes son titulares de dominio, pues revisado el folio de matrícula inmobiliaria No. 070-195499, solo registra el mismo en propiedad de los demandados Andrés Suárez Moreno y María Rosa Helena Suárez Moreno"*.

Finalmente negó la concesión de la apelación, al aseverar que el auto cuestionado no se encuentra enlistado en el artículo 321 del Código General del Proceso, ni en alguna norma especial. Pronunciamiento que fue recurrido en reposición y, subsidiariamente en queja.

En proveído de 9 de julio de 2020 el funcionario ratificó su negativa y ordenó las copias correspondientes para el trámite de la queja, y que para definir es del caso las siguientes

II. CONSIDERACIONES

1. Sabido es que el recurso de queja previsto en los artículos 352 y 353 del Código General del Proceso es el medio previsto por el legislador para que el superior conceda, si fuera procedente, el de apelación, o el de casación que, en principio, fuere denegado por el inferior. Por tanto, el objetivo de la “*queja*” es exponer ante el *ad quem* las razones por las cuales se considera, por parte del recurrente, el por qué el proveído censurado es susceptible de apelación. Motivo por el que a través de este mecanismo de impugnación le está vedado al funcionario adentrarse en los motivos de la decisión, pues su laborío se ciñe a establecer, se itera, la procedencia o no del recurso denegado.

2. De igual manera es conocido que para determinar la viabilidad del recurso de apelación se han de cumplir tres presupuestos esenciales a saber: (i) interés del recurrente, (ii) oportunidad en la que se propone la censura y (iii) la naturaleza del proveído cuestionado, en aras de establecer si el mismo resulta apelable o no.

3. También ha de recordarse que según nuestro ordenamiento, en materia de apelación, está gobernado por el principio de taxatividad. Mismo que implica que únicamente son atacables, a

través del medio de impugnación vertical, aquellas determinaciones que expresamente el legislador así autorice.

En relación con la libertad de configuración normativa del legislador en materia de doble instancia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que:

“(...) La Sentencia C-046 de 2006 es enfática en reiterar que la regulación de los diversos procedimientos judiciales, corresponde al legislador en ejercicio de su amplia potestad de configuración. En ese sentido, la Corte ha señalado que con fundamento en sus atribuciones constitucionales, es el legislador el llamado a establecer en las diversas actuaciones judiciales los procedimientos que han de surtirse, las acciones, los términos, los recursos y en general todos los aspectos propios de cada proceso atendiendo su naturaleza, a fin de establecer las reglas que han de observarse”.

“En virtud de esta atribución puede preceptuar diferentes medios de impugnación de las decisiones judiciales, como, por ejemplo, recursos ordinarios y extraordinarios, las circunstancias y condiciones en las que proceden y la oportunidad procesal para interponerlos y decidirlos, e incluso definir cuándo no procede ningún recurso. En ese sentido es preciso recordar la sentencia C-005 de 1994, en la que la Corte expresó lo siguiente:”

“Así, pues, si el legislador decide consagrar un recurso en relación con ciertas decisiones y excluye del mismo otras, puede hacerlo según su evaluación acerca de la necesidad y conveniencia de plasmar tal distinción, pues ello corresponde a la función que ejerce, siempre que no rompa o desconozca principios constitucionales de obligatoria observancia. Más todavía, puede, con la misma limitación, suprimir los recursos que haya venido consagrando sin que, por el sólo hecho de hacerlo, vulnere la Constitución Política.”

“Ahora bien, se ha precisado por esta Corporación que si bien el legislador en ejercicio de su facultad constitucional de hacer las leyes y expedir códigos en las distintas ramas del Derecho a que alude el artículo 150 superior, cuenta con una amplia potestad de configuración, dicha potestad no es absoluta pues ella encuentra sus límites en los principios y valores consagrados en el ordenamiento constitucional, que en materia de procedimientos particularmente imponen el respeto de los derechos de acceso a la administración de justicia, debido proceso e igualdad”.

“En relación con el principio de la doble instancia, como ya se señalaba, éste tiene un vínculo estrecho con el debido proceso y el derecho de defensa, ya que busca la protección de los derechos de quienes acuden al Estado en busca de justicia. Sin embargo, como lo ha puesto de presente reiteradamente la Corte, dicho principio no hace parte del contenido esencial del debido proceso ni del derecho de defensa en todos los campos, pues la propia Constitución, en su artículo 31, establece que el Legislador podrá consagrar excepciones al principio general, según el cual toda sentencia es apelable o consultable”¹.

4. En el presente asunto, de entrada, advierte el tribunal el desacierto del *a quo* al denegar la concesión de la alzada. Ello, por cuanto el auto de 25 de abril de 2019, en lo medular se pronuncia sobre un pedimento vinculado a una medida cautelar, sin que necesariamente tuviera que ser decretando, levantando o limitando, amen que justamente una de las novedades que incluyó el Código General del Proceso fue, precisamente, indicar con amplitud la apelabilidad de la decisión “*que **resuelve** sobre una medida cautelar*”, sin las limitaciones que antaño contemplaba el Código de Procedimiento Civil.

Y no se diga que no hubo pronunciamiento por indicarse allí que el juzgado “*se releva*”, pues que de todas formas hay en ello una decisión implícita, que finalmente se exteriorizó al desatar el recurso de apelación al señalar que “*en gracia de discusión, tampoco se cumplen los presupuestos contemplados en el artículo 597 del C.G.P., para ordenarse el levantamiento del embargo, toda vez que el bien inmueble está en cabeza de los demandados y no como afirma el recurrente, que sus poderdantes son titulares de dominio, pues revisado el folio de matrícula inmobiliaria No. 070-195499, solo registra el mismo en propiedad de los demandados Andrés Suárez Moreno y María Rosa Helena Suárez Moreno*”, sin que ponga o quite ley que ello no quedara contenido en la parte resolutive de la decisión, habida cuenta que como ha indicado la Corte Suprema de Justicia “*si bien es cierto no media negativa expresa*

¹ C-788 de 2002, C-1091 de 2003, C-561 de 2004, C-1233 de 2005, C-005 de 1996, C-095 de 2003, C-040 de 2002 y C-900 de 2003.

de esa petición en la parte resolutive del fallo impugnado si se halla implícita en ella, pues fue cuestión tratada en la parte considerativa del mismo". (CSJ SC de 1° de marzo de 2001, Exp. 6106).

Un entendimiento distinto implicaría una restricción injustificada del derecho de acceso a la administración de justicia, puesto que toda solicitud que se formule debe ser atendida de manera expedita y conforme a las reglas propias de cada juicio y en ese orden el pedido de desembargo de un inmueble "*por no pertenecer al demandado*", es asunto que, por demás, no impone siquiera un trámite incidental, sino que se debe resolver de plano, de acuerdo con las previsiones del artículo 593 del C.G.P. según el cual "*Si algún bien no pertenece al afectado, el registrador se abstendrá de inscribir el embargo y lo comunicará al juez; si lo registra, este de oficio o a petición de parte ordenará la cancelación del embargo. Cuando el bien esté siendo perseguido para hacer efectiva la garantía real, deberá aplicarse lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 468*" (disposición reproducida nuevamente en el artículo 597 ídem). Como finalmente se hizo.

A diferencia del secuestro en estos tipos de bienes que está supeditado a la vigencia del embargo, aun cuando igualmente puede correr suerte diferente a aquel, pero respecto del cual el legislador, según uno u otro caso, ha establecido un trámite distinto.

5. En ese orden, siendo que, implícitamente, ya se resolvió lo atinente al desembargo deprecado, como se trata de una decisión que "*resuelve sobre una medida cautelar*", la alzada estuvo mal denegada.

III. DECISIÓN

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

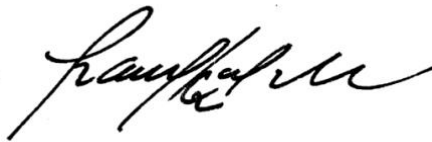
IV. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR mal denegado el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 25 de abril de 2019, en cuanto se resolvió la solicitud de desembargo.

SEGUNDO. En consecuencia, conforme lo dispuesto en el artículo 353 del Código General del Proceso, concédase el anotado recurso de apelación en el efecto devolutivo; comuníquese al juez de primera instancia lo aquí decidido para los efectos previstos en la norma en cita; sin que sea necesaria la expedición de más copias, pues con las obrantes se puede surtir la alzada.

TERCERO. La secretaria hágase el abono respectivo de la apelación del auto que se concede y ejecutoriado ingrese al despacho para resolver.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NANCY ESTHER ANGULO QUIROZ

MAGISTRADA

(005 2017 00401 01)

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., veinticinco de enero de dos mil veintiuno.

Rad.: 11001 31 99 005 2018 **16310 01**

Ref.: Verbal. Microsoft Corporation Vs. Suministramos Recursos Humanos Temporales -SUMITEMP- Ltda.

Se acepta el **desistimiento** del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 23 de julio de 2020 por la Subdirección para Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor. Sin costas por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y DEVUELVA

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 99 005 2018 16310 01

Firmado Por:

**GERMAN VALENZUELA VALBUENA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 019 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: **329cdf92e198e2e4343220f9053aca5b69df574b721895c87c6ecc4e179cdcbc**
Documento generado en 25/01/2021 04:43:44 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

1100131030003201000726 01
Clase de Juicio: Apelación de Sentencia -Verbal
Accionante: Luis Antonio Vanegas Rodríguez y otros
Accionado: Roberto Rodríguez Mora y otros

**República de Colombia
Rama Judicial**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL**

MAGISTRADA PONENTE: HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021)

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 47 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)- Alléguense los folios 32, 67 a 69, 163 a 171, 280, 281, 293, 314, 315, 316, 464 del Cuaderno principal 1; y folios 535, 571 y 572 del cuaderno principal 1A, en la medida que no fueron objeto de incorporación en los archivos digitales documento: “11CuadernoPrincipal1.pdf”, “12CuadernoPrincipal1A.pdf”, escaneados y remitidos para la alzada.

1100131030003201000726 01
Clase de Juicio: Apelación de Sentencia -Verbal
Accionante: Luis Antonio Vanegas Rodríguez y otros
Accionado: Roberto Rodríguez Mora y otros

2)- Alléguense las videograbaciones o archivos de audio, junto con las actas que las comprendan, de la Audiencia prevista en el art. 372 del C.G del proceso, en punto de las etapas previstas en los numerales 6°, 7° inciso 4°, 8°, y 10°, correspondientes a la conciliación, saneamiento del litigio, control de legalidad, y decreto de pruebas.

3)- Teniendo en cuenta que el documento de excel: "00IndiceElectronico.ex", refiere que el archivo del cuaderno principal 1A principiaría en folio 516 y culminaría en 623, y como quiera que el remitido para surtir la alzada comienza en folio 516 y termina en folio 224, **REMÍTASE** el cuaderno 1A del expediente en debida forma, o en su defecto, de corresponder con los documentos consecutivos del mismo, y encontrarse mal foliado, procédase con su refoliación.

Cúmplase,


HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada
(03201000726 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.,**

1100131030003201000726 01
Clase de Juicio: Apelación de Sentencia -Verbal
Accionante: Luis Antonio Vanegas Rodríguez y otros
Accionado: Roberto Rodríguez Mora y otros

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:
**2fb82f6bd7e7a17105444e06e3d542f54334d0698e9cec02b9b919661
3d8199c**

Documento generado en 25/01/2021 09:25:07 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Primera Civil de Decisión**

Audiencia pública de sustentación y fallo

Referencia: Proceso No. 11001 31 99 001 2016 66385 01

En Bogotá D.C., a las nueve y treinta de la mañana (9:30 a.m.) del diecinueve (19) de enero de dos mil veintiuno (2021), se constituyeron en audiencia pública los Magistrados que conforman la Sala Primera Civil de Decisión del Tribunal Superior de la ciudad, mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, dentro del proceso verbal de QW Healt Colombia S.A. contra Image Medical Group S.A.S. y otro, con el fin de adelantar la audiencia de sustentación y fallo. Obra como secretario *ad hoc* el auxiliar judicial I del despacho, Edwin Stivens Oliveros Rojas.

Comparecientes:

Nombre	Calidad
Juan Sebastian Melo Baquero	Apoderado de la parte demandante
Juan Carlos Salamanca Sánchez	Apoderado de la parte demandada

Actuaciones:


Se escucharon las alegaciones de las partes y se decretó un receso.

Reanudada la audiencia, la Magistrada Sustanciadora informó que, conforme lo autoriza el inciso 3° del numeral 5° del artículo 373 del Código General del Proceso, el fallo se proferirá por escrito dentro del término legal, procediendo a anunciar el sentido del mismo, esto es, *“revocar parcialmente la sentencia respecto a la sociedad demandada, pero se confirmará respecto del demandado persona natural Juan Dario Uribe. Igualmente se va a declarar que, efectivamente, existieron actos de confusión; se va a negar respecto a los demás actos de competencia invocados; se va a ordenar que la sociedad demandada se abstenga de volver a utilizar la marca del demandante y se van a negar los perjuicios, conforme las razones y explicaciones que se van a dar en el fallo que se proferirá por escrito”*.

No siendo otro el objeto de la audiencia, se dio por terminada.


ADRIANA AYALA PULGARIN
Magistrada


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado


MARCO ANTONIO ALVAREZ GÓMEZ
Magistrado