

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL

Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARIN**

Rad. N° 110013103 018 2011 00092 01

Atendiendo lo dispuesto en los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso a efectos de verificar las alegaciones de las partes, se ordena **oficiar** tanto a la Fiscalía Cero Cuatro (04) Seccional de la Unidad Seccional Juicio - Zipaquirá, Dirección Seccional de Cundinamarca¹ como al Juzgado Primero (1º) Penal del Circuito del mismo municipio² a fin de que, dentro del término de cinco (5) días, contados a partir de la recepción del respectivo comunicado, remitan, escaneado y por medios magnéticos, **la totalidad del expediente** [documentos, pruebas y audio-visuales] radicado bajo el No. 251756000688200900583 y/o J190056³, cuya causa corresponde a la investigación seguida en contra de Patricio Galeano López, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80550389.

Por otra parte, se ordena **oficiar** a la Dirección de Tránsito y Transporte – Policía Nacional de Carreteras oficina “*Transito Chia*”, a fin de que, dentro del mismo plazo referido en el inciso anterior, se sirva informar, de cara a las características y el lugar en el que ocurrió el accidente de tránsito objeto de este proceso⁴, cuál era, para la época en la que el mismo acaeció, el límite de velocidad que debía seguir el conductor de un vehículo que pretendiera salir del municipio de Chía, Cundinamarca, para tomar la vía principal que de Tunja, Boyacá conduce al Distrito Capital de Bogotá, en la vía “45A04” a la altura del kilómetro “5+300” “HIPOANDES” [costado occidental] y si este [el conductor del vehículo] con vista en lo normado en la Ley 769 de 2002, para realizar dicha maniobra, debía o no, reducir la velocidad a la que transitare en ese momento, para ingresar a la ruta principal antedicha.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE⁵,

Firmado Por:

Adriana Ayala Pulgarin
Magistrado
Sala 017 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

¹ [gladys.gutierrez@fiscalia.gov.co y blanca.choconta@fiscalia.gov.co]

² [jpctozip@cendoj.ramajudicial.gov.co]

³ Archivado en el paquete 002 de 2002.

⁴ Enviar copia del informe de accidente de tránsito visto a folios 67 y 68 Cd. “03CuadernoPrincipalParte3”.

⁵ Para consultar el proceso digital visite: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil-despacho-17/26>

Código de verificación: **99622da88a8340c733ba8d87d4d3134bbf10ad8fc9ead7dc3ce7606750d67859**
Documento generado en 06/10/2021 01:31:37 PM

Valide este 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
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación n.º **11001310301720180025902**

Se **admite**, en el efecto **devolutivo**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021 por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá.

Téngase en cuenta que el presente trámite se rige por el Decreto Legislativo 806 de 2020, por lo que, ejecutoriada la presente providencia, comenzará a correr el término de cinco (5) días, previsto en el artículo 14 de dicha normativa.

Por Secretaría contabilícese el término señalado en el numeral anterior y oportunamente ingrésense las diligencias al Despacho para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO V.

Magistrada

Firmado Por:

**Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **5f7417d09abdc94868f26c17e31a5d17f6cc9dd570e75428d853a3acbd000e27**

Documento generado en 06/10/2021 03:10:44 PM

Valide este 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
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación n.º **11001310301820190055201**

Se **admite**, en el efecto **devolutivo**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 16 de marzo de 2021 por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá.

Téngase en cuenta que el presente trámite se rige por el Decreto Legislativo 806 de 2020, por lo que, ejecutoriada la presente providencia, comenzará a correr el término de cinco (5) días, previsto en el artículo 14 de dicha normativa.

Por Secretaría contabilícese el término señalado en el numeral anterior y oportunamente ingrésense las diligencias al Despacho para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO V.
Magistrada

Firmado Por:

**Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **cf738c07dd702702e8558fe513f9a49c188a0670593bf388286c8c62e580f779**

Documento generado en 06/10/2021 03:16:57 PM

Valide este 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 DE DECISIÓN CIVIL**

Magistrado Ponente: Iván Darío Zuluaga Cardona

Bogotá, D.C., seis (06) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	Verbal
Demandante	Carlos Hernando Bautista
Demandado	Axxa Colpatria
Radicado	110013103 025 2019 00676 01
Instancia	Segunda – suplica-
Decisión	Confirma auto

Discutido y aprobado en sala dual de decisión del 06 de octubre de 2021

Se decide el recurso de súplica interpuesto por el apoderado del actor contra el auto calendarado 8 de septiembre de 2021, proferido por la Magistrada Sustanciadora Martha Isabel García Serrano, mediante el cual declaró inadmisibile el recurso de apelación formulado por ese mismo extremo procesal, frente a la sentencia proferida el 26 de agosto anterior por el Juez 25 Civil del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. En la providencia reprochada, se adujo que el extremo demandante omitió, en estrictez, formular reparo alguno al fallo de primera instancia, pues ni en la audiencia señaló los motivos de inconformidad, ni en el escrito que presentó dentro de los 3 días siguientes lo hizo, ya que los argumentos esbozados hacen alusión a la presunta configuración de una causal de nulidad de origen constitucional que afectó el proceso desde la audiencia surtida el 30 de junio de 2021, inclusive, asuntos que no combaten los argumentos de fondo de la decisión opugnada.

Precisó que, en ese orden, las alegaciones del recurrente no acogen reparo concreto alguno a las consideraciones expuestas por el juez para llegar a la conclusión

de negar las pretensiones, siendo es evidente la falta de demarcación de la competencia de esta instancia, la cual está circunscrita únicamente a resolver los reparos concretos ventilados ante el a quo y sobre los que versará la sustentación.

2. Inconforme con esa decisión, el extremo actor interpuso recurso de súplica, cimentado en que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 del C.G.P, el juez deberá realizar control de legalidad agotada cada etapa para corregir y sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso; inclusive en la sentencia.

Refirió que en el auto impugnado se desconoce que mediante el recurso de apelación también se pueden elevar las inconformidades que susciten con relación a las omisiones surtidas en el proceso y que violen derechos fundamentales, pues *“justamente cuando el juez falta a su deber legal y/o constitucional, las mismas deben ser expuestas en la oportunidad y con el mecanismo óptimo para su saneamiento”*.

Acotó que el reparo denominado *“VIOLACIÓN Y DESCONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y OMISIÓN DE REALIZAR CONTROL DE LEGALIDAD”*, ataca todas *“las irregularidades que surgieron en el desarrollo del proceso y que violaron los derechos fundamentales de mi poderdante y el suscrito apoderado, los cuales fueron expuestos de manera concreta, breve, precisa y clara”*, sin que las irregularidades que pone de presente se encuentren catalogadas como causal de nulidad en el artículo 133 de C.G.P.

Manifestó que si bien le asiste razón a la Magistrada en referir que no se expresaron inconformidades relacionadas con la motivación, *“no es menos cierto, que esto tiene su razón de ser, justamente en las inconsistencias e irregularidades presentadas a lo largo del proceso, y es justamente en no tener la oportunidad de conocer el proceso, de conocer las pruebas, de conocer las excepciones propuestas, y de poder preparar el proceso, inclusive, sería irrespetuoso y faltaría a la ética profesional, expresar una inconformidad ante este estudiado y preparado Tribunal, referente a la motivación de la decisión cuando no conozco la causa que la genera”*.

4. Dentro del término de traslado, la contraparte guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico a resolver se centra en establecer si en el presente asunto se cumplen los requisitos para la concesión del recurso interpuesto contra la sentencia de primer grado, en concreto, el atinente a los reparos contra la misma, advirtiéndose desde ahora que la decisión fustigada será confirmada, por las razones que se pasan a explicar.

2. El artículo 320 del C.G.P., establece que el recurso de apelación tiene como objeto que *“el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”* y, seguidamente, el inciso 2, numeral 3º del artículo 322 *ejusdem*, dispone que *“[c]uando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior”*.

3. Ahora bien, en punto a lo que nos concierne, esto es, la forma como deben plantearse los reparos contra el fallo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC3846 de 4 de agosto de 2021¹, expresó:

En efecto, aun cuando la sentencia cuestionada fue recurrida en apelación, esa alzada fue declarada desierta por cuanto los gestores no presentaron debidamente sus reparos concretos², por tanto, desaprovecharon esa herramienta para debatir ante el juez competente las irregularidades enrostradas en esta senda a la entidad fustigada.

Es de recordar, el inciso 2º, numeral 3º del artículo 322 del Código General del Proceso, establece:

(...) Adviértase, la norma indica la oportunidad en donde se deben hacer los cuestionamientos preliminares de la sentencia (...)

Ahora, el otro requisito del aludido precepto, atañe a una afirmación puntual de los aspectos del fallo que suscitan la inconformidad, es un pronunciamiento conciso de aquellos puntos adversos para el recurrente con tal incidencia que, de haberse resuelto de otra manera, daría lugar al quiebre de la decisión y, a obtener un resultado favorable para el apelante.

Ese esbozo preliminar, es una disquisición concisa relativa a la controversia que se desarrollará ante el juez de segundo grado en la fase sustentación.

El carácter breve de los reparos no apareja insuficiencia, defecto cuyo resultado es la

¹ Radicación n.º 76001-22-03-000-2021-00034-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

² Según el libelo genitor el recurso de apelación impetrado por los tutelantes dentro del caso bajo estudio, fue declarado desierto por falta de sustentación; sin embargo, analizadas las pruebas aportadas al plenario se observa que la deserción obedeció a la falta de presentación de reparos concretos contra el fallo de primera instancia.

deserción de la alzada, según lo establece el inciso final del canon 322 *ídem*³

Bajo ese horizonte, la escasez de puntualidad y concreción que impliquen orfandad en el reparo, habilitan al *a quo* y al *ad quem* para declarar la deserción de la apelación.

Así, cuando recurrente diga que la contienda no se zanjó de acuerdo con la normatividad aplicable en la materia o, por indebida valoración probatoria, incumplirá la carga en comento; igual sucede, si se apresta a señalar un aspecto normativo o doctrinario sin relacionarlo con los contornos de la providencia.

Es más, ni siquiera es necesaria la cita jurisprudencial, aunque se pueda exponer, lo importante es la conexidad con cuestiones indicadas u omitidas en la sentencia atacada, pues, sin ella, lógicamente, se impide el desarrollo de sustentación.

Entonces, lo breve y puntual, no equivale a lo lacónico, no basta realizar afirmaciones de darse probada, sin estarla, la acción alegada u objeto de excepción, tampoco que, estándolo, se pretermitió declararla.

Y más adelante, en la misma sentencia en mención, la alta corporación precisó:

*“(…) [F]rente al recurso de apelación, diversos y muy significativos fueron los cambios introducidos por el Código General de Proceso, entre otros, cuando se impugne una sentencia es imperativo para el recurrente (…) al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, (…) **precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior. (…)**. Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. **La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral.** El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentada” (inciso 2º, numeral 3º del artículo 322; negrillas y subrayas fuera del texto).*

“La Corte, en relación con el primero de esos adjetivos, igualmente utilizado en el numeral 3º de la regla 374 del otrora vigente el Código de Procedimiento Civil, ha dicho que el mismo impone que esa manifestación sea “perceptible por la inteligencia sin duda ni confusión”, “exacta” y “rigurosa”.

“Ahora, para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “concreto” es, entre otras acepciones, lo “preciso, determinado, sin vaguedad”, que se opone a “lo abstracto y general”.

*“En ese orden, cuando el legislador, en la norma aquí comentada –inciso 2, numeral 3 del artículo 322 del C.G.P.-le asigna al apelante el deber de “precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión”, le exige expresar de forma “exacta” y “rigurosa”, esto es, “sin duda, ni confusión”, ni vaguedad, ni generalidad, las censuras realizadas a la sentencia origen de su reproche, inconformidades que luego habrá de sustentar ante el superior. En síntesis, se trata de la exposición de los puntos concretos constitutivos de la pretensión impugnativa que se debatirá y sustentará ante el juez de segunda instancia (…)”*⁶. (Subrayas en texto original).

4. En el *sub examine*, la parte actora fundó el recurso de apelación que formuló contra la sentencia de primer grado, en el “reparo” que tituló “VIOLACIÓN Y DESCONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y OMISIÓN DE REALIZAR

³ “(…) Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. **La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral.** El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado (…)” (se destaca).

⁴ CSJ SC de 15 de septiembre de 1994.

⁵ RAE. *Diccionario esencial de la lengua española*. 22 edic. Madrid. Espasa Calpe, 2006, p. 380

⁶ CSJ STC15307-2018 de 22 de noviembre de 2018, exp. 11001-02-03-000-2018-03534-00.

CONTROL DE LEGALIDAD”, mismo que no contiene ningún motivo de discrepancia respecto del fallo en sí mismo, sino frente a la actuación previa.

5. Obsérvese que en la audiencia que tuvo lugar el pasado 26 de agosto, el extremo inconforme con la sentencia, se limitó a argumentar que el *A quo* no realizó, previo dictar el fallo, un control de legalidad, lo que vulneró el derecho fundamental al debido proceso. Agregó que la parte apelante no pudo ejercer el derecho a la defensa, comoquiera que a dicho extremo procesal no se le proporcionó el expediente para su estudio con suficiente antelación a la referida audiencia.

En escrito posterior, el apoderado del actor indicó que, dentro del proceso se han presentado irregularidades que no han sido escuchadas por el *A quo*, ni puestas en consideración por el mismo. Así, expuso que estuvo incapacitado por Covid hasta el 16 de julio de 2021, razón por la que solicitó el aplazamiento de la audiencia programada para el 30 de junio, misma que fue denegada. Ahora, en dicha vista pública, no le fue reconocida personería al abogado, pese a que el poder cumplía con todas las formalidades legales.

Acotó que en esa oportunidad se solicitó entrega del expediente o cita para conocer el proceso. Pese a que el apoderado no tuvo acceso al paginario, se fijó audiencia para el 3 de agosto de 2021, fecha en la que se solicitó la suspensión del proceso, por enfermedad. Por tal razón, aquella se reprogramó para el 11 de agosto de 2021.

Afirmó que, como no tuvo acceso al expediente, el 11 de agosto solicitó nuevamente la suspensión, frente a lo cual el despacho accedió y ordenó la remisión del expediente virtual. Aquella se fijó para el 18 de agosto, concediendo dos días para el estudio del expediente. Con todo, el link del expediente solo fue remitido al finalizar la jornada del 12 de agosto de 2021, empero, con falla. Dicho vínculo pudo abrirse, efectivamente, el sábado 14 de agosto, terminando de descargar en horas de la noche.

Refirió que el 18 de agosto, pidió la suspensión de la audiencia por falta de conocimiento del expediente, petición que fue denegada por el Juez 25 Civil del Circuito.

En conclusión, la parte actora cuestionó a través del recurso de apelación el trámite surtido en relación con el poder otorgado y la decisión adoptada por el *A quo* en audiencia llevada a cabo el 18 de agosto de 2021, por medio de la cual denegó la suspensión de la diligencia “*por las dificultades para acceder al proceso*”, sin efectuar reparo alguno contra de sentencia emitida, tal como se afirmó en el recurso que de ahora es objeto de decisión, en los siguientes términos:

Si bien es cierto, le asiste razón a la Honorable Magistrada en referir que no se expresaron inconformidades relacionadas con la motivación (esto es la forma en que el juez apreció las pruebas o resolvió las excepciones propuestas), No es menos cierto, que esto tiene su razón de ser, justamente en las inconsistencias e irregularidades presentadas a lo largo del proceso, y es justamente en no tener la oportunidad de conocer el proceso, de conocer las pruebas, de conocer las excepciones propuestas, y de poder preparar el proceso, inclusive, sería irrespetuoso y faltaría a la ética profesional, expresar una inconformidad ante este estudiado y preparado Tribunal, referente a la motivación de la decisión cuando no conozco la causa que la genera. Y es allí donde justamente se encuentra demarcado el problema jurídico que debe entrar a estudio por parte de este honorable Despacho, pues el juez omitió aplicar la constitución y la ley sustancial, situación que justamente por la omisión del despacho, no se encuentra esbozada en el resuelve de la sentencia. Pues de haber sido expresada, el reparo serio otro.

Puestas así las cosas, como el extremo recurrente no formuló ningún reparo contra la sentencia de primer grado, la decisión emitida por la Magistrada sustanciadora, por la cual declaró inadmisibile el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandada frente a la sentencia proferida el 26 de agosto anterior por el Juez 25 Civil del Circuito de Bogotá, se encuentra ajustada a derecho, y por tal razón, será refrendada.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil de decisión –dual–,

RESUELVE

Primero. Confirmar el auto calendado 8 de septiembre de 2021, mediante el cual se declaró inadmisibile el recurso de apelación formulado por ese mismo extremo procesal, frente a la sentencia proferida el 26 de agosto anterior por el Juez 25 Civil del Circuito de Bogotá.

Segundo. Sin condena en costas por no aparecer comprobada su causación.

Notifíquese

Los Magistrados,

Firmado electrónicamente

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Firmado electrónicamente

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Firmado Por:

Ivan Dario Zuluaga Cardona

Magistrado

Sala 010 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

bc41195f97a115bdd3b46fb6d71eb2eb46114ec255624068b429232268c62c6c

Documento generado en 06/10/2021 11:59:03 AM

Valide este 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 DE DECISIÓN CIVIL

Magistrado Ponente: Iván Darío Zuluaga Cardona

Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	Abreviado
Demandante	Carlos José Mican Avellaneda
Demandado	Guillermo Mican Avellaneda y otros
Radicado	110013103 026 2007 00263 02
Instancia	Segunda
Decisión	Declara improcedente recurso de súplica

Discutido y aprobado en Sala Dual de Decisión del 6 de octubre de 2021

1. Se decide sobre la procedencia del recurso de súplica interpuesto por la parte demandada contra el auto proferido el 27 de agosto de 2021 por la Magistrada Martha Isabel García Serrano, por medio del cual se confirmó el proveído calendado 19 de abril de 2021, dictado por el Juzgado 45 Civil de Bogotá.

2. El extremo demandado, inconforme con la decisión que desató el recurso de alzada, interpuso recurso de súplica, a través del cual cuestionó los argumentos expuestos por la Magistrada sustanciadora, razón por la que solicitó a través de este medio de impugnación que se *“reconsidere su decisión (...) y en consecuencia Revoque el auto de fecha 19 de abril de 2021 proferido por el Juzgado Cuarenta y Cinco Civil del Circuito conforme a las consideraciones expuestas anteriormente”*.

3. Dentro del término de traslado, la contraparte guardó silencio.

4. Frente a la procedencia del mecanismo de impugnación que ocupa la atención, debe atenderse lo dispuesto la parte final del inciso 1º del artículo 331 del C.G.P., que establece: *“(...) No procede contra los autos mediante los cuales se resuelva la apelación o queja”*.

5. Así las cosas, se concluye que la providencia que es objeto de súplica, esto es, el auto que resolvió el recurso de apelación contra el proveído calendado 19 de abril de 2021, dictado por el Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá, por expresa prohibición legal, no es susceptible de ese medio de impugnación, lo que conlleva a declarar su improcedencia.

6. Tampoco hay lugar a reconducir el escrito al medio de impugnación que sea procedente, porque conforme lo regula el inciso segundo del artículo 318 del C.G.P., contra el auto que resuelve una apelación, no procede el recurso de reposición.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil de Decisión Dual,

RESUELVE

Primero. Declarar improcedente el recurso de súplica interpuesto por la parte demandada contra el auto proferido el 27 de agosto de 2021, por medio del cual se confirmó el proveído calendado 19 de abril de 2021, en el asunto en referencia.

Segundo. Sin condena en costas, por cuanto no aparece comprobada su causación.

Notifíquese

Los Magistrados,

Firmado electrónicamente

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Firmado electrónicamente

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Firmado Por:

Ivan Dario Zuluaga Cardona

Magistrado

Sala 010 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

963cbd2c7d7bde469879684dbe18d6220b269ed371c76a935813a19b6e9df1b2

Documento generado en 06/10/2021 11:59:17 AM

Valide este 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 SEGUNDA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado 11001 3199 003 2018 01180 01.
Proceso: Verbal [Acción de protección al consumidor]
Demandante: Carmen Faride Hazzi Maglioni.
Demandada: Acción Sociedad Fiduciaria S.A.
Providencia: Niega solicitud de “*adición*”.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en sesión de Sala de la misma fecha acta No. 40]

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud de “*adición*” elevada por la parte demandada, frente al fallo de 27 de julio de 2021, proferido por esta Corporación, dentro del radicado bajo epígrafe.

ANTECEDENTES

1. Carmen Faride Hazzi Maglioni interpuso demanda de protección al consumidor financiero contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A., para que fuera obligada a devolverle la suma de \$689’652.500,00 por incumplimiento en las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato de Encargo Fiduciario Individual No. 0001100012017. A su turno, la pasiva llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A.S., para que esta respondiera por aquella, en virtud de la Póliza de seguros No. 1000099, suscrita entre estas.¹

2. En sentencia de 25 de octubre de 2019, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia -SFC acogió las pretensiones de la demanda, y denegó las del llamamiento en garantía, por cuanto se configuró la conducta

¹ Cfr. Folios 1 y siguientes del cuaderno principal.

fraudulenta que dio origen a los hechos objeto de controversia, configuró una de las causales de exclusión previstas en la póliza de responsabilidad civil profesional; decisión que fue confirmada por esta Corporación en fallo de 27 de julio de 2021, previa modificación, únicamente, del monto de la antedicha condena, en razón a la actualización que impone la ley. En lo demás se mantuvo incólume.²

3. En tiempo, el apoderado judicial de la demandada solicitó la “*adición*” de la sentencia, tras señalar que expuso diferentes razones por las que, en virtud de la póliza suscrita con SBS Seguros Colombia S.A.S., esta última debería cumplir con sus obligaciones contractuales en el marco del monto asegurado; sin embargo, señaló que ninguno de esos argumentos fueron desarrollados “*más allá de replicar los mismos argumentos de la Delegatura de Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.*”

Aseveró, que con las declaraciones que hizo la representante legal de su representada no son una confesión, en los términos que prevé el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general, habida cuenta que, aquella, simplemente señaló que, en su momento, tuvo conocimiento de unos hechos que presuntamente serían fraudulentos, sin que para ese momento, y aún hoy, se tenga certeza de ello, al no existir una decisión judicial que así lo establezca, para enseguida ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes, conforme a su deber legal de denunciar.

Por otra parte, señaló, que, teniendo en cuenta que la póliza No. 1000099 fue el hecho generador del llamamiento en garantía realizado a dicha compañía, era obligación del Tribunal estudiarla, así como el cumplimiento de las obligaciones de la aseguradora para con Acción Fiduciaria, la que actúa como consumidor financiero en este caso, con lo que se hubiese podido evidenciar que al momento de leerse, interpretarse y aplicarse la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general, la Delegatura debió declararla nula o ineficaz, por ser completamente abusiva y contraproducente para los derechos de su defendida.

Resaltó, que el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general resulta ineficaz, conforme a lo previsto en el Literal C) del numeral 2º del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, habida cuenta que, tal y como se desprende de la póliza de seguros y del clausulado general en comento, la exclusión allí prevista no se encuentra incluida en la primera página de

² Cfr. Folios 152 a 166 Cd. “C2 TRIBUNAL 003-2018-01180-01”.

la póliza, no aparece ni siquiera consignada en la carátula, y solo aparece en la página 6 del clausulado general, de tal forma que la misma es contraria al precepto imperativo antes citado.³

CONSIDERACIONES

1. En virtud de lo estatuido en el artículo 287 del Código General del Proceso, la sentencia deberá ser adicionada cuando *“omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento”*; actuación que el juzgador puede acometer de oficio, o a solicitud de parte, si es elevada dentro del término de ejecutoria de la respectiva providencia.

4. Sobre la aplicación de la antedicha institución la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de acentuar, reiteradamente, que, la misma *“resulta improcedente, al decir de la Sala, cuando busca “(...) tocarse lo ya resuelto o definido”⁴, bajo cualquier pretexto, verbi gratia, la insuficiente motivación, a fin de obtener una decisión distinta a la esperada, pues si esa es la aspiración, como en otra ocasión se señaló, “(...) esto implica que hubo un pronunciamiento sobre el particular, con independencia de las razones que se hayan aducido para el efecto”⁵.*

5. Al estudiar la petición en comento acompañada con la sentencia cuestionada, fácilmente se colige que en su numeral 7º de la parte considerativa, se indicó, puntual y claramente, que no se abría paso el reclamo del apelante en torno al llamamiento en garantía invocado en contra de la aseguradora SBS, como quiera que la fiduciaria reconoció de modo expreso, que tanto el gerente de la sucursal de Cali, como otros empleados de esa oficina, incurrieron en maniobras fraudulentas consistentes en el manejo indebido de recursos, y en la manipulación de algunos de sus documentos.

6. Tal información surgió de la confesión realizada por la representante legal de la demanda en su interrogatorio de parte⁶, lo que, a juicio de la Sala Civil de Decisión, configuró las causales de exclusión del amparo previstas en los literales a) y b) del numeral 3.7. del acápite de exclusiones de la póliza; argumentación que resultaba más que suficiente para concluir, que ninguno de los reparos expuestos por el recurrente en su alzada, se abrían paso para derruir lo decidido por la autoridad de primer grado.

³ Cfr. Folios 168 a 171 Cd. “C2 TRIBUNAL 003-2018-01180-01”.

⁴ CSJ. Civil. Auto de 14 de noviembre de 1997, CCXLIX-1438.

⁵ CSJ. Civil. Auto 027 de 27 de enero de 2006, expediente 25941. Reiterado en Auto AC1262-2016 de 7 de marzo de 2016 Radicado No. 11001-31-10-001-1995-00229-01.

⁶ Cfr. grabación audiencia inicial, minuto 2:09:00.

2. Así las cosas, emerge consecuente que no es posible acceder al pedimento auscultado, en la medida en que no es que no se hubiese decidido sobre el aspecto planteado por la demandada tanto en su recurso de apelación como en su solicitud de adición, ya que es evidente que sí se resolvió sobre el particular, sino que la misma se encuentra inconforme con el resultado, situación para lo cual no fue instituida la figura jurídica de la adición mencionada, so capa de una argumentación distintita formulada por el peticionario de cara a sus intereses, en busca de un resultado diferente.

3. Corolario de lo que ha sido expuesto es que se denegará lo solicitado.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Segunda Civil de Decisión,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la solicitud de “*adición*” elevada por la parte demandada, frente al fallo de 27 de julio de 2021.

SEGUNDO: En firme esta providencia, por secretaría devuélvase el expediente a la autoridad de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Adriana Ayala Pulgarín
ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada

Maria Patricia Cruz Miranda
MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Radicación: 110013103031-2001-00646-05 (5260)
Demandante: Alba Cecilia Rodríguez Gómez
Demandado: Herederos Indeterminados de Ana Hinestrosa Lewy
Proceso: Ordinario
Recurso: Apelación auto

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre dos mil veintiuno (2021)

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la demandante principal contra el auto de 11 de marzo de 2020, proferido por el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario de Alba Cecilia Rodríguez Gómez contra los Herederos de Ana Hinestrosa Lewy y otros.

ANTECEDENTES

1. Por medio del auto apelado, el juzgado de primer grado rechazó de plano la nulidad planteada, por considerar que *“los supuestos hechos que se discuten, se convalidaron por la misma conducta pasiva de la demandante”*, quien no formuló reparo alguno contra las decisiones tomadas en audiencia de 10 de diciembre de 2019, en la que se resolvió sobre la recusación formulada con la titular del despacho y se emitió sentencia de primera instancia.

2. Inconforme la parte demandante formuló recurso de apelación en el que alegó que, aun cuando no se hizo reparo alguno contra el auto que negó la recusación, el juzgado incumplió lo dispuesto en el inciso 3° del art. 143 del CGP, pues omitió remitir el expediente al superior para que se pronunciara sobre el *“impedimento”*, ni suspendió el proceso mientras el Tribunal se pronunciaba al respecto; *“esto es tanto*



como pretermitir la instancia respetiva en cuanto a la decisión de la recusación”, que genera nulidad insaneable.

CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con el inciso 1° del artículo 135 del CGP, la parte que solicite una nulidad *“deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta...”*, precepto que armoniza con el inciso 4°, bajo cuyo tenor el juez debe rechazar de plano aquella *“que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación”*.

2. Revisado el recurso de apelación bajo esa premisa normativa, bien pronto surge su adversidad, habida cuenta que la decisión de rechazar de plano la petición de nulidad se ajustó a derecho, en la medida en que la solicitud de la parte demandante fue presentada después de haberse superado y saneado el eventual vicio de invalidez, por cuanto la actuación del juzgado se tramitó hasta la sentencia que puso fin a la instancia, sin alegación alguna respecto del trámite surtido a la recusación propuesta ante la juez de conocimiento.

Por tanto, la eventual irregularidad debe considerarse superada, según los numerales 1° y 3° del artículo 136 del Código General del Proceso, a cuyo tenor se estima saneada *“cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla”* o *“cuando se origine en la interrupción o suspensión del proceso y no se alegue dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que haya cesado la causa”*.

No se olvide que las nulidades procesales surgen de irregularidades que afectan el debido proceso de las partes, pero deben aplicarse restrictivamente y sanearse siempre que ocurran los supuestos para ese beneficio de la actuación.



3. Justamente las perjudiciales secuelas de las nulidades, imponen que previo a decretarse o reconocerse, sean evaluadas por el juez con miras a determinar si en verdad hubo vulneración del debido proceso, teniendo en cuenta la eficacia de los procedimientos, para que sólo sea factible cuando un vicio indiscutible impida la continuación del trámite. De ahí que el artículo 136 del Código General del Proceso, contemple varias hipótesis en las que la nulidad se considera saneada, entre estas: a) si “*la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla*” (num. 1); y b) “[*c*]*uando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa*” (num. 4), regla esta que viene desde el anterior Código de Procedimiento Civil, artículo 156, que preveía: “4. *Cuando a pesar del vicio del acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa*”¹.

Con esa percepción, antes de declarar una nulidad procesal, es menester analizar en detalle la circunstancia que dio lugar al vicio y si el mismo realmente vulneró los derechos de las partes, en lugar de *anular por anular*; tanto menos si el principio de convalidación impregna todo el sistema de nulidades procesales, bajo el cual, de forma expresa o tácita, el afectado puede ratificar la actuación defectuosa, en señal de ausencia de afectación a sus intereses², ya que el postulado “*se refiere a la posibilidad de saneamiento, expreso o tácito, lo cual apareja la desaparición del error de actividad, salvo los casos donde no cabe su disponibilidad por primar el interés público, pues si el agraviado no lo alega, se entiende que acepta sus consecuencias nocivas*”³.

4. En relación con este caso concreto, no pudo pretermitirse íntegramente la respectiva instancia, como se alega por la demandante en su recurso, para tratar de encajar la nulidad como insaneable, pues la omisión en remitir el expediente al superior para resolver una recusación apenas es un trámite concreto de la actuación que no constituye pretermisión de la instancia.

¹ Se resaltó el original *del*, que cambió por *el acto...*, a partir del decreto 2282 de 1989.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC 19 de diciembre de 2011, Rad. 2008-00084-01.

³ Corte Suprema, sentencia civil de 1° de marzo de 2012, Rad. 2004-00191-01.



Porque la omisión íntegra de una instancia acontece cuando se prescinde de todos los actos procesales comprendidos en cada etapa del proceso, hasta la terminación de la instancia. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de abril de 2015, radicado SC4960-2015, sostuvo que el desconocimiento que da lugar a la nulidad por pretermitir íntegramente la respectiva instancia, que se considera insaneable, se configura “*cuando es omitida la totalidad de los actos procesales comprendidos entre los señalados hitos que marcan el inicio y la terminación de cada una de las instancias*”, y agregó:

De ese modo, no es cualquier anormalidad en la actuación la que estructura el motivo de anulación, pues el legislador estableció aquel para el evento de que se pretermitiera «íntegramente» una de las instancias del proceso, lo que excluye la omisión de términos u oportunidades, o aun la irregularidad de prescindir de una parte de la instancia, porque es de tal entidad el exabrupto que previó el ordenamiento positivo, que es necesario que la presencia de ese vicio altere en gran medida el orden del proceso fijado en la ley.

La pretermisión de una actuación específica o de varias, en tanto no correspondan a toda la instancia, no es cuestión que dé lugar a la nulidad que se comenta, sin desconocer, claro está, que tal situación constituye un defecto procesal y que, por lo mismo, es preciso evitarla, y en caso de haberse presentado, procede su corrección a través de los mecanismos procesales adecuados.

5. De acuerdo con lo anotado, como no pudo ocurrir el fenómeno de haberse pretermitido “*íntegramente la respectiva instancia*”, los hechos invocados en pos de ese motivo de nulidad semejante no tienen idoneidad alguna para fundar la causal de nulidad insaneable, por lo cual, al no haberse alegado la irregularidad tan pronto la parte tuvo conocimiento de ella, mal puede ahora tramitarse la nulidad por de una situación que se encuentra subsanada, ante la falta de alegación.



Tan cierto es lo anotado que, cual fue expuesto por la funcionaria de primera instancia, la parte demandante guardó silencio frente al auto de 10 de diciembre de 2019, dictado en audiencia, que negó la petición de recusación, inclusive, dejó de formular reparo alguno contra la sentencia que se profirió en esa misma audiencia. Aspecto que, por demás, no es motivo de controversia por el recurrente, quien se centró únicamente en argumentar que la nulidad era insaneable.

Luego, en buenas cuentas, si la eventual irregularidad quedó subsanada por falta de alegación, estuvo bien el rechazo de la nulidad planteada, en consonancia con el citado inciso 4° del artículo 135 del estatuto procesal.

6. En conclusión, la decisión recurrida debe confirmarse. Se condenará en costas al recurrente (artículo 365 del CGP.).

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, **confirma** la providencia de fecha y procedencia anotadas.

Condénase en costas a la parte recurrente, que se liquidarán conforme al art. 366 del CGP. Para su valoración el magistrado sustanciador fija la suma de \$800.000 como agencias en derecho.

Notifíquese y devuélvase.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO TRIBUNAL SUP. DE BOGOTÁ, SALA CIVIL

(Firma según arts. 11 Dec. 491/2020, 6 Ac. PCSJA20-11532 y otros)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado 110013103 011 2013 00454 01.

Proceso: Ordinario [Responsabilidad civil contractual].

Demandantes: Mónica Martínez López y Alfonso Martínez Donoso.

Demandados: Deas Ltda.

Providencia: Niega solicitud de “*aclaración*”.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en sesión de Sala de 6 de octubre de 2021, según acta No. 40]

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud de “*aclaración*” elevada por la parte demandada, frente al fallo de 30 de agosto de 2021, proferido por esta Corporación, dentro del radicado bajo epígrafe.

ANTECEDENTES

1. En Sentencia de primera instancia de 9 de marzo de 2020, el Juez *a quo*, tras observar cumplidos los presupuestos procesales y estructurada la responsabilidad civil contractual cuyo incumplimiento fue denunciado, en cabeza de la sociedad DEAS Ltda., declaró: (i) impróspera la objeción al juramento estimatorio por esta presentada; (ii) parcialmente probada su excepción denominada “*ausencia de debida prueba sobre los perjuicios causados*”; (iii) no probadas sus restantes defensivas; (iv) negó las pretensiones frente a la propiedad horizontal convocada y, (v) declaró civil y contractualmente responsable a la empresa de seguridad demandada, de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes, Finalmente, la condenó al pago de \$198'146.647 “*rubro indexado a la fecha*” y denegó la condena en daños “*morales*”.¹

¹ Cfr. Folio 621 a 622 [156 a 158 digital] Cd. 1.

2. Inconforme, Deas Ltda. apeló la decisión y, en tiempo, la parte demandante se adhirió a dicho recurso.²

3. En auto de 16 de febrero de 2021 se corrió traslado a las partes para que sustentaran sus réplicas.³

4. El 30 de agosto subsiguiente se desató la alzada y, tras modificar el numeral quinto de la determinación fustigada, este Tribunal declaró que la sociedad J. Delgado Asociados Cia. LTDA. [la demandada] es concurrentemente responsable con los demandantes, de los daños y perjuicios ocasionados por cuenta de los hechos analizados en el asunto; como consecuencia, se le condenó a pagar, a favor de los actores y por concepto de daño emergente, la suma de \$118'887.988, junto con intereses de mora, en lo demás se confirmó.⁴

5. En tiempo, DEAS Ltda. solicitó la “*aclaración*” de la decisión, por cuanto los apelantes adheridos no sustentaron en tiempo su recurso y, por lo tanto, aquellas súplicas no debieron ser atendidas y su réplica desierta.⁵

CONSIDERACIONES

1. El artículo 285 del Código General del Proceso señala que “*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.*”. [Énfasis no original]

2. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha definido que para acceder a este tipo de pedimentos, se requiere, entre otros: “*a) Que se haya pronunciado una sentencia susceptible de aclaración...b) Que el motivo de duda de conceptos o frases utilizados por el sentenciador sea verdadero y no simplemente aparente...c) Que dicho motivo de duda sea apreciado como tal por el propio fallador, no por la parte, por cuanto 'es aquel y no ésta quien debe explicar el sentido de lo expuesto por el fallo...' (G.J., XVIII, pág. 5)...d) Que la aclaración tenga incidencia decisoria evidente, pues si lo que se persigue con ella son explicaciones meramente especulativas o provocar controversias semánticas, sin ningún influjo en la decisión, la solicitud no procede*”⁶. [Énfasis propio]

² Cfr. Folios 623 a 628 [159 a 169 digital] Cd. 1. y Folios [8 a 19 digital] C1. TRIBUNAL 011-2013-00454-011.

³ Folio 21 C1. TRIBUNAL 011-2013-00454-011

⁴ Cfr. Folios 105 a 116 C1. TRIBUNAL 011-2013-00454-011.

⁵ Cfr. Folios 118 a 125 C1. TRIBUNAL 011-2013-00454-011.

⁶ Cas. Civ., auto de 25 de abril de 1990, citado en auto No. 215 de 16 de agosto de 1995, expediente No. 4355) (CSJ AC, 6 Abr. 2011, Rad. 1985-00134-01. Reiterado, entre muchos otros, en auto AC6007-2016, Radicación n° 11001-31-03-036-2006-00119-01, 9 de septiembre de 2016, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

3. Con vista en lo anterior, prontamente se concluye que no se accederá al pedimento auscultado, habida cuenta que, durante la detenida revisión de la aludida providencia no se advirtió concepto o frase alguna, que ofreciera motivo de duda y cuya aclaración fuese necesaria.

4. Y es que se advierte que la discusión de la inconforme es muy otra; gira en torno a la razón por la cuál se tuvieron en cuenta las argumentaciones esbozadas por su contraparte en el recurso adherido, a pesar de no haber cumplido con su deber de sustentarlo.

Al respecto, baste decir que conforme con los lineamientos demarcados por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las Sentencias STC5497-2021 de 18 de mayo de 2021⁷ y STC10055-2021 de 11 de agosto de la misma anualidad⁸, pese a la consecuencia que señala el vigente artículo 14 del Decreto 806 de 2020⁹, si en el expediente reposan los reparos concretos formulados por el respectivo apelante, y este incumple su carga de sustentarlos, tal omisión no constituye óbice para que, el respectivo juzgador de segunda instancia, tome en cuenta los primeros para efecto de resolver, teniendo por cumplida la carga echada de menos.

5. En otras palabras, el novedoso argumento jurisprudencial en cita permite, entonces, que, así el apelante de que se trate no cumpla con su deber de sustentar sus reparos iniciales, se tomen en cuenta estos últimos, siempre y cuando puedan percibirse por el juez en el expediente.

6. En el caso de marras, a no dudar, a folios 7 a 19 del presente encuadrado, yace el documento contentivo de las fundamentadas censuras realizadas por los demandantes frente a la sentencia de primera instancia, motivo por el cual, a la luz de lo dispuesto por la Colegiatura en cita, los mismos fueron tomados en cuenta para decidir, pues, en estos casos, la opción de declarar desierto el recurso aparece como última posibilidad, sólo si no es viable verificar la referida información en el paginario, entre otros, para evitar excesos rituales manifiestos y dar alcance al derecho sustancial sobre las formas.

7. Corolario de lo que ha sido expuesto es que se denegará lo solicitado.

⁷ M.P. Álvaro Fernando García Restrepo Exp. 11001020300020210113200.

⁸ M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo Exp. 11001020300020210222400.

⁹ 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 justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Segunda Civil de Decisión,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la solicitud de “aclaración” elevada por la sociedad demandada, frente al fallo de 30 de agosto de 2021.

SEGUNDO: En firme esta providencia, por secretaría devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Adriana Ayala Pulgarin
ADRIANA AYALA PULGARIN

Magistrada

Maria Patricia Cruz Miranda
MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

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

Bogotá, D.C., seis de octubre de dos mil veintiuno.

Radicado: 11001 31 03 034 2001 00171 05 - Procedencia: Juzgado 1° Civil Circuito Ejecución.
Proceso: Ejecutivo hipotecario. Armando Ujueta Popayán vs. Leonel Orlando Álvarez Torres.
Asunto: **Apelación de auto que niega una medida cautelar.**

Se resuelve la apelación subsidiaria interpuesta por la parte actora en relación con la ejecución por costas judiciales, contra el auto 17 de junio de 2021, proveído mediante el cual el a-quo revocó el auto de 13 de mayo de 2021 en el que había ordenado el embargo de los inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias Nos. 50N-20173002 y 50N-2017300.

De una revisión de lo actuado se observa que la ejecución con la cual se dio inicio al proceso corresponde a un proceso en el que el pago de la obligación se garantizó mediante la constitución de una garantía hipotecaria respecto del predio con la matrícula No. 50N-20173044, por ende, en el estado en que se encuentra la ejecución no es posible estudiar, ni disponer sobre la procedencia del embargo de otros bienes, puesto que las normas especiales para la efectividad de la garantía real, y en determinadas circunstancias, sólo prevén esa oportunidad cuando con el remate o la adjudicación del bien no se extingue la obligación del deudor.

Viene al caso recordar que con el producto de dicha subasta pública también se cancela al acreedor el importe de las costas judiciales del proceso¹ —al margen de que acá esas costas causadas en aquel proceso

¹Al tiempo de dictarse el mandamiento de pago (26 de marzo de 2001), estaba vigente la versión de C. de P.C. según la modificación introducida por el Decreto 2282 de 1989, en cuyos numerales 6 y 7 del art. 555 se preveía que una sentencia sin oposición o donde las excepciones no prosperaran, conllevaba la orden de avalúo y subasta, “para que con el producto de ella se pague al demandante el

hipotecario se hayan tomado como rubro separado para fundamentar la demanda acumulada, aspecto que no es objeto del presente recurso-, finalidad que se advierte de la redacción del artículo 468-5 del Cgp, puesto que “[s]i el precio del bien fuere inferior al valor del crédito y las costas, se adjudicará el bien por dicha suma; si fuere superior, el juez dispondrá que el acreedor consigne a orden del juzgado la diferencia con la última liquidación aprobada (...)” .

Así, entonces, con independencia del camino superfluo por el cual optaron el ejecutante y el a-quo que dio pábulo a una ejecución adicional de las costas del proceso hipotecario, que en principio y fuera de contexto podría justificar medidas cautelares para esa particular ejecución, lo cierto es que no se puede desconocer que el objetivo de cobro confluye en un solo proceso que parte de la ejecución de una garantía hipotecaria², y menos soslayar las normas especiales que regulan el otrora denominado proceso hipotecario, hoy ejecución para hacer efectiva la garantía real, en el que tales costas del proceso que debió promover la parte actora para obtener el recaudo de su acreencia se satisfacen con el producto del remate del bien garante de la obligación principal, y eventualmente sólo sería viable disponer de nuevos embargos respecto del deudor una vez se verifique que el remate no cubre tales acreencias.

Y de todos modos, existe otro aspecto –traído a colación precisamente por el apelante-, que en principio indicaría la improcedencia de ordenar el embargo de bien distinto al que fue objeto de hipoteca, que consiste en que el derecho de persecución propio de la garantía real se consume con el remate del predio frente al propietario que no fue el obligado personal

crédito y las costas”. La modificación efectuada por la Ley 1395/2010 no varió tal cobertura, que también mantuvo el C. G del P. (art. 468-3).

² En la hipoteca se convino que “garantizará también (...) los costos judiciales” (cláusula tercera, Escritura hipotecaria N° 264, de 9 de febrero de 1996, de Notaría 39 de Bogotá). Páginas 15 y 16 archivo01CuadernoDigitalizado.

en la obligación respaldada –situación que acontece en el *sub judice*-, comoquiera que en tal medida sería impertinente disponer de cautelas adicionales, limitación que podría abarcar inclusive lo inherente al pago de la parte de la obligación que no se extinga, conforme lo prevé el último inciso del numeral 5 del art. 468 del Código General del Proceso, concordante con el art. 2439 del CC.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, **CONFIRMA** el auto proferido el 17 de junio de 2021 por el Juzgado 1° Civil Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 3103 034 2001 00171 05

Firmado Por:

*German Valenzuela Valbuena
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 019 Civil Familia
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,*

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

*Código de verificación: 167bc5aef164f03ed1c1ec4d8c89318f2df85db69ec098faf6a72900ddc1078d
Documento generado en 06/10/2021 05:04:10 p. m.*

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

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



SALA CIVIL

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada Ponente

Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO LIQUIDACIÓN JUDICIAL
RAD. N°: 110013103041202000354 01
DEMANDANTE: ALEJANDRO CARLOS CHATAIN YUSTI

Atendiendo el escrito presentado por el apoderado judicial del demandante, vía correo electrónico del 4 de octubre del año en curso, y con fundamento en lo previsto en el artículo 316 del Código General del Proceso, se dispone:

PRIMERO: ACEPTAR el desistimiento del recurso de apelación formulado por la parte actora contra el auto calendaro 3 de diciembre de 2020, proferido por el Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá¹.

SEGUNDO: DEVUÉLVANSE las diligencias a la oficina de origen, una vez en firme esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada,

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Firmado Por:

Martha Isabel Garcia Serrano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

¹ Proceso asignado por reparto a este despacho el 17 de septiembre de 2021.

Sala 009 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:
e2cf883128f9a02f669dbc941aa01a50a4de1518060f35c09ae5d4b9bef1
bbd5

Documento generado en 06/10/2021 04:44:32 PM

Valide este 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

Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado 11001 3103 005 2015 00798 05.
Proceso: Verbal.
Demandante: Transatlantic International Traders Inc.
Demandada: Liberty Seguros S.A.
Providencia: Aclara Sentencia.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en sesión de Sala de 6 de octubre de 2021, según acta No. 40]

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud de “*aclaración*” elevada por la parte demandada, frente al numeral “*segundo*” del fallo de 21 de septiembre de 2021, proferido por esta Corporación, por cuanto allí se condenó a un extremo procesal distinto al que fue vencido en juicio.¹

CONSIDERACIONES

1. El artículo 285 del Código General del Proceso señala, que “*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.*” [Énfasis no original]

2. De inmediato se advierte la necesidad de aclarar el numeral “*segundo*” de la sentencia en comento, toda vez que, en efecto, la parte que resultó condenada en costas en la presente instancia fue la demandante, y no su contraria.

¹ Cfr, folios 229 a 232 Cd. “C1 TRIBUNAL 005-2015-00798-05”.

3. Corolario de lo brevemente expuesto, se accederá al pedimento.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Segunda Civil de Decisión,

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR el numeral “segundo” de la sentencia de 21 de septiembre de 2021, el cual quedará del siguiente tenor literal:

“**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte **demandante**. Por concepto de agencias en derecho de esta instancia la Magistrada Sustanciadora las fija en la suma de \$4'000.000,00.”

Secretaría obre de conformidad.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Adriana Ayala Pulgarin.
ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada

Maria Patricia Cruz Miranda
MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D. C., seis (6) de octubre de dos mil
veintiuno (2021).*

*REF: ordinario REIVINDICATORIO iniciado por
FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A. contra HÉCTOR HERNÁN SUÁREZ
CASTAÑO. Exp. 2011-00708-01.*

*Discutido y Aprobado en Sala de Decisión del 6 de
octubre de 2021.*

*Procede la Sala de Decisión conforme lo prevé el
inciso 1° del artículo 35 del Código General del Proceso, a resolver el
recurso de apelación interpuesto por la Reencauchadora Alcosto EU en
contra del proveído adiado 15 de febrero de 2021, mediante el cual, el
Juzgado Veintiocho Civil Municipal de Bogotá rechazó la oposición a la
diligencia de entrega formulada.*

I. ANTECEDENTES

*1.1.- El Juzgado Cuarenta y Seis Civil del Circuito
de la ciudad mediante sentencia de 9 de marzo de 2018 ordenó la entrega
real y material por parte del demandado Héctor Hernán Suárez Castaño a
la sociedad actora, del inmueble ubicado en la calle 12 bis N° 71G-09 de
Bogotá identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-398470.*

*1.2.- Como consecuencia de lo anterior, se libró el
Despacho Comisorio No. 377, cuyo reparto correspondió al Juzgado 28 Civil
Municipal de Bogotá, quien programó, para el día 22 de enero de 2021 la
diligencia en cuestión, data para la cual se reconoció el inmueble y se
identificó el sector, sin que hubiese oposición alguna por parte de la
Reencauchadora Alcosto EU, ni por un tercero que ostentara la calidad de
tenedor que derivara sus derechos de aquella.*

1.3.- Posteriormente, mediante apoderado judicial, la Reencauchadora Alcosto EU remitió misiva al comisionado rotulando su escrito bajo la denominación de “incidente”, fundando su actuar en lo consagrado en el canon 309 del Código General del Proceso; así mismo, señaló que proponía “oposición a la entrega”.

2.- Frente a ese escrito, el Juzgado 28 Civil Municipal de Bogotá resolvió su rechazo, por considerar satisfechas las exigencias que para ese fin consagra el numeral 1° del canon 309 íbidem; así mismo que no podía escindirse, para el caso en particular, la calidad del demandado y la empresa unipersonal.

2.1.- Contra dicha decisión el apoderado de la Reencauchadora Alcosto EU interpuso sendos recursos de reposición y apelación, arguyendo el error del sentenciador en confundir los conceptos de persona jurídica y persona natural. El Juzgador al resolver la herramienta horizontal adujo que no puede desconocerse la inexistencia de vinculación del ente mercantil al proceso reivindicatorio, razón por la que confirmó su resolutive.

3.- Finalmente el Juez comisionado concedió la alzada que ahora se revisa, pero solamente hasta el 21 de abril de 2021 el comitente precisó el efecto en que debía tramitarse la opugnación.

II. CONSIDERACIONES

1.- De cara a los escritos presentados por la empresa unipersonal, representada por el demandado dentro del proceso reivindicatorio, debe hacerse una precisión antes de adentrarse en el tema de fondo que aquí nos concita.

De conformidad con el numeral 2° del artículo 309 del Código General del Proceso a la entrega “podrá oponerse la persona en cuyo poder se encuentra el bien y contra quien la sentencia no produzca efectos, si en cualquier forma alega hechos constitutivos de posesión y presenta prueba siquiera sumaria que los demuestre”.

2.-En este contexto, la prosperidad de la oposición se encuentra circunscrita a que quien la alegue sea un tercero de buena fe y que demuestre verdaderos actos de señor y dueño, de ahí que resulte indispensable que se aporten suficientes elementos de convicción que le permitan llevar al pleno convencimiento del juzgador que en verdad aquel detenta el señorío sobre el predio en disputa; es decir, la prosperidad del

trámite incidental queda circunscrita a que quien la formule concrete la conjunción de los elementos a que alude el artículo 762 del Código Civil, es decir, el animus que significa la voluntad y el deseo de comportarse como dueño sin reconocer dominio ajeno, y el corpus entendido como la aprehensión material de la cosa.

El primero de los elementos antes enunciados se materializa a través de actos que solo estaría en capacidad de realizar el propietario y que deben ser de público conocimiento y sin el consentimiento de nadie, como, por ejemplo, “la construcción de edificios, corte de maderas, plantaciones o cementeras, cerramientos y otros de igual significación ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión, etc.”¹, lo que supone vocación de apropiación sin reconocimiento de dominio ajeno; en tanto que el segundo (corpus) hace referencia a “la aprehensión física o material de la cosa”² o al “poder de hecho o apoderamiento material.”³

3.- En el caso objeto de estudio, además de los aspectos sustanciales que deben servir de sustento a la pretensión de la oposición, es necesario satisfacer exigencias formales que den cuenta de esa institución jurídica. Conforme a ello, la legislación colombiana ha establecido que solamente se tendrán en cuenta aquellas manifestaciones que se realicen al momento de materializar la entrega, pues es en ese escenario en el cual se validará lo pregonado.

Al respecto, establece el precepto 309 del CGP que “El opositor y el interesado en la entrega podrán solicitar testimonios de personas que concurren a la diligencia, relacionados con la posesión. El juez agregará al expediente los documentos que se aduzcan, siempre que se relacionen con la posesión, y practicará el interrogatorio del opositor, si estuviere presente, y las demás pruebas que estime necesarias.

(...) 3. Lo dispuesto en el numeral anterior se aplicará cuando la oposición se formule por tenedor que derive sus derechos de un tercero que se encuentre en las circunstancias allí previstas, quien deberá aducir prueba siquiera sumaria de su tenencia y de la posesión del tercero. En este caso, el tenedor será interrogado bajo juramento sobre los hechos constitutivos de su tenencia, de la posesión alegada y los lugares de habitación y de trabajo del supuesto poseedor”, normatividad de la que se concluye que solamente podrá hacerse uso de esa figura al momento en que el Juez asista al predio a formalizar la entrega del bien.

¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sentencia de 27 de abril de 2012, dentro del proceso ordinario promovido por Pedro Vicente Porras Caro contra Andrea Gil de Porras y Personas Indeterminadas.

² Cas. Civil. 2 de abril de 1994. G.J. No. 2006, pág. 155

³ Cas. Civil. G.J. CCXLVT No. 2485.

Ese postulado se consolidó con lo enarbolado en el ordinal siguiente de la normatividad al precisar que “Cuando la diligencia se efectúe en varios días, solo se atenderán las oposiciones que se formulen el día en que el juez identifique el sector del inmueble o los bienes muebles a que se refieran las oposiciones”, situación aplicable al caso en razón a que para el día 22 de enero de 2021, ninguna persona se acercó a controvertir la diligencia, a pesar de la insistencia que en su momento el Juez hizo al residente que se encontraba allí⁴.

En el caso sub judice, para el día de la diligencia, 22 de enero de 2021, se precisó que ante la inexistencia de oposición, se procedería a la entrega, fijando una nueva fecha para su materialización, no obstante, ya se había identificado el bien y el sector al cual pertenecía, razón por lo que resultaba desacertado aceptar o dar trámite a una oposición posterior a esa data, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del canon 309 del Código General del Proceso.

4.- Ahora, si bien le asiste razón al apelante en lo que respecta a la individualización de las responsabilidades y derechos que confiere la creación de una persona jurídica versus la persona natural, nótese que no resultan irracionales las aseveraciones del Juzgador en torno a las conductas desplegadas por el señor Héctor Hernán Suárez, pues además de obrar en nombre propio, representa a la Empresa Unipersonal que se autoproclama poseedora del predio, situación que en un escenario procesal distinto, deberá ser analizado para verificar la verdadera calidad que se pregona.

En ese sentido, si bien no resulta del todo acertada la decisión del Juzgado 28 Civil Municipal de Bogotá al rechazar de plano la oposición, lo cierto es que la favorabilidad de la solicitud no puede salir adelante, debido a la extemporaneidad de la oposición ya reseñada.

5.- De otro lado, no debe perderse de vista que la reglamentación actual no concibe la posibilidad de iniciar un trámite incidental para oponerse a la diligencia de entrega luego de haberse realizado la identificación del predio. Por el contrario, si fenece la oportunidad que consagran los ordinales 2, 3 y 4 del artículo ya referido, existe la posibilidad que el tercero poseedor, a quien se le ha despojado del bien con la entrega, dentro de los 20 días siguientes a la diligencia formule una petición ante el juez de conocimiento para que se le restituya el predio, trámite independiente y autónomo de la oposición a la entrega que debió realizar en su momento.

⁴ Archivo 07.AUDIENCIA VIRTUAL.- ENTREGA-0...0 .0 11001400302820200037200.mp4 record 00:38:00.

Nótese que si bien la reglamentación del derogado Código de Procedimiento Civil traía consigo la posibilidad de iniciar un incidente para (i) proponer la oposición⁵, (ii) o deprecar la restitución al tercero poseedor⁶, lo cierto es que no existe esa parametrización en la actual normatividad, por lo que de una u otra forma, la misiva en los términos deprecados, además de resultar extemporánea, resultaba improcedente y por tanto debía de rechazarse, según lo dispone el precepto 130 de la Ley 1564 de 2012 en concordancia con lo consagrado en el artículo 127 ibídem.

6.- Teniendo las cosas el cariz descrito, habrá de confirmarse el proveído censurado, por las razones que aquí se exponen, con la respectiva condena en costas, pero sin los perjuicios que describe el numeral 9° del artículo 309 del Código General del Proceso, toda vez que aquí no existió oposición en tiempo que debiera ser objeto de análisis.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR el proveído de fecha 15 de febrero de 2021 proferido en el Juzgado Veintiocho Civil Municipal de Bogotá, por las razones aquí esbozadas.

2.- CONDENAR en costas al ente mercantil Reencauchadora Alcosto EU.

2.1.- En la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho la suma de \$800.000.00. Practíquese su liquidación por el juez de conocimiento conforme lo normado en el artículo 366 del C. G. del P.

⁵ Artículo 338 del Decreto 1400 de 1970.

⁶ Artículo 1, numeral 160 del Decreto 2282 de 1989

3.- En firme esta decisión, regrese el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO



ADRIANA AYALA PULGARÍN
MAGISTRADA



MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN CIVIL

Magistrado Ponente

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Bogotá, D.C., seis de octubre de dos mil veintiuno

(aprobado en Sala virtual ordinaria de 15 de septiembre del año que avanza)

11001 3199 001 2018 74415 01

Se decide el recurso de apelación que formuló la parte demandante contra la sentencia que el 18 de octubre de 2019 profirió la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el proceso verbal seguido por Carlos Federico Ruiz, Panamericana Papelería y Librería S.A., Panamericana Outsourcing S.A., Panamericana Formas e Impresos S.A., Panamericana Editorial LTDA contra Actualidad Panamericana S.A.S.

ANTECEDENTES

1. El señor Carlos Federico Ruiz en su condición de titular de 38 marcas que contienen la expresión “Panamericana” y las sociedades mercantiles demandantes, en calidad de autorizadas o licenciatarias (para la utilización de algunas de ellas), pidieron que se declare que el “uso” de la “expresión panamericana para distinguir servicios de la clase 35, 38 y 41” del Arreglo Internacional de Niza, por parte de la Actualidad Panamericana S.A.S., es un “acto de infracción de los derechos de propiedad industrial” de los libelistas.

En consecuencia, se hicieron las siguientes reclamaciones: que, **i)** se prohíba a la demandada la utilización como marca, de la expresión Panamericana o “cualquier otra igual confundible o semejante, sola o acompañada de otra u otras expresiones verbales o figurativas” para distinguir servicios en las clases 35, 38 y 41; **ii)** se le prohíba también, la utilización de “etiquetas, material impreso o de publicidad que contengan el signo Panamericana o cualquier otro igual (...)” para la distinción de servicios en las clases ya mencionadas y que, **iii)** se le ordene a la sociedad demandada, la suspensión de toda propaganda emitida por cualquier medio de comunicación, inclusive internet, para

“promocionar, publicitar o anunciar los servicios distinguidos con el signo Panamericana (...) esto incluye el uso del nombre de dominio info@actualidadpanamericana.com”.

En síntesis, en la demanda se relató que las sociedades mercantiles que funcionan como demandantes usan marcas con la expresión panamericana, de titularidad del señor Carlos Federico Ruíz; que la marca Panamericana ha sido declarada notoriamente conocida por la Superintendencia de Industria y Comercio en múltiples resoluciones de años 2006, 2012, 2014 y 2017; que el certificado de existencia y representación de la demandada refleja que esta se dedica a “actividades relacionadas con el desarrollo de comercio a través de medios impresos, plataformas digitales y redes sociales (...)” entre otras; que “los servicios” que presta la demandada en ejecución de su objeto social, están siendo identificados con el “signo Panamericana” lo cual se evidencia con su certificado de existencia y “la Declaración Notarial” No. 152017 anexa a la demanda.

Añadieron que, la demandada presentó una solicitud de registro marcario (Exp. SD2016/0009931) para el signo Actualidad Panamericana ante la SIC; que por Resolución 32360 de 10 de mayo de 2018 le fue concedida para los servicios de la clase No 41, declarando infundada la oposición del señor Ruíz; que contra dicho acto administrativo se presentó recurso de apelación; que tanto el titular inscrito como los licenciarios y tercero autorizados tienen derecho al uso exclusivo de estas marcas (art. 154 D. 486 del 2000) y que, de conformidad con los literales a), c) y d) del artículo 155¹ de la Decisión 486 de la Comunidad Andina y el artículo 156² literales a) b) y c) se están vulnerando los derechos marcarios del demandante Carlos Federico Ruiz.

2. La sociedad demandada guardó silencio durante el término de traslado.

3. EL FALLO APELADO. El juzgador *a quo* denegó todas las pretensiones que incoara la parte actora.

¹ **Artículo 155.** El registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento, los siguientes actos:

a) aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre productos vinculados a los servicios para los cuales ésta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos.

c) fabricar etiquetas, envases, envolturas, embalajes u otros materiales que reproduzcan o contengan la marca, así como comercializar o detentar tales materiales.

d) usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presumirá que existe riesgo de confusión.

² **Artículo 156.** A efectos de lo previsto en los literales e) y f) del artículo anterior, constituirán uso de un signo en el comercio por parte de un tercero, entre otros, los siguientes actos:

introducir en el comercio, vender, ofrecer en venta o distribuir productos o servicios con ese signo;

importar, exportar, almacenar o transportar productos con ese signo; o,

emplear el signo en publicidad, publicaciones, documentos comerciales o comunicaciones escritas u orales, independientemente del medio de comunicación empleado y sin perjuicio de las normas sobre publicidad que fuesen aplicables.

Sostuvo el fallador que la acción de infracción marcaría (arts. 155 y 238 D. 486 de 2020) corresponde a una prerrogativa exclusiva del titular del derecho de propiedad industrial registrado, es decir, del señor Carlos Federico Ruíz, quien acreditó ser titular de 4 marcas³ en las clases No. 35, 38 y 41; que tres de las cuatro sociedades mercantiles demandantes⁴, al tener la calidad de simples licenciatarios o terceros autorizados para el uso de estos derechos, carecen de legitimación en la causa por activa; que Panamericana Papelería y Librería S.A., sí es titular registrada, pero su marca distintiva está en la clase No. 20 de la Clasificación de Niza de 1957 y la acción se impetró para la protección de derechos registrados en las clases No 35, 38 y 41, por lo que tampoco tendría de legitimación por activa.

Tras destacar que los demandantes invocaron el artículo 155 literales a), c) y d), agregó el mismo sentenciador que no se avizora la realización de las actuaciones relacionadas en los literales a) y c) en mención; que el artículo 156 lit. a) b) y c) invocados en los fundamentos de derecho, no serán objeto de estudio por cuanto estas disposiciones sólo son aplicables cuando se invocan los literales e) y f) del artículo 155 ib, situación que no acaeció; que frente a la infracción reseñada en el literal **d)** del artículo 155 se requiere demostrar, previamente, **i)** el uso en el comercio del demandado del signo presuntamente infractor y que las pruebas allegadas (certificado de existencia y representación de la sociedad demandada; “inspección de contenido de enlaces electrónicos”⁵ y los “pantallazos” anexos a fl. 35 a 39, fl. 40 a 46, fl. 47 a 57, fl. 58 a 62; fl. 64 a 99 de Cuaderno 1; Constancia de Imposibilidad de Acuerdo conciliatorio y la Res. 32360 de 10 de mayo de 2018), no muestran que la demandada utilice en el comercio el signo “Actualidad Panamericana”.

En virtud de lo anterior, sostuvo el juez accidental que, el certificado de existencia y representación sólo da cuenta de la existencia de Actualidad Panamericana S.A.S y de aspectos que en nada se relacionan con el uso de las marcas; que no se logró establecer que la URL´s⁶ (y las publicaciones allí contenidas), sean de titularidad o administrados por la demandada; que la simple utilización de “la expresión actualidad panamericana” en las páginas web, no vincula a la Actualidad Panamericana S.A.S., ni la hace autora de las mismas; que deben aparecer “datos” como el nombre de representantes legales, correos electrónicos o el NIT, que puedan efectivamente relacionar a esa sociedad mercantil; que la expedición de la Resolución 32360 (fl. 234 Cuaderno 1) no es *per se*, prueba del uso comercial de los presuntos signos infractores y además, en ella se

³ con certificado No. 564526 (Panamericana [mixta] clase 41), No. 526096 (Panamericana [mixta] clase 38), No. 398554 (Panamericana Express [mixta] clase 35), No. 257629 (Panamericana [mixta] clase 35) Fl. 63 a 66 del Cuaderno 3.

⁴ Panamericana Outsourcing S.A., Panamericana Formas e Impresos S.A. y Panamericana Editorial LTDA.

⁵ Las URL´s <https://actualidadpanamericana.com/>, <https://www.facebook.com/ActualidadPanamericana/>, <http://twitter.com/actualidadpanam?lang=es>, <http://www.youtube.com/channel/UCH-jAKks0ROMUUVeP6YZVIA>.

⁶“URL significa Uniform Resource Locator y es la dirección única y específica que se asigna a cada uno de los recursos disponibles de la World Wide Web para que puedan ser localizados por el navegador y visitados por los usuarios” (Edix, Digital Workers, URL, 2 de diciembre de 2020 [en línea] <https://www.edix.com/es/instituto/que-es-url/>)

autoriza válidamente su utilización y que, del contenido de la certificación de no conciliación, tampoco puede concluirse ese primer presupuesto.

Que frente a los hechos 2.3, 2.4 y 6 de la demanda, a pesar de ser -en principio- susceptibles de confesión por la inexistencia de contestación a la demanda (C.G. del P. art. 97), obran en el expediente documentos que fueron aportados por los libelistas, que contrarían los fundamentos fácticos de su escrito de demanda y que, como no se demostró el presupuesto No 1 del literal d), no es del caso entrar a estudiar los dos requisitos siguientes **ii**. La similitud o identidad de dichos signos con aquel que se encuentra registrado y **iii**. El riesgo de confusión o de asociación entre el signo eventualmente infractor y aquel que se encuentra registrado) de ese literal, perteneciente al artículo 155 de la Decisión 486 del 2000.

4. LA APELACIÓN. Los demandantes esgrimieron los reparos que se agrupan a continuación:

4.1 Adujeron que, en virtud de la remisión analógica del artículo 597 del estatuto mercantil, las disposiciones sobre patentes son aplicables a los asuntos marcarios; que el artículo 564, *ibidem*, dispone que los “beneficiarios de una licencia” de patente pueden ejercer conjunta o separadamente las acciones para defensa de sus derechos; que por lo anterior, esta facultad también sería predicable de los licenciarios de las marcas, generando que en el caso de marras las sociedades mercantiles demandantes estuviesen habilitadas para promover el proceso en estudio

4.2. Afirmaron que, fueron indebidamente valoradas las pruebas aportadas y de las cuales se verifica el uso en el comercio de la marca por parte de la demandada; que la solicitud de audiencia de conciliación se hace expresa referencia al expediente administrativo de solicitud del registro marcario; que en la Resolución 23360 de 2018 se evidencia cuál es el signo objeto de registro y que fuere “idéntico” al utilizado en las páginas web sobre las cuales recayó el Acta de Testimonio Especial de la Notaría Novena de Bogotá; que todas las URL’s son de propiedad del demandante Carlos Federico Ruiz, por cuanto se usan en cada una, elementos gráficos que corresponden al signo Actualidad Panamericana y que, esos medios de pruebas debieron analizarse conforme a las reglas de la sana crítica.

4.3. Alegaron que, a pesar de que la Resolución 32360 de 10 de mayo de 2018 aún no está en firme, la juzgadora *a quo* determinó que tal decisión administrativa legítima en el uso de la marca a la demandada y diluye la confusión que se planteó con la libelo introductorio; que esa Resolución 32360 “no es un justo título de propiedad sobre una marca comercial”; que del artículo 154 de la Decisión 486 de 2020 deriva

que solamente se está ante un “derecho exclusivo sobre una marca” a partir del registro efectivo en la Oficina Nacional Competente, es decir la Superintendencia de Industria y Comercio y que, en el expediente no se avizora un acto administrativo ejecutoriado con su correspondiente número de registro.

4.4. Por último, añadieron que, los derechos marcarios de los demandantes se encuentran no solamente en la clase 41, y que en el fallo apelado no hubo pronunciamiento sobre las otras clases (35 y 38) con lo que se legitimó su “uso en categorías donde sus expectativas de derecho o derechos” son inexistentes.

Con la sustentación se incluyeron de manera adicional, los siguientes argumentos⁷, los cuales son ajenos a los reparos que, en su momento se expresaron frente al fallo impugnado.

5. LA RÉPLICA. La opositora guardó silencio durante el término de traslado de la alzada que su contraparte impetró.

6. LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emitió el respectivo concepto, el cual versó sobre los artículos 155, 162, 163, 238 y 244 de la Decisión 486 de 2000.

CONSIDERACIONES

1. Verificada la ausencia de irregularidades que impidan proferir decisión de fondo, anuncia la Sala que confirmará el fallo apelado, por no encontrar de recibo ninguno de los reparos que en su oportunidad **sustentaron** los hoy apelantes.

La Sala observa que, en lo medular, los apelantes insisten en que la demandada está haciendo “uso” en el comercio de los diferentes “elementos gráficos” que componen el signo “Actualidad Panamericana” y del signo mismo, con lo cual afectaría los derechos de propiedad industrial de los que es titular el señor Carlos Federico Ruíz al generar

⁷1. Que dentro del trámite de primera instancia quedó debidamente probado que, el señor Carlos Federico Ruíz es titular de 38 marcas que contienen la expresión “panamericana”.

2. Que las actividades desarrolladas por la demandante y la demandada tienen plena coincidencia en especial en lo relacionado con las comprendidas en la clase 41 del Arreglo Internacional de Niza de 1957.

3. Que el objeto social que desarrolla la demandada (especificado en el certificado de existencia y representación) tiene que ver con la clase 35 y no con la clase 41 del Arreglo de Niza, empero, se le concedió en la clase No. 41 decisión favorable para el registro de su marca.

4. Que las marcas de su poderdante están en uso y la SIC ha declarado su notoriedad.

5. Que entre la marca Panamericana y Actualidad Panamericana se configura una violación al art. 156 lit. a) b) y c)

6. Y que, de acuerdo con la interpretación prejudicial del Tribunal de la Comunidad Andina, la acción por infracción a los derechos de propiedad industrial aún no ha prescrito, porque Actualidad Panamericana S.A.S., ha realizado un uso continuado del signo infractor y para servicios idénticos a los de las marcas registradas.

“confundibilidad” o confusión (art. 155 lit. **d**) Decisión 486 del 2000) con las marcas que han sido registradas a nombre del mencionado apelante con la expresión “Panamericana”.

Resulta indispensable precisar desde ahora, que algunos de los argumentos que fueron esbozados por los apelantes, con ocasión del trámite de alzada, no se sustentaron en la oportunidad prevista en el artículo 14 del D. L. 806 del 2020. Por ello, el Tribunal no se pronunciará sobre: **a)** la defensa de la legitimación por activa de las sociedades mercantiles demandantes⁸; **b)** el alcance de la Resolución 32360 de 10 de mayo de 2018 y **c)** la censura a la valoración de las pruebas documentales y la falta de aplicación de las reglas de la sana crítica.

Tampoco el Tribunal podrá emitir pronunciamiento en torno a argumentos adicionados en la fase de sustentación, sobre los que previamente no había recaído reparo alguno, esto es, 1) la alusión a la notoriedad de la marca Panamericana y la violación del artículo 156 lit. a) b) y c) y los literales a) y c) del art. 155; 2) los indicios resaltados, frente al objeto social de la sociedad demandada y la concesión de la marca en la clase No 41, y 3) los argumentos relacionados con la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la CAN.

Recuérdese que “el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión” (C.G.P., art. 320) y que “el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante” (ibidem, art. 328).

En reciente oportunidad la Sala de Casación Civil⁹ sostuvo que “cuando la apelación la introdujo una sola de las partes, o cuando a pesar de provenir de ambas, los recursos no abarcan la totalidad del fallo cuestionado, las facultades decisorias del superior quedan restringidas a los “argumentos expuestos” por el o los impugnantes, los cuales pueden **y deben exponerse al momento de la interposición de la alzada y en la sustentación de la misma**”; que “las facultades que tiene el superior, en tratándose de la apelación de sentencias, únicamente se extiende al contenido de los reparos concretos señalados en la fase de interposición de la alzada, oralmente en la respectiva audiencia o por escrito en la oportunidad fijada en el inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del Código General del Proceso, **siempre y cuando que, además, ello es toral, hubiesen sido sustentados** en la audiencia que, con ese fin y el de practicar las pruebas decretadas de oficio, si fuere el caso, así como de proferir la sentencia de segunda

⁸ Panamericana Outsourcing S.A., Panamericana Formas e Impresos S.A. y Panamericana Editorial LTDA. y Panamericana Papelería y Librería S.A.

⁹ SC3148-2021 de 28 de julio de 2021, M.P., Álvaro Fernando García Restrepo, R.002-2014-00403-02.

instancia, practique el *ad quem*” y que “**está vedado al *ad quem* pronunciarse sobre cuestiones no comprendidas en los reparos concretos expresados por el censor contra la sentencia de primera instancia, como sobre aquellos reproches que, pese a haber sido indicados en esa primera etapa del recurso, no fueron sustentados posteriormente** en la audiencia del artículo 327 del Código General de Proceso”.

Con la demanda se invocaron literales diferentes del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, pero que refieren a situaciones que aquí no se presentan, por cuanto, el signo utilizado por la Actualidad Panamericana S.A.S se autorizó para distinguir servicios, más no productos (que es a lo que se refieren los literales **a**, y **c**, del art. 155) y además el artículo 156 hace remisión a otros numerales del artículo 155, *ibidem*, relacionados con las marcas notorias y en los que se debe demostrar la “dilución de la fuerza distintiva o el valor comercial” de la marca por su aprovechamiento injusto. Tales aspectos desbordan la *causa petendi* que invocó la parte actora, en su demanda.

2. En el criterio del Tribunal la improsperidad de los recurso verticales que hoy se desatan deviene principalmente del hecho de que “las marcas comerciales” (*i*) con certificado No. 564526 “Panamericana” clase 41; *ii*) No. 526096 “Panamericana” clase 38; *iii*) No. 398554 “Panamericana Express” clase 35 y *iv*) No. 257629 “Panamericana” clase 35¹⁰), en cuya protección insisten los apelantes y que estaría dada por el uso que la parte opositora hace del signo “Actualidad Panamericana”¹¹, no generan el riesgo de confusión que prevé el literal d) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000.

Ahora, con independencia de que se cuestione que la juzgadora *a quo* en su sentencia no haya tenido por probado que la sociedad demandada sí uso el signo que se encuentra a pie de página No. 11, cualquier utilización que se haya hecho, sea por la demandada o por terceros, no atenta contra los registros marcarios de los que es titular la persona natural que actúa como demandante, por cuanto, actualmente el signo distintivo en mención tiene un registro marcario vigente.

En efecto, ha de resaltarse que, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene a disposición del público en general y en su sede electrónica (art. 60, L. 1437 de 2011), una base de datos¹² sobre los diferentes Registros de Propiedad Industrial, entre ellos, la de los signos distintivos o marcas, en donde reposa constancia virtual y permanente de todas las solicitudes marcarias, oposiciones, resoluciones de concesión

¹⁰ *i*)  , *ii*)  , *iii*)  , *iv*)  . Imágenes tomadas de los registros en mención y que igualmente aparecen en la base de datos pública de los registros de propiedad industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio. [<https://sipi.sic.gov.co/sipi/Extra/IP/TM/Qbe.aspx?sid=637673912977938120>]

¹¹ 

¹² <https://sipi.sic.gov.co/sipi/Extra/IP/TM/Qbe.aspx?sid=637673912977938120>

marcaria, las resoluciones que resuelven las oposiciones y apelaciones presentadas, al igual que las certificaciones de los registros de estos signos distintivos. También allí se reporta sobre la vigencia y titularidad de cada una de las marcas registradas en Colombia; a todo ello se puede acceder con la simple señalización del nombre de la marca, el expediente de la solicitud, etc.

En virtud de lo anterior, ha de agregarse que, por Resolución No. 34355 de 1 de julio de 2020, se resolvió el recurso de apelación presentado contra la Resolución 23360 de 10 de mayo de 2018 (esta última anexada por los apelantes y traída a cuento con los hechos de la demanda) que confirmó en su integridad lo allí dispuesto, es decir, **“ARTÍCULO TERCERO: Conceder el registro de la Marca ACTUALIDAD PANAMERICANA (mixta)” respecto del signo a pie de página No. 11, “para distinguir servicios comprendidos en la clase: 41: Servicios de entretenimiento, a saber, servicios de contenido creativo y humorístico. Servicios de entretenimiento prestados a través de medios de comunicación. Organización y dirección de conferencias”** (fl. 234 cuaderno 1).

Adicionalmente, la base de datos en mención también muestra la “Certificación de Registro de Signo Distintivo No. 657750” para la marca aquí censurada, en la cual se declara que Actualidad Panamericana S.A.S., es su titular, y que la misma estará vigente hasta el 4 de agosto de 2030.

En consecuencia, cualquiera que sea el uso en el comercio, que, de esta marca, se reitera, actualmente registrada, se hiciere por parte la demandada o inclusive por un tercero, no podría comprometer los derechos marcarios del señor Carlos Federico Ruíz.

Por ello, todos los elementos gráficos de la marca atacada y que fueren usados en las URL's sobre las que recayó el Acta de Testimonio Especial de la Notaría Novena de Bogotá (pertenecientes a las redes sociales de Twitter, Facebook, YouTube y la misma página web de Actualidad Panamericana) están amparados por la Decisión 486 del 2000 y demás normas que regulan signos distintivos.

Por otro lado, debe verse que, “el objetivo de la regla de especialidad consiste establecer un parámetro inicial para evitar el riesgo de confusión, prohibiendo el registro de marcas que posean denominaciones idénticas o similares a las previamente registradas, para amparar productos o servicios también idénticos o similares. Para garantizar esto al solicitante, de conformidad con el artículo 139 literal f), se le pide que indique la clase a la cual corresponden los productos o servicios”¹³, por lo que, tampoco

¹³TJCA, PROCESO 321-IP-2015 [En línea http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Procesos/I_841_321_IP_2015.pdf]

podría hablarse de riesgo confusión o asociación respecto de 3 de los registros de los cuales se busca su protección y que se encuentran destinados a identificar productos y servicios en las clases 35 y 38 de la clasificación internacional del Arreglo de Niza de 1957, máxime cuando el registro fue otorgado solamente en la clase No 41.

A lo anterior se añade que la parte actora no demostró (según le incumbía, art. 167, C.G.P.) que la similitud que presenta su marca frente al de su contraparte -por compartir la expresión Panamericana- pueda llegar a confundir al consumidor de los servicios que ellas ofrecen.

Por el contrario, véase que, en la Resolución No. 34355 de 1 de julio de 2020, se consignó una determinación que se ve muy compatible con lo que estima la Sala respecto a la falta de identidad o similitud de ambas marcas. Allí se afirmó que, “analizando los signos en conflicto, conforme a los criterios jurisprudenciales y doctrinales (...) si bien los mismos coinciden en la expresión PANAMERICANA, dicha coincidencia se ven diluidas por las demás partículas que conforman las marcas (...) **En efecto, en su visión de conjunto las marcas confrontadas no resultan confundibles en la medida en que cada uno está formado con elementos nominativos y gráficos propios que permiten su individualización en el mercado.** (...) Así mismo, se deberá tener en cuenta que el vocablo PANAMERICANA” es “una expresión débil al indicar el posible origen geográfico de los productos y/o servicios. En efecto, el término PANAMERICANO / PANAMERICANA refiere a perteneciente o relativo a la totalidad de los países americanos. Certamen panamericano. **Tal noción conceptual resulta más explícita en el conjunto pretendido a registro, en el que su representación visual hace uso de una lupa enfocando dentro de un globo terráqueo parte del continente americano, razón por la cual, el consumidor entenderá de manera clara e inmediata que actualidad panamericana hace referencia a una ubicación geográfica y no a la marca previamente registrada** esto es su utilización en el siglo no generaría riesgo de confusión por esta diferencia visual que resalta sobre la diferencia conceptual”.

Es evidente que, aunque la marca con certificado No. 564526 (de titularidad del señor Ruíz) y la marca que tiene registrada la demandada (No. 657750), fueron concedidas para la clase 41 del Arreglo de Niza, del mismo expediente aflora que están destinadas a “distinguir productos o servicios en el mercado” (art 134, Decisión 486 del 2000) en grado sumo diferentes.

En efecto, la marca concedida al señor Ruiz atañe a la “edición de textos, publicación de libros, publicación de textos que no sean publicitarios, publicación electrónica de libros y periódicos en línea, redacción de textos no publicitarios, organización y dirección de talleres, actividades educativas, informaciones en materia de educación, organización de exposiciones con fines educativos, actividades recreativas

y culturales, servicios de bibliotecas ambulantes” (fl. 63 Cuaderno 3), al paso que la marca de la que es titular la demandada, concierne a “**Servicios de entretenimiento, a saber, servicios de contenido creativo y humorístico. Servicios de entretenimiento prestados a través de medios de comunicación. Organización y dirección de conferencias**” (fl. 67 Cuaderno 3).

Se tiene así, entonces, que no se acreditó-como incumbía a la parte actora- que conforme al lit. d) del artículo 155 de la Decisión 486 del 2000, la marca mixta “actualidad panamericana” de titularidad de la sociedad demandada, haya creado confusión o riesgo de asociación con las 4 marcas (atrás reseñadas) de titularidad de Carlos Federico Ruíz al usarse en el comercio, por cuanto, no contienen signos distintivos idénticos o similares y, por el contrario, corresponden a registros marcarios diferentes e independientes, para distinguir productos o servicios disímiles en el comercio, pues el hecho de contener ambos la expresión “Panamericana”, no genera, *per se*, una afectación a los derechos constituidos de la persona natural apelante, en razón también, al principio de especialidad.

3. No prosperan, por ende, los recursos de apelación en estudio.

RECAPITULACIÓN

En resumidas cuentas, de desatenderán los recursos de apelación que impetraron los demandantes, por cuanto no se demostró, como era carga de la parte actora hacerlo, circunstancias verdaderamente constitutivas de la denunciada infracción marcaria, pues el uso en el comercio del signo distintivo mixto “actualidad panamericana”, corresponde a un derecho marcario concedido y registrado ante la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual en esas condiciones carece de idoneidad para afectar irregularmente los derechos de propiedad industrial del señor Carlos Federico Ruíz.

A lo dicho se añade, que la inclusión de la palabra “Panamericana”, no impone *per se* (en virtud de las facultades del titular del registro consagradas en norma comunitaria) excluir el uso en el comercio, de un signo sustancialmente diferente y autorizado para identificar servicios muy diversos, para los cuales no fueron reconocidos las marcas del señor Ruíz.

Ante la pasividad de la parte demandada, quien ni siquiera replicó la alzada, no se impondrán costas de la segunda instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Séptima de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia que el 18 de octubre de 2019 profirió la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el proceso verbal seguido por Carlos Federico Ruiz, Panamericana Papelería y Librería S.A., Panamericana Outsourcing S.A., Panamericana Formas e Impresos S.A., Panamericana Editorial LTDA contra Actualidad Panamericana S.A.S.

Sin costas de segunda instancia, por no aparecer justificadas. Devuélvase el expediente a la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Notifíquese y cúmplase.

Los Magistrados,

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

756e4c47d4e97c1176ba92a792888a37d0a104cca6075bfa597500242d883353

Documento generado en 06/10/2021 03:37:24 PM

Valide este 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 DE DECISIÓN CIVIL

Magistrado Ponente Iván Darío Zuluaga Cardona

Bogotá D.C., seis (06) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Proceso	Verbal
Demandantes	Daliz María Bello Blanco Olga Cecilia Blanco Bustacara Daniela Rivera Bello
Demandado	Fundación Hospital de la Misericordia Caja de Compensación Familiar Compensar La sociedad Pediátrica de los Andes S. A.
Radicado	11 001 31 03 040 2017 00702 01
Instancia	Segunda – <i>apelación de sentencia</i> -
Procedente	Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá
Decisión	Confirma

Proyecto discutido en sala del 06 de octubre de 2021

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 18 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto en referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Daliz María Bello Blanco, Olga Cecilia Blanco Bustacara y Daniela Rivera Bello, presentaron demanda en contra de Fundación Hospital de la Misericordia, Caja de Compensación Familiar Compensar y la Sociedad Pediátrica de los Andes S. A., plantearon las siguientes pretensiones:

1.1. Principales: *i)* Declarar que las demandadas son solidariamente responsables por la muerte del niño Mihael Santiago Rivera Bello; *ii)* condenar al

pago de los siguientes perjuicios: 1) **materiales:** \$7.418.395 en favor de Daliz María Bello Blanco; y 2) **inmateriales:** 2.1. **Morales:** 100 s.m.l.m.v. para cada una de las demandantes, además 100 s.m.l.m.v para Darliz María Bello Blanco, como heredera al derecho a ser indemnizado del menor Mihael Santiago Rivera Bello por los perjuicios morales sufridos por este; 2.2. **Daño a la vida de relación:** 100 S. m. l. m. v., para cada una de las demandantes, además 100 s.m.l.m.v. para Daliz María Bello Blanco, como heredera del derecho a ser indemnizado del menor Mihael Santiago Rivera Bello de la dignidad humana e igualdad y derecho a la familia; 2.3. **Por afectación del derecho constitucional a la familia:** 100 s. m. l. m. v., para cada una de las demandantes.

1.2. Subsidiarias: *i)* Declarar que las demandadas son solidariamente responsables por pérdida de la oportunidad de vivir, ocasionada con la muerte de dicho niño; y *ii)* condenar a los demandados a pagar los mismos perjuicios materiales e inmateriales en listados en las pretensiones principales.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. Daliz María Bello Blanco, Daniela Rivera Bello y Olga Cecilia Blanco, tenían en su orden la calidad de madre, hermana y abuela del niño que en vida respondió al nombre de Mihael Santiago Rivera Bello, quien se encontraba vinculado al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario en la Entidad Promotora de Salud Compensar E. P. S.

2.2. El 23 de abril de 2013, siendo aproximadamente las 2:00 pm, dicho niño empezó a sentir dolor de estómago que incrementaba y vómitos recurrentes. En la madrugada siguiente, dicha molestia no mejoró y tuvo fiebre de 39 grados, la madre llamó a pedir cita médica que fue autorizada ese mismo día a las 8:00 a.m. El niño mostró que dolía en la parte baja del estómago, se procedió a arrodillarlo, y al palpar el área indicada se observó en la parte baja del costado derecho inflamación que al contacto producía dolor.

2.3. La señora Daliz María se fue con el niño a la Sociedad Pediátrica de los Andes para asistir a la correspondiente cita, a la que llegó retrasada ante las incomodidades del segundo para caminar, en donde fue atendido por el médico

Oscar Fernando Torres Alonso, no solicitó exámenes, tampoco plan de tratamiento, indicó que se podía estar tranquilo y que no se requería cirugía, hechos que consignó en la historia clínica.

Una vez se explicó lo anterior, se dio salida con acetaminofén, y quedó consignado en la historia clínica rinofaringitis aguda, resfriado común, se dio salida diciendo a la señora madre que podía estar tranquila, y con dicho medicamento se ocultaron los síntomas del dolor abdominal. Luego de que el niño fue enviado a casa, presentó dificultades para caminar y hacer deposiciones, estuvo decaído, manifestaba sentir calor, y tampoco comía bien.

2.4. El 27 de abril de 2013, esto es 3 días después, inconforme con la atención anterior, se decidió llevar el niño a urgencias en la Fundación Hospital la Misericordia, donde esperó en urgencias aproximadamente 40 minutos, hasta que fueron llamados para triage, oportunidad donde dijeron que no suministrara al menor alimentos por si era necesario practicar cirugía.

Luego fue atendido por una estudiante practicante quien manifestó que tenía un virus, momento en que la madre decidió que fuera valorado por un médico profesional quien procedió en ese sentido y distraído por las enfermeras, manifestó que se trataba de infección intestinal, a pesar de que se insistía en los síntomas.

No obstante, se ordenó Acetaminofén y exámenes que fueron entregados sobre las 5:00 p.m., tiempo durante el cual el paciente estuvo deshidratado, presentó sed y pedía abundante líquido. Los mismos manifestaron que se trataba de un virus, recetaron el mismo medicamento, el médico aprobó y se dio orden de salida.

2.5. En la misma fecha siendo las 15:52 el medico de turno, señaló que se revaloró el paciente quien persiste con dolor abdominal, sin embargo, refiere que ha disminuido, consideró que se trataba de un paciente que cursaba con gastroenteritis de probable etiología viral, y podía recibir manejo ambulatorio con control de uroanálisis.

A pesar de que el niño tenía síntomas propios de apendicitis, no tomaron medidas, sin tener en cuenta que iban empeorando gradualmente, además que hay

un instante donde disminuyen, puede reducirse temporalmente cuando se rompe y se reduce la presión acumulada.

2.6. El 27 de abril de 2013, en la Fundación Hospital de la Misericordia se realizó examen coproscópico, en el cual se observa la presencia de diversos parásitos en particular Tricocéfalo, en los casos de infección fuerte de este los pacientes presentan apendicitis. Interpretaron de manera errónea el cuadro clínico y los exámenes.

2.7. El 28 de abril de 2013, el menor Mihael Santiago Rivera Bello, en compañía de sus padres regresó a la Fundación Hospital la Misericordia, sobre las 6:00 p.m., quien fue atendido por médicos que al hacer una toma de signos vitales, detectaron que estaba taquicárdico y deshidratado. Se diagnosticó hemorragia gastrointestinal, no especificada, y apendicitis aguda con peritonitis generalizada.

2.8. En esa fecha, el menor fue valorado a las 20.50, por cirugía pediátrica, con anotación de que estaba en sala de reanimación, con medico de urgencia, en mal estado general, shock séptico de origen abdominal, sangrado digestivo, se explican riesgos, alta probabilidad de complicaciones perioperatorias.

Al día siguiente, se realizó nota de procedimiento, diagnóstico, abdomen agudo, peritonitis generalizada, choque séptico, apendicitis aguda perforada con peritonitis generalizada, sepsis grave, y como plan traslado a unidad de cuidado intensivo.

También paciente en estado crítico inestable hemo dinámicamente, soporte vasoactivo y abdomen abierto, requiere unidad de cuidado intensivo, no hay disponibilidad de cama, en las condiciones actuales del paciente, no es factible remitir a otra institución, continúa en salas de cirugía, en espera de traslado.

2.9. El traslado se hizo efectivo el 29 de abril de 2013, a las 6:34 a.m., ingresó en pésimo estado general, posteriormente se evidenció actividad eléctrica sin pulso, se iniciaron maniobras de reanimación cardiopulmonar avanzada sin lograr respuesta, falleció a las 7:25 a.m.

Según autopsia presentó choque séptico de origen abdominal, con criterios clínicos y de laboratorio, estado post apendicetomía por apendicitis aguda perforada, y drenaje de peritonitis, focos de isquemia y necrosis miocárdica, congestión visceral generalizada – anasarca-.

2.10. El cuadro clínico del paciente demostró que eran síntomas propios de una apendicitis que nunca se sospechó por los médicos de las entidades demandadas.

3. Posición de la parte pasiva.

Los demandados se opusieron a las pretensiones. Formularon las siguientes excepciones:

3.1. Fundación Hospital de la Misericordia: *i) "inexistencia de los requisitos para que se presente la responsabilidad civil por parte de la demandada Fundación Hospital la Misericordia, esto es un daño causado, una culpa probada y un nexo de causalidad entre el daño y la culpa"; ii) "inexistencia de la obligación de indemnización de eventuales perjuicios a cargo de la demandada Fundación Hospital de la Misericordia por cuanto la muerte del paciente no es atribuible a acción u omisión de la demandada sino a una fuerza mayor"; y iii) "cumplimiento cabal de las obligaciones de la demandada".*

Las anteriores excepciones se fundamentaron todas en que no existió culpa de la demandada, se dio al paciente una atención acorde a sus síntomas y signos clínicos, pese a ello falleció. Esa situación ocurrió por serie de sucesos que no pudieron ser evitados.

3.2. Compensar E. P. S.: *i) "Inexistencia de los presupuestos de responsabilidad civil".* Compensar no intervino en la prestación del servicio. Si se analiza la conducta de los demás demandados no se evidencian los elementos de la responsabilidad civil, no existió conducta culposa.

ii) "Hecho exclusivo y determinante de la víctima exonerante de toda responsabilidad y/o atenuante de la misma". La madre del paciente no manifestó en la consulta del 24 de abril de 2013, que el niño presentaba dolor e inflamación en la parte inferior

derecha del abdomen, dolor o dificultad para caminar, sensación de calor, dificultad en deposiciones, o alucinaciones, y reconsultó tres días después.

iii) *“Inexistencia de responsabilidad por falla presunta del servicio – régimen de falla probada”*. No se cumplió con la carga probatoria de acreditar la negligencia de la demandada, la actuación administrativa de Compensar se ciñó a sus obligaciones legales.

iv) *“Inexistencia de responsabilidad solidaria de compensar EPS – hecho exclusivo de determinante de un tercero como eximente de responsabilidad”*. No se demostró participación en la atención médica, procedimientos e intervenciones, estos fueron realizados de manera autónoma.

v) *“Imprudencia de responsabilidad por parte de Compensar EPS, por cuanto sus obligaciones son de asegurador, distinta a la responsabilidad de la IPS que es prestador efectivo”*. La responsabilidad que alegan las demandantes no fue por la afiliación sino por la prestación de servicios médicos.

vi) *“Médicos tratantes tienen responsabilidad en obligaciones de medio y no en obligaciones de resultado, no se configura nexo causal debido a la observancia de los procedimientos médicos establecidos atendiendo a la sintomatología presentada”*. La atención brindada fue ajustada a los procedimientos médicos establecidos y con observación de la *lex artis*.

vii) *“Imprudencia de condena de daño material”*. El perjuicio no cumple con el requisito de certeza es meramente eventual e hipotético. No se aportó prueba de su existencia.

viii) *“Imprudencia de condena por el daño en la vida de relación por inexistencia”*. Se está reclamando el mismo perjuicio dos veces, como daño a la vida de relación y moral, no se probó el daño a la salud de los demandantes.

ix) *“Imprudencia de condena por el daño a la familia”*. El monto reclamado resulta improcedente porque no son las víctimas del daño.

x) *“Estimaciones desmesuradas e injustificadas de las pretensiones – enriquecimiento sin justa causa”*. En caso de acceder a las pretensiones indemnizatorias se estaría causando un detrimento en el patrimonio y un enriquecimiento sin justa causa.

3.3. Sociedad Pediátrica de los Andes S. A. S.: i) *“Ausencia de los elementos que configuren la responsabilidad civil extracontractual de la SPLA”*. La actuación del médico Oscar Fernando Torres Alonso, especialista en pediatría el 24 de abril de 2013, no constituye la causa por la que se concretó el daño, fue diligente, acorde con la sintomatología y emitió recomendaciones, esto en caso de volver a presentar síntomas o empeorar su situación remitir de manera inmediata a urgencias lo que no se realizó oportunamente.

ii) *“Ausencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil contractual”*. La madre del menor no puede fungir como parte del vínculo jurídico que hubo entre la demandada y el menor. No hay incumplimiento.

iii) *“Las obligaciones que tenían la SPLA y el médico pediatra Oscar Fernando Torres Alonso eran de medios y no de resultado”*. Las actuaciones de los demandados estuvieron investidas de diligencia, prudencia, pericia, cuidado, encaminadas a cumplir lo que ordena e instituye los conocimientos de las ciencias de la medicina.

iv) *“Observaciones de la lex artis”*. La atención brindada el 24 de abril de 2013, estaba dentro de las instrucciones y conocimientos de las ciencias de la medicina, a partir de los síntomas relacionados, estuvo correcto, no hubo error.

v) *“falta de diligencia del cuidador del menor”*. La madre del menor omitió entregar una información clara, veraz del estado de salud del menor, el detalle de la evolución del cuadro clínico y no cuantificó el estado febril. Tampoco manifestó el dolor de la parte baja que detectó y que percibió inflamación sobre el costado derecho, información relevante, esperó 3 días sabiendo que no se encontraba bien.

vi) *“Autonomía técnica, económica, administrativa y directiva del médico Oscar Fernando Torres Alonso, derivada del contrato de prestación de servicios suscrito entre este y SPLA”*. El contrato entre estos implicaba autonomía técnica, económica, administrativa y directiva, la ejecución de dicho servicio se prestaría por cuenta del médico.

vi) *“Incompatibilidad de pretensiones”*. Se formuló acción extracontractual cuando el daño proviene de una falla del servicio médico por medio de acción hereditaria que es contractual.

vii) *“Indebida cuantificación de los perjuicios (enriquecimiento sin causa – falta de juramento estimatorio), e indebido planteamiento de los títulos de imputación”*. En este caso no se presentó daño a la salud, y vida de relación. La reparación de la afectación a bienes o derecho convencional y constitucionalmente amparados se efectúa a través de medidas de satisfacción

viii) *“Prohibición de pago doble de daño o perjuicio inmaterial”*. Se debe negar toda pretensión o cuantificación de daño inmaterial disfrazado en varios títulos.

ix) *“De la buena fe en las actuaciones de la SPLA y el médico pediatra”*. Las actuaciones del médico deben ser analizadas bajo la óptica de la buena fe, era el debido proceder.

x) *“Incongruencia frente a los hechos de la solicitud de conciliación y los hechos relatados en la demanda”*. La omisión de algunos hechos tiende a sesgar el juicio al momento de decidir el litigio.

4. Llamamientos en garantía.

En este juicio se admitieron los llamamientos en garantía de: i) Fundación hospital la Misericordia a Seguros del Estado S. A; ii) Caja de Compensación Familiar Compensar a Allianz Seguros Generales S. A., a la Fundación Hospital de la Misericordia y a la I.P. S. Sociedad Pediátrica de los Andes S. A. S.; iii) I.P. S. Sociedad Pediátrica de los Andes S. A. S, a Oscar Fernando Torres Alonso y Seguros Generales Suramericana S. A.

5. La Sentencia de primera instancia

El Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

La culpa que se atribuyó a quienes conforman el extremo demandado no se logró demostrar, dado que las pruebas recaudadas revelan todo lo contrario.

Se acreditaron las afectaciones a la salud que presentó Mihael Santiago Rivera Bello, aproximadamente a partir del 23 de abril de 2013, como lo fueron dolor abdominal, vómito, fiebre, diarrea, entre otras, que fueron empeorando con el pasar del tiempo, lo que desencadenó en su deterioro físico, y emocional, por último, en su deceso el 29 de abril siguiente.

No se demostró que los procedimientos médicos que se llevaron a cabo durante la enfermedad del paciente fueran los detonantes de sus posteriores padecimientos y complicaciones por haber sido mal desarrollados.

De la historia clínica, dictámenes periciales y testimonios técnicos de los médicos se advierte que no existe el error de diagnóstico en la forma planteada por la demandada, es decir que desde el principio se sabía que tenía apendicitis y no gastroenteritis viral y rinofaringitis aguda.

Los exámenes físicos, laboratorio, el periodo de observación y la información brindada por la progenitora del causante al médico pediatra Oscar Torres en la Sociedad Pediátrica de los Andes S. A. S., no permitía inferir anormalidad alguna, los diagnósticos presuntivos no son un yerro propiamente dicho, no lucían disonantes con lo que revelaba la sintomatología del paciente, situación que descarta error en la formulación de los medicamentos.

Se prestaron los servicios médicos generales y especiales que requirió en procura de establecer su diagnóstico y poner en marcha el tratamiento pertinente para dar solución a su enfermedad. Sin embargo, se aprecia es que fue una situación atípica porque los signos y síntomas no se mostraban acorde con el posible diagnóstico, llevó a pensar que se trataba de otro.

Aunque no se determinó con precisión, no se puede hablar de ausencia de diagnóstico, a medida que fue pasando el tiempo se hizo evidente las complicaciones de salud, y cuando se fueron revelando fueron tratadas por los

especialistas que siguieron el caso, se dispuso un plan de manejo para corregir esas enfermedades, sin resultado positivo.

El diagnóstico final fue de apendicitis, los síntomas iniciales no fueron precisos o correctos, ni certeros, como se pudo evidenciar al momento en que se practicó la intervención quirúrgica del 28 de abril de 2013 y en la necropsia. No obstante, no se demostró que ese error fuera de carácter culposo, esto es por errores protuberantes o manifiestamente negligentes por parte de los médicos.

La historia clínica no permite llegar a una conclusión de esa magnitud, no obra prueba que emane de un experto que así lo confirme, por ser un tema netamente médico, requería de la opinión especializada que pudiera conceptuar sobre el trato que se dio al paciente respecto de sus padecimientos.

Era carga de la parte demandante demostrar que los médicos interpretaron erróneamente los signos y síntomas que el niño presentaba, o que los resultados de los exámenes físicos y laboratorios se apartaron de un lógico y comprensible análisis. No se practicó dictamen pericial como medio idóneo para despejar las dudas en torno a la culpa.

Los testimonios de los médicos que comparecieron y de los que fungieron como peritos, en cuanto a que el dolor abdominal puede tener distintas causas y diagnóstico, resulta claro que en principio nada anormal revelaban o que indefectiblemente debía colegirse apendicitis.

Sin dejar de lado que algo de incidencia puede atribuirse a la demora de la preconsulta ante la Fundación Hospital de la Misericordia, según escala de saps 3 el niño tenía una probabilidad de morir del 70.9%, muy probablemente con unas horas antes ese porcentaje hubiera bajado, tesis que no fue desvirtuada por algún elemento de juicio.

El examen de laboratorio coproscópico que incluyó fisicoquímico, análisis microscópico, uroanálisis, arrojó como resultado la no presencia en el cuerpo del paciente de parásitos, tan solo se hallaron blastocystis hominis, sin que fueran

indicativos de proceso inflamatorio abdominal. Esos exámenes no aportaron un signo directo o indirecto de apendicitis aguda.

La literatura médica aportada con la demanda por sí sola no tiene la fuerza suficiente o virtualidad para revelar que en este caso bajo estudio era factible determinar desde el principio que los signos y síntomas que evidenciaba debían asociarse directa o indubitablemente a apendicitis, no puede mirarse como un caso normal, quedó demostrada la atipicidad con que dicho padecimiento se presentó en el paciente, lo que dificultó no solo su descubrimiento, sino también de implementar un tratamiento médico oportuno.

Brillan por su ausencia los consentimientos informados para la realización de los procedimientos anestésicos y quirúrgicos, que se le practicaron al paciente, pero si el daño reclamado son los materiales y morales, resulta intrascendente dilucidar el incumplimiento de ese deber de información, tiene una causa perfectamente determinada en la demanda, las cirugías y no la ausencia de consentimiento.

Ante la urgencia con que se realizaron los procedimientos teniendo en cuenta el complejo cuadro que presentaba el paciente, se infiere que por la premura de salvar su vida, no dio tiempo de la entrega del consentimiento informado de manera escrita, pero sí verbal como lo dijo la señora María Bello.

No se cumplió con la carga de demostrar que el daño reclamado fuera el producto de un evidente error de diagnóstico y /o de la mala praxis del personal médico, razón por la que las pretensiones principales y subsidiarias deben ser despachadas desfavorablemente.

6. Recurso de apelación.

Inconforme con esa determinación la parte actora presentó recurso de alzada. Los argumentos sustentados en segunda instancia son los siguientes:

5.1. Los médicos tratantes Oscar Fernando Torres Alonso, Fernando Daza Amézquita y Juan Javier Valero, igualmente los que rindieron dictámenes periciales “*pueden carecer de imparcialidad*”, son galenos que podrían verse beneficiados por los

efectos de la sentencia y son subordinados de las demandadas, a favor de quienes rindieron su testimonio, deben ser considerados testigos sospechosos.

5.2. Desde el 24 de abril de 2013, día en que el menor fallecido tuvo la primera atención médica como consecuencia de su dolor abdominal se iniciaron una carrera de errores que llevaron a su muerte, se hizo un diagnóstico erróneo en la Unidad Pediátrica de los Andes, no se solicitaron exámenes, tampoco se estableció un plan de tratamiento, se indicó a la madre que podía estar tranquila y que no requería cirugía.

5.3. El 27 de abril siguiente, los médicos de la Fundación Hospital la Misericordia, reiterando síntomas propios de una apendicitis, decidieron acoger el concepto emitido por la anterior entidad, trataron un diagnóstico erróneo, no efectuaron exámenes que impidieran que se reventara el apéndice, llegando a peritonitis y muerte.

No se tuvo en cuenta que los síntomas disminuyen cuando el apéndice se rompe por la presión acumulada, como lo señala la literatura médica. Se efectuó coproscópico en el que se observa la presencia de diversos parásitos, tales como áscaris, oxiuros, uncinarias y larvas, y tricocéfalo que según la literatura médica, en casos de infección fuerte padecen apendicitis aguda.

5.4. El cuadro clínico mostró que eran síntomas propios de una apendicitis, no se realizaron pruebas de sangre, orina, imágenes o laparotomía exploratoria para confirmar o descartar, es claro que hubo un error de diagnóstico.

5.5. La Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de tratar muchos casos similares, en los cuales ha soportado sus decisiones con base en la literatura médica y ha condenado la responsabilidad civil proveniente de la prestación del servicio médico, en casos de diagnóstico erróneo o tardío de apendicitis, se condenó porque se consideró que la muerte por esta es claramente evitable.

5.6. El Ministerio indicó que la parasitosis no es frecuente en la apendicitis, pero si es un índice de sospecha.

5.7. No se dio aplicación a los indicios que son prueba por excelencia en estos casos, tampoco al principio *res ipsa loquitur*, se concluyó erróneamente que la atención fue adecuada cuando fue evidente el error de diagnóstico.

5.8. No se pronunció sobre las pretensiones subsidiarias, si bien se relacionó en la sentencia no se estudiaron, básicamente iban encaminadas a obtener la responsabilidad de la parte demandada por pérdida de la oportunidad de vivir.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos en la sustentación del recurso de alzada quedando vedados los temas que no hayan sido debatidos frente al fallo de primera instancia, como lo prevén los artículos 320 y 328 del CGP.

2. Se confirmará la sentencia atacada. Los puntos de inconformidad no permiten avizorar la culpa médica como elemento de la responsabilidad que se reclama. Los argumentos que respaldan esta tesis se analizan a continuación.

3. La parte demandante censuró que los médicos Oscar Fernando Torres, Alonso, Fernando Daza Amézquita y Juan Javier Valero, junto con los que rindieron dictámenes periciales “*pueden carecer de imparcialidad*”, dado que podrían verse beneficiados de la sentencia y son subordinados de las demandadas.

3.1. Con respecto a los testimonios no se efectuó tacha contra cada uno en los términos que contempla el artículo 211 del Código General del Proceso, corresponde entonces a un tema que no fue cuestionado y menos decidido en primera instancia, cerrando de esa manera la puerta en este grado de conocimiento para abordar asuntos que no fueron materia de decisión.

Recuérdese, el artículo 320 del Código General del Proceso, dispone: “*el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine **la cuestión decidida**, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión*” (negrilla fuera de texto).

3.2. No sobra advertir, el efecto de la tacha de un testigo *per se* no mengua su fuerza demostrativa, no impone colegir sin más miramientos que se faltó a la verdad, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones en orden a determinar si disipan la prevención que generan, o si están en contradicción con otros medios de prueba, situación ésta última que la parte actora no hace ver a manera de reparo concreto frente a cada uno de ellos, y sobre todo de cara a alguna prueba específica incorporada a la foliatura.

3.3. Igualmente ocurre con los profesionales que rindieron dictámenes periciales, doctores Olga Lucía Baquero y Andrés Felipe Galindo Ángel, frente a la primera no se evidencia motivo por el cual podría verse beneficiada con la decisión de este asunto, tampoco relación de dependencia respecto de alguna de las partes.

El doctor Galindo en su hoja de vida plasmó que desde abril de 2019 hasta enero de 2020, se desempeñó como *“Asesor y evaluador de proyectos de investigación e innovación, nuevas tecnologías y farmacoeconomía. Coordinador del Centro de Investigación y Docencia”* en la Fundación Hospital pediátrico la Misericordia (archivo 26, 01 cuaderno principal).

No obstante, a la fecha de rendición del dictamen (13-01-2021), no se avizora el vínculo de subordinación que se pretende hacer ver, tampoco beneficio o perjuicio derivado de esta sentencia que pudiera dar lugar a dudar de imparcialidad, situaciones que tornan infundadas las sospechas que quiere hacer ver la parte demandante.

4. Se rebate que en la atención médica brindada al niño Mihael Santiago Rivera Bello, se incurrieron en una cadena de errores que condujeron a su deceso, tanto en la Sociedad Pediátrica de los Andes S. A., como en la Fundación Hospital de la Misericordia.

4.1. Los medios de convicción incorporados no develan error de diagnóstico inexcusable como elemento de la responsabilidad médica -culpa-, en la atención brindada el **24 de abril de 2013**, en la Sociedad Pediátrica de los Andes S. A., veamos.

4.1.1. Se disiente porque el niño consultó por presentar dolor abdominal, vómito, náuseas, fiebre y diarrea, claros síntomas de apendicitis, no se solicitaron exámenes, no se estableció un plan de tratamiento, se indicó a la señora madre que podía estar tranquila, y ocultaron los síntomas con Acetaminofén, dieron salida sin signos de alarma, y generaron confianza de que no era un dolor grave o quirúrgico.

4.1.2. Según historia clínica el 24 de abril de 2013 a las 8:47 a.m., se consultó por primera vez en la Unidad Pediátrica de los Andes, el niño fue atendido por el médico Oscar Fernando Torres Alonso.

En ese momento presentaba dolor abdominal *“tipo cólico”*, asociado a vómito, última a las 3:00 a.m., *“no diarrea”*, el día anterior con *“fiebre no cuantificada”*, sin que se hubiese administrado medicamentos, desde hace 10 días con *“rinorrea”, “tos húmeda no cianosante no emetizante”*, no síntomas urinarios, e hiporexia (fls. 14, página 29, pdf. C04 Expediente escaneado, 01 cuaderno principal).

Al examen físico se encontró aceptable en estado general, *“afebril, hidratado, decaído, mucosa húmeda (...) escurrimiento posterior hialino y mucosa, abdomen normal no (...) ruidos intestinales aumentados, blando, depresible, no distendido, doloroso en forma generalizada, sin signos de irritación peritoneal, marco cólico derecho”*.

Se estableció como conducta, *“paciente abdominal no quirúrgico e intolerante a la vía oral sin deshidratación, pródromos de diarrea, explico a la madre, alizapride, tolerancia a la vía oral con suero (...), diagnóstico principal rinofaringitis aguda resfriado común”*.

Siendo las 12:14 del mismo día, fue revalorado por el mismo profesional, quien encontró que el paciente aceptó la vía oral, mejoría del dolor abdominal, diuresis normal, buen estado general, afebril, hidratado, no dificultad respiratoria, *“abdomen blando, depresible, no distendido, no doloroso, no masas, no megalias”* (fls. 17, página 35, pdf. C04 Expediente escaneado, 01 cuaderno principal).

También se consignó, *“explico a la madre, salida con acetaminofén, sr 60, dieta astringente, recomendaciones y signos de alarma”*.

4.1.3. A este juicio se incorporó el dictamen pericial rendido por Andrés Felipe Galindo Ángel, médico general (2003), especialista en pediatría (2009) y candidato a magister en epidemiología clínica, quien utilizó como metodología el estudio de la historia clínica del paciente, sumado a la revisión de artículos científicos, protocolos y guías médicas (26 Remisión dictamen pericial, 01 Cuaderno principal).

Sostuvo que el diagnóstico de apendicitis es eminentemente clínico, esto es que un grupo de signos, síntomas y experiencia se unen para una sospecha diagnóstica, y los apoyos diagnósticos son para confirmar o rechazar una hipótesis, no haber síntomas específicos que determinen 100% dicha enfermedad, como tampoco un paraclínico.

Con respecto, a los signos y síntomas que harían sospechar una apendicitis en niños, serían la fiebre, náuseas, vómito, anorexia, migración del dolor hacia fosa iliaca derecha, dolor al saltar, irritación epigástrica, signo Psoas, signo Rovsing y defensa muscular.

Explicó también que la irritación peritoneal es la inflamación del peritoneo visceral o parietal que denota una posible infección y/o presencia de un irritante a ese nivel, entre los que se encuentran defensa muscular, signos del rebote, signo del Psoas, Signo del Rovsing, los cuales pueden sugerir un proceso inflamatorio de origen abdominal que haría pensar en una posible apendicitis aguda.

Para lo que interesa al caso, explicó frente a ***“si el paciente (...) en alguna de las consultas del 24 o 27 presentó algún signo de irritación peritoneal, no hay dentro del examen físico ningún signo que así lo compruebe (...). No hay (...) signo clínico de apendicitis aguda o de abdomen quirúrgico que haya hecho pensar a los galenos que el paciente hubiese requerido un procedimiento quirúrgico”*** (fls. 10, 26 remisión dictamen pericial, 01 cuaderno principal).

En audiencia de contradicción al preguntar si la valoración, atención y procedimientos aplicados al menor resultan coherentes con el cuadro clínico que el presentaba, contestó que sí. Con respecto al Acetaminofén dijo que no está dentro de los medicamentos que enmascaran una apendicitis aguda.

4.1.4. También se incorporó experticia elaborada por la doctora Olga Lucía Baquero Castañeda, médico cirujano (1998), especialista en pediatría (1992), en gerencia de la salud pública (2002) y en educación médica (2005), quien como método utilizó sus conocimientos, experiencia, revisión de registros clínicos de atención del paciente y literatura médica (01 Expediente escaneado, 06 Llamamiento garantía pediatra Oscar Torres).

Refirió que el niño fue llevado a consulta prioritaria a la Unidad Médica de los Andes el 24 de abril de 2013, 8:47 a.m. con dolor abdominal tipo cólico, asociado a vómito, no diarrea, tos húmeda, no cianozante, no emetizante, no síntomas urinarios, e hiporexia (pocas ganas de comer).

El paciente se encontraba en aceptable estado general, afebril, hidratado, un poco decaído, mucosa oral húmeda, cabeza normal, ojos normales, orofaringe eritematosa, escurrido posterior hialino y mucoso, cuello normal, cardio pulmonar normal, **a nivel abdominal ruidos intestinales aumentados, blando, depresible, no distendido, doloroso en forma generalizada sin signos de irritación peritoneal, marco cólico derecho.**

Relató que el médico que atendió el niño doctor Oscar Fernando Torres efectuó un diagnóstico de rinofaringitis aguda (resfriado común) con náuseas y vómitos asociados, y de acuerdo a la sintomatología referida, no se requería para el momento de valoración o solicitud de exámenes.

Manifestó que se estableció como plan de manejo Alizapride para el control del vómito y tolerancia a la vía oral con sales de rehidratación, se dejó en observación y tres horas después realizaría revaloración, siendo 12:17, encontró el paciente en adecuada aceptación y tolerancia.

También se encontró con mejoría del dolor abdominal, no deposiciones, diuresis normal, buen estado general, afebril, hidratado, no dificultad respiratoria. **Abdomen blando, depresible, no distendido, no doloroso, no masas, no megalias, explica a la madre y da salida con acetaminofén, sales de rehidratación oral, dieta astringente y signos de alarma.**

Puntualmente al interrogante, si para esa fecha el paciente presentaba un cuadro clínico que permitiera considerar que la primera posibilidad diagnóstica era apendicitis, respondió: *“tenía síntomas generales que de acuerdo a la valoración completa no hacían sospechar un cuadro clínico de apendicitis, por lo tanto no se podía tratar como una posible apendicitis, el cuadro clínico hacía sospechar proceso viral alto y posible podromos de enfermedad diarreica (síntomas que se presentan previo al inicio de la diarrea)”* (fls. 121, 01 Expediente escaneado, 06 Llamamiento garantía pediatra Oscar Torres).

Con respecto a si era posible confundir síntomas de gastroenteritis de origen viral, y una apendicitis, explicó que al inicio pueden ser similares, a medida que transcurre el tiempo hay cambios, en los procesos diarreicos el dolor abdominal es tipo cólico, no constante, no es persistente, en los cuadros de apendicitis es constante, persistente, y se tiende a localizar inicialmente y además **presenta signos de irritación peritoneal al examen físico.**

De manera concluyente, con base en la historia clínica sostuvo que la valoración, diagnóstico y manejo realizado por el doctor Oscar Torres, estuvo ajustada a la lex artis, además explicó que el Acetaminofén no enmascara la apendicitis dado que tiene un nivel de seguridad alto.

4.1.5. De igual modo, se recibieron los conceptos técnicos de los médicos especialistas en pediatría Alonso de la Espriella y Edgard Fernando Galvis Alvarado (audiencia del 1 de marzo de 2021).

Para el momento de la audiencia el primero se desempeñaba como director de pediatría en casa en la Sociedad Pediátrica de los Andes S. A. y el segundo como jefe del departamento de pediatría en el Centro Hospitalario Serena del Mar de la ciudad de Cartagena. En particular, este último desde 2017 hasta marzo de 2020, tuvo contrato de prestación de servicios.

El doctor de la Espriella explicó que los síntomas de dolor abdominal tipo cólico, vómito y fiebre no son exclusivos de una apendicitis, pueden indicar una gastroenteritis, o infección urinaria.

Con respecto a la atención médica dice que miraría si el paciente tuviera signos de irritación peritoneal tales como Roving o Blumberg, puntualmente al preguntarle si según la atención brindada al niño por el doctor Torres, debió solicitar algún paraclínico o ayuda diagnóstica para determinar una posible apendicitis, contestó que no.

Lo anterior, entre otras porque no se encontraron esos signos en la revisión o algún otro que dieron a pensar que tenía ese diagnóstico, sino que en atención a los síntomas registrados en la historia clínica pensaría en una gastroenteritis que es lo más frecuente en pediatría.

Con respecto a si el acetaminofén puede enmascarar el dolor abdominal, manifestó que este no sirve para ese tipo de dolor, no hace nada en esos casos, a diferencia de los antiespasmódicos que sí tienen ese efecto.

Por su parte, el doctor Edgard Fernando Galvis Alvarado conceptuó que el dolor abdominal para ese momento llevaba menos de 24 horas, y cuando es tipo cólico es disiente de patología infecciosa principalmente viral, tenía también síntomas respiratorios tales como tos, rinorrea húmeda que va a favor de una enfermedad respiratoria, y que en pediatría es frecuente que los virus vayan a la parte gastrointestinal.

Generalmente los cuadros gastrointestinales pueden presentar un dolor difuso, y en este caso no se registró signos de irritación peritoneal, si se hubiese encontrado Blumberg o Roving, es muy dicente de una enfermedad quirúrgica y según la historia clínica no se encontraron.

Explicó que en los abdómenes agudos por más que se hidrate el paciente o maneje síntomas estos van aumentando y se van localizando hacia el sitio del apéndice, en este caso hubo mejoría del dolor que no es normal en proceso como este.

Enseñó que el Blumberg consiste en la palpación de la fosa ilíaca derecha, se introducen los dedos y se retiran, cuando hay irritación ese rebote duele, el niño casi que salta, es un proceso inflamatorio secundario a una apendicitis. Con

respecto al Rovsin, es un signo de irritación peritoneal, consiste en idéntico procedimiento pero cuando se practica en la parte izquierda duele en el lado derecho y viceversa.

En relación a si el dolor tipo cólico y vómito eran síntomas exclusivos de apendicitis, contestó que no, que estos se refieren a una enfermedad gastrointestinal, aparecen en otras enfermedades y lo más frecuentes son las gastroenteritis virales.

Dijo también que en los casos en que haya signos de irritación peritoneal el diagnóstico es muy dicente de apendicitis, si se genera sospechas se determinan paraclínicos o imágenes diagnosticas. En este caso según lo que está consignado en la historia clínica se trata de un proceso viral, manifestó que también hubiese considerado un diagnóstico de gastroenteritis viral.

Con respecto al uso del Acetaminofén, refirió que como el niño presentó fiebre es recomendable prescribirle este antipirético que junto con los medicamentos que llaman de primera línea no enmascaran los síntomas de una apendicitis.

4.1.6. Como puede apreciarse, en esa primera atención los síntomas y signos que presentó el niño no eran claros de una apendicitis, tampoco se trataba de un abdomen quirúrgico y el acetaminofén no enmascara síntomas de la infortunada enfermedad.

Téngase en cuenta, se trata de un diagnóstico clínico, atiende a una serie de síntomas y signos. Si bien se consultó por fiebre no cuantificada el día anterior, su dolor abdominal para ese momento era generalizado, sin signos de irritación peritoneal, tales como Psoas y Rovsing, situación que no denotaba una posible infección o sospecha de cuadro de apendicitis aguda, sino más bien un proceso viral.

Cabe poner de presente que los síntomas del cuestionado diagnóstico, no se enmascaran con la prescripción de acetaminofén, más puntualmente en lo que tiene que ver con el dolor abdominal que por demás para ese momento era “*tipo cólico*”, o sea intermitente y no como el de dicha enfermedad, caracterizado por ser

constante, persistente y que presenta signos de irritación peritoneal a la valoración física, razones por las que no había lugar a solicitar paraclínicos y resulta entendible la razón por la que se concluyó que no sea un dolor grave o quirúrgico.

4.2. Se alega también que a partir del **27 de abril de 2013**, en el Hospital de la Misericordia trataron un diagnóstico erróneo, a pesar de haberse manifestado dolor abdominal, dificultad para caminar, diarrea, fiebre mayor a 40 grados, alucinaciones, pérdida del control de esfínteres, y dolor recurrente, no hicieron exámenes que impidieran la muerte, no tuvieron en cuenta que esos dolores aumentan y disminuyen cuando el apéndice se rompe.

4.2.1. Se incorporó al expediente historia Clínica del niño Mihael Santiago Rivera. Acredita que el **27 de abril de 2013**, siendo las **11:34**, en compañía de su señora madre, llegó al Hospital Fundación de la Misericordia donde fue atendido por el pediatra Fernando Daza Amezcua, consultó por presentar cuadro de 5 días de evolución de dolor abdominal de predominio en *“hipogastrio”*, deposiciones líquidas amarillentas con abundante moco sin sangre.

Se relató que ese día con 4 deposiciones, refirió síntomas urinarios como disuria, poliuria, tenesmo asociado a un episodio emético, en la mañana con fiebre cuantificada de hasta 40 grados, regular aceptación de la vía oral, acepta líquidos y suero, refirió haber consultado el lunes pasado donde clasificaron como gastroenteritis viral.

Al examen físico se determinó que llegó con temperatura de 37 grados, mucosas húmedas y rosadas, orofaringe sin placas, *“abdomen blando, sin masas, doloroso a la palpación en fosa iliaca izquierda, puñopercusión positiva”*, se diagnosticó *“diarrea y gastroenteritis de presunto origen impresión, fiebre, no especificada”*.

El mismo día a las 11:53, fue evolucionado, en particular se dijo: *“abdomen blando, sin más, ni signos de descompensación hemodinámica, paciente cursa con dolor abdominal de etiología a determinar, no sugestivo de patología quirúrgica, posiblemente relacionado con gastroenteritis de etiología bacteriana vs parasitaria, en relación con síntomas urinarios inespecíficos y puñopercusión”*, se solicitó uroanálisis con sedimento y densidad, además coproscópico.

A las 15:52, se valoró nuevamente, se dejó consignado que el paciente persistía con dolor abdominal, sin embargo, refirió que había disminuido, se revisó uroanálisis que presentó proteinuria aislada, esterasas positivas, nitritos negativos sin reacción leucocitaria en el sedimento, coproscópico sin evidencia de infección por parasitosis, sugestivo de disbacterosis.

Se consideró que el paciente cursaba con gastroenteritis de probable etiología viral que podía ser manejada de manera ambulatoria, con control de uroanálisis, se dio salida con recomendaciones y signos de alarma por escrito, se ordenó manejo con sulfato de Zinc, y probióticos, se explicó al padre la conducta a seguir. El mismo día a las 16:13, se anotó que el examen coproscópico fue sugestivo de *“disbacterosis, uroanálisis no sugestivo de infección”*.

4.2.2. Según el dictamen del pediatra Andrés Felipe Galindo Ángel, de la revisión de la historia clínica no emerge que se hubiese informado dificultad para caminar, posiblemente si se hubiera informado el enfoque diagnóstico hubiese sido diferente.

Con respecto a las recomendaciones entregadas por escrito en la primera atención del 27 de abril de 2013, puntualmente de reconsultar en caso de que *“vomite todo lo que compra y/o presente deshidratación”*, refirió que la familia hizo caso omiso, toda vez que en el segundo ingreso el paciente había presentado 15 episodios de emesis, se trató de una consulta retrasada que pudo incidir en el diagnóstico.

También explicó que para la consulta del 27 de abril, el paciente no cursaba con signos o síntomas exclusivos de apendicitis, y tampoco con signos clínicos de apendicitis aguda o de abdomen quirúrgico, que haya hecho pensar que se hubiese requerido procedimiento quirúrgico.

Explicó que el resultado del coproscópico no evidenció parásitos distintos a *“Blastocystis hominis”* que no son indicativos de proceso inflamatorios, incluso pueden estar dentro de la flora intestinal normal, el resultado de esos exámenes no aporta ningún signo de apendicitis aguda.

La puño percusión positiva, coluria, disuria, reportadas en la historia clínica del 27 de abril de 2013, eran signos muy característicos de infección urinaria, enfocaban el diagnóstico hacia esta.

De conformidad con los hallazgos de esa fecha, manifestó: *“el paciente mejoró con el manejo establecido, es concordante con el diagnóstico con el manejo establecido”*.

En audiencia de contradicción, explicó que en la reconsulta el paciente refirió síntomas urinarios, se iniciaron líquidos, al examen físico tenía dolor en fosa iliaca izquierda con puño percusión que hace pensar es una infección urinaria, se solicitaron paraclínicos para descartar y en ese momento se habló de un dolor abdominal no quirúrgico.

Al preguntarle qué asociación podría tener este nuevo cuadro con el de gastroenteritis que se había advertido días anteriores, dijo que como el colon y vejiga están cerca, pueden migrar bacterias razón por las que se podría pensar en la infección urinaria.

Refirió que se hizo un parcial de orina que descartó infección, no requería antibióticos, se dan recomendaciones por escrito, y se dio fórmula clásica para pacientes con diarrea que es sulfato de Zinc y probióticos, esa decisión se puede explicar porque el cuadro de dolor abdominal puede persistir por el gastroentérico de cólicos y diarrea, dado que no se encontró sintomatología asociada.

Al preguntarle que si en la primera o segunda atención se requería de una ecografía para verificar sobre el cuadro que presentaba el menor, contestó que no porque había mejorado, y el dolor se había localizado en la fosa iliaca izquierda y no en la derecha, además el paciente no tenía signos de irritación peritoneal, y los laboratorios son para confirmar sospecha clínica de apendicitis que no era el caso.

4.2.3. La pediatra Olga Lucía Baquero Castañeda, perito en este juicio, sobre la atención brindada el 27 de abril de 2013 en el Hospital de la Misericordia, sostuvo que de acuerdo con la historia clínica, el paciente no presentaba *“signos de irritación peritoneal en el examen abdominal, lo cual nos puede sugerir que la peritonitis se presentó posterior a esa valoración”*.

4.2.4. Según el concepto técnico del médico especialista en pediatría Alonso de la Espriella, cuando un menor ingresa con 5 días de evolución de dolor abdominal de predominio en hipogastrio, deposiciones líquidas amarillas con abundante moco, vómito de contenido alimenticio, fiebre cuantificada en 40 grados, con alguna tolerancia a líquidos, con consulta anterior por gastroenteritis no se pensaría que tenga apendicitis.

A su juicio, pensaría que está evolucionando una gastroenteritis, y debería descartar una infección urinaria, además de los síntomas del primero, el paciente estaba haciendo síntomas urinarios y tocaría mirar esta infección.

4.2.5. De conformidad con el concepto técnico rendido en audiencia por el especialista en pediatría Edgard Fernando Galvis Alvarado, en caso de reconsulta del paciente se debía hacer un nuevo examen físico riguroso de la parte abdominal, para la evolución que se tenía la palpación diría mucho, si se dio salida fue porque no se encontró signos de irritación peritoneal o un abdomen con defesa.

Explicó que existe sospecha de apendicitis cuando el dolor persiste, cuando haya signos de irritación peritoneal, y en esa medida se determinarían paraclínicos.

Dijo que con un coproscópico y un uroanálisis no se puede descartar una apendicitis, lo que se puede hacer o hay que tener en cuenta es que muchas infecciones gastrointestinales que salen con coproscópico normal, no quieren decir que no se tenga una gastroenteritis viral.

4.2.6. Se entiende entonces que en la atención que se realizó el 27 de abril de 2014, en estrictez tampoco se emitió un diagnóstico erróneo culposo, los síntomas y signos presentados por el niño no eran disidentes de un cuadro clínico de la lamentable enfermedad.

No presentaba signos clínicos de apendicitis aguda o de abdomen quirúrgico, si bien presentó puño percusión positiva en fosa iliaca izquierda, coluria, disuria, estos eran signos característicos de infección urinaria, y enfocaron el diagnóstico hacía esta, razón por la que se solicitaron paraclínicos para descartar infección.

Dado que el paciente presentó días antes gastroenteritis viral, podía pensarse en una infección urinaria, el colón y vejiga se encuentran cerca, pueden migrar bacterias, pero una vez descartada la infección no se requería de antibióticos, se podría entender que el cuadro gastroentérico podría persistir ante la ausencia de signos de irritación peritoneal.

Teniendo en cuenta que el coproscópico no demostró la presencia de parásitos indicativos de procesos inflamatorios, ese resultado no aportó ningún signo de apendicitis. Y si se dio salida era porque no se encontró los signos echados de menos o abdomen con defensa, no había lugar a sospechar una apendicitis.

5. Cabe preguntarse entonces qué pudo causar la muerte de dicho niño, en particular por un choque séptico con foco abdominal por apendicitis perforada y peritonitis secundaria que dio lugar a una falla multisistémica con disfunción miocárdica (fls. 27, pág. 55 pdf. 04 Expediente digital). Mas puntualmente, surge el interrogante en punto a la razón por la que dos especialistas en pediatría que atendieron al niño previo a la agravación de su estado clínico no pudieron siquiera sospechar una apendicitis.

5.1. Una respuesta inicial ya se tiene, el menor no presentó signos clásicos de irritación peritoneal que llevaran a considerar esa posibilidad. Ahora, esta tesis tiene explicación en el expediente. Los medios de convicción permiten colegir que se trató de una apendicitis atípica que impidió un diagnóstico oportuno y que desafortunadamente culminó con el lamentable suceso.

5.2. En este juicio se presentó como testigo técnico médico Juan Javier Valero Halaby, quien es pacífico en esta instancia que fue el especialista que realizó laparotomía exploratoria a Mihael Santiago Rivera y encontró su apéndice perforado junto con todos los diagnósticos secundarios a esto.

Refirió ser cirujano pediatra desde 1998, profesor de cirugía pediátrica de la Universidad Nacional y trabajar con el Hospital de la Misericordia desde hacía 23 años, y bajo la gravedad del juramento expuso los siguientes hechos.

Manifestó que llevó al paciente a cirugía y encontró *“una apendicitis localizada en la pelvis perforada con una peritonitis generalizada, fue necesario dejarlo con abdomen abierto dado su estado séptico, tenía compromiso respiratorio, hemodinámico corazón y vasos no estaba funcionando bien, falla renal y alteraciones de la coagulación.*

Explicó que el diagnóstico para ese momento se llamaba abdomen agudo, dado que se trataba de una condición intraabdominal grave y que en los niños la causa más frecuente es apendicitis, pero la razón para llevarlo a cirugía es la peritonitis. Relató que en este caso la causa del abdomen agudo era una *“apendicitis pélvica con peritonitis generalizada”*.

Al preguntarle, si con respecto al menor se presentó una apendicitis atípica, contestó: *“lo que llamamos apendicitis atípica es cuando los síntomas y signos no son los que uno espera en una apendicitis normal, en este paciente la parte más atípica, es que le dolía el lado izquierdo, esto puede ocurrir en las apendicitis de localización pélvica como la que él tiene (...) la apendicitis en los niños es mucho más difícil de diagnosticar (...) que las de los adultos. (...). Las apendicitis que dan dolor en el sitio donde no queda el apéndice, el apéndice queda en el lado derecho, normalmente cuando uno tiene dolor en un sitio que no es el del apéndice uno no piensa en apendicitis, eso es lo que hace este caso atípico”*.

Relató que según estudios realizados en el hospital, se encontró que las apendicitis de *“ubicación pélvica”* son las que con más frecuencia se perforan, al estar localizadas en la pelvis y perforarse, a veces desarrollan peritonitis de una vez, o hacen un absceso, o sea se perfora los tejidos forman como una cápsula que se llama absceso, si el absceso queda al lado izquierdo duele de este lado, *“eso explicaría en este paciente por qué le dolía al lado izquierdo y eso explica la razón de la dificultad diagnóstica, le dolía al otro lado de donde queda el apéndice”*.

Relató que aunque el apéndice del paciente estaba al lado derecho, la punta estaba hacia el lado izquierdo, esto es completamente atípico, estaba en la pelvis. Explicó que en la descripción quirúrgica dice que *“el apéndice estaba en la pelvis con un fecalito, significa que estaba roto el apéndice y parte de la causa de esta apendicitis es la formación de la concreción de materia fecal*

que se llama fecalito y estaba en la pelvis, eso explica los hallazgos atípicos”.

Expuso también, el hecho de que la punta del apéndice estuviera al lado izquierdo porque la base estaba localizada donde normalmente queda, esto es al lado derecho, se perforó en la punta, la colección de pus, se hizo en la pelvis, desafortunadamente los abscesos en la pelvis a veces duelen a lado izquierdo, a su juicio fue el factor de confusión para que no se hiciera el diagnóstico de este paciente dado que dolía del lado izquierdo.

Continua el doctor Valero, el problema en este paciente es que tenía una apendicitis atípica y el dolor es exactamente al lado opuesto de dónde queda el apéndice, en los casos de urgencia se piensa en lo más frecuente que al lado izquierdo son otras cosas no apendicitis, esa es la dificultad grande en este caso.

Relata que este paciente muy posiblemente tenía un absceso, una apendicitis después de 24 horas de dolor se perfora, y el niño tenía 7 días de evolución, la única forma de que esto hubiese sucedido es que la perforación se haya convertido en absceso, salió pus y los tejidos del cuerpo la controlaron, sino hubiese ocurrido esto, a los 3 días hubiese tenido la peritonitis generalizada.

Dijo que, entre la primera y segunda consulta en esas 27 horas, el absceso se debió romper entonces el dolor dejó de ser localizado en el lado izquierdo, que era donde tenía el absceso y el pus se regó por toda la cavidad y al ocurrir eso desató el cuadro séptico del paciente.

Concluye que el problema con las apendicitis atípicas es eso, cuando ya se manifiestan y uno dice tiene un abdomen agudo es porque tiene una peritonitis, no se hizo el diagnóstico antes porque era atípica y no se piensa en eso, ese es el problema de las apendicitis que no se presentan de manera típica.

5.3. El anterior testigo técnico a pesar de su vínculo con el hospital demandado se torna creíble por varias razones.

En la historia clínica aparece que se efectuó al niño una laparotomía exploratoria, drenaje de peritonitis generalizada, pus abundante en cuatro

cuadrantes, y se encontró apendicitis perforada **“con fecalito en comunicación con la cavidad pélvica”**.

Según explicación del referido profesional eso significa que aunque la base del apéndice del paciente estaba al lado derecho, la punta estaba hacia el lado izquierdo, situación atípica porque estaba en la pelvis y eso explica la razón por la cual dolía del lado contrario y no al derecho que es donde normalmente se focaliza el dolor.

La consulta del 27 de abril de 2021, a las 11:34, esto es horas antes de la complicación del niño, revela que al examen físico se detectó que presentó dolor en fosa iliaca izquierda más no derecha, situación que según lo visto desorientó el diagnóstico haciendo más fuerte la tesis de atipicidad.

No hay medio de convicción que permita concluir o derribar esos acontecimientos, esto es que el apéndice del niño se encontraba en posición distinta, menos que en estos casos los síntomas fueran los que habitualmente presenta todo paciente que padece de esa enfermedad, echándose de menos un error de diagnóstico culposo que comprometa la responsabilidad de los demandados.

5.4. Quiere decir entonces que no obra prueba en este juicio el desbordamiento de la idoneidad ordinaria calificada de los médicos que atendieron al paciente -culpa-, particularmente de cara a una apendicitis atípica que daba lugar a signos y síntomas diferentes a como habitualmente se manifiesta esta enfermedad, óbice insalvable para concluir que incurrieron en un error inexcusable.

No se olvide que la responsabilidad médica *“descansa en el principio general de la culpa probada”*¹, y sobre todo que para su estructuración *“el baremo o límite lo constituye el criterio de normalidad emanado de la Lex Artis. El galeno, dada su competencia profesional, se presume que, en su quehacer, actúa en todo momento y lugar con la debida diligencia y cuidado. En el proceso, por esto, debe quedar acreditado el hecho contrario, esto es, el desbordamiento de esa idoneidad ordinaria calificada. Bien, por infracción de las pautas de la ley, ya de la ciencia, ora del respectivo reglamento médico o de las reglas de la experiencia o del sentido común”*².

¹ CSJ, Cas. Civ. Sentencia de 24 de mayo de 2017, exp. n.º 2006-00234-01, SC7110-2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

² CSJ, sentencia del 18 de diciembre de 2020, SC5186-2020, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

Entender que por el solo hecho de que el niño presentó cuadros de fiebre, vómito y dolor abdominal (sin signos de irritación peritoneal) eran claros del lamentable diagnóstico, es pasar por alto los medios de convicción que obran en este juicio que abogan por un caso atípico que no permitió al médico sospecharlo.

Es que no puede hacerse de lado que la materia que nos ocupa se *“trata de una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio”*³.

Nótese, no obra medio de prueba que permita colegir que el equipo médico no agotó los procedimientos que la *lex artis ad hoc* recomendada para un cuadro clínico como el que enfrentó el niño de apendicitis pélvica. Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia explica: *“la variedad de procesos patológicos y de síntomas (análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnósticas que se presentan como posibles, circunstancias que, sin duda, complican la labor del médico, motivo por el cual para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la lex artis ad hoc recomienda para acertar en él”*⁴.

6. El recurrente insiste en que no se realizaron pruebas de sangre, orina, imágenes o laparotomía exploratoria para confirmar o descartar una apendicitis, razones por la que hubo un error de diagnóstico.

No obstante, olvidó que los medios de convicción incorporados no demuestran que ese fuera el camino a tomar en casos como el que nos ocupan donde en atención a los síntomas y signos que presentó el paciente no había lugar siquiera a sospechar esa patología.

Acoger la postura de los recurrentes es olvidar que *“no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de*

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. 26 de noviembre de 2010. Ref.: Expediente No.11001 3103 013 1999 08667 01.

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. 26 de noviembre de 2010. Ref.: Expediente No.11001 3103 013 1999 08667 01.

*la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita*⁵.

7. Otro punto de embate es que la Corte Suprema de Justicia, ha tratado casos similares en los que ha soportado sus decisiones en literatura médica y ha condenado en casos de diagnóstico erróneo o tardío por considerar que la muerte por apendicitis y peritonitis son claramente evitables.

7.1. Teniendo en cuenta el principio de la necesidad de la prueba consagrado en el artículo 164 del código General del Proceso que ordena al juez soportar todas sus decisiones en “*las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*”, se pasa a verificar en particular la documental presentada por el recurrente que denomina literatura médica y que tiene que ver con los puntos de apelación:

7.1.1. Página de internet de Medline Plus, “*información de salud para usted*”, con respecto al acetaminofén, en particular dice que se “*encuentra en una clase de medicamentos llamados analgésicos (calmantes para el dolor) y antipiréticos (para bajar la fiebre)*”. Funciona al cambiar la forma en que el cuerpo siente el dolor y por el enfriamiento del cuerpo. (fls. 29, página 58, pdf. 04 expediente escaneado, 01 cuaderno principal).

7.2.2. Página de internet de Medline Plus, con título “*apendicitis*”. Define en que consiste, sus causas, sobre sus síntomas dice: “*los síntomas de la apendicitis pueden variar. Puede ser difícil diagnosticarla en niños pequeños, adultos mayores (...). El primer síntoma a menudo es el dolor alrededor del ombligo en la parte media superior. Este dolor inicialmente puede ser leve al principio, pero se vuelve más agudo y grave. Es posible que se presente inapetencia, náuseas y vómito y un bajo grado de fiebre*”.

Describe también que el “*el dolor tiende a desplazarse a la parte inferior derecha del abdomen y tiende a concentrarse en un punto directamente sobre el apéndice llamado el punto de McBurney. Esto ocurre con mayor frecuencia de 12 a 14 horas después del comienzo de la enfermedad. El dolor puede empeorar al caminar, toser o hacer movimientos súbitos. Los síntomas tardíos incluyen heces duras, diarrea, fiebre y náuseas y vómito*” (fls. 24, página 58, pdf. 04 expediente escaneado, 01 cuaderno principal).

⁵ CSJ, sentencia de 26 de septiembre de 2002, exp. 6878, M.P. Jorge Santos Ballesteros, citada en sentencia de 14 de diciembre de 2012, exp. 2002 00188 01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

7.2. Desafortunadamente, esta documental es insuficiente para llevar al convencimiento de que los médicos que trataron al niño en este caso incurrieron en error de diagnóstico inexcusable.

No tiene soporte de su cientificidad, no obra en el proceso respaldo que permita corroborar que se trata de un aporte científico, esto es que correspondan a conceptos rendidos por expertos en la materia.

Pasando inadvertido lo anterior, si bien tiende a ilustrar con respecto a que el uso del acetaminofén cambia la forma en que el cuerpo siente el dolor, no tiene soporte científico de esta afirmación y menos de cara a una apendicitis como la que nos ocupa.

Los médicos que vinieron a juicio sostuvieron que ese medicamento no enmascara los síntomas de apendicitis, e incluso el Ministerio de Salud sostuvo esto mismo, situaciones que restan de toda credibilidad a dicha literatura.

Nótese, esta entidad dijo: *“dentro de la evidencia médica establecida y los estudios realizados en la actualidad, no se evidencia una diferencia establecida en la variación de los síntomas en paciente que se la ha suministrado analgesia”* (pág. 3, 24 Respuesta Ministerio de Salud, 01 Cuaderno Principal).

De otro lado, esos documentos no describen con precisión y claridad síntomas puntualmente para la patología que nos ocupa, esto es para una apendicitis atípica -pélvica-. Es tan inaplicable a este caso que describe que el dolor migra al lado donde se ubica el apéndice, lado derecho del abdomen -fosa iliaca derecha-, y es precisamente este el síntoma o signo que no tuvo el niño y que impidió llegar al diagnóstico de su padecimiento.

No podría la Sala prohiar una condena en este caso solo porque el paciente en su momento presentó dolor abdominal, náuseas o vómito, cuando es claro que no son signos inexorables e indicativos de apendicitis, sino de cualquier otra patología, así lo sostuvieron los especialistas que declararon en este juicio, inclusive el Ministerio de Salud dijo: *“el dolor abdominal no siempre quiere decir un diagnóstico de*

apendicitis pues existen otros diagnósticos diferenciales” (pag. 3, 24 Respuesta Ministerio de Salud, 01 Cuaderno Principal).

Lo anterior se agudiza si no se pasa desapercibido que en las dos primeras consultas, el niño presentó síntomas respiratorios y urinarios que sumados a la atipicidad del cuadro de apendicitis, a todas luces impide que de una manera tan mecánica o simple se encaje este caso en un resultado que ni siquiera expertos en la materia pudieron en su momento.

En la actualidad es claro que el paciente padeció una apendicitis, sin embargo, la responsabilidad médica debe juzgarse atendiendo las circunstancias que se presentaron en su momento, debe mirarse de manera retrospectiva y en este juicio se evidenció que el niño no presentó signos de irritación peritoneal, o indicativos de apendicitis para esos momentos.

La Corte Suprema de Justicia, ha explicado: *“en todo caso, y esto hay que subrayarlo, ese error debe juzgarse ex ante, es decir, atendiendo las circunstancias que en su momento afrontó el médico, pues es lógico que superadas las dificultades y miradas las cosas retrospectivamente en función de un resultado ya conocido, parezca fácil haber emitido un acertado diagnóstico”*⁶.

7.3. Con todo, cabe precisar que la denominada literatura médica no es el único medio de prueba que obra en este juicio, además de la historia clínica traída, están los peritajes de expertos en pediatría, conceptos de esta misma especialidad de cara al caso, y sobre todo el testimonio técnico del cirujano pediatra que intervino al niño y que bajo la gravedad de juramento explicó sus hallazgos, sin que obre prueba que derribe estas conclusiones.

Acoger las pretensiones solo con base en dichos documentos e ignorando los demás medios de convicción es pasar por alto las reglas de valoración de la prueba, los conceptos de expertos en la materia y omitir efectuar un razonamiento probatorio serio. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

La falta de racionalidad en el análisis del conocimiento experto y el irrespeto por la ciencia son propiciados por la actitud impasible del juzgador. Se genera,

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. 26 de noviembre de 2010. Ref.: Expediente No.11001 3103 013 1999 08667 01.

a veces, creyendo con inaceptable ligereza, en una actitud omnisciente, que puede suplantar a los expertos, definir cuál es el conocimiento vigente, cómo se aplica y extraer conclusiones sin ningún tipo de respaldo metódico. Es el caso en que al amparo de un supuesto “conocimiento científico afianzado” utiliza la información reportada en internet, artículos y demás, al margen de cualquier juicio epistémico, desconociendo los estándares básicos fijados por el legislador para la prueba pericial. Es una afrenta no sólo de las reglas probatorias, sino además de un razonamiento probatorio serio⁷.

8. Alegó también la parte actora que no se tuvo en cuenta la respuesta del Ministerio de Salud relativo a que la parasitosis es un índice de sospecha de apendicitis, el coproscópico mostraba infección fuerte, y no tomaron la apendicitis como un posible diagnóstico.

Para desechar este cargo basta poner de presente que los medios de convicción no demostraron que el niño tuviera una parasitosis que necesariamente implicara una sospecha de apendicitis o de algún proceso inflamatorio abdominal.

Según se explicó, el resultado del coprológico que le hicieron en la cuestionada atención médica no arrojó el parásito denunciado en la demanda -tricocéfalo-, solo se encontraron B. Hominis (fls. 20, pag. 41, 04Expediente escaneado, 01 Cuaderno principal), que su presencia no es indicativa de “*proceso inflamatorio abdominal, incluso se pueden considerar dentro de la flora intestinal normal no patológica*” (Cfr Dictamen pericial pediatra Andrés Felipe Galindo, respuesta pregunta No. 15).-

Ahora, el Ministerio de Salud en el concepto rendido ante la pregunta relativa a si “*debe sospecharse cuadro clínico de apendicitis en paciente que se quejan de dolor abdominal*”, contestó: “*se debería tener en cuenta como diagnóstico, pero sin embargo existen otras causas que se quejan de dolor abdominal*” (respuesta pregunta 13), sin embargo en este caso es claro que se tuvo en cuenta, los registros médicos de atención revelan que el paciente fue examinado en búsqueda de signos de irritación o defensa abdominal que no fueron perceptibles de forma temprana por las razones esbozadas.

9. Lo analizado permite descartar el punto de apelación relativo a que se debió aplicar el principio *res ipsa loquitur*. En este caso, no es evidente que se incurrió en

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL.. M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.SC5186-2020. Radicación: 47001-31-03-004-2016-00204-01. Sentencia del dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020).

un error de diagnóstico que de lugar a la estructuración de la responsabilidad médica.

El cuadro clínico que presentó el paciente, cuya causa se originó en la apendicitis atípica, no permitía su diagnóstico temprano, sumado a los demás síntomas que desviaron la atención de los galenos (rinofaringitis, gastroenteritis viral, infección urinaria), situaciones que enervan cualquier viso de imprudencia, impericia, ligereza o descuido de su parte.

Es importante recordar, *“será el error culposo en el que aquel incurra en el diagnóstico el que comprometerá su responsabilidad; vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con una equivocada diagnosis ocasionen”*⁸.

Es que los médicos *“comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnóstica que otro profesional de su misma especialidad no habría acogido”*⁹, y es precisamente esto lo que se echa de menos, resultando imperioso desechar cualquier comentario fundado en el sentido común y no en el conocimiento profesional, científico y serio que el caso ameritaba.

10. Finalmente, todo lo visto revela que las pretensiones subsidiarias ¹⁰ también estaban condenadas al fracaso. Sino se demostró que otro profesional en idénticas circunstancias a las que enfrentaron los médicos que atendieron al niño, hubiese emitido una impresión diagnóstica distinta, no puede entenderse que la falta de atención oportuna y diligente que hubiese podido incidir positivamente en las posibilidades de recuperación o vivir es producto del actuar reprochable de los demandados.

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. 26 de noviembre de 2010. Ref.: Expediente No.11001 3103 013 1999 08667 01.

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. 26 de noviembre de 2010. Ref.: Expediente No.11001 3103 013 1999 08667 01.

¹⁰ *“Que se declare que las entidades demandadas, son responsables solidariamente por pérdida de la oportunidad de vivir, ocasionada con la muerte del menor MIHAEL SANTIAGO RIVERA BELLO”.*

En el fondo se evidencia es que la atipicidad de la apendicitis que presentó el paciente, impide que los medios de convicción dejen ver que la posibilidad de vivir se perdió por un error culpable de los médicos, esto es no acorde con *lex artis medicorum*, imponiendo estarse a que su recuperación quedó supeditada a lo eventual e hipotético, cuyo daño no es susceptible del reconocimiento de una indemnización.

11. Se confirmará la sentencia atacada. Los puntos de inconformidad resultan estériles.

12. Se condenará en costas a la parte demandante y en favor de los demandados, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. Confirmar la sentencia del 18 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto en referencia.

SEGUNDO. Condenar en costas a la parte actora en favor de los demandados. Como agencias en derecho por la segunda instancia el Magistrado sustanciador fija la suma de \$1.000.000. Ante el *a quo* efectúese la correspondiente liquidación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE;

Los Magistrados,

Firmado electrónicamente

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Firmado electrónicamente

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Firmado electrónicamente

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Firmado Por:

Ivan Dario Zuluaga Cardona

Magistrado

Sala 010 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Martha Isabel Garcia Serrano

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 009 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

1a7535d46fae743470cc9886d19e20b533267164eaa4267a9cacb1985f52c7f0

Documento generado en 06/10/2021 11:58:48 AM

Valide este 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, seis de octubre de dos mil veintiuno

(Proyecto discutido y aprobado en sesión de veintitrés de septiembre de
dosmil veintiuno)

Proceso : *Acción de protección al consumidor.*
Asunto : *Apelación Sentencia*
Ponente : **JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS.**
Demandante: *Ricaurte Oviedo Martínez*
Demandada : *BBVA Seguros de Vida Colombia y o.*
Radicado : *11 001 31 99 003 2019 03075 01.*

ASUNTO A TRATAR.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, el 28 de octubre de 2020, dentro de la acción de protección al consumidor promovida por don Ricaurte Oviedo Martínez contra BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. y BBVA Colombia S.A.

LAS PRETENSIONES.

Literalmente se formularon así:

“1. Que se le pague la póliza Familia Vital en favor de mi cliente por cuanto la situación de 30 de noviembre de 2018 se encuentra al cubierto de dicha póliza la cual se adquirió por concepto de un préstamo nuevo por valor de \$25.000.000, teniendo un préstamo anterior por valor de \$150.000.000

2. Que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho”.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

Se expusieron los siguientes:

1. En el mes de noviembre de 2018 (pero no indicó la fecha), el aquí actor adquirió con BBVA Seguros Colombia S.A. un seguro de vida denominado Familia Vital con el que se amparó la incapacidad total y permanente.

2. En el mismo noviembre de 2018 (también sin precisar la fecha), el ahora demandante fue sometido a valoración por la Junta Médico laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, y se le determinó una incapacidad permanente parcial con una pérdida de capacidad laboral del 52.93%, que le fue notificada el 27 de marzo de 2019.

3. El señor Oviedo Martínez presentó la reclamación ante la aseguradora, y ésta le respondió el 12 de abril de 2019 que no era posible realizar el pago del seguro porque la

incapacidad comentada ya era un hecho cierto el 30 de noviembre de 2018.

TRÁMITE Y REPLICA.

1. El 3 de octubre de 2019 se admitió la demanda. En ese mismo auto el Despacho consideró que “(...) *para resolver sobre lo pretendido de manera definitiva de la forma que se considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, se entiende que la acción se dirige también contra BBVA COLOMBIA S.A.*”. En consecuencia, dispuso vincularla y ordenó notificar a las demandadas (fls. 1 a 3 archivo “002.pdf”, primera instancia, expediente digital).

2. BBVA Seguros Colombia S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y formulando excepciones de mérito que denominó: “*ausencia de información por parte del asegurado en la etapa precontractual*”, “*nulidad relativa de los contratos de seguro (póliza vital, póliza vida grupo deudores amparando crédito 9611605823 y 9600324425*”, “*diligencia profesional por parte de BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.*”, “*inexistencia de la obligación a indemnizar por falta de uno de los requisitos esenciales del contrato de seguro (riesgo asegurable)*”, “*información al consumidor financiero*” y “*excepción genérica*” (fls. 1 a 14 archivo 2019134661-013-000, carpeta 13, primera instancia, expediente digital).

3. El Banco BBVA Colombia S.A. replicó haciendo pronunciamiento sobre los hechos de la demanda y planteó

como medios exceptivos los que nominó “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, “*inexistencia de la fuente de la obligación que se reclama mediante este proceso*”, y “*la genérica*” (carpeta 14, primera instancia, expediente digital).

LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

La primera instancia terminó con sentencia emitida el 20 de octubre de 2020, en la cual se decidió literalmente así:

“PRIMERO: DECLARAR no próspera la excepción denominada por BBVA COLOMBIA S.A. ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’ en lo que atañe a la PÓLIZA DE VIDA GRUPO DEUDORES.

SEGUNDO: DECLARAR próspera la excepción denominada por BBVA COLOMBIA S.A: ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’ en lo que corresponde a la PÓLIZA DE SEGURO FAMILIA VITAL.

*TERCERO: **DECLARAR** probada la excepción de ‘HECHO CIERTO’ para la POLIZA FAMILIA VITAL y para la PÓLIZA DE VIDA GRUPO DEUDORES asociada al crédito identificado en el número terminado en ****4425 de titularidad del señor RICAURTE OVIEDO MARTÍNEZ.*

CUARTO: DECLARAR fundada la excepción que BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. denominó: NULIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO POR RETICENCIA, para la póliza DE VIDA GRUPO DEUDORES asociada al crédito

*identificado en el número terminado en ****5823, de titularidad del señor RICAURTE OVIEDO MARTÍNEZ.*

QUINTO: DECLARAR de oficio la excepción de AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONTRACTUAL DEL BBVA COLOMBIA S.A.

SEXTO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: SIN CONDENA en costas”.

Para decidir así, el señor *iudex a quo* analizó, en primer lugar, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Banco BBVA Colombia S.A., la que halló impróspera con relación al contrato de seguro de vida grupo deudores, en el cual actuó el banco como tomador; sin embargo, consideró probada la defensa mencionada respecto de la póliza familia vital, debido a que la entidad bancaria la comercializó, pero con ocasión del contrato que celebró con la aseguradora, denominado uso de red, lo que trasladó la responsabilidad contractual a ésta.

Explicó que la excepción de “*hecho cierto*” prosperó porque el contrato de seguro contenido en la póliza familia vital se expidió el 30 de noviembre de 2018, momento en el cual ya se le había dictaminado al asegurado la pérdida de capacidad total y permanente del 52.93%, lo que aconteció el 13 de ese mismo mes, a través del acta 104628 de la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. De manera que el siniestro que se pretendía

amparar ocurrió antes que el actor adquiriera la póliza. Agregó que haberle notificado la calificación al señor Oviedo Martínez en el año 2019 no le resta valor a la existencia de la pérdida de capacidad; y, por tanto, el riesgo dejó de ser incierto. También encontró probada la excepción aludida con respecto a la póliza de vida grupo deudores, asociada al crédito 4425.

Sobre la póliza asociada al crédito N° 5823 afirmó que está revestida de “*nulidad relativa de los contratos de seguro*”, porque, con la historia clínica, el dictamen de pérdida de capacidad laboral del actor y los interrogatorios de parte absueltos por éste y el Gerente de suscripción del BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., se acreditó que el señor Oviedo conocía diversas patologías por las que fue tratado y, aún así, guardó silencio al momento de suscribir el contrato de seguro. De manera que fue reticente con una información que, de haber sido conocida por la aseguradora, se hubiese abstenido de celebrar ese contrato de seguro, o lo habría hecho en otras condiciones. En consecuencia, la compañía de seguros tiene derecho a retener la totalidad de las primas a título de pena.

Por otro lado, consideró que no se probó incumplimiento alguno del banco, en su calidad de tomador de la póliza de vida grupo deudores, por lo que no puede ser declarada responsable contractualmente.

EL RECURSO DE APELACIÓN

1. Inconforme con la decisión proferida por la señora *iudex a quo*, la parte demandante interpuso el recurso de apelación, cuyos reparos concretos planteó así:

(i) Refirió que al señor Oviedo Martínez “(...) *ni el Banco ni la entidad Vital Red, afiliada al mismo ente bancario, solicitaron y mucho menos ordenaron el examen físico, además, debe tenerse en cuenta que lo dicho en la solicitud de dicho seguro es apócrifo por cuanto no es mi firma, por lo que lo allí escrito, que es a lo que la delegatura se refiere, carece de valor probatorio*”.

(ii) Alegó que no se puede declarar nulo el contrato porque reúne los requisitos legales.

(iii) Señaló que en el caso examinado “(...) *ninguna de las partes demandó la anulación del contrato y de esta manera haber obtenido la reducción a un porcentaje de la prestación asegurada*”.

(iv) Afirmó que la reticencia en la declaración del estado del riesgo es imputable al titular del interés, pero en el particular no se configuró, porque el asegurado adquirió la póliza el 30 de noviembre de 2018, misma fecha en que el Departamento de Sanidad del Ejército Nacional dictaminó la incapacidad y que el demandante desconocía; que apenas en el año siguiente se le notificó, por lo que obró de buena fe.

(v) Adujo que “(...) *la culpa del asegurador profesional especializado, se deduce del desconocimiento de los hechos o circunstancias que normalmente deben ser conocidos por el asegurador prudente y diligente*”.

Con esos planteamientos reclamó la revocatoria del fallo de primer grado.

ASPECTOS JURÍDICOS PROCESALES, PROBATORIOS Y SUSTANCIALES.

1. Nulidades. No se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta el presente procesal.

2. Presupuestos procesales. Todos están satisfechos, luego no es necesario realizar pronunciamiento particularizado al respecto; así que se puede penetrar en el mérito del asunto.

3. La competencia del superior. Por mandato expreso del artículo 328 del C. G. P., el “*juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos en la ley.*” Así que cuando sólo apela una de las partes, como en este caso aconteció, la competencia de la segunda instancia se reduce a resolver los reparos concretos formulados y debidamente sustentados por el impugnante a la sentencia de primer grado. Para delimitar el ámbito de acción del juez de segundo

grado es que la misma codificación, en el artículo 322, numeral 3, inciso segundo, exige al recurrente “**precisar, de manera breve, los reparos concretos** que le hace a la decisión (...)” (Negrillas ajenas al original).

4. La controversia. En este caso, la parte actora reprochó que la juez *a quo* se negara las pretensiones de la demanda con fundamento en la figura de la reticencia y la calificación de pérdida de capacidad laboral que se le hizo al señor Oviedo Martínez el 30 de noviembre de 2018. Según plantea en la sustentación del recurso no tuvo lugar ninguna de tales situaciones; además, que negó haber firmado la declaración de asegurabilidad.

4.1. Es apropiado y pertinente destacar que ningún reproche formuló el impugnante contra la decisión de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad bancaria, ni la acoger la denominada “*ausencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil contractual del BBVA Colombia S.A.*” que oficiosamente declaró la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera. Por tal motivo, la Colegiatura queda relevada e inhibida para cualquier análisis al respecto.

4.2. La Sala estima necesario hacer una precisión acerca de la prosperidad de la excepción que en el ordinal tercero de la sentencia atacada se mencionó como “*hecho cierto*”, porque al ver el contenido de la contestación presentada por la aseguradora se avistan seis defensas¹, pero ninguna de ellas

¹ Ver folios xx Derivado 13.

intitulada como se dijo. Sin embargo, de acuerdo con las consideraciones que hizo la Delegatura de la Superintendencia Financiera, en armonía con el soporte de la excepción de “*inexistencia de la obligación a indemnizar por falta de uno de los requisitos esenciales del contrato de seguro (riesgo asegurable)*”, se entiende que fue ésta la que se abrió paso, sin que lo anotado afecte la decisión.

5. La acción de protección al consumidor financiero.

La ley 1328 de 2009 establece las reglas y principios que orientan la protección de los consumidores financieros respecto de las relaciones que tengan con las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera (art. 1), en desarrollo de los postulados, derechos y garantías consagrados en el artículo 78 de la Constitución Política Colombiana de 1991, a favor de esta clase de personas.

También la ley 1480 de 2011 contiene clara regulación del ámbito de actuación y decisión del juez de la causa este tipo de litigios. Así, por ejemplo, en el canon 58, numeral 9, literalmente dispone que: “[A]l adoptar la decisión definitiva, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir”. Así que, por fuerza imperativa de lo que manda esta regla legal, el juez tiene facultades más amplias para resolver los litigios; pero, desde luego, eso no significa en modo alguno

desconocer el postulado de congruencia de la sentencia que consagra y regula el artículo 281 del C. G. P., en el que también se han fijado una excepciones o pautas especiales.

En este asunto, el demandante fundó su pretensión en el contrato de seguro que celebró con la aseguradora demandada y que se documentó en la “*PÓLIZA FAMILIA VITAL RED No. 00130142052532112202*”. Sin embargo, al detener la mirada en ese *petitum*, se advierte prontamente la necesidad de examinar los demás contratos aseguraticios que ligaron a las partes, como lo hizo la juez de primer grado, para no sacrificar los intereses de la parte actora, pero sin trasgredir el derecho de defensa y contradicción de BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. ni del Banco BBVA Colombia S.A., que fue vinculado al proceso.

En efecto, con la demanda y la contestación de la aseguradora se allegaron las objeciones que formuló esta última entidad a la reclamación por la póliza seguro de vida grupo deudores, ligadas a los créditos terminados en 4425 y 5823, de las cuales se pidió su afectación en abril de 2018 por el demandante ante la aseguradora². Y al fijar el litigio se tuvieron como ciertos los hechos relacionados con la adquisición de los citados contratos de seguro³, sin que las partes presentaran reproche alguno.

² Ver “*Audiencia Virtual 2019-3075 Octubre 07 de 2020 9_00 a.m. Rad 2019134661 (4)*”, interrogatorio de parte representante legal de la aseguradora a partir de 1h 4 Minutos 25 segundos.

³ Ver “*Audiencia Virtual 2019-3075 Octubre 07 de 2020 9_00 a.m. Rad 2019134661 (2)*”, fijación del litigio a partir de 7 Minutos 56 segundos.

6. Los reparos formulados. Para resolver con orden lógico y comprensible los reparos formulados, habrá de analizarse primero el relacionado con la presunta falsedad de la firma del señor Oviedo Martínez, en la declaración de asegurabilidad del Seguro Familia Vital; luego, se revisará la discusión en torno a si es requisito para la aseguradora realizar examen físico al potencial tomador y asegurado en este tipo de contrato; y finalmente, se despachará lo atinente a si existió o no reticencia del actor al momento de declarar su estado de riesgo ante la aseguradora para cada uno de los contratos de seguro que adquirió y si se podía declarar la nulidad del contrato de seguro.

6.1. La falsedad de la firma en el formulario de solicitud de seguro. Con relación al primer cuestionamiento, el relativo a la falsedad que alega el pretensor, es preciso resaltar que al momento de responder el cuestionario formulado en la diligencia de interrogatorio de parte, aquél manifestó que las firmas que aparecen en la solicitud del seguro debatido no son suyas; y que así lo puso en conocimiento ante la autoridad competente, de lo cual da cuenta la denuncia que formuló por el tipo penal de abuso de confianza, contra la aseguradora⁴. Y al sustentar el recurso de apelación, insistió en calificar de apócrifo ese documento.

A pesar de tal planteamiento, es necesario resaltar que tal documento fue aportado con la contestación de la demanda, presentada mediante correo electrónico de

⁴ Ver derivado 47.

septiembre de 2020⁵. Sin embargo, no fue tachado de falso en la debida forma y oportunidad, con sujeción a las reglas contenidas en el artículo 269 del Código General del Proceso. Esa sola razón es bastante para impedir cualquier intento de negación de valor o menosprecio probatorio, porque no se desvirtuó la presunción de autenticidad que le confiere el artículo 244 del mismo compendio. Además, ni la sola denuncia del presunto delito, ni el simple dicho de la parte a quien, por cierto, le perjudica esta probanza, impone tener por cierta la ocurrencia de la pregonada ilicitud.

En efecto, la copia del documento contentivo de la denuncia, o la constancia de haberla formulado, sólo alcanzan a probar por sí mismos el hecho de haber formulado esa queja y la fecha en que lo hizo; pero no el hecho denunciado. Es postulado de derecho a que nadie le es permitido fabricar su propia prueba de favor. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en este puntual aspecto, ha reiterado:

“(...) la jurisprudencia ha decantado que las declaraciones de las partes alcanzan relevancia, sólo en la medida en que “el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba” (sentencia de 13 de septiembre de 1994,

⁵ Ver folio 25 derivado 13 y derivado 44.

citada por Sent. Cas. Civ. de 27 de julio de 1999 Exp. No. 5195)

En el mismo sentido, la Corte⁶ ha reconocido que, en principio, “a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte, pues ello sería tanto como admitir que el demandado, ‘mutatis mutandis’, pudiera esculpir su propia prueba, en franca contravía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho procesal” (Sent. Cas. Civ. de 4 de abril de 2001, Exp. No. 5502).”⁷

Estos razonamientos bastan para el fracaso de la censura en este preciso aspecto.

6.2. El riesgo asegurado en los contratos de seguro de las pólizas Familia Vital RED N°. 00130142025232112202 y Vida Grupo Deudores N° 0110043 vinculada al crédito 9600324425. Para resolver este cuestionamiento es preciso hacer las reflexiones que siguen:

(i) El artículo 1054 del Código de Comercio literalmente dispone: “[d]enomínase riesgo el suceso incierto que no depende

⁶ Sentencias de casación de 4 de abril de 2001, Exp. No. 5502; 22 de abril de 2002, Exp. No. 7082; 29 de agosto de 2002, Exp. No. 6932; 31 de octubre de 2002, Exp. No. 6459; 28 de marzo de 2003, Exp. No. 6709; 23 de marzo de 2004, Exp. No. 7533; 25 de abril de 2006, Exp. No. 1037-01,

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC. 27 de junio de 2007, exp. No. 73319-3103-002-2001-00152-01

exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.” (Subrayas a propósito).

El preciso y clarísimo texto normativo releva de hacer prolijas elucubraciones para su entendimiento. Es bastante lógico que, si el riesgo ha desaparecido porque ya ocurrió el hecho temido, estamos ante un episodio cierto; ya no existe incertidumbre objetiva o real.

(ii) En el asunto bajo examen se observa que en la póliza Familia Vital RED N° 00130142025232112202⁸ se pactó el amparo de 5 riesgos, entre los que se halla el de *“incapacidad total y permanente, desmembración e inutilización”*, con un valor asegurado de \$150.000.000. Y en la de Seguro de Vida Grupo Deudores Premium N° 02 221 0000096523, formalizada el 12 de diciembre de 2018, expedida con ocasión de la obligación que el señor Oviedo Martínez adquirió con el Banco BBVA Colombia S.A., identificada con el N° 013-0142-19-9600324425, se amparó *“Vida (muerte por cualquier causa) (...) Incapacidad total y permanente”*. Así se acreditó con la certificación del Área de Canales y Servicio de la aseguradora⁹ en conjunto con la *“Solicitud/Certificado Individual Seguro de Vida Grupo Deudores Póliza No. 0110043”*, en la que se

⁸ Ver folio 20 del archivo “2019-134661-013-000” del derivado 13.

⁹ Ver folio 34 del archivo 2019-134661-013-000.Pdf del derivado 13.

consignó “*valor asegurado \$25.000.000 / 9600324425 (...) para constancia se aprueba y firma en la ciudad de Bta el 6 de 12 de 2018*”¹⁰. Es indiscutible, pues, que se pactó como riesgo amparado en ambos seguros, el de “*incapacidad total y permanente*”, además de los otros que figuran en ellos.

(iii) El recurrente reprocha que no se haya considerado el hecho de que apenas en el mes de marzo de 2019 fue notificado; que adquirió la póliza el 30 de noviembre de 2018, y en esa misma fecha el Departamento de Sanidad del Ejército Nacional dictaminó la incapacidad, lo que aquél desconocía.

Este planteamiento no es admisible porque lo que constituye un hecho cierto es la existencia de la patología que padecía el señor Oviedo Martínez desde antes de contratar el seguro. Ni el dictamen de incapacidad producido el mismo 30 de noviembre de 2018, ni la notificación del mismo el 27 de marzo de 2019, tienen aptitud para cambiar el estado de cosas. Es que la enfermedad no fue creada ni descubierta por medio de la citada experticia, simplemente determinó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral causada por una patología que aquel padecía y venía desarrollando.

(iv) Por otro lado, el pretensor tenía pleno conocimiento de su padecimiento de salud; pues, le venía siendo tratado desde hacía varios años. Así quedó en evidencia con confesión del demandante en el interrogatorio de parte que absolvió. En efecto, al ser consultado por padecimientos en sus rodillas, manifestó: “*Sí, es un problema que he venido sufriendo yo creo*

¹⁰ Ver folio 1 del archivo OVIEDO 4425.PDF del derivado 48.

que más de 10 u 8 años, ya que fui deportista de alto rendimiento en las mismas fuerzas militares, paracaidista y la actividad militar normal, entonces de ahí problemas de desgaste de rodillas, pies, hallux valgus, espolón calcáneo, escoliosis mecánica en espalda y cadera y al incremento de la edad me ha afectado más”¹¹. Esa versión coincide en cuanto a las patologías, con lo consignado en el “CONCEPTO MÉDICO 117053” de 29 de noviembre de 2016 que se otorgó a nombre del actor y en el cual se dejó asentado:

“10 años Artrosis de rodillas con dolor edema, imposibilidad funcional, dolor, deformidad en ambos pies con hallux valgus severo, espolón calcáneo bilateral (...)

6. Diagnóstico: 1) Dorsalgia y lumbalgia Mecánica.

2) Artrosis severa de ambas rodillas,

3) Hallux valgus bilateral.

4) Espolón calcáneo bilateral.

5) Omalgia bilateral.

6) Artrosis de caderas”

Y en el “ACTA DE JUNTA MÉDICA LABORAL No. 104628” de 13 de noviembre de 2018, además de las enfermedades óseas ya descritas, fueron incluidas estas otras:

“Fecha: 08/11/2017 Servicio: OTORINOLARINGOLOGIA.

FECHA DE INICIO PACIENTE CON TINNITUS DE 6 AÑOS DE EVOLUCIÓN (...)

Fecha: 29/08/2018. Servicio: GASTROENTEROLOGIA.

¹¹ Ver “Audiencia Virtual 2019-3075 Octubre 07 de 2020 9_00 a.m. Rad 2019134661 (4)”, interrogatorio de parte demandante a partir de 56 Minutos 26 segundos.

FECHA DE INICIO PACIENTE CON CUADRO DE EPIGASTRALGIA, AGRIERAS DE 3 AÑOS DE EVOLUCIÓN. REFIERE HEMATOQUEZIA OCASIONAL SIGNOS Y SINTOMAS: SEPTIEMBRE 2017 (...)

Fecha: 14/02/2018 Servicio: PSIQUIATRIA (COMITÉ BASAN)

FECHA DE INICIO: PACIENTE REFIERE CUADRO DE +/- 4 AÑOS DE PESADILLAS, INESTABILIDAD, INTOLERANTE (...)”.

De manera que las afecciones de salud generadoras de la incapacidad laboral, eran ciertas y bien conocidas aún antes de haberse realizado la revisión y estudio del caso por la junta médica laboral el 13 de noviembre de 2018. Así lo quedó demostrado con el acta de la junta médica laboral realizada el 13 de noviembre de 2018 (que fue aportada con la demanda), en la cual se dejó advertido que el aquí actor padecía “14)HALLUS VALGUS BILATERAL VALORADO Y TRATADO POR ORTOPEdia EN JML ANTERIOR N° 10724/05 – 15) ESPOLÓN CALCÁNEO BILATERAL SUCEPTIBLE DE MANEJO MÉDICO, VALORADO Y TRATADO POR ORTOPEdia. CONTROLADO. - 16) OMALGIA BILETERAL SUCEPTIBLE DE MANEJO MÉDICO, VALORADO Y TRATADO POR ORTOPEdia. CONTROLADO, SIN DOCUMENTACIÓN DE DAÑO ESTRUCTURAL – ARTROSIS DE CADERA VALORADO Y TRATADO POR ORTOPEdia. CONTROLADO, SINTOMÁTICA SIN DOCUMENTACIÓN DE DAÑO ESTRUCTURAL. – 18) ARTROSIS RODILLAS BILATERAL VALORADO Y TRATADO POR ORTOPEdia” (Fl. 5 del archivo 000pdf). Así que se trata de un conjunto de patologías en el sistema óseo que ya le habían generado al aquí demandante unos efectos en su salud

que perfectamente conocía y soportaba; luego, no hay duda del hecho cierto y consolidado al momento de solicitar los aludidos seguros.

(v) Ahora, de acuerdo con lo previsto en el canon 1045 del Código de Comercio, los elementos esenciales del contrato de seguro son: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro, y la obligación condicional del asegurador; y “[e]n defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.”. De manera que, la falta de riesgo asegurable demostrada en este caso, bastaría para pregonar la ineficacia del contrato de seguro; pero, sólo puede ser pregonada con respecto a ese amparo; pues, hay otros que podrían quedar a salvo, lo cual no es materia de controversia en este caso, ni en esta instancia.

(vi) En el estado de cosas que se viene de reseñar, se impone concluir que la señora *iudex a quo* no incurrió en el dislate que le imputa el recurrente al acoger la que fue denominada excepción de “*inexistencia de la obligación a indemnizar por falta de uno de los requisitos esenciales del contrato de seguro (riesgo asegurable)*”, con relación al contrato de seguro contenido en la póliza familia vital Red N° 00130142052532112202.

6.3. La falta del examen físico al aquí actor, cuando solicitó el seguro y el acogimiento de la excepción de nulidad de la póliza de seguro de vida grupo deudores. Únicamente se analizará en torno a la Póliza de Seguro de Vida Grupo Deudores No. 02 219 0000238362, con certificado

0013-0158-60-4005625371, expedida el 30 de octubre de 2017, asociada al crédito u obligación N° 0013-0158-00-9611605823 que Oviedo Martínez tiene con la entidad bancaria¹²; pues, fue sólo con respecto a esa póliza que se declaró la prosperidad de la excepción¹³.

El artículo 1058 del actual Código de Comercio dispone:

“ART. 1058. El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

“Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

“Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero

¹² Ver folio 33 del archivo 2019-134661-013-000.Pdf del derivado 13 y folio 1 del archivo OVIEDO 5823.PDF del derivado 48.

¹³ Literalmente la demandada la denominó “NULIDAD RELATIVA DE LOS CONTRATOS DE SEGURO (póliza familia vital No. *112202, Póliza vida grupo deudores amparando crédito 9611605823 y 9600324425)”, que no como se consignó en el ordinal tercero del acta fechada 28 de octubre de 2020.

el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada, equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

“Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente”

Explicando esta norma, el maestro J. Efrén Ossa G. sostiene:

“El tomador no tiene por qué conocer todos los factores que determinan la peligrosidad de un riesgo. Ni siquiera los puramente objetivos, que inciden sobre el riesgo físico. Menos aún los subjetivos, que influyen sobre el riesgo moral. Y tampoco podría esperarse de él manifestaciones espontáneas que desdigan de su dignidad, de su honestidad, de su diligencia, de su honbría de bien. Apenas sí podría exigírsele información sobre factores objetivos de singular relieve como origen de eventuales peligros. El asegurador, en cambio, en razón de su profesión, tiene que estar al tanto de unos y otros. Y debe, en tal virtud, dirigir la declaración del tomador mediante un

cuestionario cuyas preguntas han de ser contestadas con el mayor escrúpulo intelectual.

“El consentimiento del asegurador es otorgado con base en la declaración del estado del riesgo. Y debe ser exento de todo vicio para que el contrato de seguro sea válido. Mal podrá ser fuente de obligaciones, si la declaración deforma el concepto del riesgo e induce al asegurador – prevalido de la estricta buena fe que es de la misma entraña del seguro – a formarse un juicio equivocado acerca de la extensión y alcance de los peligros que ha de asumir.” (Negrillas fuera del texto).¹⁴

Y más adelante, con relación a la declaración que debe hacer el tomador del seguro, el mismo autor enseña:

“La carga de la declaración del estado de riesgo es de la exclusiva incumbencia del tomador. El asegurador no está legalmente obligado a controlar su fidelidad, a confrontar con la realidad los hechos o circunstancias declarados, a investigarlos superficial o exhaustivamente. Si lo hace, en ejercicio de una política técnico-comercial, en desarrollo de una función preventiva, su conducta no está ciertamente exenta de consecuencias jurídicas.” (Op. Cit. Págs.328-329. Negrillas fuera del texto).

¹⁴ Ossa, J. Efrén. Teoría General del Seguro, Tomo II, El contrato, Editorial Temis, 1ª edición, 1991, pags. 326 y 327.

De manera que, además de la inexistencia de una norma que obligue al asegurador a realizar exámenes al tomador o solicitante del seguro, el principio de la buena fe que permea totalmente todos los contratos, y en el de seguro sube de tono hasta el punto de que se impone como regla la mediación de la denominada *ubérrima bona fides*, impone a las partes obrar con rigurosa sujeción a la verdad. Por consiguiente, cuando el asegurador pone a disposición del aspirante a tomador de un seguro las condiciones que considera determinantes para decidir si celebra o no el contrato y en qué términos, éste debe responder el cuestionado que se le formula o llenar la declaración de asegurabilidad con escrupulosa sujeción al estado de cosas que conoce al respecto.

En este caso, conforme se demuestra con la “*solicitud de certificado individual/seguro de vida grupo deudores 011043*” (Folio 24 del archivo 2019134661-013 pdf del derivado 13, y Derivado 36), se diseñó la declaración de asegurabilidad en la cual se formularon 19 preguntas relacionadas con patologías, entre las que se incluyen de modo expreso “*REUMATISMO, ARTRITIS GOTA O **ENFERMEDADES DE LOS HUESOS, MÚSCULOS O COLUMNA***” (Negrillas extratexto) y el aquí actor contestó que **no**, faltando a ese debe de obrar con la requerida *ubérrima bona fides*. Pero, además, conforme se ha resaltado en el análisis precedente, no eran solamente las afecciones de salud en su sistema óseo, sino también el mental y el nervioso; luego, faltó gravemente a la verdad al contestar el cuestionario que le fue presentado por la aseguradora, del cual dependía que aquella prestara su consentimiento para contratar el seguro y expedir la póliza comentada. Ese documento tiene

cabal mérito probatorio porque, como se concluyó aquí, no prosperó el argumento de la falsedad planteada por el actor.

En definitiva, se demostró la reticencia que apareja los efectos anulatorios del concurso de voluntades. Así que no erró la señora juez de primer grado al acoger la excepción de nulidad que, contrario a lo alegado por el recurrente, sí fue planteada por la convocada. En consecuencia, también este reproche fracasa.

6.4. Colofón adicional. No puede pasarse por alto que Oviedo Martínez incurrió en las mismas omisiones informativas al hacer sus declaraciones de asegurabilidad para obtener el amparo de familia vital y el seguro de vida grupo deudores asociado al crédito 4425; luego, en cualquier caso, las pretensiones están llamadas al fracaso.

6.5. Conclusión. La decisión de primer grado se ajustó a derecho y se acompasó con lo revelado por los elementos de juicio legal y oportunamente recaudados; por consiguiente, se impone su confirmación plena.

7. Las costas. Por las resultas del recurso, con fundamento en lo dispuesto en el canon 365, numeral 3, se habrá de condenar en costas a la impugnante a favor de la parte accionada. Como agencias en derecho, el magistrado sustanciador – Artículo 366, numeral 3 del C. G. P. – fija la suma de \$3.000.000 (Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, artículo 5º, numeral 1).

LA DECISIÓN

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

F A L L A :

PRIMERO: Se confirma la sentencia de fecha, contenido y procedencia, de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: Se condena en costas en esta instancia a la parte demandante a favor de la demandada. Como agencias en derecho, el magistrado sustanciador fija la suma de \$3.000.000. Líquidense por la secretaría de la primera instancia en la debida oportunidad.

TERCERO: En firme esta sentencia, devuélvase el proceso a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
Magistrado

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Manuel Alfonso Zamudio Mora

Magistrado

Sala 005 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

2364/12

Código de verificación:

b2ab771c2eb77ecf0e31c878d613130850ca730c2e21c3af08b944cef9259373

Documento generado en 06/10/2021 11:52:11 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Rdo. 044201700475 01

Se admite el recurso de apelación que el señor Luis Evelio Mayorga Avellaneda (demandante en reconvención) interpuso contra la sentencia de 25 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado 44 Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia.

La secretaría abone a este despacho la apelación que el señor Julio Roberto Ruiz Medina (demandante principal) interpuso contra el auto de la misma fecha.

Oportunamente, retorne el proceso al Despacho.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Exp.: 044201700475 01

Código de verificación:

ddfad777019d3c358ed0a694994bd637a79c35d5c81dc41effe8151dbbeb9dbd

Documento generado en 06/10/2021 08:48:56 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

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., seis de octubre de dos mil veintiuno.

Proceso: Verbal.
Demandante: Roberto Antonio Vale Cardozo.
Demandada: Inversiones Inalbos S. en C.
Radicación: 110013103031201700304 02.
Procedencia: Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá.

Como agencias en derecho correspondientes a esta segunda instancia se señala la suma de \$8'000.000,oo.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **8d5f2122aca50fd63f9e625399aba1e7c3485f9252fea041dc86211a5fefae3d**

Documento generado en 06/10/2021 02:52:49 PM

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

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., seis de octubre de dos mil veintiuno.

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión de la fecha.

Proceso: Verbal.
Demandante: Roberto Antonio Vale Cardozo.
Demandada: Inversiones Inalbos S. en C.
Radicación: 110013103031201700304 02.
Procedencia: Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto: Apelación de sentencia.

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la parte demandada principal y demandante en reconvención contra la sentencia proferida el 17 de julio de 2019 por el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. El señor Roberto Antonio Vale Cardozo, a través de apoderado judicial, instauró demanda en contra de Inversiones Inalbos S. en C.¹, en la que planteó las siguientes pretensiones principales:

1.1. Declarar la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa “CONDominio RESIDENCIAL KUBIK VERDE SECTOR DOS C”, celebrado el 20 de febrero de 2015, entre Inversiones Inalbos S. en C., como promitente vendedora y el señor Roberto Antonio Vale Cardozo, como promitente comprador.

1.2. En consecuencia, se ordenen las restituciones mutuas a que hace referencia el artículo 1746 del Código Civil.

¹ Folios 61 a 71 C.1 digital.

1.3. Condenar a la demandada a restituir a favor del demandante \$1.244'689.941,00, o la suma que resulte probada, correspondientes a lo pagado por el actor en desarrollo del contrato de promesa de compraventa, montos debidamente indexados.

1.4. Condenar a la demandada a pagar a favor del demandante los intereses moratorios causados sobre dichos valores, a la tasa máxima legal.

En subsidio pidió:

1.5. Declarar la inexistencia del contrato de promesa de compraventa "CONDominio RESIDENCIAL KUBIK VERDE SECTOR DOS C", al tenor de lo dispuesto por el artículo 898 del Código de Comercio.

1.6. Condenar a la demandada a restituir a favor del demandante \$1.244'689.941,00, o la suma que resulte probada; sumas debidamente indexadas.

1.7. Condenar a la demandada a pagar a favor del demandante los intereses moratorios causados sobre dichos valores, a la tasa máxima legal.

2. Como sustento fáctico del *petitum* se expuso:

2.1. El 20 febrero de 2015 entre Inversiones Inalbos S. en C., (representada en el acto por Verde 2ª 2B S.A.), en calidad de promitente vendedora y el señor Roberto Antonio Vale Cardozo, en calidad de promitente comprador, se celebró contrato de promesa de compraventa "condominio residencial Kubik Verde Sector Dos C", respecto del que se pactó un precio de \$2.650'000.000,00, de los cuales el promitente comprador pagó \$1.244'689.941,00.

2.2. En el contrato de promesa de compraventa se omitió indicar la fecha, hora y notaría en que se otorgaría la escritura pública de venta.

2.3. Las partes suscribieron cláusula compromisoria, por lo que se agotó la etapa respectiva.

3. Mediante auto de 14 de junio de 2017 el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda².

3.1. La demandada una vez notificada, a través de apoderado judicial presentó excepciones previas y de mérito.

Además, formuló demanda de mutua petición, la cual fue admitida y luego de reformada quedaron así las pretensiones:

Principales.

3.1.1. Declarar la existencia de un contrato de obra celebrado el 20 de febrero de 2015 entre Inversiones Inalbos S. en C. y Roberto Antonio Vale Cardozo, el cual tuvo por objeto adelantar la construcción de una casa de campo en los lotes números 02 y 03 del sector 2C, que hacen parte de la parcelación campestre Condominio Residencial Kubik Verde, ubicada en el municipio de Sopó.

3.1.2. Declarar que el artífice de la obra objeto del contrato es Inversiones Inalbos quien se obligó a aportar los elementos para la construcción de la casa de campo. Igualmente, que se declare que el demandado en reconvención está obligado a pagar por la totalidad del precio de la obra contratada, ya que incumplió a título de culpa grave el contrato al sustraerse de realizar los pagos. Subsidiariamente pidió que se le declare contratante incumplido a título de culpa.

3.1.3. Condenar al demandado a pagar todos los perjuicios previsibles e imprevisibles ocasionados a la contrademandante.

Primeras subsidiarias.

3.1.4. Declarar la existencia de un contrato de promesa de compraventa celebrado el 20 de febrero de 2015 y, en consecuencia, se declare nulo absoluto por estar viciado por objeto ilícito al violentar los numerales 3 y 4 del artículo 1611 del Código Civil, razón por la que no hay lugar a ordenar restituciones mutuas.

Segundas subsidiarias.

² Folio 80 Tomo I, C.1 digital.

3.1.5. Declarar la existencia de un contrato de promesa de compraventa celebrado el 20 de febrero de 2015, entre Inversiones Inalbos S. en C. como promitente vendedora y el señor Vale Cardozo como promitente comprador, que éste último incumplió al dejar de hacer los pagos pactados, por lo que debe declararse la terminación del contrato y negar las restituciones mutuas.

3.2. Como sustento fáctico de la contrademanda se narró:

3.2.1. El 20 de febrero de 2015 las partes ya mencionadas celebraron un contrato de obra que tuvo por objeto: *“En desarrollo del presente contrato el VENDEDOR se obliga y acepta ejecutar los trabajos de obras civiles relacionadas con todas las actividades necesarias y correspondientes con la construcción en el lote número 02 y 03 sector 2C de una casa con un área total construida aproximada de 1035 metros cuadrados en el proyecto Kubik Verde del municipio de Sopó, de propiedad de ROBERTO ANTONIO VALE CARDOZO, dicha obra se realizará de acuerdo al plano elaborado por el promitente vendedor (anexo 1) y a las especificaciones constructivas firmadas por las partes (anexo 2)”*.

3.2.2. Por error mecanográfico se le nominó al acuerdo de voluntades como de promesa de compraventa, pero sus elementos y la voluntad de las partes fue celebrar contrato de obra y de ello dan cuenta las obligaciones pactadas para cada extremo contractual.

3.2.3. El 10 de diciembre de 2015 el señor Vale Cardozo comenzó a incumplir con el plan de pagos con el objeto de demandar la nulidad de un aparente contrato de promesa de compraventa.

3.2.4. El 14 de agosto de 2017 Inalbos comunicó la terminación del contrato al señor Vale Cardozo.

3.2.5. De estimarse que existe contrato de promesa de compraventa, es claro que no se fijó fecha para suscribir la escritura pública de venta, ni se aclaró la condición existente para realizar el contrato prometido, por lo que a voces del artículo 1519 del Código Civil está viciado por objeto ilícito.

4. Admitida la reforma de la demanda de mutua petición y notificada al demandado en reconvención éste la contestó y presentó las defensas de fondo que llamó *“imposibilidad de declarar un contrato de obra, se trata de un contrato de promesa de compraventa de inmueble futuro”, “requisito de existencia de contrato valido para declarar el incumplimiento contractual”, “la nulidad de la promesa no deviene de objeto ilícito, sino de falta de*

requisitos esenciales”, “el artífice de la obra no es el demandado en reconvencción Roberto Vale”, “limitación de la indemnización conforme al art. 2056 del C.C.”, “improcedencia de las pretensiones indemnizatorias concurrentes, en cuanto al cobro de la cláusula penal y perjuicios” e “improcedencia de la declaración de culpa a título de dolo o culpa grave”.

5. Dentro del trámite de la demanda principal prosperó la excepción previa de inepta demanda y, por consiguiente se dispuso la terminación del proceso en lo atañadero a esa demanda, continuando el trámite de la de reconvencción.

6. Se convocó a la audiencia de que trata el artículo 373 de la ley 1564 de 2012, en la cual se indicó el sentido del fallo que fue proferido por escrito el 17 de julio de 2019. En esta decisión se resolvió declarar la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa suscrito el 20 de febrero de 2015 entre Inversiones Inalbos S. en C. y Roberto Antonio Vale Cardozo y, en consecuencia, ordenó a la primera restituir al segundo, en el término de 5 días contados desde la ejecutoria, la suma que entregó como parte del precio equivalente a \$1.526'994.488,59. Además, negó las pretensiones de la demanda en reconvencción formulada por Inversiones Inalbos S. en C. y le impuso condena en costas.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Para resolver, el juez *a quo* enlistó los elementos que la Corte Suprema de Justicia ha señalado para la prosperidad de la acción de responsabilidad contractual: 1. La existencia de un contrato bilateral válido; 2. el incumplimiento total o parcial de las obligaciones por parte del demandado; 3. Que el demandante haya cumplido los deberes o se haya allanado a cumplirlos. Enseguida indicó que debía establecerse cuál el contrato celebrado: uno de obra o una promesa de compraventa.

Apoyado en jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el *a quo*, expuso la necesidad aplicar lo establecido por los artículos 1618 y siguientes del Código Civil en aras de efectuar la interpretación del contrato, en atención a los diversos factores que incidieron en el acuerdo (Sentencia SC 24 julio de 2012) y la técnica que debe emplearse para realizar tal tarea interpretativa (SC3047-2018) que, acorde con la jurisprudencia en cita se divide en las fases de i) identificación y establecimiento de

los datos que han de interpretarse; ii) búsqueda y averiguación del sentido negocial de tales datos; iii) función de calificación del contrato y iv) reconstrucción de la regla negocial.

Dicho lo anterior, procedió a cotejar los argumentos de las partes en torno a la clase de acuerdo de voluntades que celebraron. Frente a la demandante en reconvención destacó que mencionó que la intención de las partes fue realizar la obra civil y que el nombre dado al contrato fue un error mecanográfico, a la par que la ejecución del convenio no implicaba elementos que tuviesen que ver con la promesa. Igualmente, refirió la sociedad que los planos arquitectónicos, acta de inicio de obra, especificaciones de acabados dan a entender que se trató de un contrato de obra; que no se pactó obligación alguna de transferir el dominio y la cláusula para asistir a la notaría tenía como fin la entrega de la obra y no la tradición de algún bien.

Luego, memoró que el señor Vale Cardozo consideró que el contrato es una promesa de venta de cosa futura y es por ello que tiene elementos del contrato de obra, dado que para la cosa futura se requiere el diseño arquitectónico y su construcción; también, que no fue un accidente el nominar el pacto como promesa de compraventa; que la promitente vendedora debía entregar la cosa construida junto con la tradición de la misma; que la propietaria del inmueble era Inalbos S. en C., por lo que no tiene sentido que se trate de un contrato de obra, como tampoco lo tiene el que en la cláusula vigésima se describieran los actos que se permiten a Inalbos S. en C. para enajenar un proyecto de vivienda.

Procedió el Juzgador a desentrañar la intención de las partes con la lectura y análisis del tenor literal del acuerdo de voluntades, labor de la que obtuvo, entre otras, que en algunos apartes se designó como promesa de compraventa y en otros como contrato de obra; que contiene cláusulas de ambos tipos de contrato, debido a que se consignó quién se encargaría de suministrar los materiales para hacer la construcción, lo que es propio del contrato de obra, pero al tiempo, se plasmó que Inversiones Inalbos S. en C. es la propietaria del inmueble y que las partes deben acudir a la notaría a otorgar escritura pública y asumir los gastos que ello requiera, a la vez que dicha sociedad está autorizada por la Secretaría de Planeación Territorial y Urbanismo de Sopó para enajenar inmuebles, lo que se acompasa con un contrato de promesa.

Terminada la revisión del contrato, aludió el juez que, en su sentir, las partes tomaron como base el contrato de obra y le adicionaron lo atinente a la promesa y por eso se presentó la mezcla de cláusulas de los dos tipos contractuales, pero al ser las de la promesa de compraventa posteriores *“conlleva a pensar que la intención de las partes era celebrar este tipo contractual y no el otro, lo cual también explica el título o denominación dada al contrato y a cada uno de los participantes ‘promitente comprador’ y ‘promitente vendedor’, lo que se replica en todo el texto del contrato, lo que desdibuja la idea de que se trate de un simple error mecanográfico”*.

Posó su estudio el juez, en el párrafo 4 de la cláusula cuarta del contrato, en la que se indicó que el comprador debería asumir en su totalidad los gastos de registro inmobiliario ante la oficina respectiva, que se causaran con ocasión de la escritura pública de compraventa y de hipoteca, si la hubiere, por lo que cuestionó el *a quo* acerca de la necesidad de otorgar escritura pública si según Inversiones Inalbos S. en C. no transferiría el dominio.

Con el objeto de ratificar la intención real de las partes el juez de primer grado presentó la situación hipotética referente a que el señor Vale Cardozo diera cabal cumplimiento al plan de pagos, lo que llevaría necesariamente a que se celebrara la compraventa de los lotes junto con la vivienda construida y no únicamente la entrega de la obra, *“pues ese era el fin último deseado por ambas partes, en especial cuando es del giro ordinario de los negocios de construir proyectos y venderlos, pues no fue la única casa que construyó en la misma parcelación”* (*ídem*). Agregó, que no es lógico que el señor Vale Cardozo contratara con el deseo de construir en terreno ajeno y que la obra la hiciese el mismo propietario, a la par que al ser la casa construida un inmueble por adhesión, jurídicamente era inviable su venta con reserva del lote para su propietario.

El *a quo* tuvo como prueba de la intención del señor Vale Cardozo de adquirir el inmueble, el correo electrónico que allegó su contraparte en el que aquel presentó la propuesta de evitar la terminación del contrato al ofrecer el pago de \$550.000.000.00. A esto sumó, el administrador de justicia, que obra en el plenario certificación expedida por el contador de Verde 2ª 2B S.A.S. en la que se indicó que recibió del señor Vale Cardozo \$450.000.000,00 por concepto de anticipo de compra de los lotes Nos. 02 y 03 del sector 2C, lo que a juicio del *a quo*, corroboró que no sólo se contrató la realización de una construcción sino la transferencia de la propiedad del inmueble. Resaltó también

el juzgador, que Inalbos S. en C. otorgó poder a Verde 2A 2B S.A., entre otras cosas, para suscribir contratos de promesa de compraventa, pero no para celebrar contratos de obra.

Apoyado en tales disertaciones concluyó el juez de primera instancia que la naturaleza del contrato celebrado es de promesa de compraventa de los lotes 2 y 3 del sector 2C del Proyecto Kubik Verde, incluida la casa de campo que entre las partes acordaron hacer y no un contrato de obra civil, respecto al que dijo que, aun si en gracia de discusión se tuviese por celebrado, no podría hablarse de incumplimiento en tanto el artículo 2503 del Código Civil establece que el mismo “*no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra*”, o sea, en momento posterior a su realización, lo que aquí no ocurrió.

Se ocupó entonces el juez de revisar la validez del contrato de promesa de compraventa celebrado, por lo que recordó que el artículo 1611 del Código Civil expresamente impone que a falta de alguno de los requisitos allí establecidos el contrato no produce obligación alguna. Añadió, que es solemne (artículo 1500 *ídem*) pues está sometido a ciertas formalidades, sin las cuales no produce ningún efecto civil. Advirtió luego, que la consecuencia de omitir algún requisito es la nulidad absoluta del acto, porque así lo regula el artículo 1741 *ibídem*, se itera, por la omisión de alguna formalidad o requisito que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos.

Pasó a exponer que acorde con el artículo 1742 del mismo compendio la nulidad absoluta debe ser declarada por el juez aun sin petición de parte. Explicó que el contrato puesto a su consideración se invocó como fuente de obligaciones de las partes y que al proceso concurrieron los extremos contractuales que lo suscribieron, por lo que ante un vicio en el acuerdo de voluntades era procedente declarar de oficio la nulidad absoluta.

Una vez discriminó los 4 requisitos que refiere el artículo 1611 del Código Civil, detuvo su atención en el tercero atinente a que la promesa “*contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato*”, pero después de citar el criterio de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al alcance del vocablo época y cotejado esto con el contenido del contrato firmado, lo echó de menos al no haberse fijado, pues solamente en la cláusula vigésima segunda se señaló como obligación del promitente comprador comparecer a la notaría para firmar la escritura pública para la entrega del

objeto del contrato, sin embargo, no se especificó el día, hora ni la notaría en que debía verificarse tal actuación.

En ese orden, advirtió que la consecuencia de no fijar la época mencionada es la invalidez o ineficacia jurídica del contrato, por lo que se declarararía su nulidad absoluta. A esto agregó, que tal declaratoria no surgía por versar sobre un objeto ilícito, como alegó subsidiariamente la demandante en reconvención, sino por la omisión del requisito legal en los términos del artículo 1740 del Código Civil.

A continuación, ilustró el juzgador sobre los efectos de la declaratoria de nulidad contenidos en el artículo 1746 del Código Civil en torno a las restituciones mutuas que deben hacerse los otrora contratantes, para quedar en un estado anterior a la celebración del contrato, es decir, como si nunca se hubiese celebrado. Apuntaló que, dada la situación jurídica puesta en evidencia, no hay lugar a atender las pretensiones de la demanda, puesto que como se anotó no existe contrato bilateral válido y, por ende, no se puede hablar de incumplimiento de obligaciones o indemnizaciones, arras o cláusulas penales.

En cuanto a las restituciones mutuas encontró que Inversiones Inalbos S. en C. recibió dinero del señor Vale Cardozo en cuantía de \$1.244'689.941, sin que aquella se desprendiera de la posesión o hubiese entregado el bien prometido, razón por la que le ordenaría restituir dicho monto con la corrección monetaria aplicada hasta la fecha de la sentencia.

Finalmente aclaró que, si bien en audiencia de 26 de junio de 2019 se anunció que las pretensiones prosperarían parcialmente, una vez analizado el material probatorio se llegó a la decisión que se profirió por escrito, lo que no vulneró los derechos de las partes.

El 2 de agosto de 2019 se aclaró la sentencia en el sentido de indicar que se negaban todas las pretensiones invocadas por Inversiones Inalbos S. en C. y la condena en costas impuestas es a cargo de esta y a favor del señor Vale Cardozo.

LA APELACIÓN

El apoderado de la demandante en reconvención, dentro del término de ley, presentó los reparos contra la sentencia los cuales fundamento así:

1. El fallo se dictó por fuera del término de duración consagrado en el artículo 121 de la ley 1564 de 2012.

2. Se incurrió en falta de valoración de la conducta procesal del señor Roberto Vale Cardozo al no asistir a la audiencia inicial, ni a la de instrucción y juzgamiento, que permite presumir como ciertos los hechos que se considerasen susceptibles de prueba de confesión, lo que desvirtúa su argumento de que la real intención de las partes fue celebrar una promesa de venta y, se tendría como cierto que se celebró un contrato de obra.

3. Falta de valoración de la existencia del contrato de obra, porque estima que los elementos esenciales del mismo fueron aludidos múltiples veces en el cuerpo del contrato, sin importar la denominación que se le dio. No se estudió el objeto contractual ni las obligaciones a cargo de Inversiones Inalbos S. en C. ni las del señor Vale Cardozo; el contrato de obra existe independientemente de las cláusulas accidentales, máxime cuando el señor Vale ya ostentaba la posesión del lote en el que la obra se realizó por la entrega que le hiciera la sociedad Verde 2A 2B S.A.

El juzgador no podía calificar el contrato de promesa de compraventa si consideraba que no cumplía con el requisito de la estipulación de término o condición para la ejecución de la venta prometida, en vez de calificarlo como promesa para luego declararlo nulo, debió dotarlo y calificarlo con su verdadera naturaleza típica: un contrato de obra.

Y agregó al sustentar que *“un contrato de obra puede ser previo a una compraventa que fue que, terminada la obra, como lo establecieron las partes había que firmar la transferencia del inmueble pero no por tal referencia, dicho contrato es de promesa”*.

Concluyendo que *“del desarrollo contractual y de las cláusulas del contrato sub-judice que este corresponde a un contrato de obra de construcción sobre un predio de posesión de la persona que encomendó la obra (Roberto vale) y no a una promesa de compraventa pues, las prestaciones del contrato no están dirigidas a ello y, no se cumplen con sus elementos esenciales.”*

4. Falta de aplicación del artículo 1618 del Código Civil, pues se pasó por alto que el ordenamiento da un valor

jurídico superior a la real intención de las partes frente al contenido literal del pacto. En su criterio, es evidente que la intención de las partes no fue prometer la enajenación de un inmueble, sino ejecutar trabajos relacionados con obras civiles necesarias y correspondientes con la construcción del lote 02 y 03 del sector 2C de una casa con un área total construida aproximada de 1035 metros², por lo que enfatizó, la intención de las partes fue construir una casa o comprar y vender unas mejoras materializadas en la casa a construir.

5. Reprochó la falta de aplicación del artículo 1620 del Código Civil pues no se dio el sentido que hace prevalecer la cláusula, pues era más beneficioso para las partes declarar la existencia de un contrato de obra con sus obligaciones que declarar la nulidad del contrato de promesa.

6. Calificó de superflua la motivación de la sentencia, debido a que se hizo referencia a puntos no discutidos por las partes, como la situación jurídica del lote; los límites del poder conferido por Inversiones Inalbos S. en C. para suscribir cierto tipo de contratos y, la cláusula en la que se pactó que se transferiría el objeto contractual mediante escritura pública, lo que era meramente accidental.

7. Alegó la falta valoración probatoria, pues en el expediente existe prueba de que el señor Vale Cardozo ya era conocido como propietario de los lotes sobre los que se ejecutaría el objeto contractual, tal como lo indicó el acta de inicio de obra, la cual no fue tachada de falsa, lo que lo llevó a cuestionar si había legitimación para declarar un contrato de promesa sobre un bien que le pertenecía al señor Vale Cardozo.

8. Criticó la ausencia de tasación de restituciones mutuas en favor de Inversiones Inalbos S. en C., dado que solamente se ordenaron a favor del señor Vale Cardozo sin tener en cuenta que aquella realizó diferentes obras respecto de las que no recibió contraprestación alguna de parte de aquel, como, por ejemplo, ventanería y mampostería. Reiteró que no hay argumento para declarar que se celebró un contrato de promesa de compraventa que tiene como objeto suscribir un contrato prometido, sin efectuar ninguna otra prestación como las que entre las partes se fijaron. Señaló que Inalbos S. en C. estaba cumpliendo con las obligaciones a su cargo por lo que era procedente que se le restituyera lo invertido en el negocio jurídico.

Así que las mejoras realizadas en los predios objeto del contrato anulado, sean decretadas como restituciones mutuas a favor de Inalbos, pues *“se realizó una obra por encomienda de su poseedor (Roberto Vale), que no le sirve de nada a Inalbos ni a un tercero, por ser realizada a la medida de Roberto Vale, obra que si no hubiera sido por el contrato nulo no existiría”*

Con base en tal argumentación reclama se revoque la providencia cuestionada y se acceda a las pretensiones de Inversiones Inalbos, ya sea las principales o las subsidiarias.

El apoderado del señor Vale Cardozo, en ejercicio del derecho de réplica, se refirió a cada uno de los aspectos de censura planteados por el apelante. Destacó que sobre la pérdida de competencia ya hubo pronunciamiento y, en todo caso, no fue alegado oportunamente. En cuanto a la inasistencia a las audiencias de su representado debe tenerse en cuenta que la confesión ficta no impide que el juez resuelva aún en contra de los intereses de quien aparentemente se beneficia de la confesión, pues el juez debe analizar las pruebas en conjunto. Insistió en que el contrato celebrado entre las partes fue uno de promesa de compraventa y no uno de obra. Insostenible es el reclamo de restituciones del valor de la construcción ejecutada, cuando la misma adhirió a los lotes 2 y 3 sector 2C del condominio Kubik Verde; y no puede entenderse como una mejora cuando fue el mismo propietario quien ejecutó la obra sobre el predio de su propiedad y sobre el que ejerce pleno derecho de dominio. Razones todas para confirmar la sentencia materia de apelación.

CONSIDERACIONES

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

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente acerca de los reparos señalados por el apelante en la primera instancia y sustentados ante esta Colegiatura, atendiendo la pretensión impugnativa que rige el recurso de apelación de

conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012.

Aquí debe advertirse que sobre el primer reproche la Sala no se pronunciará, atendiendo que sobre los mismos supuestos se solicitó nulidad que fue negada por el *a quo* en auto de 26 de febrero de 2021, decisión confirmada en segunda instancia en proveído de 8 de junio último; sin que sea factible desconocer la fuerza vinculante de las decisiones ejecutoriadas.

3. La apelación tiene como eje lo que consideró la parte inconforme fue una indebida interpretación de la naturaleza del contrato objeto del litigio como resultado de una inaplicación de normas (artículos 1618 y 1620 Código Civil), una motivación superflua, una indebida valoración probatoria y la inadecuada fijación de restituciones mutuas.

En ese orden, para desatar la alzada es necesario empezar por indagar si acertó o no el juez al considerar que se celebró un contrato de promesa de compraventa entre las partes, tarea en que se tocarán los puntos atinentes a la aplicación de normas y valoración probatoria; luego de ello, se determinará el efecto de que la sentencia se haya dictado en la fecha ya conocida.

Trazado el marco fáctico y jurídico que se va a seguir, se anuncia que la sentencia deberá ser refrendada, por los motivos que se exponen en lo sucesivo.

4. Dentro de los requisitos de los contratos están los que se denominan esenciales comunes que son las exigencias que deben estar presentes en todos los actos jurídicos, como son la capacidad, el consentimiento, objeto, causa y forma; cuya ausencia afecta la validez del negocio (artículo 1502 *ídem*). Y se distinguen en cada contrato los elementos que son de su esencia, esto es, los que son los propios y característicos del acto jurídico determinado que imperativamente deben concurrir, “*sin los cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente*”(artículo 1501 *eiusdem*).

Sobre la interpretación de los contratos ha enseñado la Corte³:

“3.1.4. Como quiera que tanto la celebración de un negocio jurídico como su propio contenido son fruto de la voluntad del

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC1905-2019 de 4 de junio de 2019. MP. Margarita Cabello Blanco. Radicación n° 11001-31-03-041-2011-00271-01

hombre, no es ajeno a ello que surjan controversias referidas al contenido y alcance de las distintas manifestaciones acordadas, por lo que en tales eventos deberá indagarse por la intención o querer real, a partir de su interpretación, con el propósito de desentrañar la voluntad común.

En dicha labor de interpretación de los acuerdos negociales el intérprete deberá acudir a las reglas hermenéuticas que para ese propósito ha fijado el legislador, partiendo del principio esencial de la primacía de la voluntad real sobre la declarada, siempre que aquella se hubiera dado a conocer, conforme se desprende del artículo 1618 del Código Civil, según el cual «conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras»; caso contrario, si el contenido de dichas manifestaciones resulta inequívoco se impondrá lo allí escrito, en aras de la seguridad jurídica, como bien lo ha indicado esta Sala de vieja data, al señalar que el intérprete «debe fijar el alcance y sentido de las cláusulas; ajustándose a las reglas de la hermenéutica dadas en el Título 13 del Libro' 49 del C. C., entre las cuales se hallan los antecedentes del contrato, teniendo como límite la declaración misma, y sin que o en algunos casos sea indispensable, para investigar la voluntad real de los pactantes, detenerse en el sentido literal de la expresión usada, sino que hay que ir más allá de ésta, en la averiguación del propósito realmente querido por ellos» (CSJ SC de 16 de oct. de 1952).

En tiempos más recientes ratificó dicha postura en relación con ese laborío interpretativo al señalar, que:

«cuando el querer de los extremos de la relación ligacional se ve concretado en un acuerdo jurídico, quedando escritos en cláusulas nítidas, concretas y sin asomo de vaguedad que den lugar a equívocos, tiene que presumirse que las condiciones así concebidas corresponden al genuino pensamiento de aquellos, y por lo mismo, se torna inútil e inoficioso un esfuerzo hermenéutico más allá del expresado fidedignamente en el texto del contrato» (CSJ SC de 10 de abril de 2013, exp. 2006-00782-01). (Subraya la Sala).

5. Antes de proseguir, para definir la disputa es preciso recordar que en todo contrato deben las partes obrar de buena fe, tanto en su celebración como en su ejecución (artículo 1603 del Código Civil) lo que les impone actuar en la forma requerida para cumplir con sus expectativas, lo que incluye la etapa precontractual; en palabras del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria:

“A propósito de la buena fe, en reciente pronunciamiento, la Corte aludió sobre el tema en los siguientes términos:

“Empero, desde otra perspectiva, la buena fe se vislumbra como un genuino hontanar de normas de comportamiento no formuladas positivamente pero implícitas en el ordenamiento que, por consiguiente, ante una situación dada, le imponen al sujeto una conducta determinada con miras a no agraviar los

intereses jurídicos ajenos. Desde este punto de vista, la buena fe genera deberes y se califica cotejándola con un prototipo abstracto colocado en el contorno social de la persona”.

“Refiriéndose a estos aspectos de la buena fe, ha dicho esta Corporación que “en tratándose de relaciones patrimoniales, la buena fe se concreta, no sólo en la convicción interna de encontrarse la persona en una situación jurídica regular, aun cuando, a la postre, así no acontezca, como sucede en la posesión, sino también, como un criterio de hermenéutica de los vínculos contractuales, amén que constituye un paradigma de conducta relativo a la forma como deben formalizarse y cumplirse las obligaciones. Todo lo anterior sin dejar de lado que reglas tales como aquellas que prohíben abusar de los derechos o actuar contrariando los actos propios, entre otras, que en la actualidad, dada su trascendencia, denotan un cariz propio, encuentran su fundamento último en la exigencia en comento”.

‘Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, aparece ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás, en síntesis, pues, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad”’ (Sentencia del 9 de agosto de 2000, Exp.5372).

En oportunidad posterior, la Corporación volvió a ocuparse de tal principio y, en la siguiente síntesis, patentizó sus pilares: “la noción de buena fe suele ser contemplada desde tres perspectivas distintas: en primer lugar, aquella que mira el interior de la persona y, por ende, toma en cuenta la convicción con la que ésta actúa en determinadas situaciones; en segundo lugar, como una regla de conducta, es decir como la exigencia de comportarse en el tráfico jurídico con rectitud y lealtad; y, finalmente, como un criterio de interpretación de los contratos” (Sentencia del 2 de febrero de 2005, Exp. 1997-9124 02). Tema revalidado en sentencia del 9 de agosto de 2007, Exp. 00254.01.

Síguese, entonces, que actuar de buena fe impone la observancia irrestricta de unas reglas de proceder conforme a la rectitud, honestidad, probidad y, contrariamente, asumir prácticas distintas a lo éticamente establecido en un momento y lugar determinado por cada grupo social, es desconocer tal principio.”⁴.

Recordando más adelante:

“Sobre los aspectos valorados en precedencia, huelga memorar la siguiente sentencia emitida por la Corte:

“3. Ahora, cuando las partes realizan una regulación específica de los intereses involucrados en sus esferas dispositivas (negocio jurídico), con apego a la reglamentación normativa vigente, propician, paralelamente, que la ley les brinde el reconocimiento y convalidación de la voluntad declarada, en los términos por los que hayan optado los mismos contratantes. Pero ese

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de enero de 2011. MP. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 11001 3103 025 2001 00457 01

posicionamiento les impone, colateralmente, la observancia irrestricta de reglas de conducta que involucran conceptos ligados a la lealtad y buena fe, tanto para sí como para con aquellos que de una u otra forma resultan afectados (Art. 1603 ibidem)”.

“La buena fe implica que las personas, cuando acuden a concretar sus negocios, deben honrar sus obligaciones y, en general, asumir para con los demás una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles”.

“El acatamiento de dichos principios implica para el contratante el sentimiento de proceder como lo hace cualquier ser humano digno de confianza, que honra su palabra, que actúa conforme a las buenas costumbres, que respeta a sus semejantes, que responde con honestidad sus compromisos, aviniéndose, incondicionalmente, a reconocer a sus congéneres lo que les corresponde. Obrar dentro de esos parámetros es prohijar conductas que han sido erigidas como referentes sociales de comportamientos apropiados. Obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas. Inclusive, bueno es destacarlo, desarrollo de estos parámetros es la regla que impide reclamar amparo a partir de la negligencia o descuido propios: ‘Nemo auditur propriam turpitudinem allegans’”.

“En cabal realización de estas premisas, las personas, al interaccionar con sus semejantes, adoptan conductas que fijan o marcan sendas cuya observancia, a futuro, determinan qué grado de confianza merecen o qué duda generan. Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada “Teoría de los Actos Propios”.

“Aparece, entonces, que asumir posiciones diversas y contradictorias respecto de los mismos aspectos fácticos y los mismos intereses económicos, puede constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante” (Sent. Cas. Civil. del 9 de agosto de 2007, Exp. 00254.01). Es esa descripción, por regla, la que delinea el contexto de la teoría de los actos propios.”.
(Subraya la Sala).

Postulados que irradian claridad a la hora de evaluar controversias como la que en esta oportunidad se somete a decisión jurisdiccional.

Es verdad que el intérprete ha de buscar el verdadero querer de los suscribientes de un contrato, tópico sobre el que la Corte Suprema de Justicia, evocando la sentencia de esa Corporación expedida el 28 de febrero de 2005, rad. n.º 7504, enseñó:

«1. En numerosas ocasiones la Corte ha precisado que la interpretación de los contratos -en línea de principio rector- es

tarea confiada a la “...cordura, perspicacia y pericia del juzgador” (CVIII, 289), a su “discreta autonomía” (CXLVII, 52), razón por la cual, el resultado de ese laborío “no es susceptible de modificarse en casación, sino a través de la demostración de un evidente error de hecho” (CXLII, 218 Cífr.: CCXL, 491, CCXV, 567).

Sin embargo, a ello no le sigue que el sentenciador, per se, tenga plena o irrestricta libertad para buscar la communis intentio de los contratantes, sino que debe apoyarse en las pautas o directrices legales que se encaminan, precisamente, a guiarlo en su cardinal tarea de determinar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de las partes, de modo que pueda descubrir la genuina voluntad que, otrora, las animó a celebrar el contrato y a identificar, en la esfera teleológica, la finalidad perseguida por ellas, en concreto en lo que concierne al establecimiento de las diversas estipulaciones que, articuladas, integran el contenido contractual, objeto de escrutinio por parte de su intérprete.”⁵

Advirtió la Corte que la búsqueda de la intención común, no se descarta o excluye por la claridad de *“las palabras usadas por los contratantes”* pues pese a ello *“no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal”*; para dicho laborío interpretativo memoró las reglas contenidas en los artículos 1620, 1621, 1622, directrices cuyo objetivo es el *“de evidenciar la común voluntad de los extremos de la relación negocial, lo mismo que fijar unos derroteros enderezados a esclarecer la oscuridad o falta de precisión que, in casu, puede presentar el texto contractual, bien desestimando interpretaciones que, inopinada o inconsultamente, conduzcan a privar de efectos a la cláusula objeto de auscultación, ya sea otorgándole relevancia a la naturaleza del contrato, bien interpretándolo de modo contextual, esto es, buscando armonía entre una cláusula y las demás, etc.”*; agregando que cuando de contratos mercantiles se trata deben atenderse además los principios del estatuto comercial como los contenidos en los artículos 835 y 871⁶.

Lógica y jurídicamente, establecida la auténtica intención de los contratantes, el negocio o convenio “realmente” querido debe ajustarse a los mínimos requisitos legales, pues so pretexto de aquella no puede soslayarse el ordenamiento jurídico.

5. Orientados por la luz que irradian las precedentes premisas se examinará la controversia traída a la jurisdicción, en la cual no cabe duda que las partes celebraron un acuerdo de voluntades, sin embargo, lo que ha generado el debate es el tipo de contrato que tuvo lugar,

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC3047-2018 de 31 de julio de 2018. MP. Luis Alonso Rico Puerta. Radicación n° 25899-31-03-002-2013-00162-01

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 de febrero de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Referencia: Exp. No. 7504

por lo que es necesario preliminarmente determinar su contenido, alcance y la forma en que se ejecutó para establecer dicha identidad, esto es, desentrañar la verdadera intención de los contratantes, para luego examinar si el acuerdo de voluntades satisfizo las exigencias legales para su validez y, las consecuencias que acarrea.

6. El pacto al que llegaron los contratantes fue vertido por escrito, en documento que ostenta como título “*CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA ‘CONDominio RESIDENCIAL KUBIK VERDE SECTOR DOS C’*”; allí se dejó constancia que obraban, como “*PROMETIENTE VENDEDORA*” el señor Enrique Camilo Andrés Alvarado Boshell representante de la sociedad Verde 2A-2B SA., ente que actuaba “*en calidad de apoderado de INVERSIONES INALBOS S EN C sociedad que ostenta el derecho de dominio sobre el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 176-11258 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Zipaquirá, en virtud de poder especial otorgado para el desarrollo del Proyecto Kubik Verde Etapa II*”, y de otra parte, el señor Roberto Antonio Vale Cardozo, como “*COMPRADOR*”.

Como consideraciones se plasmó que el “*COMPRADOR está interesado en adelantar la construcción de una casa de campo en el lote número 02 y 03 del sector 2C, el cual hace parte de la parcelación campestre CONDOMINIO RESIDENCIAL KUBIK VERDE*” y que “*el VENDEDOR ya ha construido y actualmente construye casas en la referida parcelación, teniendo una extensa experiencia en la construcción de proyectos de vivienda y comerciales y gran reconocimiento en el medio inmobiliario*”, por lo que “*hemos acordado celebrar el presente contrato de obra civil...*”

En el mismo se consignó el objeto contractual así:

*“PRIMERA.- Objeto: En desarrollo del presente contrato el **VENDEDOR** se obliga y acepta ejecutar los trabajos de obras civiles relacionadas con todas las actividades necesarias y correspondientes con la construcción en el lote número 02 y 03 sector 2C de una casa con un área total construida aproximada de 1035 metros cuadrados en el proyecto KUBIK VERDE del municipio de Sopó, de propiedad de ROBERTO ANTONIO VALE CARDOZO, dicha obra se realizará de acuerdo al plano elaborado por el **promitente vendedor** (anexo 1) y a las especificaciones constructivas firmadas por las partes (anexo 2); documentos que se adjuntan y forman parte integrante del presente contrato”.*

Ciertamente, de su clausulado varias estipulaciones hacen alusión a un contrato de obra civil para la construcción de una casa campestre; pero no puede soslayarse que la redacción del documento es ambigua, no se trata como lo

plantea el extremo apelante de un simple “*error mecanográfico*”, sino de la utilización de una amalgama de términos que conducen a equívocos conceptuales jurídicamente hablando.

En efecto, no se trata solo del título que se le dio al contrato de “*PROMESA DE COMPRAVENTA*”, también véase que a los contratantes se les denominó, inicialmente, “*PROMETIENTE VENDEDORA*” y “*COMPRADOR*”, a lo largo del texto a aquella se le refirió indistintamente como “*VENDEDOR*” y “*PROMITENTE VENDEDOR*”.

En la cláusula 4ª, se convino el precio del contrato en \$2.650'000.000, y sobre la forma de pago, se dijo que el comprador pagaría “*14- La suma del MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1.050.000.000) para ser cancelados quince días antes de la entrega del presente inmueble como producto de crédito financiero o por recursos propios*”, se agregó en el Parágrafo 3. “*Para que el COMPRADOR pueda recibir la casa debe estar a paz y salvo por todo concepto antes de la fecha programada de entrega con el VENDEDOR*” y, se indicó, en el parágrafo cuarto “*La forma de pago establecida no contempla Gastos contractuales, por lo tanto el comprador debe asumir cargar con el cincuenta por ciento (50%) de los gastos que se ocasionen por motivo de derechos notariales y con el cien por ciento (100%) del impuesto de anotación y registro y de los derechos de inscripción en el Registro Inmobiliario ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos que se causen por razón de la **Escritura Pública de compraventa***”. (Negrilla a propósito)

En la cláusula quinta se dejó constancia de la forma autónoma en que actuaría en ejecución del contrato “*El VENDEDOR*” constructor Seguido, en la cláusula sexta se fijó la duración del contrato en 12 meses. Las cláusulas séptima, octava y novena hacen alusión a la construcción de la vivienda en cuanto a la observancia de normas técnicas y legales, así como a las obligaciones que en este sentido asumió Inalbos. En las cláusulas décima y décima primera se mencionaron las obligaciones y facultades del “*COMPRADOR*” siendo la primera de ellas “*a) Hacer entrega del lote para que el VENDEDOR construya las obras objeto de contrato (casa) de acuerdo con las condiciones y características acordadas. Esta entrega se hará conjuntamente con el acta de inicio de la obra y la entrega del anticipo. El VENDEDOR declara que ha recibido el lote y que ésta obligación ya fue cumplida por el COMPRADOR*”

La cláusula vigésima es del siguiente tenor:

“*Enajenación. Que la sociedad INVERSIONES INALBOS S en C. tiene inscripción No. 002 del folio 37 del 10 de diciembre de 2013 y anotación en el libro de enajenadores del Municipio, según*

certificación expedida por la Secretaría de Planeación Territorial y Urbanismo de Sopó, de fecha cinco (5) de febrero del año dos mil catorce (2014), por medio de la cual dicha subsecretaría autoriza a INVERSIONES INALBOS S en C. a realizar negocios de enajenación de inmuebles tales como la suscripción de contratos de promesa de compraventa, cesión de promesas de compraventa, suscripción de escrituras de compra venta etc. correspondiente al permiso de ventas; a su vez, la sociedad INVERSIONES INALBOS S en C, confiere poder Especial amplio y suficiente a la sociedad VERDE 2A-2B S.A mediante el cual autoriza a dicha sociedad para que en el desarrollo de la Etapa II del proyecto realice negocios de enajenación tales como suscribir contratos de promesa de compraventa, cesión de promesas de compraventa, suscripción de escrituras de compraventa, etc. de los lotes correspondientes a los sectores 2C, 2C' y 2D; y con base en este, procede a la firma de promesas de compraventa contenido en las siguientes”.

En la cláusula vigésima primera se hizo alusión a los linderos de los inmuebles remitiendo al documento mencionado en la cláusula 3ª literal h “*que guarda la información relacionada en la cual se estipula toda la información correspondiente a linderos de los lotes en los cuales se va a realizar la construcción objeto del presente contrato relacionándolos con las matrículas inmobiliarias que asignó la oficina de registro de instrumentos públicos de Zipaquirá (Cundinamarca)*”.

En la cláusula vigésima segunda se consignó “*Obligaciones especiales: el prometiente comprador se compromete a: *Comparecer ante la notaría para la firma de la escritura pública para la entrega del objeto del presente contrato *Asumir gastos de presentación de la escritura ante las oficinas de registro *Recibir el objeto del presente contrato junto la firma de la escritura pública *Asumir la custodia del inmueble desde la fecha de la firma de escritura asumiendo así las contribuciones que se generen desde dicha firma para el proceso de administración quedando sometido al régimen de propiedad horizontal del predio.*”

Y se remató diciendo “*Las partes manifiestan que esta promesa de compraventa expresa en forma completa y exclusiva el acuerdo celebrado entre las partes*” y en constancia se firmó en Bogotá el 20 de febrero de 2015.

7. Leído el contrato se extrae que efectivamente su propósito involucraba la construcción de una vivienda de 1035 metros² sobre los lotes 02 y 03 del sector 2C que hace parte de la parcelación campestre Condominio Kubik Verde, por un valor de \$2.650.000.000,00, según las especificaciones consignadas en los anexos anunciados como integrantes del contrato.

Considerando que el contrato de obra es un acto jurídico por virtud del cual una persona asume la obligación de realizar una obra material específica, por cuenta y bajo remuneración de otra persona, sin que medie subordinación ni representación entre ellas (artículos 2053-2060 del Código Civil); se trata de un contrato consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, principal y de tracto sucesivo.

Bien puede concluirse que en el documento examinado concurren los elementos esenciales de dicho contrato.

Pero no lo es menos, y no puede desconocerse, que en el mismo documento se impuso al “comprador” la obligación de comparecer a la Notaría para recibir por escritura pública el inmueble, y erogar gastos notariales y registrales, compromisos que no son propios de un contrato de obra civil que, como acaba de verse, es meramente consensual; además, se indicó que una vez firmada la escritura asumía el pago de las contribuciones de administración de la propiedad horizontal, aspecto también ajeno al mentado contrato y que da a entender que mientras se construía esas expensas las asumía el constructor-vendedor. En la cláusula vigésima se dejó expresa constancia de la “Enajenación”, aludiendo a que Inversiones Inalbos estaba autorizada para la “enajenación de inmuebles” y que por ello confería poder especial a Verde 2A-2B SA para realizar “negocios de enajenación”, suscribiendo los contratos respectivos, sin que en ellos se incluyera la celebración de contratos de obra civil⁷.

8. Del texto contractual, en verdad no se concluye indefectiblemente que lo pactado fuere exclusivamente un contrato de obra civil, sino que involucraba la promesa de venta de los lotes sobre los que la construcción se erigiría.

En criterio de la Sala estaríamos ante contratos coligados o conexos, acerca de los cuales nuestra jurisprudencia a puntualizado, *“que el coligamiento de contratos se da cuando hay lugar a la celebración de dos o más convenciones, cada una sometida a las normas que la regulan y dirigida al fin que la caracteriza, pero que sirven a un propósito que las supera y arropa, cuyo logro sólo es posible en virtud de su armónica conjunción.”*, explicando ampliamente:

“(…) habrá conexión contractual cuando celebrados varios convenios deba entenderse que desde el punto de vista jurídico no pueden ser tratados como absolutamente independientes,

⁷ El contrato obra a folios 4 a 12 del archivo digital 04CuadernoPrincipal1-172 del 01CuadernoPrincipal

bien porque su naturaleza y estructura así lo exija, o bien porque entonces quedaría sin sentido la disposición de intereses configurada por las partes y articulada mediante la combinación instrumental en cuestión⁸ (subrayas fuera del texto).

(...)

7.1. Sobre lo primero, basta aquí reiterar la postura que la Sala asumió en la última de las sentencias citadas, donde precisó:

Así que, aplicando el concepto de causa, el supuesto de hecho hay que considerarlo como constituyendo un único negocio si la causa es única (aunque conste de la conmixción o fusión de varias causas) y, por el contrario, constituyendo varios negocios si se presentan varias causas autónomas y distintas⁹ (Se subraya).

Ahora bien, la causa de cada uno de los contratos coligados o conexos en particular, no puede confundirse con la del negocio, en definitiva, perseguido por los interesados, analizado como una operación jurídica, en sentido amplio. Esta última, de un lado, se ubica por fuera los contratos mismos que, como eslabones, integran la cadena que sirve a ese propósito final y, de otro, opera como el faro que, a la distancia, guía la ejecución de todos los actos necesarios para la obtención de la meta, de suerte tal que la finalidad o propósito general podrá ser otro al de los acuerdos o tipos negociales, en concreto, vale decir a los que se agrupan, articulan o se comunican, sin perder por ello su autonomía tipológica o sustantiva. Entender lo contrario, impondría colegir que en todos los supuestos en que la conexidad contractual campea, se estaría siempre en presencia de una única causa -la realización de la operación económica- y, por lo mismo, de un sólo negocio jurídico, independientemente de la forma que tuviere, lo que significaría, per se, negar la ocurrencia del fenómeno contractual en cuestión.

Por eso bien se ha dicho que ‘Es necesario observar que el coligamento funcional comporta la unidad del interés globalmente perseguido, lo cual no excluye que tal interés sea realizado a través de contratos diversos, que se caracterizan por un interés inmediato, autónomamente identificable, que es instrumental o parcial respecto al interés unitario perseguido mediante el conjunto de contratos. En los contratos coligados debe por tanto identificarse la causa parcial de cada uno de los contratos y la comprensiva de la operación¹⁰.

(...)

La definición de una coligación depende, entonces, de la existencia de una causa supracontractual relativa a la operación comercial que, en definitiva, persiguen los interesados, claramente indicativa de que los contratos agrupados están llamados a actuar como un todo, y no aisladamente; y del mantenimiento de las causas propias de los convenios añadidos, independientemente considerados, de forma que en relación con cada uno de ellos, pueda seguir visualizándose su existencia jurídica autónoma.

8 CSJ, SC 068 del 6 de octubre de 1999, Rad. n.º 5224.

9 Cariota Ferrera, Luigi. “El negocio jurídico”, Madrid, Ed. Aguilar, 1956, pág. 264.

10 C. Massimo Bianca. “Diritto civile”. T. III, II contratto. Milano, Giuffrè Editore, 1987, pág. 457.

(...)

Así las cosas, propio es ver que en los casos de conexidad contractual, las personas vinculadas a la cadena, están obligadas, en primer lugar, a celebrar de forma coordinada la totalidad de los contratos que se requieren para la debida configuración de la red, lo que deben hacer con plena sujeción al proyecto de negocio pretendido; y, en segundo término, a mantener el adecuado funcionamiento del sistema así constituido, por todo el tiempo que corresponda."¹¹

Para arribar a la conclusión anunciada, guiados por las pautas jurisprudenciales, contribuyen las siguientes probanzas:

8.1. El 17 de febrero de 2015, esto es 3 días antes de suscribirse el "*CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA 'CONDominio RESIDENCIAL KUBIK VERDE SECTOR DOS C'*"; Verde 2A-2B SA certificó que el señor Vale Cardozo "***está adquiriendo*** los lotes 2 y 3 del sector 2C de nuestro proyecto Kubic Verde", señaló los linderos aunque no relacionó los folios inmobiliarios¹².

8.2. Las matrículas inmobiliarias 176-139413 y 176-139414¹³ correspondientes a los lotes 2 y 3 sector 2 C del Condominio Kubic Verde refieren como titular del derecho de dominio al Patrimonio Autónomo Fideicomiso de Administración Inalbos-Kubic Verde cuya vocera es la Fiduciaria Helm Trust S.A. (Anotación #002 al constituir hipoteca); y a Inversiones Inalbos S. en C (Anotación #005 al constituirse el reglamento de propiedad horizontal); certificados que expedidos el 7 de junio de 2017 no registran al señor Vale Cardozo como propietario de dichos bienes raíces.

8.3. Conforme al certificado de existencia de Inversiones Inalbos S en C¹⁴, su objeto social principal es la inversión en toda clase de muebles e inmuebles, y aunque pueda tener relación, allí no se especifica la construcción de vivienda.

8.4. Recibo expedido el 11 de junio de 2015 por Edison Torres en representación de Kubic Lab SAS y Verde 2A-2B de un tercer pago por \$150'000.000,00 "***de acuerdo al contrato de promesa de compraventa 'CONDominio RESIDENCIAL KUBIK VERDE SECTOR DOS C'***"¹⁵.

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC18476-2017 de 15 de noviembre de 2017, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo

12 Folios 13-14 ídem

13 Folios 15-22 ídem

14 Folios 23-32 ídem

15 Folio 30 ídem

8.5. Certificación expedida por el contador de Verde 2A-2B S.A., que da cuenta de haberse recibido del señor Roberto Antonio Vale Cardozo la suma de \$450'000.000,00 “por concepto de anticipo compra de los lotes No. 02-03 del sector 2 C, los cuales corresponden al proyecto denominado Condominio Residencial Kubik Verde, ubicado en el Municipio de Sopo (Cundinamarca)”¹⁶.

8.6. Estado de cuenta expedido por el coordinador administrativo de Kubik, **“correspondiente al lote 02 y 03 sector 2C del CONDOMINIO RESIDENCIAL KUBIK VERDE SOPO”**, el 5 de agosto de 2015. Allí se relacionan los pagos verificados: A la firma del contrato, \$400'000.000,00 (en dos cuotas de \$200'000.000, cada una, realizados el 3 de diciembre de 2013 y el 18 de febrero de 2014); por \$150'000.000,00 cada uno el 16 de febrero y el 16 de marzo de 2015 y un pago recibido por \$90'000.000 el 16 de abril de 2015. Y se registraron como pagos pendientes cada uno por \$90'000.000,00 mensuales y el saldo de \$1.050'000.000,00 para *“15 días después de la entrega”* para un total de \$2.650.000.000,00¹⁷.

Estado de cuenta que guarda idéntica correspondencia con el precio total del contrato examinado, así como los montos y fechas dispuestos para su pago en la cláusula 4ª del mismo. De donde se evidencia que más de un año antes del *“CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA ‘CONDOMINIO RESIDENCIAL KUBIK VERDE SECTOR DOS C’*, se habían cancelado \$400'000.000,00.

8.7. Extracto Cliente Condominio Kubik Verde¹⁸ con corte a 10 de noviembre de 2015 por **“Venta Casa Campestre”**, en el que se anota un valor cancelado por \$1.244.689.941 y saldo por cancelar de \$1.405.310.059.

8.8. Misiva dirigida el 29 de febrero de 2016 al señor Vale Cardozo por Sandra Ruiz de Kubic Lab SAS y Camilo Santamaría de Verde 2A 2B S.A., en la que se lee:

*“LA PRESENTE TIENE COMO FIN ESCLARECER CIERTAS CIRCUNSTANCIAS RELACIONADAS CON **LA VENTA Y CONSTRUCCIÓN DEL INMUEBLE** DE LA REFERENCIA, EL ESTADO DEL MISMO Y PLANTEAR ALGUNAS PROPUESTAS ACORDÉ A LA SITUACIÓN ACTUAL.*

LA NEGOCIACIÓN CELEBRADA COMPRENDE LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CASA DE MIL TREINTA Y CINCO METROS CUADRADOS (1035) M², LA CUAL SERÍA CONSTRUIDA SOBRE 2 LOTES EN EL SECTOR 2C DEL

¹⁶ Folio 41 ídem

¹⁷ Folios 44-45 ídem

¹⁸ Folio 51 ídem

CONDOMINIO KUBIK VERDE; EL LOTE NO. 2 COMPRENDE DOS MIL QUINCE METROS CON CUARENTA Y UN DECÍMETROS CUADRADOS (2.015,41) Y EL LOTE NO. 3 COMPRENDE DOS MIL DIECISEIS METROS CO VEINTITRES DECIMETROS CUADRADOS (2.016,23M2) POR UN VALOR CONTRATADO DE DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (COL \$ 2.650.000.000); (...)

TENIENDO EN CUENTA QUE SU INCUMPLIMIENTO HA SIDO CONTINUO Y CON EL FIN DE FACILITAR LA CONSECUCIÓN DEL NEGOCIO DEBE RECORDAR QUE SE REALIZÓ UNA REUNIÓN EL 15 DE DICIEMBRE DE 2015, HABIÉNDOSE ACORDADO QUE PARA FACILITAR EL NEGOCIO Y MEJORAR LA PROBABILIDAD PARA LA OBTENCIÓN DEL CRÉDITO SE ENTREGARÍA LA CASA EN OBRA GRIS DEDUCIENDO LOS ACABADOS DEL VALOR TOTAL DEL NEGOCIO.

NO OBSTANTE A LOS ESFUERZOS ANTERIORMENTE DESCRITOS SU INCUMPLIMIENTO SE MANTIENE A LA FECHA, RAZÓN POR LA CUAL NOS PERMITIMOS FORMULAR LAS SIGUIENTES PROPUESTAS PARA QUE SEAN ANALIZADAS Y PODER FINIQUITAR EL NEGOCIO DE LA MEJOR MANERA POSIBLE ANTES DEL 7 DE MARZO:

(...)

PROPUESTA 2 :

*DE COMÚN ACUERDO PROCEDER A CELEBRAR UN CONTRATO DE “ARRIENDO CON OPCIÓN DE COMPRA” DEL BIEN INMUEBLE ABONANDO LOS RECURSOS APORTADOS A LA FECHA A LOS INTERESES CAUSADOS, A LOS PERJUICIOS POR STAND BY Y EL SALDO AL CANON DE ARRENDAMIENTO POR UN PERIODO DE CINCO AÑOS. **EL BIEN INMUEBLE CONTINUARÁ SIENDO PROPIEDAD DE VERDE 2 A 2 B** EN CASO DE DECISIÓN DE VENDERLA SE INVITARÁ AL EJERCICIO DE LA “PRIMERA OPCIÓN PARA LA COMPRA”, EN EL CASO DE NO LLEGAR A UN ACUERDO SE CONTINUARÁ CON EL CONTRATO DE ALQUILER POR LOS MESES RESTANTES.” (Resalta en negrilla la Sala)*

Como se ha destacado en esa carta se alude a dos negocios: venta y construcción, de los lotes 2 y 3 respecto de los que se inserta su área: un total de 4.031,73m²; en los que se haría una construcción de 1.035m². De las tres propuestas, llama la atención la #2 transcrita, pues la demandante Inversiones Inalbos ha afirmado que los terrenos ya eran del señor Vale Cardozo, según el acta de inicio de obra, y en el “*CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA ‘CONDOMINIO RESIDENCIAL KUBIK VERDE SECTOR DOS C’*”, se dijo que los había entregado al “vendedor” para hacer la obra; resulta llamativa la propuesta para que a quien consideran el dueño de los inmuebles los tome en arriendo para comprarlos; en tanto el dominio “continuará” en cabeza de Verde 2A-2B.

También es significativo, la conveniente argumentación según la cual al señor Vale Cardozo, algunas veces se le designa como comprador, otras como prometiente

comprador, también “comprador-encargante”, otras se le dice propietario, y últimamente al sustentar la apelación era el poseedor.

Y a lo largo de la negociación, Inalbos es vendedor, prometiente vendedor, constructor, enajenador, dueño de los predios, etc.; aunque en la misiva examinada ya se adjudicó el dominio Verde 2A-2B.

8.9. Mediante correo electrónico de “Camilo Alvarado Boschell -KUBIK [mailto:calvaradokubiklab.com]” dirigido a Roberto Vale el 5 de julio de 2016 aquel le escribió: “Nos hemos desgastado mucho y considero que tenemos que pasar a un terreno más concreto. En esa línea y conforme a los argumentos discutidos y presentados por tu abogado, **quisiera saber si estarías de acuerdo en declarar nulo el contrato de promesa firmado**. Para ello te sugeriría un texto que podemos pulir más adelante pero básicamente diría algo como “Enrique Alvarado en representación de Verde 2 A 2 B y Roberto Vale de común acuerdo declaran que es nuestra voluntad que el contrato de 20 de Febrero de 2015 que forma parte integral de la presente declaración es NULO en virtud de que **la promesa de compra venta no reúne todos los requisitos legales.**”¹⁹ (Negrilla intencional).

8.10. Aquí debe advertirse que si bien todos los anteriores documentos fueron aportados con la demanda inicial propiciada por el señor Vale Cardozo, cuyo trámite terminó; no lo es menos que al contestarla Inversiones Inalbos solicitó se tuvieran como prueba las que obraban en el expediente²⁰; y en ello insistió al pedir las pruebas de la demanda de reconvencción²¹.

9. Con la contrademanda, la aquí apelante arrimó las siguientes documentales:

9.1. Comunicación remitida por el representante de Kubik Verde Valle del Sopó, señor Enrique Alvarado Baños al señor Vale Cardozo, fechada 14 de agosto de 2017, en la que le informa a éste que “en razón del incumplimiento del contrato suscrito por Usted el día 20 de febrero de 2015 con la sociedad INVERSIONES INALBOS S.EN C., la sociedad que represento ha decidido dar por terminado el mismo”²².

9.2. Como respuesta el señor Roberto Vale dirigió, el 19 de agosto de 2017, a Camilo Alvarado Boshell, correo electrónico en el que indicó consideraba “tal manifestación es improcedente, por lo que no acepto la terminación unilateral”, agregó: “Por otro lado y en aras de conciliar y resolver

¹⁹ Folios 55-56 ídem

²⁰ Folio 158 ídem

²¹ Folio 18 Archivo 07CuadernoDdaReconvenccion807-963 de la carpeta 03CuadernoReconvencción

²² Folios 1-4 Archivo 02F1806CdPruebas de la carpeta 03CuadernoReconvencción

personalmente, como le manifesté en a la reunión sostenida con Ud. días atrás, me permito ofrecer la suma única y definitiva de \$550'000.000 Mcte., que se pagará de la siguiente manera: a. \$350 mill. a la firma de la escritura pública de compraventa de los lotes 2 y 3 del condominio Kubik Verde. b. \$200 mill. a los 60 días luego de haber firmado la escritura.

En este punto debo manifestar que este acuerdo incluye de manera irrevocable la condición de que los lotes sean escriturados a mi nombre o a quien yo instruya pues con la entrega de los \$350.000.000 se completarían \$1.680.000.000 entregados a Uds., para la compra de los lotes y el inicio de la obra de la casa”²³. (Subrayado ajeno al texto)

9.3. Contrato celebrado el 10 de junio de 2014, entre Enrique Alvarado Baños como representante de Verde 2A Y 2B S.A, y ésta en representación de Inalbos S en C, en ese contrato LA EMPRESA, de un lado, y Camilo Andrés Alvarado Boshell como representante de Kubik Lab SAS, como EL CORREDOR, mediante el cual aquella manifestó su interés de contratar a este, “*quien por sus especiales conocimientos del mercado inmobiliario tiene la capacidad de intermediar y ponerla en contacto con terceros para la VENTA DE INMUEBLES DEL PROYECTO KUBIK VERDE del inventario de LA EMPRESA*”. Por ese convenio el corredor se obligó a poner en contacto a la empresa con personas naturales o jurídicas interesadas en adquirir el inmueble ofrecido²⁴.

9.4. Contrato de diseño arquitectónico Casa Vale-Kubik Verde Lotes 02 y 03 Sector 2C, suscrito el 16 de enero de 2015 entre Enrique Alvarado Baños como representante de Verde 2A Y 2B S.A, y ésta en representación de Inalbos S en C, como CONTRATISTA, por una parte; y, Camilo Andrés Alvarado Boshell como representante de Kubik Lab SAS, como CONTRATANTE. Negocio que tenía por objeto la “*ELABORACIÓN DEL DISEÑO ARQUITECTÓNICO, y COORDINACIÓN TÉCNICA PARA LA CASA VALE que será construída por el CONTRATANTE [Kubik Lab] sobre dos inmuebles, lote de terreno denominados Lotes 02 y 03 del sector 2C localizados en el municipio de Sopó en el condominio Kubik Verde (...) PARÁGRAFO: **EL CONTRATANTE manifiesta que el bien inmueble está prometido en venta**, por lo que la aprobación de diseños corresponde al promitente comprador.*” Para ello EL CONTRATISTA [Inalbos] se obligó a realizar diseño arquitectónico, contratar y asumir la coordinación técnica de los planos estructurales, hidrosanitarios, eléctricos, para la licencia de construcción²⁵, pero por cuenta de Kubik Lab SAS, y no del señor Vale Cardozo.

²³ Folios 6-7 ídem

²⁴ Folios 8-11 ídem

²⁵ Folios 12-15 ídem

9.5. También se celebró, el 21 de febrero de 2015, Contrato de construcción por Administración Delegada entre Enrique Alvarado Baños como representante de Inalbos S en C, como contratante; y Camilo Andrés Alvarado Boshell aquí como representante de Verde 2A y 2B S.A., como contratista y en el que ésta se obligó para con aquel *“a la construcción por el sistema de administración delegada y prestación de servicios profesionales (...) de una casa de aproximadamente 1035m², en los Lotes 2 y 3 del sector 2C situados en el proyecto KUKIK VERDE, identificados con las matrículas inmobiliarias 176-139416, 176-139414”*²⁶.

10. La conducta procesal de las partes también debe justipreciarse, artículo 280 de la codificación procesal civil, en esa dirección en la demanda original hecho 8 se resaltaron estipulaciones *“atinentes a la transferencia de dominio de los inmuebles Lotes Nos. 02 y 03”*, refiriendo que en el contrato se señaló que Inalbos S en C ostentaba el derecho de dominio; y al contestar la demanda respecto del hecho 8 literal a) dijo la demandada original *“Si bien no existe duda en que INVERSIONES INALBOS S. en C., es propietaria (aún hoy) de los bienes inmuebles descritos en el contrato de obra civil (erroneamente descrito como promesa de compraventa), lo cierto es que para el propósito del mencionado contrato, la propiedad de los bienes donde se adelantaría la construcción de la casa habitación no era pertinente en absoluto”*²⁷

Y en el hecho 36 de la reforma de la demanda de mutua petición se dijo que *“Hasta el momento **INVERSIONES INALBOS todavía no ha podido vender la casa finalizada**, la cual, en comparativa con las demás viviendas en venta en la urbanización, vale hasta tres veces más que las casas normalmente construidas”*.

11. Es cierto que el señor Vale Cardozo no asistió a la audiencia inicial, ausencia que el a quo consideró no fue justificada, y ello apareja una consecuencia probatoria previamente establecida por la ley (artículo 372 de la ley procesal civil): para el caso del demandado *“hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda”*, confesión que puede ser infirmada (artículo 197 ídem), y que en todo caso hace relación a supuestos fácticos y no a consideraciones de derecho, como lo son todos aquellos hechos de la contrademanda en que se vierte la interpretación jurídica del contrato; además, de ninguna manera un sucedáneo probatorio como este releva al juzgador de realizar el análisis conjunto de cada uno de los elementos probatorios.

²⁶ Folios 16-20 ídem

²⁷ Folio 137 Archivo 04CuadernoPrincipall-172 del 01CuadernoPrincipal

12. Evaluados los elementos que conforman el haz probatorio, uno a uno y en conjunto, no se concluye que la intención inequívoca de los contratantes era ajustar exclusivamente un contrato de obra.

Las documentales analizadas permiten establecer que la conducta de los contratantes, antes, durante y posteriormente a la suscripción del contrato, se dirigía a un negocio global que abarcaba la compraventa de los lotes 02 y 03 del Sector 2C del Condominio Residencial Kubik Verde y la construcción de una vivienda allí; y por ello la denominación de “*CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA ‘CONDOMINIO RESIDENCIAL KUBIK VERDE SECTOR DOS C’*”, y la inclusión de estipulaciones que imponían obligaciones al promitente comprador de “*Comparecer ante la notaría para la firma de la escritura pública para la entrega del objeto del presente contrato*” (22^a), y de asumir el pago de gastos notariales y de registro.

Patente quedó el interés e intención del señor Vale, cuando al plantear una forma de arreglo propuso pagar \$350'000.000 “*a la firma de la escritura pública de compraventa de los lotes 2 y 3 del condominio Kubik Verde*”; no simplemente de encargar la construcción de una casa en predios ajenos.

Por otro lado, no pueden soslayarse las comunicaciones que apoderados y representantes de Inversiones Inalbos S. en C. remitieron al señor Vale Cardozo, haciendo alusión al “contrato de promesa de compraventa”, como ya quedarán reseñados, e incluso llegando a proponerle “***declarar nulo el contrato de promesa firmado***”, y sugiriendo el texto en ese sentido. Actos propios que no puede desconocer.

Si la conciencia de Inversiones Inalbos era que sólo había celebrado un contrato de obra, inexplicable es que haya mantenido al señor Vale Cardozo convencido que era una promesa de compraventa cuando en sus comunicaciones así calificaba el contrato suscrito el 20 de febrero de 2015; y que en múltiples comunicaciones se incurriere en el “*error mecanográfico*”.

Así las cosas, no puede predicarse aquí, con base en el análisis de la intención de las partes en comunión con la literalidad del texto contractual, la existencia de un mero contrato de obra civil, carece de todo sentido que el promitente comprador se obligara a pagar el precio de la construcción de una vivienda sobre terrenos de propiedad de la promitente vendedora y a la postre no recibiese

ninguna contraprestación, sino que aparte debía pagar los gastos notariales y de registro de una escritura pública de “entrega”.

13. Ahora bien, el que las partes hayan buscado dejar constancia en el mismo contrato de las especificidades de la vivienda que se comprometió a construir y enajenar Inalbos S. en C., no desnaturaliza la finalidad última del acuerdo, que era, precisamente, adquirir la obligación de hacer consistente en la transferencia del derecho real de dominio de los lotes 02 y 03 y la construcción en ellos levantada, por parte de Inalbos y, el pago del precio, por parte del promitente comprador, aunque fuese una prestación anticipada del contrato prometido.

14. Toda duda sobre la identidad del acuerdo de voluntades se despeja al tener presente que las partes convinieron hacer presencia en notaría para hacer la “entrega”, lo que implica realmente la transferencia de dominio que se prometió, solo que como se explicará más adelante, se omitió indicar la fecha o época para verificar dicha comparecencia y resta efectos jurídicos al convenio.

15. Entonces, a modo de resumen se tiene que, la intención de la promitente vendedora, Inversiones Inalbos S en C, era la de vender al promitente comprador los lotes 02 y 03 del Condominio Residencial Kubik Verde y desarrollar en ellos la construcción de la obra; en tanto, el interés del señor Vale Cardozo era adquirir el dominio de aquellos predios y que allí se edificará la casa campestre, según las tratativas adelantadas con los representantes y mandatarios de la aquí demandante en reconvención. De allí que documentaran su acuerdo de voluntades, encargando la obra y estableciendo que se acudiría a una notaría, compromiso que innecesario era para la entrega de la obra, pero si indispensable para la transferencia del dominio, o lo que es igual, para perfeccionar el contrato prometido.

La intención de las partes ha de prevalecer sobre lo plasmado en el documento como lo advierte el artículo 1618 del Código Civil, lo cual descarta el planteamiento de la apelante en cuanto a que es más beneficioso para las partes declarar la existencia de un contrato de obra, primero por que el provecho no se advierte recíproco, y segundo por que no se trata de una mera cláusula que es a lo que alude la regla interpretativa del artículo 1620; al tiempo que al amparo de esta norma no puede buscarse dar un ropaje diferente al contrato que celebraron las partes con vicios en

su nacimiento. La segunda, es que la nulidad absoluta tiene por objeto salvaguardar el orden público, no los intereses individuales, por lo que al juez le es imposible fallar contra la ley para favorecer los intereses de alguna de las partes y menos aun cuando los mismos no coinciden.

16. No puede pasarse por alto que el precio del contrato equivalente a \$2.650.000.000,00 resulta ser desproporcionado si lo que se quería era solamente que se realizara una obra en terrenos ajenos, sin prestación a favor del señor Vale Cardozo diferente a la “entrega” en una notaría. Situación que refuerza la inferencia en cuanto a que no fue un error mecanográfico la nominación del contrato, sino que se diluyó la identidad del mismo al mezclar las especificidades de la obra que a la postre se enajenaría, como ya se anotó.

De este modo, se colige que no hubo entre las partes sólo un contrato de obra civil, pues la obra era la cosa futura prometida en venta junto con el terreno en que habría de desarrollarse, lo que se repite, a riesgo de fatigar, no desnaturaliza el convenio preparatorio, por tanto, no se abre paso el reproche formulado por la apelante en relación con una falta de valoración de la existencia del contrato de obra, porque además de lo referido, se avista que en la sentencia de primera instancia el *a quo* si hizo mención a ello, pues determinó la existencia de la promesa de compraventa por descarte de la existencia del contrato de obra e hizo un pronunciamiento claro acerca de que esos dos tipos de contratos se quisieron fusionar, pero solamente la promesa fue el que se celebró, solo que sin los requisitos legales. Es importante mencionar, que las disertaciones efectuadas en la decisión de primera instancia como aquí no recaen sobre accidentalidades como calificó el censor algunos apartes del contrato, quien se abstuvo de argumentar esa afirmación.

17. Conforme a lo anterior, coincide la Sala en torno a que en el documento firmado por las partes el 20 de febrero de 2015 y titulado “*CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA ‘CONDominio RESIDENCIAL KUBIK VERDE SECTOR DOS C’*”; la intención de los contratantes era incluir un contrato de promesa de compraventa de los lotes 02 y 03 del sector 2C, que hacen parte de la parcelación campestre Condominio Residencial Kubik Verde y de la construcción de la casa en esos lotes; contratos que “*aunque mantienen su antonomía y regulación legal propia, funcionalmente dependen recíprocamente, por virtud de la operación económica pretendida por las partes, de tal*

*suerte que las contingencias de alguno puede repercutir en los otros*²⁸.

Ciertamente si el interés e intención de los contratantes era el fin último de que el señor Vale Cardozo se hiciera al dominio de los lotes y la casa en el condominio pluricitado, existe entre ambos contratos una interdependencia de la cual no pueden escindirse, y no puede pervivir el contrato de obra, sin la promesa de compraventa de los terrenos a los que la edificación adhiere; por lo que cualquier vicio en ésta afecta a aquel. Por lo que dilucidada la naturaleza del vínculo negocial, corresponde escudriñar su validez tarea que se acomete enseguida.

18. Indiscutible es en el caso concreto, como se estudió en la sentencia de primer grado, la ausencia del requisito a que alude el artículo 1611 del Código Civil, que impone *“3a.) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato”*, para cumplir con la obligación de hacer que se deriva del contrato preparatorio, en la medida en que no es determinada ni determinable la calenda en que las partes tendrían que acudir a la notaría, a la par que no se acordó la oficina notarial en que se otorgaría la escritura pública a que hicieron alusión en el contrato. Y no es para menos, pues el requisito expresamente solicitado en el precepto citado, no es un simple capricho de legislador, ya que no tener conocimiento de la fecha en la cual ha de celebrarse el contrato prometido hace imposible el cumplimiento de tal obligación; habida cuenta que la condición a que se supedita el cumplimiento de la promesa debe ser determinada:

“El C.C. emplea la palabra época en dos sentidos. En la mayoría de las veces (arts. 92, 400, 799, 1551 y 1882) la usa en su acepción tecnológica de instante o momento, esto es, de un breve espacio de tiempo que sirve de punto de referencia para calcular o medir la duración del tiempo. En otras ocasiones (arts. 97, 109 y 215) la toma en el significado ordinario de intervalo, periodo o espacio de tiempo. El ord. 3° del art. 89 de la ley 153 de 1887 la emplea en la primera de las acepciones anotadas, o sea, como sinónimo de instante o momento. En dicho precepto <<fijar la época>> equivale a señalar o determinar el momento preciso y cierto en que ha de celebrarse la convención prometida. [...] La referida fijación de época puede hacerse mediante la designación de un plazo o de una condición, bien sean solos o bien combinados el uno con la otra, siempre que no sean de carácter indeterminado”²⁹

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC5690-2018, 19 de diciembre de 2018. MP. Luis Alonso Rico Puerta, Radicación 11001303032200800635 02.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, sentencia 1° de junio de 1965, CXI y CXII, 141 Citada en el Código Civil. Ed. Temis, Bogotá - Colombia 1982.

Además, no se satisfizo la exigencia del numeral 4º del mismo precepto, según el cual “4a.) *Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.*”; pues los lotes no fueron identificados con precisión, ni se insertaron sus linderos, como tampoco se refirió el número de sus matrículas inmobiliarias. Ha dicho la jurisprudencia:

“[...] la jurisprudencia de la Corporación ha exigido la inclusión en la promesa de su ubicación y alindamiento, pues tal información constituye la forma natural de procurar la requerida precisión en la determinación del objeto que reclama el precepto en comento. [...] En suma, se trata de datos muy importantes para el registro y por ello de cuidadosa observancia de los notarios, pero no predicables como elementos esenciales, ante cuya ausencia careciere de efecto la promesa de contrato, por indeterminación del objeto del contrato prometido.

[...]

Doctrina que ha venido reiterando en providencias posteriores (por ej. CSJ SC 2 ag 1985, G.J. CLXXX, pág. 226) en las que el énfasis del requerimiento acerca de la determinación del inmueble que ha de enajenarse en virtud del contrato prometido, se pone en el alindamiento y ubicación del inmueble como forma cabal de identificarlo, sin que ello signifique, agrega ahora la Corte, que no existan hoy por hoy otros medios que, quedando expresados en el texto mismo de la promesa, logren la misma finalidad <identificante>, con lo cual se cumple el propósito de que el bien raíz sobre que versará la compraventa no pueda ser confundido con otro, sin que exista razón para exigir la mención concurrente a todos ellos en la promesa, junto con los que ha venido destacando como obligatorios la jurisprudencia de esta Sala.”³⁰

18.1. De allí, que las consecuencias jurídicas al estar predispuestas por la ley, solo debían ser declaradas por el juez, tal como lo hizo, pues así lo ha mencionado la Corte en pretéritas ocasiones:

“Normativamente, no cabe duda, que la consecuencia de la desatención de los requisitos exigidos por la ley, será la nulidad absoluta, por lo que prosigue revisar los preceptos que la Corte Suprema de Justicia ha fijado a través de su jurisprudencia desde antaño, en la que destacó que:

“ya ha tenido oportunidad para estudiar el problema; y que luego de aceptar que hay diferencia entre los actos absolutamente nulos y los inexistentes, ha concluido en que el Código Colombiano comprende, dentro de la nulidad absoluta, los contratos jurídicamente inexistentes, con fundamento en que el artículo 1741 sanciona con tacha de nulidad absoluta los actos en los cuales se ha omitido algún requisito o formalidad que las

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de enero de 2015, M.P. Jesús Vall De Rutén Ruiz, SC004-2015.

leyes prescriben para ellos en consideración a su naturaleza, o a la calidad o estado de las personas.”³¹

Desde esa perspectiva, debe decirse que acertó el juez de conocimiento cuando consideró que el aludido acuerdo se encontraba afectado de nulidad absoluta.

19. Bien, la declaratoria de nulidad del contrato impone al Juzgador definir acerca del estado en que han de quedar las cosas, máxime cuando con vengero en el nulo convenio se consumaron algunas prestaciones.

Tal situación fue contemplada por el legislador³², previendo que la declaración de nulidad del contrato genera como efecto primordial el que las cosas vuelvan al estado precontractual y que por ende entre los presuntos negociantes se ordenen las prestaciones bilaterales o mutuas a que haya lugar³³, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato³⁴.

Es claro que estamos frente a la declaratoria de nulidad absoluta del contrato celebrado entre las partes, y los efectos de esta nulidad son los consagrados en el artículo 1746 del Código Civil “*En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*” (Se ha subrayado). Si bien es cierto la nulidad absoluta es un vicio objetivo y, por ende, han de volver las cosas al estado anterior, a efectos de las restituciones mutuas el precepto

³¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de enero de 1981.

³² Código Civil, artículo 1746: “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.”

³³ “La sentencia de nulidad produce efectos retroactivos y, por ende, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del negocio jurídico anulado, o en otros términos, las partes quedan obligadas a restituirse lo que recíprocamente se hubiesen entregado en desarrollo de la relación jurídica declarada nula”. (Sent. 007 del 01-02-1994)

³⁴ Un contrato retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con antelación a la celebración del mismo, claro está, si las obligaciones contraídas “se hubiesen empezado a ejecutar, y siempre al amparo de las reglas previstas en el art. 1746 del C. Civil y las que conforman el Capítulo IV del Título XII del Libro 2° de la misma codificación, bloque normativo este de conformidad con el cual, considerando como premisa previa la buena o la mala fe que diere lugar a la tenencia (arts. 963 y 1746 del C.C.), se debe restituir la cosa o derecho objeto del acto o contrato (arts. 961, 962 y 1746 del C. C.) con los frutos percibidos, reconociendo los gastos ordinarios invertidos en la producción (art. 964 inc. final y 1746 del C.C.), indemnizando de paso los deterioros sufridos, y las mejoras invertidas en la cosa teniendo en cuenta también la buena o mala fe del vencido en la litis y la especie de la mejora (art. 965, 966, 967, 968, 969 y 1746 del C.C.)” (CSJ Sent. 009 de 1999).

aplicable remite a las “reglas generales” que regulan los artículos 961 y siguientes del Código Civil.

Así entonces y para el caso concreto, el reproche del apelante en este punto se concentra en que a favor de Inversiones Inalbos S. en C., no se hizo reconocimiento alguno pese a que realizó diferentes obras respecto de las que no recibió contraprestación alguna de parte de aquel, como, por ejemplo, ventanería y mampostería.

Pero el argumento resulta infundado, si en cuenta se tiene que lo perseguido por el legislador al ordenar la restituciones mutuas es dejar a las partes indemnes en la medida de lo posible o volver las cosas al estado anterior al que se encontraban en ausencia del pacto abrogado, por lo que al no haber anticipado prestación alguna la sociedad Inversiones Inalbos S. en C. a favor del señor Vale Cardozo, debido a que las obras se hicieron sobre terreno de propiedad de aquella y que por su naturaleza se convierten en inmuebles por adhesión (artículo 656 Código Civil), no es posible ordenar que el promitente comprador pague por unos terrenos y por una construcción que no recibió ni recibirá. Acceder a ello redundaría en un enriquecimiento sin causa.

20. Como ha quedado aquí ampliamente explicado, infundadas son las críticas que planteó el recurrente en cuanto a calificar de superflua la motivación de la sentencia impugnada, la indebida valoración probatoria y la hermeneútica utilizada por el juzgador *a quo*, cuando este hizo un análisis acorde con la normativa aplicable, evaluó adecuadamente el acervo probatorio y en ello edificó su decisión. Y no puede pregonarse deficiencia en el laborío argumentativo vertido en la providencia, simplemente por no coincidir con los alegatos de la demandante en reconvención.

21. Conforme al análisis normativo, jurisprudencial y probatorio efectuado en precedencia, la Sala concluye que el recurso de apelación no tiene la contundencia para enervar la sentencia atacada, de allí que se impone su confirmación, con la consiguiente condena en costas al recurrente vencido.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida el 17 de julio de 2019 por el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al apelante.

NOTIFÍQUESE,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103031201700304 02

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada

110013103031201700304 02

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Magistrado

110013103031201700304 02

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Martha Isabel Garcia Serrano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ivan Dario Zuluaga Cardona
Magistrado
Sala 010 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **4af640f1cf15447bb95b61dbe1eb9a3a76d41be031c6d0ff54e2c050582115bb**

Documento generado en 06/10/2021 02:52:06 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá, D. C., seis de octubre de dos mil veintiuno.

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 1100 1310 3009 2013 00578 03 - **Procedencia:** Juzgado 9° Civil del Circuito.
Proceso: Ana Milena Martínez y otras vs. Flor Marina Martínez Suárez y otros.
Asunto: Apelación sentencia
Aprobación: Sala virtual Aviso n°42
Decisión: Confirma.

En cumplimiento de lo previsto por el artículo 14 del Decreto 806 de 2020¹, se resuelven por escrito los recursos de apelación interpuestos por los demandados contra la sentencia de 4 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado 9° Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. Ana Milena, Adriana Yolanda y Luz Miryam Martínez Triviño formularon demanda contra Flor Marina Martínez Suárez y herederos determinados² e indeterminados de Raúl Antonio Martínez Rojas, con el propósito de que se declarara:

i. La nulidad absoluta de la Escritura Pública No. 1209 de 21 de junio de 2005 otorgada en la Notaría 50 de Bogotá. Y en consecuencia, se disponga la inscripción de la sentencia en el folio de matrícula inmobiliaria No. 50S-40303352; la cancelación de la anotación efectuada con fundamento en el referido instrumento público, como las posteriores; y la restitución del equivalente en dinero en caso de que el predio se haya enajenado.

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.

² En el curso del litigio se logró establecer que los herederos determinados son: María Luz Chávez de Martínez, Edwin Hernán Martínez Chávez, Vladimir Alexi Martínez Chávez e Ivonne Jazmín Martínez Chávez.

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

a. Bonifacio Martínez Forero adquirió el inmueble ubicado en la Carrera 12C No. 8-13 sur de Bogotá el cual se identifica con la matrícula inmobiliaria No. 50S-40303352. Por medio de la E.P. No. 1209 vendió el predio a Raúl Antonio Martínez Rojas y Flor Marina Martínez Suárez, instrumento que fue suscrito el 21 de junio de 2005, fecha para la cual el vendedor ya había fallecido, hecho que sucedió el 26 de mayo de 2005.

b. No existió disposición testamentaria que ordenara transmitir el derecho real de dominio del predio, tampoco existe en el documento de venta constancia notarial que dé cuenta de que la firma impuesta por el vendedor se plasmó antes de su deceso.

c. Bonifacio Martínez Forero procreó, entre otros hijos (los demandados), a Jairo Martínez Rojas, persona que también falleció y era el progenitor de las accionantes.

3. Oposición:

3.1. Los sucesores de Raúl Antonio Martínez Rojas, esto es, María Luz Chávez de Martínez, Edwin Hernán Martínez Chávez, Vladimir Alexi Martínez Chávez e Ivonne Jazmín Martínez Chávez, se notificaron y contestaron por separado la demanda, pero formularon, con idéntica argumentación, las siguientes excepciones de mérito: inexistencia de causal de nulidad absoluta frente a la Escritura Pública No. 1209 del 21 de junio de 2005; buena fe de las actuaciones realizadas ante la notaría; y falta de legitimidad en la causa por activa. El fundamento de esas defensas se hizo consistir en que el vendedor había firmado el instrumento público antes de su muerte, contrato que solo compromete a quienes intervinieron en su formación.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3009 2013 00578 03

Edwin Hernán Martínez Chávez e Ivonne Jazmín Martínez Chávez, excepcionaron adicionalmente la ‘prescripción’, alegando que operó la decadencia de la acción de nulidad en tanto que transcurrió un tiempo superior a los 5 años que establece el artículo 2529 del C.C., contados desde la celebración del contrato de venta.

Por otro lado, María Luz Chávez de Martínez formuló la ‘prescripción extraordinaria’, para cuyo efecto expuso que ha ejercido posesión sobre el inmueble por más de 14 años y Bonifacio Martínez Forero le entregó el bien para que viviera junto con su esposo e hijos.

3.2. Flor Marina Martínez Suárez se allanó a las pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

1. El a-quo declaró la nulidad absoluta de la Escritura Pública No. 1209 de 21 de junio de 2005 de la Notaría 55 de Bogotá, en razón a que se acordó sin el lleno de los requisitos de ley y tuvo como antecedente una causa ilícita, determinación que ‘cobija’ el instrumento registrado con posterioridad y que corresponde a la adjudicación de la herencia de Raúl Antonio Martínez Rojas. Además, ordenó a los demandados que restituyeran el predio a la sucesión de Bonifacio Martínez Forero junto con la devolución de los frutos causados desde la fecha en que se celebró el contrato.

2. Al efecto señaló que las demandantes se encuentran legitimadas en la causa por ser herederas de quien obró como vendedor (hijas de uno de los descendientes de Bonifacio Martínez Forero).

2.1. Destacó que no se configura la prescripción de la acción, para lo cual explicó que la nulidad es una pretensión ordinaria a la que le es aplicable el término de diez años previsto en los artículos 2535 y 2536 del C.C.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3009 2013 00578 03

Dicho esto y al analizar el *sub judice*, precisó que: el contrato cuestionado se celebró en junio de 2005 –registrado en el folio inmobiliario unos meses después–; la demanda se radicó el 11 de septiembre de 2013; algunos de los demandados se notificaron en junio de 2014.

Consideró entonces que la prescripción de la acción que venía corriendo se interrumpió (art. 94 Cgp) y como se convocaron herederos se entiende que asisten al proceso ‘*como gestores de un patrimonio autónomo que es pues la herencia del causante Bonifacio Martínez Forero*’, de allí que con la sola vinculación de uno de ellos los efectos de la interrupción de la acción surten para todos, porque no hay litisconsorcio necesario frente a herederos.

2.2. Cuando analizó la excepción de prescripción adquisitiva propuesta por María Luz Chávez de Martínez indicó que si se afirma que el contrato no es nulo y se ostenta la calidad de propietaria en virtud de la sucesión de los bienes de Raúl Antonio Martínez Rojas (en la anotación 3 del folio inmobiliario y con posterioridad al contrato invalidado se inscribió la sucesión de la persona en mención y que obró como uno de los compradores), resulta contradictorio decir que se adquirió el dominio por usucapión ‘*o el modo es uno o el modo es otro*’. Bajo esos parámetros denegó la defensa, a lo que agregó que no hay prueba de la posesión.

2.3. Posteriormente y al estudiar la pretensión de nulidad, manifestó que el vendedor ‘no existía’ al momento de celebrarse la Escritura Pública No. 1209 de 21 de junio de 2005, puesto que ya había fallecido, por lo que quien obró como tal carecía de capacidad jurídica para celebrar negocios jurídicos; la excusa en punto a que Bonifacio Martínez Forero firmó con antelación a su muerte -sigue la juez-, no está justificada ya

Apelación Sentencia: 1100 1310 3009 2013 00578 03

que en el instrumento no hay ninguna atestación sobre ese hecho. Añadió que el parentesco de los contratantes lleva a concluir que el negocio se celebró sin que hubiera una causa lícita toda vez que la herencia debe ser recogida por todos los herederos, sin exclusión salvo que el causante lo haya dispuesto en el testamento.

Ordenó consecuentemente las restituciones mutuas, para lo cual dispuso que los demandados deberán entregar el predio a la masa herencial de Bonifacio Martínez Forero, como los frutos que el inmueble haya podido percibir desde la fecha del negocio jurídico hasta su devolución real ‘a la sucesión’.

LAS APELACIONES

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

1. Por los sucesores de Raúl Antonio Martínez Rojas: María Luz Chávez de Martínez, Vladimir Alexi Martínez Chávez, Edwin Hernán Martínez Chávez e Ivonne Jazmín Martínez Chávez:

a. El despacho falló de manera incongruente y *extra petita*, ya que en las pretensiones de la demanda no se mencionó nada respecto a los frutos del inmueble, como tampoco se aportó prueba que los acreditara, por manera que no debió existir condena sobre ese punto.

b. La acción de nulidad recae sobre la compraventa celebrada el 21 de junio del año 2005, la demanda fue presentada el 11 de septiembre de 2013 y la parte pasiva fue notificada en su totalidad hasta el 18 de septiembre de 2019, por lo que el fenómeno de la prescripción operó ya que se superaron los diez años del artículo 2536 del C.C.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3009 2013 00578 03

c. Erró el fallador al decir que ‘se interrumpe la prescripción adquisitiva de dominio de la acción’, como al exponer que el hecho de haberse adelantado la sucesión de Raúl Antonio Martínez Rojas genera el reconocimiento de dominio ajeno. Que no se desconoce que el inmueble era de Bonifacio Martínez Forero, lo que se reclama es que no se conoció, ni se participó en los pormenores de la compraventa contenida en la escritura que se declaró nula.

Que lo pedido es la usucapión desde 19 de abril de 2013, fecha en que se protocolizó la sucesión de Raúl Antonio Martínez Rojas, esposo y padre de los apelantes, por haber vivido en el inmueble por más de 30 años.

d. El juzgado no valoró la totalidad de las pruebas y no tuvo en cuenta al momento de resolver la calidad de litisconsorcio necesario de la parte demandada; que no es dable afirmar que los impugnantes “*ejercieron actos de posesión desde el fallecimiento del señor BONIFACIO MARTINEZ FORERO (q.e.p.d.), y que no es posible aceptar que por el hecho de haberse tramitado la sucesión del señor RAUL ANTONIO MARTINEZ ROJAS (q.e.p.d.) el 19 de abril de 2013, quiere esto decir que el despacho no entra a evaluar la prescripción ordinaria, el despacho debió evaluar las documentales arrimadas al proceso y las declaraciones de la parte actora en la que indican que NO realizaron nunca ninguna acción en contra de mis poderdantes a fin de despojarlos de la posesión que ostentan en el inmueble, es más declararon que no van al inmueble incluso desde antes de que el señor BONIFACIO MARTINEZ FORERO (q.e.p.d.), falleciera*”.

2. Apelación de la demandada Flor Marina Martínez Suárez:

En caso de que prospere la prescripción adquisitiva de dominio, su declaratoria debe incluirla, puesto que el material probatorio da cuenta de que ostenta la posesión del segundo piso del predio. Añadió que fue

Apelación Sentencia: 1100 1310 3009 2013 00578 03

ajena a la elaboración de la E.P. 1209 de 21 de junio de 2005 y que estuvo sometida a sus padres y hermanos, buena fe e ingenuidad que da lugar a que se nieguen las pretensiones formuladas en su contra, ingenuidad que asimismo indica que su anterior apoderado se allanara a la demanda.

Que el hecho de no haber participado en la elaboración del contrato da lugar a que no haya condena por frutos y a la restitución del inmueble.

CONSIDERACIONES

1. Se confirmará la sentencia apelada, comoquiera que los reparos propuestos, y a los cuales queda restringida la competencia del tribunal (art. 328 Cgp), no consiguen derribar los fundamentos de la decisión que adoptó el a-quo, como a continuación pasa a explicarse.

2. En primer lugar, se estudiarán los reproches formulados respecto de la figura jurídica de la prescripción –extintiva de la acción, como adquisitiva de dominio-, para posteriormente dar respuesta a los inconformismos sobre la condena que emitió la juez por frutos civiles, debiendo aclararse, desde ya, que en el *sub lite* se declaró la nulidad de la venta contenida en la Escritura Pública No. 1209 de 21 de junio de 2005 otorgada en la Notaría 50 de Bogotá, asimismo la falladora extendió los efectos de la invalidez a la posterior adjudicación por sucesión registrada en el folio de matrícula inmobiliaria, segmento de la providencia que no fue objeto de impugnación, y por ende, no hay lugar a volver sobre la argumentación que en la sentencia se ofreció sobre tales declaraciones.

2.1. En aras de la seguridad jurídica, entre otras previsiones, el derecho ha consagrado que no existen obligaciones imprescriptibles, desde luego que las partes no pueden quedar vinculadas de modo indefinido,

Apelación Sentencia: 1100 1310 3009 2013 00578 03

permaneciendo en la incertidumbre sobre el vigor de una relación que ha decaído por falta de ejercicio.

Al tenor del artículo 2512 del C.C.: *“La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”*, disposición complementada por el artículo 2535 ibídem que reza: *“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones (...)”*.

A partir de ese conjunto de reglas de derecho, aplicadas a la situación fáctica que originó el litigio, se concluye que no operó la invocada prescripción extintiva. En efecto, ante todo se debe advertir que la nulidad absoluta no tiene un término especial de prescripción, de allí que le son aplicables las nociones generales contenidas en el artículo 2536 del C.C., en la versión vigente con la promulgación de la Ley 791 de 2002: *“[l]a acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10)”*

Así, entonces, el cómputo de ese plazo extintivo (10 años) ha de contarse desde el otorgamiento de la escritura pública, puesto que es el instante en que se consolida el vicio que daría lugar a la anulación del contrato. Por tanto, como el instrumento se constituyó el 21 de junio de 2005 se sigue que al momento de la demanda -11 de septiembre de 2013-, no había transcurrido la década necesaria para que el fenómeno se materializara. Ahora bien, el auto admisorio fue notificado a las accionantes por estado de 15 de diciembre de 2013 y Vladimir Alexi Martínez Chávez, Edwin Hernán Martínez Chávez y Flor Marina Martínez Suárez se notificaron

dentro del año siguiente³, lo que significa que la radicación del libelo tuvo el efecto de interrumpir civilmente la prescripción. (Art. 94 Cgp)

El posterior enteramiento de María Luz Chávez de Martínez e Ivonne Jazmín Martínez Chávez, que valga recordar se efectuó por la nulidad procesal que dispuso el tribunal, no hace posible que la excepción bajo análisis prospere, habida consideración que la interrupción a la que ya se hizo mención también interrumpía el cómputo de la prescripción en relación con las herederas de quien obró como uno de los compradores—Raúl Antonio Martínez Rojas—; la explicación no viene dada tanto por la argumentación que ofreció la falladora, sino porque el acto de venta constituye una obligación que reviste el carácter de indivisible, y por tanto, una eventual prescripción de la acción de nulidad no podría, por lógica, declararse a favor de las herederas de unos de los partícipes en el negocio, pero a la vez negarse frente a quien obró como compradora, esto es, Flor Marina Martínez Suárez, persona que por su temprana notificación el acto logró interrumpir el lapso decadente.

En otros términos: resulta del todo inviable, dadas las viscitudes del negocio jurídico abatido por nulidad, fragmentar el análisis de la prescripción de la acción y sobre todo de la interrupción civil, como si cada uno de los demandados (que se hace extensivo a los sucesores de unos de los compradores) hubiera adquirido una obligación individual en punto a la adquisición del predio, puesto que el acto de enajenación fue uno solo y es común a todos los contratantes a pesar de que la supuesta compra del derecho de dominio se verificara a favor de dos personas.

Por manera que, se repite, la interrupción civil que operó en contra de Vladimir Alexi Martínez Chávez, Edwin Hernán Martínez Chávez y Flor

³ 6, 8 de mayo y 5 de junio de 2014, respectivamente.

Marina Martínez Suárez se hace extensiva a las demás personas que como continuadoras de su padre conforman el extremo pasivo, por así disponerlo el artículo el artículo 2540 del Código Civil⁴, interrupción que, por lo demás, conforme lo tiene establecido la Corte Suprema de Justicia⁵, viene a tener efectos absolutos, esto es: que la prescripción no comenzaría a contarse nuevamente a partir del primigenio acto de notificación.

2.2. Frente a la figura de la prescripción adquisitiva de dominio, del escrito de sustentación explícitamente se entiende que está consumada en favor de todos los herederos de Raúl Antonio Martínez Rojas; incluso la demandada que apeló por separado se auto proclama poseedora del segundo piso del inmueble.

Al respecto, de entrada advierte la sala -para ir depurando la cuestión litigiosa- que la excepción de prescripción fue propuesta únicamente por María Luz Chávez de Martínez. En esos parámetros, considera el tribunal que aún si se reunieran los presupuestos del fenómeno adquisitivo de la propiedad respecto de las demás personas que conforman el extremo pasivo, al juez le queda vedado reconocerlo de forma oficiosa, habida cuenta que por ministerio de la ley la prescripción debe ser necesariamente invocada por quien se beneficia de sus efectos (art. 2513 C.C. conc. 282 Cgp), y es entendido que quien no la alega renuncia a ella.

⁴ “La interrupción que obra a favor de uno o varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno o varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya esta renunciado en los términos del artículo [1573](#), **o que la obligación sea indivisible**” –se resalta.

⁵ “(...) Es entendido que la posibilidad de iniciar nuevamente y de inmediato el cómputo del término extintivo, prevista en el inciso final del artículo 2536 de Código Civil respecto de la interrupción o la renuncia de la prescripción, no aplica cuando se trata de interrupción civil, o cuando la prescripción se entiende renunciada por la omisión del deudor en interponer oportunamente la excepción respectiva. Los efectos de la interrupción civil, que además descarta la inactividad del acreedor, o de la no interposición oportuna de la mencionada defensa judicial, **son definitivos dentro del proceso en el cual ocurren, hasta su terminación mediante sentencia, pago o cualquiera de las formas anormales o alternativas de finalización permitidas por la ley, atendida la naturaleza de cada proceso y las consecuencias propias de dichas formas especiales en punto a la eficacia o ineficacia de la interrupción**» (CSJ C- 2006-00339-01 9 Sep. 2013)”. C.S.J., Sentencia de 13 de junio de 2017, STC8318-2017 Radicación n.º 11001-02-03-000-2017-01219-00.

Para denegar la defensa en comento el a-quo estimó que es contradictorio que la demandada afirme que el contrato no está viciado de nulidad y que se ostenta el derecho de dominio en virtud de la posterior sucesión de los bienes de uno de los compradores, pero a la vez se indique que la propiedad se adquiere por medio de la usucapión; agregó genéricamente que no hay prueba de la posesión. Así las cosas, no es cierto que en la sentencia se hubiera hecho alusión a la existencia de un supuesto reconocimiento de dominio ajeno producto de una sucesión de bienes, como motivo en contra de la prescripción adquisitiva invocada a título de excepción.

De otro lado, aunque la argumentación de la falladora no es del todo acertada, dado que es perfectamente posible que declarada la nulidad del contrato alguno de los partícipes que se considera poseedor, o incluso un tercero, alegue el transcurso del tiempo como un hecho del que se consolida el dominio; no obstante, en este asunto no están demostrados los dos elementos característicos de la posesión *-corpus y animus-* por el tiempo exigido por la ley, carga que corría por cuenta de la parte excepcionante.

Como primera medida, se debe decir que María Luz Chávez de Martínez al formular la defensa manifestó que ha ejercido una posesión por más de 14 años, y sobre los actos propios de quien se considera dueño dijo que ha realizado mejores y pagado impuestos. Ahora, inexplicablemente en la apelación cambió su proclamación de señorío, aspirando que se tenga el 19 de abril de 2013 –muerte de su esposo Raúl Antonio Martínez Rojas-, como el hito desde el que inició la supuesta condición de propietaria, alegato que no prospera, por la simple razón que al contestar la demanda no alegó ni pretendió beneficiarse de esa circunstancia, o de una eventual

Apelación Sentencia: 1100 1310 3009 2013 00578 03

intervención del título⁶, instrumentos que no pueden aplicarse oficiosamente, toda vez que esos cambios de postura afectan la congruencia y el derecho de contradicción del contendiente, puesto que era de vital importancia su planteamiento desde el momento en que acudió al proceso.

Con todo, no constituye un motivo fundante de posesión el hecho de que eventualmente se haya actuado de buena fe y se desconociera la situación que generó la invalidez del contrato. Por demás, el alegado ánimo de señorío es una circunstancia que no sobrepasó la esfera del propio dicho de la demandada, cuando es bien sabido que las afirmaciones de las partes por sí solas tienen mérito demostrativo en cuanto produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria (art. 191 Cgp); lo que le beneficia debe estar soportado con pruebas adicionales que no están presentes en este litigio.

Al efecto, véase que no hay prueba en punto a la realización de las invocadas mejoras pues los 4 documentos que obran en el expediente no son suficientes para acreditar tal hecho⁷, simplemente son unos elementos de los que se extrae la compra de ciertos materiales: estuco, vinilo, tubo siliconado, pistola de silicona, etc., pero su sola adquisición no da cuenta de que estuvieron destinados para el arreglo, conservación y/o reparación del inmueble ubicado en la Carrera 12C No. 8-13 sur de Bogotá.

En esencia, adicional a esos medios de juicio era necesario que se adosara, cuando menos, copia de un contrato de obra u otra prueba que

⁶ En la misma apelación se dice que no se desconoce que el inmueble era de Bonifacio Martínez Forero, confesión por apoderado que entraña un acto de reconocimiento de dominio ajeno y da al traste con la posesión inicialmente alegada.

⁷ Páginas 253-257 archivo 01CuadernoUno.

en el contexto probatorio otorgara certeza respecto a la utilización de los insumos en el mejoramiento y conservación del inmueble, pero el folio donde se hace alusión a ‘materiales’, ‘mano de obra’, ‘compra de tejas’ no conducen a tal constatación porque que no contiene ningún tipo de firma o signo que identifique a su autor, es decir, no se sabe a ciencia cierta si la información que allí se expone fue elaborado por la misma demandada, por su apoderado, o por un experto que fuera contratado; 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.

Se alegó que se pagaron impuestos, pero la prueba de su cancelación de forma continua no haría mayor diferencia, en tanto que alguna persona puede estar compelida al pago de esos rubros al margen de una posesión que es un conjunto de actos de mayor envergadura. De modo que sin otras pruebas fehacientes de la posesión, honrar las cargas tributarias siempre se ha juzgado como una circunstancia no necesariamente reveladora de una detentación animada por un conjunto de actividades que denoten apropiación. Finalmente, lo que pudieron haber dicho las demandantes en el interrogatorio sobre que no han ingresado al inmueble o que no ejercitaron ningún tipo de acción, en nada favorece la prueba sobre el ánimo de propietaria en María Luz Chávez de Martínez, puesto que en el *sub judice* no se analizan las omisiones de las convocantes, sino los actos positivos desplegados por quien se dice ser dueña del fundo. En suma, el recorrido por el material probatorio y que su falta de análisis se propuso como reparo, fuerza la conclusión de que no se demostró tener las calidades de la posesión, elemento íntimamente ligado al figura de la usucapión.

2.3. Superado lo anterior y en lo que concierne a los frutos civiles que se reconocieron en la sentencia, debe decirse que conforme a lo regulado por el artículo 1746 del Código Civil, la nulidad que se declaró conduce necesariamente a que las partes sean “(...) *restituidas al mismo estado en que hallarían si no hubiese existido el acto o contrato (...)*”. Es decir, la invalidez del negocio conlleva *per se* el estudio de las llamadas reposiciones mutuas, aspecto que, entonces, es pasible de analizarse así no haya petición de parte, puesto que “[d]eclarada judicialmente la nulidad de un contrato, las partes deben ser restituidas de jure al estado anterior, y por tanto, la prestación respectiva, que conduce a que la restitución se verifique se debe también de jure, y procede en ello oficiosamente la justicia sin necesidad de demanda. Tales prestaciones comprenden, además de la devolución de las cosas dadas con ocasión del contrato invalidado, sus intereses y frutos... ”⁸.

Sobre la cuantificación de los frutos si bien la juez en la sentencia no los determinó monetariamente, sentó los parámetros bajo los cuales las partes deberán establecerlos, esto es, la suma que “*corresponda mes o fracción al 1% del avalúo catastral del predio objeto de la venta más el 50%, 1% que se cause mes a mes desde la fecha de la escritura 1209 del 21 de junio de 2005 hasta que efectivamente este bien sea materialmente devuelto a la masa herencial o patrimonio autónomo del señor Bonifacio Martínez Forero*”.

La forma a la que se acudió encuentra respaldo en el artículo 18 de la Ley 820 de 2003 y es la máxima que la ley autoriza para fijar la renta en los contratos de arrendamiento, que en la práctica judicial es usual que se utilice para establecer frutos civiles, por guardar correspondencia en

⁸ CSJ, sentencia de 24 de febrero de 2003. Exp: 6610.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3009 2013 00578 03

cuanto a los dineros que se dejan de recibir por el no disfrute de un predio; las consideraciones del a-quo no fueron cuestionadas en la apelación, simplemente se dijo que no había prueba que demostrara el emolumento en estudio, argumento genérico que decae frente a lo expuesto.

3. Por último, para dar respuesta a la impugnación de Flor Marina Martínez Suárez baste decir que no prosperó la excepción de prescripción adquisitiva formulada por la otra parte que apeló, por ende, la extensión de los eventuales efectos que solicitó no tienen cabida, máxime que, como ya se dijo, no formuló directamente su propia posesión como un hecho que deba ser declarado judicialmente.

La eventual buena fe con la que pudo haber procedido en la celebración del contrato tampoco da lugar a que la sentencia sea revocada, porque independientemente de que se haya actuado pensando que el negocio era lícito, la causal de invalidez se estructuró y conlleva a la declaratoria de nulidad; tampoco es posible que se revoque la condena por frutos, comoquiera que la fijación de este rubro no depende de la *bona fides* y del allanamiento a las pretensiones, sino del hecho que se detente físicamente el predio, aspecto que no cuestionó en su recurso.

4. En razón de lo dicho, y como los reparos no logran la revocatoria de la sentencia apelada, la misma se confirmará, con la consecuente condena en costas.

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

Apelación Sentencia: 1100 1310 3009 2013 00578 03

República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida el 4 de mayo de 2021, por el Juzgado 9° Civil del Circuito de Bogotá. Costas a cargo de los apelantes. El magistrado sustanciador fija como agencias en derecho de segunda instancia la suma de \$1.000.000. Liquídense (art. 366 Cgp). Devuélvase el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA
Radicado: 1100 1310 3009 2013 00578 03

Ausencia legalmente justificada

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Radicado: 1100 1310 3009 2013 00578 03



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Radicado: 1100 1310 3009 2013 00578 03

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

Bogotá, D. C., seis de octubre de dos mil veintiuno.

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 1100 1310 3043 2012 00639 01 - **Procedencia:** Juzgado 51 Civil del Circuito.
Proceso: Ángel Alirio Cárdenas Pérez y otros. **vs.** Travesa Sas y otra.
Asunto: Apelación sentencia
Aprobación: Sala virtual aviso 42 .
Decisión: Confirma.

En cumplimiento de lo previsto por el artículo 14 del Decreto 806 de 2020¹, se resuelve por escrito el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de julio de 2020², proferida por el Juzgado 51 Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. Ángel Alirio Cárdenas Pérez, Carmen Alicia Cely de Cárdenas, Erika Paola Cárdenas Cely, Yolanda Cárdenas Cely, Nancy Rocío Cárdenas Cely, Maribel Cárdenas Cely y Diana Milena Cárdenas Cely instauraron demanda en contra de las sociedades Travesa Sas y Proveedor Sercarga S.A., con el objetivo de que:

i. Se declarara que las demandadas en sus calidades de propietaria y empresa afiliadora del vehículo de placas SWO-591, son civil y solidariamente responsables por los perjuicios morales ocasionados

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.

² El proceso fue asignado al magistrado sustanciador en reparto de **31 de julio de 2021**.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3043 2012 00639 01

causados en el accidente de tránsito ocurrido el 31 de agosto de 2010 en el que falleció Marly Johana Cárdenas Cely.

ii. En consecuencia, se les condenara al pago de las sumas de dinero que los demandantes solicitaron por daño moral, valor que debe ser actualizado conforme a la corrección monetaria.

2. Como fundamento de las pretensiones se adujo lo siguiente:

a. El 31 de agosto de 2010, aproximadamente a las 20:00 horas, Marly Johana Cárdenas Cely se transportaba como pasajera dentro de la cabina del rodante de placas SWO-591, que era conducido por Diego Fernando González Gómez. El vehículo colisionó con la parte trasera del automotor de placas XUE-077, el cual estaba parqueado sobre la calzada derecha de la vía San Roque-Bosconia en el km 73+640 metros.

b. Diego Fernando González Gómez no detuvo la marcha, ni efectuó oportunamente una maniobra o cruce para evitar el impacto que se dio por la parte derecha de la cabina, lugar donde estaba ubicada Marly Johana Cárdenas Cely, persona que resultó lesionada y minutos después perdió la vida.

c. Para el momento del accidente la difunta tenía 27 años de edad, se encontraba en excelentes condiciones de salud, a quien le sobreviven sus padres y hermanos quienes ‘sufrieron y siguen sufriendo’ dado el nexo afectivo que tenían con la víctima. El daño se produjo por la negligencia, imprudencia y falta del deber objetivo de cuidado del conductor del vehículo de placas SWO-591.

3. Oposición:

3.1. La sociedad Travesa Sas contestó la demanda, se resistió a las pretensiones de la demanda, llamó en garantía a los señores Diego Fernando González Gómez³, Esperanza Vargas de Saavedra y Álvaro Javier Pineda Álvarez⁴; y formuló las siguientes excepciones de mérito rotuladas: inexistencia de nexo causal entre el hecho y el daño; hecho de un tercero; y exposición del riesgo por parte de la víctima.

En síntesis, señaló que el conductor de la niñera de placas SWO-591 -que no está destinada para el transporte de pasajeros-, no era empleado de Travesa Sas, pues su vinculación se hizo por medio de una cooperativa de trabajo asociado; que tal persona transgredió la prohibición que tenía respecto de viajar con acompañantes, de suerte que la propietaria del rodante no habría podido impedir la muerte de Marly Johana Cárdenas, hecho que sucedió por la voluntad de Diego Fernando González Gómez al permitir que quien falleció viajara con él.

Que la culpa del accidente se debió al actuar de Álvaro Javier Pineda Álvarez, conductor de la volqueta XUE-077, porque estacionó sobre la vía desconociendo las normas de tránsito.

3.2. Proveedor Sercarga S.A., también presentó oposición y planteó las defensas que denominó: la existencia de un contrato de vinculación entre el propietario del vehículo y el Proveedor & Sercarga S.A. no genera responsabilidad solidaria de la sociedad demandada por inexistencia de los presupuestos legales e inexistencia de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual.

³ Persona que una vez notificada guardó silencio.

⁴ Estas dos personas no fueron vinculadas dentro del término de 90 días. Ver auto de 4 de junio de 2014, página 177 archivo 01CuadernoDigitalizado.

LA SENTENCIA APELADA

El juez de instancia resolvió negar las pretensiones luego de hacer alusión a los presupuestos de la responsabilidad civil, y en especial a la figura del llamado transporte benévolo, que se presenta cuando una persona es movilizada con la autorización del conductor y sin que medie un contrato de transporte, como sucedió en el caso, puesto que fue en virtud de la relación sentimental que mantenían Marly Johana Cárdenas Cely y Diego Fernando González Gómez que se consintió que aquella viajara en el rodante de placas SWO-591.

Agregó que en este tipo de casos no opera la presunción de culpa, quedando la parte accionante con la carga de probar todos los elementos de la responsabilidad cuyo cometido no se cumplió, puesto que no se demostró que el accidente fuera producto del actuar de Diego Fernando González Gómez, ya que -continúa el fallador-, sobre el acaecimiento de los hechos solo se contó con la documental remitida por la Fiscalía 25 Seccional de Bosconia y que contiene el respectivo croquis, como la versión de Álvaro Javier Pineda Álvarez –conductor del otro automotor involucrado-, insuficiente para fijar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia del incidente.

LA APELACIÓN

1. Adujo la actora en la sustentación de su recurso, después de hacer alusión a los hechos expuestos en la demanda, que a partir de la documental que remitió la Fiscalía 25 Seccional de Bosconia se observa la imprudencia, negligencia y falta al deber de cuidado del conductor del automotor de placas SWO-591 señor Diego Fernando González Gómez,

comoquiera que estaba distraído y no ejecutó ninguna maniobra para evitar el impacto con el otro rodante.

Que así se deduce de la codificación que fijó el policía de tránsito ‘distraerse’, la cual se estableció en razón de la afirmación que el mismo conductor le mencionó al oficial al indicarle que ‘venía hablando con su acompañante’. Además, del interrogatorio que rindió Álvaro Javier Pineda Álvarez se evidencia que el hecho sucedió por la culpa de Diego Fernando González Gómez, puesto que no observó las luces de parqueo que tenía encendidas el vehículo contra el que se estrelló, ni observó las señales que el otro conductor le hizo con una linterna.

2. Señaló además que la responsabilidad que se deriva por el hecho de las cosas utilizadas en actividades peligrosas, conlleva a que la propietaria y la afiliadora del rodante deban responder de manera directa por los daños causados.

CONSIDERACIONES

1. Teniendo en cuenta que los demandantes concretaron sus pretensiones a obtener el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por el accidente de tránsito que le produjo la muerte a Marly Johana Cárdenas Cely, debe advertirse que tal menoscabo sería producto de una responsabilidad civil, por lo que es útil, para los fines de la presente decisión, efectuar las siguientes precisiones:

1.1. Si bien es cierto, como lo arguye el apelante, que la vinculación de las sociedades Travesa Sas y Proveedor Sercarga S.A. se hizo en forma directa por sus condiciones de propietaria y guardiana, como de empresa afiliadora del vehículo de placas SWO-591, tipología de responsabilidad

civil que proviene por el hecho de las cosas, y en particular de lo que se ha llamado ‘el ejercicio de actividades peligrosas’, no obstante, es de ver que las particularidades del caso entrañan una circunstancia adicional que hacía inviable que operara la conocida presunción de culpa de la que se parte en contra del extremo demandado cuando el hecho se cometió bajo la utilización de una cosa con potencialidad de causar peligro, si es que ese fue el cometido con el reparo que formuló la parte impugnante, cuestión que no quedó del todo definida en el escrito de sustentación.

En efecto, el juez de primera instancia con sustento en el interrogatorio que rindieron los convocantes tuvo por demostrado que la víctima Marly Johana Cárdenas Cely y Diego Fernando González Gómez –conductor del rodante en el que se desplazaba-, sostenían una relación sentimental y producto de ese vínculo fue que se consintió que quien falleció se desplazara como pasajera en el rodante de placas SWO-591.

Es decir, el a-quo concluyó que no medió ningún tipo de contrato de transporte y la movilización se efectuó en razón de un transporte benévolo, vicisitud que, conforme a la jurisprudencia que citó, exige a quien demanda probar todos los supuestos de la responsabilidad, en especial el conocido presupuesto de la culpa. Ahora, tales argumentaciones no fueron objeto de reparo por el extremo apelante, de manera que son aspectos sobre los que el tribunal no tiene competencia para pronunciarse y se encuentran definidos en la contienda por el silencio del apelante. (Art. 328 Cgp).

1.2. Es imperioso advertir que no todos los daños ocasionados por el transporte de personas tienen lugar en el marco de un contrato de transporte. En tales eventos la responsabilidad puede partir del detrimento causado por el ejercicio de una actividad peligrosa o en

ejercicio del conocido ‘*transporte benévolo*’, cuyo referente normativo está en el artículo 995 del C. de Co.⁵, el cual ocurre cuando el conductor consiente en trasladar a otra persona, por un acto de simple cortesía, sin que exista algún interés en particular, en el que tampoco el viajero se encuentra compelido al pago de contraprestación alguna por dicho transporte.

Al respecto ha dicho la Corte, en precedente que citó el juez de primera instancia y que constituye un referente a aplicar en la materia, que “*en tratándose del denominado transporte benévolo, a saber, el prestado por el agente y como acto de cortesía o de atención, no opera la presunción de culpa en el evento en que en desarrollo del mismo y con ocasión del ejercicio de una actividad peligrosa se produzca un daño; de donde resulta que la víctima que por razón de ese hecho pretenda obtener una indemnización, queda sujeta a demostrar tanto la existencia del perjuicio como la de la culpa del demandado y el nexo causal entre esos dos factores*”⁶.

2. Así, entonces, establecido en el caso litigado que sobre los ahora apelantes recaía la carga de acreditar en íntegro los presupuestos desarrollados legal, doctrinaria y jurisprudencialmente para que se abra camino la responsabilidad civil, y estudiados los medios probatorios recaudados, se deduce sin dubitación alguna que no se demostró la culpa particular de Diego Fernando González Gómez en el desarrollo de la actividad causante del daño cuya indemnización en este proceso se reclama por los deudos de quien falleciera como pasajera de ese conductor.

⁵ “El transporte benévolo o gratuito no se tendrá como contrato mercantil sino cuando sea accesorio de un acto de comercio. El servicio de transporte prestado por un patrono a sus trabajadores con sus propios equipos será considerado como accesorio del contrato de trabajo”.

⁶ C.S.J. Cas. Civ. Sent. Dic.6/11, exp. 11001-3103-043-2003-00113-01.

El fundamento de la anterior afirmación radica en que debido a la orfandad probatoria que caracterizó el curso del proceso no es posible inferir que el conductor del vehículo de placas SWO-591 para el 31 de agosto de 2020, hubiera actuado de forma negligente o en contravención de las normas de tránsito y que ese fuera el motivo por el que se produjo el impacto con el automotor de placas XUE-077.

Al respecto, véase que la escasa prueba que se recaudó corresponde a la investigación penal que adelantó la Fiscalía 25 Seccional de Bosconia, donde obra el croquis que levantó el policía que asumió el incidente y en que señaló como hipótesis para el vehículo No. 2 -SWO-591-, la causal No. 157, que corresponde a '*otra: distraerse*'. Sobre ese medio de juicio considera la sala que ofrece al juzgador datos acerca de la disposición de los vehículos después del accidente, del lugar donde acaeció, de las distancias existentes entre los elementos involucrados y aquellos de referencia, el sentido de las vías, la trayectoria de los vehículos, que constituye solo un elemento documental más para efectos del estudio que el fallador debe hacer en aras de reconstruir en el juicio lo acontecido, por medio del análisis y ponderación de todo el elenco de pruebas que se incorporen al expediente.

Así, entonces, se tiene que la causal descrita en el croquis en principio es solo una hipótesis sobre la causa del accidente, que debe ser corroborada con elementos de convicción adicionales que en el caso concreto no están presentes, comoquiera que no obra en el plenario prueba de índole alguna, que ratificara que Diego Fernando González Gómez en verdad iba distraído cuando estaba maniobrando el rodante.

Sobre el punto, nótese que aquel policía rindió una posterior declaración en el curso de la indagación penal, escenario en el que manifestó, sucintamente, que a *‘el vehículo No. 2, de placas SWO-591 camión, le codifiqué la hipótesis 157 del manual de diligenciamiento de accidente el que nos indica otra: distraerse. Hipótesis manifestadas verbalmente... manifestó venir hablando con su acompañante’*⁷.

De esa ponencia se sigue que como no tuvo intervención directa en el hecho que narró, ya que por obvias razones no percibió el suceso que destacó y la atestación sobre que el conductor venía hablando con su acompañante la dedujo de lo que le mencionó Diego Fernando González Gómez, su declaración se convierte en lo que se ha llamado *‘de oídas’*, condición que se pregona para la determinación sobre que el conductor estaba distraído, 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.

De otro lado, en lo que concierne al testimonio de Álvaro Javier Pineda Álvarez, conductor de la volqueta XUE-077, brevemente señaló que

⁷ Página 254 del archivo 01CuadernoDigitalizado.

⁸ G.J t, CLXVI, págs.. 21 y 22)” (Exp. No. 6943).

escuchó un ‘traqueo’ en el rodante que conducía, y que paró, se orilló y con una linterna le hizo señales a dos tractomulas las cuales pasaron; se puso a revisar el carro por la parte de atrás y percibió que venía un carro niñera al cual le hizo señales con la linterna pero no pudo hacer nada.

Tal versión, al margen de la veracidad que pueda ofrecer, debe analizarse con cierto recelo, comoquiera que obedece a la ponencia de una persona de la que se podría inferir que tuvo, eventualmente, algún tipo de injerencia en el accidente de tránsito⁹, pues las mismas normas de tránsito prohíben, en línea de principio, hacer reparaciones en las vías públicas¹⁰. Por manera que, como un acto propio de la conducta humana es el no auto incriminarse y tratar de preservar la exclusión de su propia responsabilidad en el hecho dañoso, lo que pudo haber dicho esa persona pierde certeza en punto a verificar un actuar culposo en cabeza de Diego Fernando González Gómez, lo que acentuaba la necesidad de pruebas adicionales para determinar la participación que éste pudo haber tenido en el incidente, elementos que no están presentes en la actuación.

3. En razón de lo expuesto, en el *sub lite* no aparece prueba alguna que lleve a concluir con total convicción, que la actividad ejercida por quien maniobraba el automotor de placas SWO-591 fuera determinante en la colisión que produjo la muerte del familiar de los convocantes, y que sea extensible a las sociedades demandadas en razón de la guarda jurídica. Es decir, no hay elementos de juicio que acrediten plenamente y al margen de toda duda razonable, que hubo una conducta con impericia, imprudencia, o negligencia.

⁹ Se debe dejar de presente que el tribunal no está efectuando ningún tipo de juicio sobre la participación de Álvaro Javier Pineda Álvarez, puesto que no es tema de análisis en este proceso.

¹⁰ Artículo 79 Ley 769 de 2002: “No se deben reparar vehículos en vías públicas, parques, aceras, sino en caso de reparaciones de emergencia, o bajo absoluta imposibilidad física de mover el vehículo. En caso de reparaciones en vía pública, deberán colocarse señales visibles y el vehículo se estacionará a la derecha de la vía en la siguiente forma”

Apelación Sentencia: 1100 1310 3043 2012 00639 01

En consecuencia, y como los reparos no logran la revocatoria de la sentencia apelada, la misma se confirmará, con la consecuente condena en costas.

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, **CONFIRMA** la sentencia proferida el 29 de julio de 2020, por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá. Costas a cargo de los apelantes. El magistrado sustanciador fija como agencias en derecho de segunda instancia la suma de \$1.000.000. Liquídense (art. 366 Cgp). Devuélvase el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Radicado: 1100 1310 3043 2012 00639 01

(ausencia legalmente justificada)

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Radicado: 1100 1310 3043 2012 00639 01



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Radicado: 1100 1310 3043 2012 00639 01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá, D. C., seis de octubre de dos mil veintiuno.

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 1100 1310 3044 2016 00196 02 - **Procedencia:** Juzgado 44 Civil del Circuito.
Proceso: John Jairo García Usuga y otros. vs. Luis Antonio Páez Palacios y otra.
Asunto: Apelación sentencia
Aprobación: Sala virtual aviso 42
Decisión: Modifica.

En cumplimiento de lo previsto por el artículo 14 del Decreto 806 de 2020¹, se resuelven por escrito los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia de 20 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado 44 Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. John Jairo García Usuga, Sandra Cecilia Noreña Uribe y Jennifer García Noreña instauraron demanda en contra de Luis Antonio Páez Palacios y la sociedad Universal de Expresos S.A., con el propósito de que:

i. Se declarara que los demandados en sus calidades de conductor y propietario y como empresa afiliadora del vehículo de placas SQJ-698, están obligados solidariamente a la indemnización por los perjuicios causados con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el 7 de enero de 2007, en el que se produjo el fallecimiento de Johnathan García Noreña.

ii. En consecuencia, se les condenara al pago de las sumas de dinero que en la demanda se solicitaron por detrimento inmaterial (daño moral y a la vida de relación).

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.

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

a. El 7 de enero de 2007, sobre las 22:50 horas, Johnathan García Noreña conducía la motocicleta de placas UZV-05 por la carretera troncal a la costa atlántica en sentido Planeta Rica-Caucasia, persona que rodaba por el carril derecho de la vía, cumpliendo las normas de tránsito y en compañía de Omaira Ruíz Palacio. El bus de placas SQJ-698 circulaba en el mismo sentido.

A la altura del sector conocido como Nueva Estación kilómetro 44+850 mts., Luis Antonio Páez Palacios detuvo totalmente el bus y lo estacionó sin ninguna medida de seguridad, al punto que lo dejó invadiendo la mitad del carril derecho en una zona rural y en un lugar totalmente oscuro, lo que ocasionó que el motociclista impactara sobre el vehículo y a consecuencia de ello perdiera la vida.

b. La conducta del demandado fue negligente e imprudente, además infringió las reglas de circulación vial (arts. 55, 76, 77, y 79 de la Ley 769 de 2002)

c. Para el día del accidente el difunto tenía 20 años de edad y se dedicaba a estudiar ingeniería de sistemas; le sobreviven sus padres y hermana con quienes sostenía unas excelentes relaciones filiales destacándose el amor, integración familiar y respeto, de allí que la muerte generó en los demandantes padecimientos morales de gran entidad. A eso se suma que la madre presentó cambios comportamentales que hicieron terminar la vida matrimonial con John Jairo García, situación que desintegró la familia.

3. Oposición:

3.1. Luis Antonio Páez Palacios contestó la demanda, se opuso a las pretensiones, llamó en garantía a C&A Asesores en Seguros Camacho y Asociados Ltda.², y Seguros del Estado S.A.³; y formuló las siguientes excepciones de mérito: prescripción extintiva; culpa exclusiva de la víctima; fuerza mayor y caso fortuito; y la ‘genérica’.

En esencia, alegó que entre la fecha del accidente y la demanda transcurrieron más de 10 años, sin que la presentación de la acción hubiera tenido el efecto de interrumpir el lapso decadente; que el accidente se causó porque la víctima no mantuvo la distancia de seguridad, el bus era visible ya que tenía encendidas las luces de seguridad y al estacionarse nunca ocupó la totalidad del carril; que en segundos se dio la detención del automóvil y la colisión por detrás por parte de la motocicleta, configurándose un imprevisto para el demandado porque fue sorprendido con el choque.

3.2. La sociedad Universal de Expresos S.A. fue notificada en legal forma y guardó silencio.

LA SENTENCIA APELADA

Consideró que el accidente fue producto de una coparticipación de causas entre los conductores de los rodantes involucrados (50%/50%), y por ende, declaró civil, extracontractual y solidariamente responsables a los demandados y los condenó al pago de: 50 Smlmv por daño moral para cada uno de los accionantes; 25 Smlmv por daño a la vida de relación para cada uno de los padres del fallecido y 10 Smlmv para la hermana.

En lo fundamental expuso que no operó la alegada prescripción, pues aunque el señor Luis Antonio Páez Palacios fue notificado por fuera del

² El llamamiento se declaró ineficaz. (art. 66 del Cgp)

³ El demandado desistió de este llamamiento en la audiencia inicial.

término establecido en el artículo 94 del Cgp, la sociedad Universal de Expresos S.A. sí fue vinculada dentro del año al que alude la norma en mención. Y que como la excepción en estudio es real, los fenómenos de la renuncia y la interrupción se comunican a favor o en contra ‘de los demás deudores’. Entonces, juzgó que la demanda tuvo el efecto de interrumpir civilmente el lapso de diez años fijados por el artículo 2536 del CC., para la prescripción de la acción ordinaria.

Cuando descendió al caso destacó que en el croquis no se observa huella de frenado por parte de la motocicleta, lo que significa que su conductor ‘al parecer’ ni siquiera pudo advertir la presencia del bus y ello ‘permite afirmar’ que se desplazaba a alta velocidad –exceso que también estimó se presume por la muerte instantánea de la víctima-, lo que le impidió evitar el suceso, situación que se ratificó con la versión de Luis Antonio Páez Palacios quien afirmó que una vez detuvo el vehículo no alcanzó a bajarse del mismo cuando escuchó el golpe en la parte trasera, circunstancia corroborada por la testigo Ana Milena Castillo.

Agregó que de acuerdo con lo expuesto por Omaira Ruíz ante la Fiscalía, quien transitaba con Johnathan García Noreña, la carretera estaba oscura, la motocicleta tenía luces pero no eran suficientes y su compañero se tenía que guiar por la línea blanca de la parte derecha de la vía, ponencia de la que concluyó que el fallecido no tenía la visión panorámica de lo que estaba rodeando en ese momento la carretera –no miraba hacia el frente-. Además, manifestó que si no había luz artificial debió guardar la distancia con los vehículos que iban delante suyo a fin de prever la imprudencia de otros conductores, esquivar y/o tener la posibilidad de aplicar el freno con anticipación.

Frente a la participación del conductor del rodante de placas SQJ-698 destacó que actuó de forma imprudente y descuidada, porque realizó una maniobra peligrosa e infringió el artículo 55 del Código de Tránsito ya que se estacionó aproximadamente en un 50% dentro de la berma y 50% por fuera, sin que haya acreditado la imposibilidad de orillar el bus en su 'totalidad en dicha calzada'. Tampoco existe prueba de que hubiera puesto las luces de parqueo ya que el informe de tránsito no dice nada al respecto y las pruebas no corroboran dicha situación, adicional a la versión del demandado y de la testigo que circulaba en el automotor.

En lo atinente a los perjuicios manifestó que se probó el sentimiento de dolor por el accidente y la muerte del familiar, por lo que bajo el arbitrio judicial los fijó en 50 Smlmv para cada uno de los demandantes. Sobre el daño a la vida de relación precisó que el accidente generó el divorcio de los padres de quien falleció, detrimento que estableció en 25 Smlmv para cada uno de los progenitores y 10 Smlmv para la hermana.

LAS APELACIONES

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

1. Por la parte actora:

a. La acción promovida tiene como fundamento el artículo 2356 del C.C. que 'entraña' una presunción que sucede igualmente cuando existe una colisión de actividades peligrosas, y conforme a la jurisprudencia '*la neutralización de culpas por el ejercicio mutuo de actividades peligrosas no entraña per se su aplicación automática*', lo que exige demostrar la incidencia de la parte contraria para que se tome esa participación como determinante y así otorgar una compensación de culpas.

No puede atribuírsele culpa a la víctima puesto que iba circulando por la línea blanca que demarca el carril, lo que constituye una práctica de seguridad vial enseñada a los motociclistas cuando la visibilidad está disminuida, por lo que no existe una concurrencia de culpas, o cuando menos la actividad del motociclista no puede pasar siquiera de un 10%.

b. La cuantía de los perjuicios morales y el daño a la vida de relación no se compadece con el verdadero detrimento causado, ya que aunque el a quo partió de los máximos que ha reconocido la jurisprudencia, no se entiende por qué se rebaja a la mitad al tasar el daño a la vida de relación, para lo cual debe valorarse que a los demandantes les fue arrebatado su familiar, además de acabarse la vida común de los padres.

c. Para la fijación de las agencias en derecho no se tuvo en cuenta los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura.

2. Por el extremo demandado:

En la sentencia se omitieron situaciones que dan lugar a la configuración de la culpa exclusiva de la víctima:

a. El expediente que remitió la Fiscalía 25 Seccional de Planeta Rica contiene un informe de automotores el cual resalta el estado mecánico y eléctrico de la motocicleta, donde se dijo que los frenos no funcionaban y ese rodante no tenía buen estado de funcionamiento y conservación.

Con la declaración de Omaira Ruíz Palacio queda demostrado que las condiciones de la moto no eran las mejores, ya que no contaba con los elementos necesarios para transitar de noche y afrontar las distintas situaciones que se presentan en la vía. Alega que era tan escasa la visibilidad que Johnathan García Noreña se vio obligado a apoyarse en la línea blanca de la carretera para demarcar su trayecto, acto imprudente

que ocasionó la pérdida de una visión panorámica y lo llevó a colisionar con el bus, sumado al exceso de velocidad.

Quien falleció incumplió las reglas de movilidad previstas en el artículo 94 del Código Nacional de Tránsito –debería venir transitando con al menos un metro (1) de distancia de la línea que bordea la vía y se encontraba con la posibilidad de hacer el rebase por el espacio del carril izquierdo-; como las contenidas en el artículo 108 *ibídem* –separación entre vehículos-.

b. Luis Antonio Páez Palacios observó el deber objetivo de cuidado en la conducción de su vehículo, pues ante las fallas del bus encendió las luces estacionarias⁴ (las cuales estaban en perfecto estado de funcionamiento); incluso trató de orillar el vehículo lo más posible a la berma, espacio que contaba tan solo con 1.50 mts., y resulta inferior al ancho de un vehículo de grandes dimensiones.

En el fallo no se tuvo en cuenta la imposibilidad en la que estaba el demandado para apartar en su totalidad el vehículo de la carretera, pues como se manifestó en el interrogatorio de parte y es corroborado por Ana Milena Castillo, el asfalto de la vía era alto y hubiera podido presentarse el volcamiento del bus. Que trató a toda costa de ser visible a otros vehículos y de no obstruir la vía.

c. En la sentencia de primera instancia no se valoró la existencia de una causa externa que incidió en la detención del vehículo conducido por Luis Antonio Páez Palacios, como lo fueron las fallas del automotor, lo que da cuenta que la maniobra de estacionar no fue caprichosa y obedeció a un ‘comportamiento de la maquinaria’. Que el espacio de tiempo entre la detención del bus y el impacto que recibió por la parte

⁴ Hecho que dijo se prueba con el interrogatorio que rindió el demandado y con la declaración de Ana Milena Castillo.

trasera fue corto y no dio lugar a que se colocaran las respectivas señales de precaución.

d. La víctima contaba con espacio considerable para realizar el sobrepaso, por lo que no hubo obstrucción de la carretera por parte del bus.

CONSIDERACIONES

1. Teniendo en cuenta que los demandantes concretaron sus pretensiones a obtener el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por el accidente de tránsito que le produjo la muerte a Johnathan García Noreña, debe advertirse que tal menoscabo sería producto de una responsabilidad civil, por lo que es útil, para los fines de la presente decisión, puntualizar lo siguiente:

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 nexo o relación de causalidad que debe existir entre estos dos.

2. En cuanto al régimen aplicable al caso, la parte demandante aduce que *'la neutralización de culpas por el ejercicio mutuo de actividades peligrosas no entraña per se su aplicación automática'*, ante lo cual se precisa que en el *sub lite* quedó establecido que las personas que maniobraban los automotores involucrados estaban ejerciendo actividades con potencial de causar peligro, esto es, la conducción de vehículos, sin que el juzgador hubiera aludido a una recíproca anulación de esos actos.

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 por la concurrencia de actividades peligrosas, debe analizarse la incidencia que en ellos tuvo el ejercicio de cada una de esas actividades - como acertadamente lo definió el a-quo en sus consideraciones-, para luego de precisar su grado de contribución y participación, definir cuál fue relevante y definitoria del resultado y cuál no, o como se atenúan o incrementan una frente a la otra. 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 dañoso⁵.

Bajo este contexto resulta que el a-quo en la sentencia apelada analizó la conducta de las personas que maniobraban los automotores involucrados, y fruto de ese estudio consideró que tanto la víctima como el demandado fueron partícipes en la causación del hecho, de suerte que no aplicó de forma *'automática'*, como alega el extremo demandante, la figura de la

⁵ Cfrt. CSJ Sentencia de 24 de agosto de 2009, Ref. Exp.: 11001-3103-038-2001-01054-01

neutralización de culpas, sino que el análisis probatorio la llevó a estimar que ocurrió el fenómeno de la coparticipación causal.

3. Dicho lo anterior, el tribunal confirmara la sentencia apelada en lo que tiene que ver a los porcentajes de participación que el a-quo atribuyó a los sujetos involucrados en el hecho, pero modificara la condena por perjuicios morales comoquiera que la falladora no atendió los límites que sobre ese tipo de detrimento ha fijado la jurisprudencia en el campo civil. Esta conclusión se impone porque en el caso el actuar de Johnathan García Noreña, víctima y conductor de la motocicleta de placas UZV-05 tuvo injerencia en la producción del daño, cual se verá en su momento; de todas formas de los hechos del accidente y del acervo probatorio se desprende que el conductor del bus de placas SQJ-698 también obró de modo imprudente y su propio actuar contribuyó en la producción del incidente.

3.1. En el *sub lite*, no se discute que en la vía Caucasia-Planeta Rica a la altura del kilómetro 44 con 850 mts., el 7 de enero de 2007 tuvo lugar un accidente de tránsito entre la motocicleta de placas UZV-05 (conducida por Johnathan García Noreña) y el bus de placas SQJ-698 maniobrado por Luis Antonio Páez Palacios, pues así lo corrobora el informe sobre el accidente que obra en el expediente⁶.

3.2. La juez de primera instancia determinó que tales personas actuaron en porcentajes iguales en la ocurrencia del hecho dañoso: respecto a la víctima señaló que iba circulando en la moto con exceso de velocidad, conclusión que adoptó con sustento en que en el croquis no aparece huella de frenado y por la muerte instantánea; que el rodante tenía luces, pero insuficientes para la oscuridad de la vía; y por último, aseveró que

⁶ Páginas 7-8, archivo 01DemandaPrincipal.

Johnathan García Noreña no respetó la norma que le exigía guardar distancia con los vehículos que iban circulando en su frente.

Sobre esas apreciaciones estima la sala que algunas encuentran soporte en las vicisitudes en que ocurrió el accidente y en el análisis del acervo probatorio, pero otras parten de conjeturas que no es posible colegir ni siquiera bajo la sana lógica producto de este tipo de accidentes. Y es que en verdad, el juicio de responsabilidad y la valoración de las pruebas no puede partir de simples deducciones sin la virtud de ser inferidas a partir de los rasgos generales en que se ocurrió la colisión, p. ej., la postura final de los vehículos involucrados, las condiciones de la vía, las distancias existentes entre los elementos implicados, el sentido de las vías, la trayectoria de los rodantes, entre otros.

Por ello, el hecho de que en el croquis no se hubiera hecho mención a la existencia de una huella de frenado por parte de la motocicleta, o que la víctima hubiera fallecido de forma casi instantánea, son circunstancias que aunque ciertas, no dan lugar a certeza en punto a que el familiar de los demandantes transitaba a velocidades superiores a las permitidas en la ley de circulación vial, comoquiera que para semejante conclusión es necesaria la existencia de una prueba técnica elaborada por un experto en reconstrucción de accidentes de tránsito, por la propia confesión de quien conducía el vehículo o por algún testigo que pudiera observar el tacómetro de la motocicleta, elementos de juicio que no obran en el proceso.

Es importante destacar que aunque está probado que Johnathan García Noreña iba guiándose por la línea blanca del costado derecho de la vía, de esa sola circunstancia no es posible efectuar un particular reproche de

culpabilidad⁷, comoquiera que la reconocida falta de iluminación en la carretera le daba la posibilidad de verificar el trayecto de la vía por medio de esa demarcación. Ante todo, se destaca que la poca luz lo obligaba a activar sus sentidos al máximo y la visión no podía estar exclusivamente dirigida a la mencionada línea, porque la actividad le exigía el estar pendiente del frente de la carretera.

De otro lado, en el *sub lite* no se puede afirmar la infracción del artículo 108 de la Ley 769 de 2002, disposición que obliga a que el tránsito de cierto automotor se ejerza a determinada distancia respecto del rodante que circula por delante suyo⁸. La explicación es sencilla: en el trámite se estableció que el bus se había estacionado y la regla hace referencia al espacio que se debe dejar cuando los vehículos se encuentran en movimiento. Por demás, como ya se dijo, no hay prueba sobre la velocidad en que se movilizaba la motocicleta, condición necesaria para establecer el cumplimiento o no de la norma de tránsito.

Si fuera del caso analizar si el chófer de la motocicleta acató la debida distancia, se tiene que el accidente no fue del todo intempestivo, para que de allí se pudiera colegir que la víctima transitaba a pocos metros de la parte de trasera del bus, comoquiera que Luis Antonio Páez Palacios narró que cuando el automotor empezó a presentar desperfectos trató de ubicar un lugar para orillarse (en este instante no destacó haber percibido algún otro actor vial en la escena); agregó que el impacto se produjo una vez parqueó y que no alcanzó a salir del rodante, pero también precisó

⁷ Sobre esta circunstancia existe diferentes apreciaciones por parte de los contendores. Para el demandante es una práctica de los motociclistas reconocida para guiarse ante la falta de luz; para los demandados constituye un acto imprudente derivado de la oscuridad de la carretera.

⁸ “La separación entre dos (2) vehículos que circulen uno tras de otro en el mismo carril de una calzada, será de acuerdo con la velocidad. Para velocidades de hasta treinta (30) kilómetros por hora, diez (10) metros. Para velocidades entre treinta (30) y sesenta (60) kilómetros por hora, veinte (20) metros. Para velocidades entre sesenta (60) y ochenta (80) kilómetros por hora, veinticinco (25) metros. Para velocidades de ochenta (80) kilómetros en adelante, treinta (30) metros o la que la autoridad competente indique.”

que el acto de evacuación lo intentó desplegar por la puerta que está destinada para los pasajeros. Ese espacio de segundos y bajo la circulación con los topes de velocidad permitidos, sin duda, son circunstancias de las que se sigue que la moto no se movilizaba siquiera a la distancia máxima de los 30 metros a que hace referencia la norma y que impiden verificar la contravención en estudio.

Ahora bien, en punto a los reproches del extremo demandado y que apuntan a la culpa de la víctima, comporta precisar que el artículo 94 del CNTT advierte que los motociclistas deben *“transitar por la derecha de las vías a distancia no mayor de un (1) metro de la acera u orilla...”*. A su vez, el artículo 96 contempla un deber para el tránsito de motocicletas, que deben circular por un carril, observando lo dispuesto en los artículos 60 y 68.

Sobre el punto, estima la Sala que el artículo 94 en este específico aparte no tiene aplicación, porque tácitamente fue derogado por el artículo tercero de la Ley 1239 de 2008, que modificó el artículo 96 del Código Nacional de Tránsito. En esencia, actualmente las motocicletas deben *“transitar ocupando un carril, observando lo dispuesto en los artículos 60 y 68 del Presente Código”*.

Tal antinomia de normas se soluciona con las disposiciones de la Ley 153 de 1887, puesto que *“La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”* (art. 2). Inclusive, el Ministerio de Transporte en pronunciamiento de 31 de octubre de 2017 señaló que *“en cuanto a la circulación por las vías nacionales de una motocicleta, esta oficina asesora jurídica dando aplicación a las reglas generales sobre aplicación de las leyes, (Ley 153*

Apelación Sentencia: 1100 1310 3044 2016 00196 02

de 1887), considera que se deberá tener en cuenta lo señalado por la ley posterior, esto es, la Ley 1239 de 2008”⁹.

Bajo este contexto, se tiene que en principio Johnathan García Noreña se movilizaba acatando el artículo 96 del Código de Transito (circulando por un carril). En lo que corresponde a lo previsto en el artículo 60 *ibídem*, no se demostró que tal persona estuviera tratando de efectuar un adelantamiento, cruce de calzada o de carril, por lo que ninguna conducta se tipificó en contravía del parágrafo 2º de la disposición.

En lo que concierne al artículo 68¹⁰, la aludida codificación prescribe que cuando se trata de 2 carriles los vehículos deberán transitar “[p]or el carril de su derecha y utilizar con precaución el carril de su izquierda para maniobras de adelantamiento y respetar siempre la señalización respectiva”, regla que no se evidencia quebrantadas en el *sub lite*, dadas las particularidades del incidente.

3.3. No obstante lo expuesto hasta este momento, en el caso existen ciertas conductas de la víctima que para el tribunal la hacen partícipe del accidente en un 50%. Y es que en verdad, lo que se advierte de la circunstancia de que no hubiera intentado frenar –deducción lógica-, es que no estaba del todo atento a la actividad peligrosa que iba desempeñando, pues las reglas de la experiencia enseñan que una persona que conduce un automotor (llámese vehículo o motocicleta), cuando ejerce esa labor gran parte la realiza mirando hacia el frente, por ende una reacción casi inmediata al percibir un obstáculo en la carretera es accionar los frenos, así sea de forma tardía, lo cual no sucedió en el *sub judice*, o al menos en el informe del agente de tránsito no se discriminó

⁹ Ministerio de Transporte, oficina asesora jurídica, concepto de 31 de octubre de 2017.

¹⁰ Utilización de carriles.

nada al respecto, pues no se hizo referencia sobre huella de frenado alguna, que dadas las condiciones para el día de los hechos –el asfalto estaba seco–, debía haber quedado en el carretera de haberse activado el sistema de frenos.

Por ende, es posible deducir, y en esto se avalan las conclusiones de la falladora, que el conductor de la motocicleta estaba mirando la línea del piso debido a la poca iluminación de la vía y que las luces no eran idóneas para transitar para el momento del accidente, tal como lo refirió la persona que iba como pasajera ante la Fiscalía 237 Seccional de la Dirección Seccional de Medellín¹¹, comisionada para el efecto; que de haber estado más pendiente del frente de la vía tendría la posibilidad de desplegar algún tipo de maniobra para sortear el bus y evitar el impacto.

Lo anterior demuestra que quien manejaba la motocicleta actuó con imprudencia en la conducción, deber de cuidado que debió extremarse ante la oscuridad de la carretera¹², toda vez que si sus sentidos hubieran estado en un todo atentos en la conducción, le había dado un tiempo adicional y un mayor espacio físico para garantizar una reacción óptima en aras de evitar la colisión, circunstancia que evidencia un incumplimiento de las normas de circulación, lo cual impide exonerarlo de participación, como lo repara la parte actora en su apelación.

3.4. A lo expuesto se suma, que como lo refirió la acompañante de la víctima, antes del choque la motocicleta no tenía las luces ‘suficientes’ para transitar en la carretera dadas las condiciones de oscuridad en la

¹¹ En declaración de 10 de septiembre de 2007 la señora Omaira Ruíz Palacio señaló que: “..en las curvas mermaba la velocidad porque la carretera estaba muy oscura, la moto tenía luces pero la luz no era suficiente, y él se tenía que guiar con la línea blanca que tiene la carretera, la línea blanca que iba por la derecha”. Página 6 archivo 64Documento del expediente digital.

¹² Art. 74, Ley 769/02. Se debe reducir la velocidad “Cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad”.

noche del 7 de enero de 2007. Así, entonces, la falta de mantenimiento en los elementos de iluminación constituye una omisión que para el caso genera culpa en cabeza de Johnathan García Noreña, puesto que de haber contado el rodante con adecuadas luces artificiales, y extras si iba a transitar de noche y en una vía oscura, la panorámica del piloto para percibir obstáculos en la carretera sería más eficiente a fin de evitar un choque; o cuando menos, si el desperfecto se debió al viaje en el que se encontraba con su pareja sentimental y no contaba con tiempo para adecuar la moto a la conducción nocturna, un acto de prudencia era esperar a que las condiciones naturales de visibilidad mejoraran, deber de precaución que en este evento no se desplegó.

Esta situación, sumada a la ya descrita falta de precaución en la labor de conducción de un artefacto con potencial para causar peligro, son circunstancias que para la sala motivan que se confirme el porcentaje de participación causal que se estableció en la sentencia de primera instancia, pues independientemente de que algunas de las conductas que describió la Juez a-quo respecto a la participación de la víctima no fueran atinadas en orden a fijar un reproche de culpa, lo cierto es que la persona que falleció tuvo injerencia de gran magnitud de la ocurrencia del incidente. En concreto, quebrantó con su proceder los artículos 50¹³, 55¹⁴ y 61¹⁵ del Código Nacional de Tránsito Terrestre.

4. Superado lo anterior, se procede al análisis de las conductas de Luis Antonio Páez Palacios. Frente al estado mecánico es reconocido que

¹³ “Por razones de seguridad vial y de protección al ambiente, el propietario o tenedor del vehículo de placas nacionales o extranjeras, que transite por el territorio nacional, tendrá la obligación de mantenerlo en óptimas condiciones mecánicas, ambientales y de seguridad.”

¹⁴ “Toda persona que tome parte en el tránsito como conductor, pasajero o peatón, **debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables**, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito”

¹⁵ “Todo conductor de un vehículo deberá **abstenerse de realizar o adelantar acciones que afecten la seguridad en la conducción del vehículo automotor**, mientras éste se encuentre en movimiento.”

previo al impacto el autobús presentó fallas mecánicas, en específico en el sistema de aceleración, comprobación que desde ninguna óptica es dado catalogar como un hecho externo que lo exculpe de responsabilidad –como lo alega la parte demandada –, porque su deber era verificar el estado de la máquina, acto previsible por quien desempeña el rol de conductor, sobre todo por una espacio de tiempo tan amplio como el que el mismo demandado confesó tener -38 a 40 años-.¹⁶

De otro lado, atendida la sala al decurso de los acontecimientos para lo que en principio el croquis del accidente ofrece un importante referente, se encuentra que una de las razones del choque fue la presencia del bus estacionado en el carril por el que se desplazaba la moto, habida cuenta que si se analiza el dibujo topográfico levantado por el agente de policía la posición final de vehículo de placas SQJ-698 se percibe en un gran porcentaje inmersa en la vía, cuando el mismo plano da cuenta de que la berma destinada para el parqueo por situaciones especiales tenía un extensión de 1.50 mts.

Por manera que de haber parqueado ante los desperfectos del bus tomando toda la dimensión de la berma, ese acto hubiera dejado el rodante en una posición que no obstaculizara el paso de los demás partícipes de la actividad vial. La constatada presencia del automotor en el sendero de la motocicleta (de la que da cuenta la posición final de los vehículos representada en el croquis) y el hecho de que la persona que falleció haya terminado estrellándose, es señal inequívoca de que el conductor incurrió en inobservancia de las normas de la circulación, pues

¹⁶ “Por eso, entonces, si una persona desarrolla en forma empresarial y profesional una actividad calificada de ‘peligrosa’, de la cual, además, deriva provecho económico, por ejemplo la sistemática conducción de automotores de servicio público, no puede, por regla general y salvo casos muy particulares, invocar las fallas mecánicas, por súbitas que en efecto sean, como constitutivas de fuerza mayor, en orden a edificar una causa extraña y, por esa vía, excusar su responsabilidad”. (CSJ., cas. Civil, 29 abril 2005, exp. 0829-92, 29.).

Apelación Sentencia: 1100 1310 3044 2016 00196 02

tenía que adoptar las medidas necesarias para estacionar con la debida seguridad y con todas las precauciones que la situación imponía.

En suma, quien maniobraba el vehículo de placas SQJ-698 debió estacionar en mejores condiciones, esto es: sin comprometer la seguridad de los rodantes que por allí transitaran. Al no haberlo hecho y posar el automotor en el camino por el que transitaban otros automotores, que era el que llevaba la motocicleta, determinó que el conductor de esta última no tuviera tiempo de reacción para evitar el choque, por lo que indudablemente la conducta que desplegó Luis Antonio Páez Palacios fue imprudente y determinante en la colisión, lo que trascendió desde la misma falla mecánica del bus que impuso esa detención, sin dejar adecuado paso a otros rodantes y sin tiempo para hacer las advertencias de rigor.

Por tanto, también infringió varias normas de tránsito: (i) artículos 55¹⁷ y 65¹⁸ de la Ley 769 de 2002, y tal como lo ha dicho este tribunal en un caso de similares contornos *“el sentido común le exigía obrar con mayor precaución y prever la ocurrencia de un eventual accidente, -al margen de que estuviera prohibido o no parquear en esa franja vial- para lo que bastaba verificar, con una mirada directa o mediante el espejo retrovisor, el área posterior de su lugar de ubicación, a efecto de constatar, con toda certitud, que concurrían las condiciones de seguridad para abrir la puerta sin originar riesgo alguno, cordura de la que no se observa hubiera sido adoptada para sortear el lance”*.¹⁹

¹⁷ [t]oda persona que tome parte en el tránsito como conductor, pasajero o peatón, debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito.

¹⁸ “[t]odo conductor, al detener su vehículo en la vía pública, deberá utilizar la señal luminosa intermitente que corresponda, orillarse al lado derecho de la vía y no efectuar maniobras que pongan en peligro a las personas o a otros vehículos”

¹⁹ TBS –sala civil-, sentencia de 12 de diciembre de 2018. Exp: 013-2012-00593-01.Mp. JPSO.

Las exculpaciones que se ofrecen en la apelación no encuentran soporte demostrativo, comoquiera que la alegada inclinación de la berma y que según la parte pasiva dificultó parquear el bus en ese espacio, constituye un argumento que no sobrepasa su propio dicho, insuficiente por sí solo para probar la justificación en estudio; pero además, véase que el croquis da cuenta de que la vía era recta y no se hace ningún tipo de distinción sobre desniveles en la carretera ni en la berma.

Que se pueda afirmar que la dimensión de la berma es escasa para lograr estacionar la totalidad del bus (1.5. mts.), tampoco exonera de culpa a Luis Antonio Páez Palacios, habida consideración que, se repite, el plano topográfico acredita que el conductor parqueó en gran parte de la vía y no intentó estacionar sobre todo el espacio de la acera lateral; de haber tomado en integridad ese 1.5 mts, la posición del bus en el croquis hubiera sido distinta y daría mayor espacio para los demás actores viales.

5. Concluye, pues, la sala –como lo hizo el a-quo-, que el resultado dañoso es imputable a los dos partícipes del accidente, para el conductor del vehículo de placas SQJ-698 se atribuye injerencia en un 50%, y para la víctima en un 50%, porque es evidente, con el análisis que ya se efectuó, que las dos personas involucradas tuvieron influencia en la ocurrencia del hecho.

6. Con las conclusiones que hasta el momento ha obtenido esta corporación, se adentra enseguida al análisis del detrimento, para lo cual se tiene que como la apelación del extremo demandado se dirigió a atribuirle toda la responsabilidad a la víctima, dichos reparos afectarían la decisión sobre los perjuicios, de allí que se entiende que su apelación comprende también el elemento daño propio de todo juicio de responsabilidad.

6.1. En cuanto hace a la cuantía de la condena por los perjuicios morales²⁰, la sala debe decir que la valoración de esta tipología de daño, como la tasación de su indemnización, están fundamentalmente condicionadas por las particularidades que presente cada proceso, de manera que no es grato hacer comparaciones relativamente a la cuantía de la condena impuesta en un caso con aquella que se estableció en otro, por supuesto que así como el valor de la vida de una persona es inconmensurable, asimismo lo son el sentimiento de pérdida que deja en las personas la partida, tantas veces imprevista, de un ser querido, y todo lo que va de suyo: el sufrimiento, el dolor y en general la afectación de los sentimientos más sublimes y más profundos, vigorizados en el espíritu con el correr del tiempo y ante todo, con ocasión de la interacción, del acompañamiento físico, el apoyo espiritual y la guía moral.

La experiencia de nuestra cultura indica que la pérdida de un familiar ocasiona generalmente diversos trastornos en el estado del ánimo; la tradición jurídica no ha sido indiferente al reconocimiento de esa situación y en la actualidad el ordenamiento jurídico patrio reconoce sin extremadas limitaciones la indemnización del daño moral, cuyo padecimiento, se ha dicho, puede inferirse en relación con los parientes más próximos de las personas que padecen el daño en forma directa.

En el caso concreto quienes demandan, padres y hermana de Johnathan García Noreña, se presume que sufrieron aflicción, congoja, tristeza y dolor por perder a su familiar, sentimientos que dan lugar a un

²⁰ Sobre la indemnización por “daño moral”, la Corte Suprema de Justicia, ha expuesto que: “corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo” (cas. civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos” (fallo de 18 de septiembre de 2009, exp.2005-00406).

Apelación Sentencia: 1100 1310 3044 2016 00196 02

reconocimiento económico, pues nótese que desde hace varios años la Corte Suprema ha precisado que, aunque por regla general los perjuicios morales están sujetos a prueba, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del directamente afectado, *“las más de las veces, ésta puede residir en una presunción judicial (...). 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”*²¹.

La juez de primera instancia hizo su estimación en salarios mínimos vigentes, con olvido de que esta ponderación, como la de todos los perjuicios inmateriales se hace en pesos, en atención a claros y consistentes precedentes sobre el punto²². Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene fijados los topes máximos por daño moral derivados por la muerte de un familiar, así²³: *“Y en cuanto al monto de dicha reparación, recientemente, la Corte, en sentencia CSJ SC13925-2016, rad. 2005- 00174-01, lo fijó en \$60.000.000. Al efecto, expuso: “Siguiendo las pautas reseñadas, se tasarán los perjuicios morales sufridos por los demandantes en la suma de \$60’000.000 para cada uno de los padres; \$60’000.000 para el esposo; y \$60’000.000 para cada uno de los hijos”*.

²¹ CSJ., G.J. C. C. No. 2439, pág. 86

²² Al ser la cuantía de los daños extrapatrimoniales “un asunto que queda reservado al justo criterio del fallador, y como quiera que no se trata en este evento más que de mitigar el dolor que sufre el demandante a consecuencia del hecho dañoso, y no en estricto sentido de una reparación propiamente dicha, no tendría sentido acudir a patrones (corrección monetaria, oro, upac, dólar, uvr) cuya utilidad práctica consiste con mayor o menor eficacia en mantener en el tiempo la tasación del daño, en servir de correctivo de la desvalorización de la moneda nacional, que con el paso del tiempo pierde su poder adquisitivo y por tanto hace irrisoria una suma fijada en pesos, a modo de indemnización por equivalente” (CSJ. sent. de 17 de agosto de 2001, exp. 6492. y sent. 19 de noviembre de 2011, exp. 00533).

²³ A partir de providencia de 28 may. 2012, Rad. 2002-00101-01; referente aumentado sólo en casos de especiales circunstancias (CSJ. Sentencia SC 5686 de 21 de febrero de 2018. Radicado: 2004 00042 01.)

Así las cosas, atendiendo los parámetros fijados por la Corte y bajo el correspondiente arbitrio judicial, el cual no atendió el a-quo porque su estimación partió de 100 Smlmv (tope que supera lo que ha definido la jurisprudencia en materia civil), a favor de Sandra Cecilia Noreña Uribe y John Jairo García Usuga (padres), se debería fijar la suma de \$60.000.000, que por las razones ya explicadas debe reducirse en un 50%, para un total de \$30.000.000 para cada uno.

Para Jennifer García Noreña, aplicando las mismas nociones, debe partirse de un tope de \$30.000.000, que por la disminución debido a la coparticipación causal la condena a su favor se fijara en \$15.000.000. Sobre este aspecto la juez en su tasación obvió que para los hermanos existe una reducción de la máxima a la mitad: *“para el daño moral propio sufrido por los demandantes a raíz del fallecimiento de padres, hijos, esposos y compañeros permanentes, la mitad de ese valor (es) para hermanos, abuelos y nietos y la cuarta parte para el resto de parientes”*.²⁴

En síntesis, sin que existan referentes de obligatorio cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales, salvo los topes máximos que ha fijado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para cuantificar el daño moral, encuentra el tribunal que la reparación a la que se ha hecho referencia consulta las circunstancias acreditadas en el presente proceso, esto es, compensa de manera equitativa, en todo cuanto quedó probado, las afecciones, congojas, el dolor y en general, la pesadumbre moral experimentada por los familiares de la víctima con ocasión del accidente ocurrido el 7 de enero de 2007.

²⁴ CSJ. Sentencia SC 5686 de 21 de febrero de 2018. Radicado: 2004 00042 01.

6.2. En cuanto al daño a la vida de relación, la Corte Suprema de Justicia en decisión que sentó precedente en la materia, consideró que:

*“...[p]odría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar”.*²⁵

Bajo lo anterior la corporación considera que la cuantificación en primera instancia fue suficiente para resarcir el daño²⁶ y no da lugar a su incremento ya que la cifra que se determinó se ajusta a los aducidos cambios que en la cotidianidad y vida en familia padecieron los demandantes, sin que sea pertinente la modificación de la condena a pesos (aunque es la forma en que debió proceder el a-quo), en atención a que el valor no será alterado, como sí sucedió con los perjuicios morales. Por último, no se puede acudir a los topes fijados por la jurisprudencia para el daño moral, puesto que el detrimento en estudio es un perjuicio autónomo del moral.

²⁵ CSJ, sentencia del 13 de mayo de 2008, Radicado 11001-3103-006-1997-09327-01.

²⁶ “La valoración de ese daño [vida de relación], ha sentado así mismo la doctrina jurisprudencial citada, dada su estirpe extrapatrimonial, es propia del prudente arbitrio del juez (*arbitrium iudicis*), acorde con las circunstancias particulares de cada evento” CSJ sentencia SC22036-2017 de 19 de diciembre de 2017. Radicado No. 73001-31-03-002-2009-00114-01.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3044 2016 00196 02

7. Finalmente, el monto de las agencias en derecho no es un aspecto susceptible de cuestionarse vía apelación de la sentencia, pues para esa discusión se previeron los recursos contra el auto que apruebe la liquidación de costas (núm. 5 art. 366 Cgp).

8. En consecuencia de todo lo dicho, abordados en integridad los inconformismos de las partes y habiéndose acreditado que los dos sujetos involucrados en el accidente fueron determinantes en el hecho generador del daño; y reunidos todos los elementos de la responsabilidad civil, se mantendrá la sentencia apelada en punto al porcentaje de participación que atribuyó el a-quo, adicionando el respectivo ordinal en punto a la fijación de la responsabilidad en un 50%; además se ajustará el valor por el perjuicio moral, habida consideración que la condena que se emitió en la primera instancia desconoció los referentes jurisprudenciales sobre la materia. No se impondrá condena en costas en esta instancia, debido a la improsperidad de los recursos.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

1. ADICIONAR el ordinal *primero* de la sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, el cual queda en los siguientes términos:

“PRIMERO: *Declarar civil, extracontractual y solidariamente responsables en un 50% a Universal de Expresos S.A. y al señor Luis*

Apelación Sentencia: 1100 1310 3044 2016 00196 02

Antonio Páez Palacios, por el accidente de tránsito ocurrido el 7 de enero de 2007, en el cual perdió la vida Johnathan García Noreña.”

2. MODIFICAR el ordinal *segundo* del fallo impugnado, en el sentido de que la condena por perjuicios morales a favor de John Jairo García Usuga y Sandra Cecilia Noreña Uribe, ya reducidos en razón de la coparticipación causal, asciende a \$30.000.000 para cada uno; y para Jennifer García Noreña le corresponde la suma de \$15.000.000; y se adiciona para disponer que las sumas causadas y señaladas a favor de la parte demandante sean pagadas en el término máximo de 5 días.

3. En todo lo demás se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

4. Sin condena en costas de esta instancia. Devuélvase el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Radicado: 1100 1310 3044 2016 00196 02

Con ausencia justificada

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Radicado: 1100 1310 3044 2016 00196 02



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Radicado: 1100 1310 3044 2016 00196 02

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., seis de octubre de dos mil veintiuno.

Radicado: 11001 22 03 000 2021 **01618 00**

Se **ADMITE** la demanda de revisión instaurada por Óscar Augusto Correa Castellanos, por intermedio de la curadora que se le designó en proceso judicial, contra la sentencia proferida el 9 de mayo de 2019 por el Juzgado 50 Civil Municipal, dentro del proceso que Edgar Iván González Bustamante promovió contra Óscar Augusto Correa Castellanos (con radicado 11001 40 03 050 2017 00670 00).

Córrase traslado por el término de cinco (5) días a la demandada, en la forma prevista en el artículo 91 Cgp.

NOTIFÍQUESE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 22 03 000 2021 01618 00

Firmado Por:

**German Valenzuela Valbuena
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 019 Civil Familia
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **824ff01a10c75a2aef3c5598965f0c7ff3d8adf1dae883126748bb8bdd5d3cbc**
Documento generado en 06/10/2021 04:46:09 PM

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., seis de octubre de dos mil veintiuno.

Radicado: 11001 22 03 000 2021 **01618 00**

De conformidad con el numeral 2° del artículo 590 ib. y teniendo en cuenta los elementos que obran en el expediente del proceso subyacente, específicamente el último documento que da cuenta del avalúo catastral del inmueble objeto de ese trámite (página 134 del archivo PDF que contiene el cuaderno principal -folio 111 legajo físico-), previo a decretar la medida cautelar solicitada (inscripción de la demanda), préstese caución por el 20% de \$113.715.000, esto es, \$22.743.000.

NOTIFÍQUESE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 22 03 000 2021 01618 00

Firmado Por:

German Valenzuela Valbuena
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 019 Civil Familia
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **5b7763369b930788f894ddeb34d9d8413856200fd489e2d57282fe152c66cbec**
Documento generado en 06/10/2021 04:46:04 PM

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

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

Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación 110013199001 2019 70053 02

En atención a que la impugnación en el asunto de la referencia se formuló en vigencia del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, de conformidad con el artículo 14 de la normativa, una vez ejecutoriado el auto que admite la alzada, **SE ORDENA:**

Correr traslado al apelante por el término de cinco (5) días para sustentar el recurso, so pena de declararlo desierto.

Vencido dicho lapso, si se satisface la carga procesal, se otorgará el mismo plazo a la parte contraria, para que se pronuncie al respecto.

Infórmese a los señores abogados que los memoriales deben dirigirse al correo institucional del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co -artículo 109 del Código General del Proceso-; remitiendo un ejemplar a los demás intervinientes en el juicio, según los lineamientos del artículo 78 numeral 14 *idem*, en concordancia con el artículo 3 del Decreto 806 de 2020.

NOTIFÍQUESE,


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

Firmado Por:

Clara Ines Marquez Bulla
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

d5db999db97f380fda9672ed53bfc23a2712f113b95eae9069756ee
8d9551efb

Documento generado en 06/10/2021 11:22:05 AM

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

**República de Colombia
Rama Judicial**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D. C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., seis (06) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001-31-99-002-2020-00092-01**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **CLAUDIA CONSTANZA CASTILLO MELO Y
OTROS**
DEMANDADO : **MÉDICOS ASOCIADOS S.A.**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

Discutido y aprobado por la Sala en sesión de seis (06) de octubre de dos mil veintiuno (2021), según acta N° 40 de la misma fecha.

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia proferida el 21 de julio del año en curso, por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, en el asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1. Los demandantes, Mayid Alfonso, Claudia Constanza, Viviana Eleonora, Adriana Mercedes y Clarita Aida Castillo Melo, en el libelo incoativo solicitaron que *“(...) se declare el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia de la reunión de Junta Directiva de la sociedad MÉDICOS ASOCIADOS, del 12 de marzo de 2019, que consta en el acta No 156 y sus aclaraciones si las hay, por falencias en la convocatoria, por cuando se convocó a personas diferentes a sus integrantes, y en el quorum de ésta, por cuanto las deliberaciones y decisiones fueron adoptadas por quienes no conforman la junta directiva. (...) Como consecuencia, declarar sin valor ni efecto jurídico todas y cada una de las decisiones adoptadas en dicha reunión de junta directiva del 12 de marzo de 2019 de la sociedad Médicos Asociados S.A. (...) Como consecuencia, ordenar a la [demandada]*

a la junta directiva y a la Representación Legal Suplente a retrotraer y/o suspender o dejar sin efecto, toda la actuación, contrato, decisión, obligación, trámite, documentación o actuación judicial y/o notarial que haya sido realizada con fundamento en las decisiones antes citadas y sus aclaratorias si las hay, advirtiendo expresamente el deber legal de su inmediato cumplimiento desde el momento de su conocimiento y/o notificación, y hasta cuando se dicte sentencia, sin que por otra actuación de Junta Directiva, Asamblea de Accionistas o cualquier otra autoridad empresarial, pueda ser reproducida total o parcialmente o incumplan la orden judicial. (...) [O]rdenar que se anule el Acta de Junta Directiva 156 de 2019, en el libro de Actas de Junta Directiva de la sociedad [encartada], con la anotación de orden judicial con la fecha de la sentencia y Despacho judicial. (...) [S]e declare y ordene al representante legal de (...) MÉDICOS ASOCIADOS S.A. que no se cumple, ni ejecuta, ni aplica ningún efecto jurídico, fáctico o consecuencia del Acuerdo de Resciliación del contrato de venta de derechos litigiosos del 9 de agosto de 2018, suscrito entre el Doctor Mayid Alfonso Castillo Arias y la sociedad Plymouth Holding Internacional Corp, ni respecto de los bienes de la sociedad. (...) Como consecuencia, se (...) dej[e] sin valor ni efecto la inscripción en el registro de la oficina de Instrumentos Públicos de Girardot, de la enajenación a cualquier título de los inmuebles de (...) MÉDICOS ASOCIADOS S.A., según la escritura No 450 de 3 de abril de 2019 (...) y/o los que se encuentren contenidos en cualquier otra escritura pública que haya surgido como consecuencia de las decisiones tomadas en la supuesta reunión de Junta Directiva del 12 de marzo de 2019. Como consecuencia, se ordene oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá para que inscriba en el registro mercantil y en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad [accionada] la declaratoria de ineficacia de todas las decisiones de la junta directiva del 12 de marzo de 2019, según acta No 156. (...) Como consecuencia, se ordene oficiar a la Cámara de Comercio de Girardot, Cundinamarca, para que inscriba en el registro mercantil y en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad [convocada] la declaratoria de ineficacia de todas las decisiones de la Junta Directiva del 12 de marzo de 2019, según acta No 156.”

Como sustento fáctico de las aspiraciones elevadas, los interesados pusieron de presente que, el día 12 de marzo de 2019, Médicos Asociados S. A. realizó reunión extraordinaria de Junta Directiva, contenida en el Acta 156 desde el 1 de marzo de 2016, en la que no se indicó la forma en que fueron convocados sus integrantes para la citada sesión.

Comentaron que los integrantes de la Junta Directiva, en acatamiento de las órdenes judiciales provenientes de la Superintendencia de

Sociedades dentro del proceso 2018-800-003 y del Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del radicado 1020180059100, son diferentes a los participantes de la enunciada junta del 12 de marzo de 2019.

Reseñaron que en la censurada reunión fue aprobado y autorizado que la representante legal suplente, Carolina Castillo, firmara las escrituras para traspasar, a título de dación en pago, los inmuebles de la sociedad por las acreencias laborales del Dr. Mayid Alfonso Castillo a Plymouth Holding Internacional Corp., así como los demás documentos necesarios para tal enajenación, según la conciliación del 5 de octubre de 2015 y el proceso ejecutivo laboral, según consta en el acta 156.

Anotaron que, por proposición de Juan Sebastián Castillo, se decidió autorizar a Carolina Castillo Perdomo, en su condición de representante legal suplente, para suscribir contratos sin límite de cuantía dineraria, así como los actos públicos correspondientes a la dación en pago de las acreencias laborales en favor de Mayid Alfonso Castillo Arias.

Finalmente, relataron que las decisiones tomadas en la glosada junta fueron aprobadas, unánimemente, por los asistentes, quienes no pertenecían a los directivos designados por el Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá y la Superintendencia de Sociedades.

2. Vinculada formalmente, la empresa Médicos Asociados S.A. se opuso a las pretensiones de los suplicantes, para lo cual formuló las excepciones de mérito que intituló "*Caducidad de la acción*"; "*Eficacia y oponibilidad del acta 156*"; "*Buena fe*"; "*Los demandantes están invocando su propia culpa*"; "*Fraude procesal, temeridad y mala fe*"; así como la "*genérica*".

II. LA SENTENCIA APELADA

1. Agotada la ritualidad correspondiente a esta clase de asuntos, tras declarar la operancia de la cosa juzgada, el funcionario de primer grado denegó las pretensiones de la demanda, tras considerar que ante el Juzgado 42 Civil del Circuito de esta ciudad, se ventiló un proceso entre los aquí enfrentados, en el cual se deprecó la ineficacia de las decisiones adoptadas en la reunión de junta directiva del 12 de marzo de 2019, cuya resolución fue su desestimación, debido a la materialización del fenómeno de la

caducidad; determinación que, mediante providencia del 3 diciembre del citado año, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Con base en la reseñada facticidad, sostuvo que "(...) en este caso puntual (...) existe una pretensión de ineficacia[,] (...) la primera demanda habla de una pretensión de ineficacia,[sobre la cual] se declaró la caducidad (...) [.] Esa decisión se tomó donde se pidió la ineficacia. ¿Qué efectos tiene la decisión? Entonces aquí hay un tema de los efectos de cosa juzgada de las sentencias que son claros y toca declararlos aún de oficio, si no se ha solicitado. Sin embargo, el punto aquí es que no hay una sentencia, existe un (...) auto de rechazo (...). Este despacho considera que las decisiones judiciales, así no sean en sentencia, que tengan el efecto de una sentencia, es el caso de la caducidad que puede ser definido en una sentencia. Lo que pasa es que el código, para evitar que esto sea una decisión de meses o de años, cuando se sabe que la caducidad prospera, pues, dígalo de una vez y rechace la demanda y no se ponga a seguir todo un proceso, pero el efecto, como tal, de la decisión es un efecto de cosa juzgada. Eso lo podemos señalar, por ejemplo, leyendo a Hernán Fabio López (...) [quien] indicó: 'la tercera hipótesis - refiriéndose a los rechazos in limine que se pueden presentar- constituye, en mi sentir, el único evento admitido por la legislación colombiana en admitir donde se da un pronunciamiento de fondo con efecto de cosa juzgada y es 'cuando esté vencido el término de caducidad para instaurarla' porque una vez ejecutoriada tal decisión no es viable iniciar el mismo proceso; máxime si se considera que el auto que rechaza admite recurso de reposición y de apelación, este último tramitado en el efecto suspensivo (...).' Entonces aquí tenemos que (...) como lo ha señalado este Despacho, lo que soporta adicionalmente con la doctrina especializada en la materia y sin perjuicio de las eventuales decisiones que existen sobre el particular, de darle un verdadero efecto de cosa juzgada a un auto donde se está reconociendo la caducidad (...) La decisión se adoptó, tiene efectos de cosa juzgada frente a este asunto, y, en esa medida, este despacho tendrá que reconocer, no la caducidad, porque no le corresponde a este despacho pronunciarse sobre si hay o no caducidad, sino reconocer que existe una cosa juzgada, en relación con el rechazo de esa demanda por caducidad, y, en esa medida, no puede el despacho (...) continuar con este asunto, porque existe esa cosa juzgada que aparece demostrada dentro del proceso (...), atendiendo a que las pretensiones del proceso respectivo (...) buscaban la ineficacia de las decisiones adoptadas en la reunión extraordinaria de junta directiva del 12 de marzo de 2019, lo que coincide (...) con la demanda que nos ocupa (...). En esa medida, a este despacho no le queda nada distinto que declarar la cosa juzgada a través del rechazo que se efectuó por caducidad (...) al

margen de no compartir la decisión de fondo, pero es una decisión que está debidamente ejecutoriada, y, en esa medida, deberá aceptarla y reconocerla este despacho.

Sin perjuicio de lo anterior, (...) haciendo un análisis de toda la información que tiene este despacho (...) no hay pruebas suficientes que permitan a este despacho efectuar una manifestación de oficio sobre [una] (...) posible inexistencia por haberse tomado una decisión por un por un órgano inexistente dentro de la asamblea, no estoy diciendo que sea así, simplemente que existen indicios de que ello pudiera ser así, pero analizada la documentación que obra en el expediente es insuficiente para tomar la decisión respectiva, y, en esa medida, tampoco se decretará de oficio esta sanción legal que sí es posible discutirla en la medida en que no está siendo planteada dentro de la demanda en la cual ya se declaró la caducidad para efectos de la nulidad y para efectos de la ineficacia”.

III. LA APELACIÓN

1. La procuradora judicial de los gestores de esta contienda discrepó del criterio del fallador *a quo*, por lo que interpuso el recurso de apelación, arguyendo que “(...) *no está materializada la cosa juzgada, por cuanto estamos en procesos distintos, es decir, [el proceso que cursó en el Juzgado 42 Civil del Circuito] solo el despacho se pronunció sobre las pretensiones subsidiarias que estaban relacionadas con la nulidad, la impugnación, pero dejó en el aire, no se pronunció sobre las pretensiones que se relacionaban con la ineficacia de las decisiones de esas actas de asamblea. En consecuencia, esta representación, en aras de salvaguardar el derecho a la defensa de mi representada, procedí a instaurar la demanda sobre esas pretensiones principales por cuanto no se pronunciaron sobre esa, estaríamos entonces ante una denegación de justicia ante esas pretensiones solicitadas en ese momento y que ni siquiera el despacho de primera instancia y de segunda instancia se pronunció sobre las mismas. Entonces, a pesar de que se pronunciaron sobre las pretensiones subsidiarias que hablaban de la nulidad, las demandantes tenían todo el derecho de interponer una nueva demanda por esas pretensiones principales de las cuales no se pronunció el despacho en su oportunidad, ni en primera ni en segunda instancia. Es por ello que estoy en desacuerdo con la sentencia proferida por su despacho. Y también considero que (...) en el proceso se allegaron suficientes pruebas como para probar la ineficacia de las decisiones tomadas en esa asamblea extraordinaria de junta directiva”.*

En la oportunidad de que trata el inciso 2º de la regla 3ª del canon 322 del C. G. del P., el extremo recurrente insistió en la ausencia de configuración de la cosa juzgada, porque, si bien los sujetos enfrentados son los mismos, los procesos son distintos, en la medida en que en el litigio ventilado ante el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá, a pesar de haberse petitionado la ineficacia de las decisiones de junta directiva del 12 de marzo de 2019, de manera principal, éstas no fueron objeto de examen por el citado despacho judicial ni tampoco por su superior; quienes solo se refirieron a las pretensiones subsidiarias, *"(...) dejando sin tramitar las pretensiones que fueron presentadas como principales, (...) por lo que procedía continuar el proceso a fin de resolver respecto de la petición de INEFICACIA de las decisiones cuya acción tiene un término de prescripción de cinco años, los cuales no han vencido."*

También arguyó que como los autos ilegales no atan al juez, la Superintendencia ha debido resolver de fondo las pretensiones de ineficacia; máxime si no compartía las razones esgrimidas por el Juzgado Civil y el Tribunal, frente al disímil tratamiento de la nulidad y la ineficacia, particularmente, en lo concerniente al término de caducidad.

Recabó, igualmente, en que *"(...) [s]i bien existe ejecutoria formal de la decisión, no es cierto que se inició el mismo proceso, pues las pretensiones de ineficacia carecieron de pronunciamiento alguno, inclusive el de caducidad. Solamente hubo pronunciamiento respecto de la nulidad por vía de impugnación de las determinaciones que es bien distinto. El auto que declaró la caducidad fue objeto de reposición y apelación, que resolvieron de la impugnación, pero no de la ineficacia, ni del plazo para iniciar esta clase de demanda, por lo que procede revocar la decisión del 14 de julio de 2021."*

2. En la fase sustentatoria reglada por el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la mandataria judicial de los querellantes insistió en la revocatoria del fallo de primera instancia, en los mismos términos de los reparos inicialmente manifestados, ahondando en que la cosa juzgada no se encuentra demostrada, si en cuenta se tiene que la ineficacia deprecada en la acción de marras fue una temática sobre la cual el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de Bogotá no se pronunciaron.

3. La parte demandada guardó silencio frente a los embates expuestos por su contraparte.

IV. CONSIDERACIONES

1. Encontrándose reunidos los presupuestos procesales necesarios para adoptar la decisión de fondo correspondiente a esta instancia y verificada la inexistencia de alguna irregularidad capaz de invalidar lo rituado, debe precisarse que esta Sala se circunscribirá a analizar, exclusivamente, los motivos de censura demarcados por la parte opugnadora, acatando los lineamientos del inciso 1º de los cánones 320 y 328 del Código General del Proceso.

2. Clarificado lo anterior, en el *sub lite* se tiene que el juzgador de primera instancia denegó las pretensiones de ineficacia impetradas en la presente demanda, tras discurrir que el auto que declaró la caducidad de la acción judicial sometida a consideración por el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá -el cual fue confirmado por este Tribunal, en otra de sus salas- tiene los efectos de "*cosa juzgada*", en virtud de que la mencionada disputa fue adelantada entre las partes aquí enfrentadas y versó sobre el mismo objeto del litigio en ciernes. Decisión que la mandataria de los actores apeló, arguyendo, en esencia, que dicha institución jurídica no se configura en el asunto de la referencia, porque las autoridades jurisdiccionales que conocieron de la controversia en su oportunidad, solamente se pronunciaron sobre las reclamaciones de nulidad elevadas en subsidio, mas no frente a las súplicas de ineficacia.

3. Alinderado ese marco impugnativo, de cara al abordaje de la cosa juzgada, -punto medular del presente recurso- huelga relieves que, a voces del Alto Tribunal de Justicia, en lo Civil, "[e]l instituto de la cosa juzgada, desarrollo del mandato constitucional según el cual nadie puede 'ser juzgado dos veces por el mismo hecho' (artículo 29, Carta Política) y efecto connatural de toda sentencia, se estructura, al tenor del artículo 302 del Código General del Proceso, (...) si existe 'sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso (...) siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes'. Por ende, se configura la excepción de cosa juzgada cuando se adelantan varios procesos entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, esto es, que haya identidad de objeto y de

causa, habiéndose dirimido uno de ellos con sentencia, la que debe estar ejecutoriada. Así lo dejó sentado la doctrina de la Corte, al señalar que: [e]l límite subjetivo se refiere a la identidad jurídica de los sujetos involucrados y su fundamento racional se encuentra en el principio de la relatividad de las sentencias. El límite objetivo lo conforman las otras dos identidades, consistiendo el objeto en 'el bien corporal o incorporal que se reclama, o sea, las pretensiones o declaraciones que se piden de la justicia' (CLXXII-21), o en 'el objeto de la pretensión' (sentencia No. 200 de 30 de octubre de 2002), y la causa, 'en el motivo o fundamento del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso'. (CSJ SC 139 de 24 jul. 2001, reiterada en SC de 5 jul. 2005, rad. 1999-01493 y SC 18 dic. 2009, rad. 2005-00058-01)."¹

4. Partiendo del contexto jurisprudencial descrito en precedencia, esta Sala de Decisión anticipa la esterilidad de la alzada formulada contra el fallo de primer grado, puesto que, en el caso bajo escrutinio, la cosa juzgada declarada por el juzgador de cognición encuentra sustento probatorio, como a continuación pasa a explicarse:

4.1. Inicialmente, debe puntualizarse que, en el *sub judice*, refulge indiscutible que, entre los sujetos procesales aquí enfrentados, existió demanda judicial mediante la cual se pretendió, entre otras cosas y de manera principal, la declaratoria de ineficacia de "(...) *las decisiones adoptadas en la Reunión Extraordinaria de Junta Directiva del 12 de marzo de 2013 (...) contenida en el acta 156 y sus aclaraciones si las hay, en virtud de que fueron adoptadas por personas diferentes a las que deben componer la Junta Directiva, según las órdenes judiciales provenientes de la Superintendencia de Sociedades dentro del proceso jurisdiccional No 2018-800-03 y del Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso (...) 1020180059100*"; causa y objeto que, sin duda, resultan coincidentes con la materia del presente litigio, lo cual puede corroborarse al constatar el pliego incoativo de este proceso y las documentales aportadas por la propia parte demandante que militan en el derivado No 424513 del expediente electrónico, las que, valga aclarar, no fueron desconocidas por ninguno de los contendores.

4.2. Asimismo, con estribo en los medios de convicción que el citado extremo procesal allegó al plenario, se encuentra acreditado que mediante proveído fechado el 13 de septiembre de 2019 el Juzgado 42 Civil Circuito de Bogotá indicó que "(...) [e]l *Despacho* declarará que en el caso de

¹ CSJ SC 3691 de 2021.

*autos se ha configurado el fenómeno de la caducidad que regla el 382 del C. G. del P., en la medida que la parte demandada no acreditó que la decisión contenida en el acta No 156 del 12 de marzo de 2019, objeto de impugnación de esta demanda, era una decisión o acto (...) que debía ser inscrita en el registro mercantil (...), por lo que el término de los dos meses que tratan el citado (sic) artículo 382 y el canon 191 del C. Co. se debe contar desde la celebración de la reunión extraordinaria (...) esto es, desde el 12 de marzo de 2019. Entonces[,] como esta demanda se presentó el 15 de agosto del cursado año (...) es claro que[,] a dicha data, transcurrieron con superioridad los dos meses que reglan las normas en comento para deprecar esta clase de asuntos. (...) En consecuencia, (...) dispone (...) RECHAZAR la demanda por haberse configurado la **caducidad de la acción**. 2. Ordenar la entrega de los anexos a quien los presentó, sin necesidad de desglose.”²*

Determinación que, además de haber sido ratificada por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia adiada del 3 de diciembre de 2019,³ las Salas Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia estimaron su razonabilidad, en el marco de la acción de tutela interpuesta contra tales decisiones.⁴

En el orden de cosas que se trae, las trasuntadas facticidades ponen de relieve que, contrario a la tesis impugnativa pregonada por el extremo apelante, se alcanza a colegir que el Juzgado 42 Civil del Circuito de esta ciudad y su superioridad, al abordar el tema de la caducidad de la acción en las decisiones tomadas el 13 de septiembre y 3 de diciembre de 2019, respectivamente, se refirieron a todas las reclamaciones incoadas, pues, sin distingo alguno, ambas instancias resolvieron el asunto sometido a su cognición; sin que de la ritualidad adelantada se observe una solución fragmentada, de la cual pueda inferirse que el rechazo de la demanda por ocurrencia del fenómeno extintivo no cobijó la ineficacia deprecada.

Y es que, a decir verdad, no es dable concebir que se hubiera emitido una resolución parcial, sin cobijar la aludida ineficacia, dado que, de la propia redacción de las decisiones estudiadas, no se atisba tal circunstancia. Tan es así que de manera categórica el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá dispuso, sin salvedad alguna, el rechazo de la acción y su devolución junto a los anexos al interesado, ante la estructuración de la

² Derivado No 424513, PDF AAE del expediente electrónico.

³ PDF AAC, *ídem*. Providencia emitida al interior del proceso No 11001 31 030 42 2019 545 01 Magistrada Ponente Ruth Helena Galvis Vergara.

⁴ Sentencias del 29 de abril y 12 de agosto de 2020, respectivamente. Radicados No 2020 00803 00 y 2020 00803 02, respectivamente. PDFs Anexos AAI y AAK, Derivado No 424513, PDF AAE del expediente electrónico.

caducidad; determinación que fue ratificada en su integridad por el *ad quem*, al dirimir la alzada interpuesta contra el citado proveído, quedando, de ese modo, zanjada, definitivamente, la totalidad de la controversia.

Es más, si se verifica toda la actuación surtida ante el 42 Civil del Circuito de Bogotá, en especial, el escrito de reposición presentado por la parte actora,⁵ es posible intuir que el entendimiento de la parte inconforme frente al rechazo de la demanda se hacía extensivo a las pretensiones de ineficacia, puesto que al sustentar el recurso horizontal expuso su criterio frente a la supuesta aplicabilidad del lapso de que trata el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, para contrarrestar los efectos de la caducidad sobre las súplicas de ineficacia, lo que ciertamente no bastó para lograr la reforma de la providencia, toda vez que la repulsa del libelo genitor se mantuvo y el Tribunal así lo confirmó.

4.3. Finalmente, en lo tocante a la censura consistente en que la Superintendencia debió resolver de fondo las pretensiones de ineficacia, máxime si no compartía las razones esgrimidas por el Juzgado Civil y el Tribunal, en cuanto al disímil tratamiento de la nulidad y la ineficacia, particularmente, en lo concerniente al término de caducidad, esta Colegiatura debe destacar que el pronunciamiento reclamado por el aquí recurrente no podía ser de mérito, ante los efectos impeditivos de la *res iudicata* para analizar nuevamente el asunto.

5. De todo lo discurrido en precedencia, fuerza concluir que fue acertado el *a quo* en declarar, luego de encontrar configurada la identidad de partes, el objeto y la causa, que hizo tránsito a cosa juzgada lo zanjado en el juicio adelantado ante el Juzgado 42 Civil del Circuito de esta urbe, en relación con el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia de la reunión de Junta Directiva efectuada el 12 de marzo de 2019, impidiendo así un nuevo análisis de esa cuestión en este litigio, en acatamiento del carácter definitivo e inmodificable que debe revestir a las decisiones debidamente ejecutoriadas.

6. Ubicada de eso modo la situación litigiosa, resulta imperioso confirmar la sentencia de primera instancia, con la consecuente condena en

⁵ Derivado No 424513, PDF AAM del expediente electrónico.

costas de esta instancia a la parte apelante, de conformidad con lo establecido el canon 365, regla 1ª, del C. G. del P.

V. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de julio del año en curso, por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, en el asunto del epígrafe.

SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a la parte recurrente. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de Un Millón de Pesos (\$1'000.000,00). Tásense en oportunidad, conforme lo establece el artículo 366 del C. G. del P.

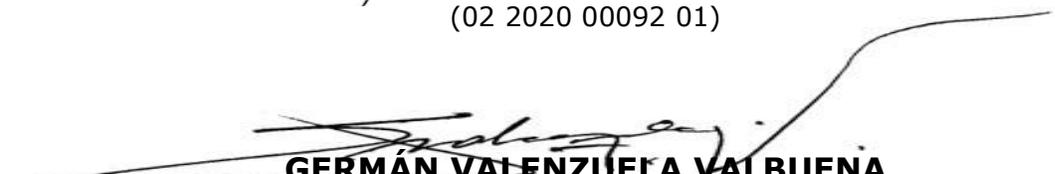
TERCERO. En oportunidad, por Secretaría, ofíciase al Despacho Judicial de origen informándole sobre la presente decisión, y remítasele copia magnética de esta providencia, para que haga parte del respectivo expediente.

NOTIFÍQUESE,



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado
(02 2020 00092 01)



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Magistrado
(02 2020 00092 01)

(Ausencia Justificada)

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado
(02 2020 00092 01)

**República de Colombia
Rama Judicial**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., seis (06) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

MAGISTRADO PONENTE: **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001-31-99-002-2020-00240-01**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **FERRETERÍA YACAMÁN SAS**
DEMANDADOS : **VÍCTOR JUAN YACAMÁN GIACOMÁN**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA ANTICIPADA**

Discutido y aprobado por la Sala en sesión de seis (06) de octubre de dos mil veintiuno (2021), según acta N° 040 de la misma fecha.

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia anticipada proferida el 4 de agosto del año en curso, por la Dirección de Jurisdicción Societaria II de la Superintendencia de Sociedades, en el asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante la acción social de responsabilidad consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, se pretende, basilarmente, que se condene al interpelado a resarcir los perjuicios causados a la promotora del debate, *“en virtud de la sentencia proferida por el juzgado tercero laboral del circuito de Cartagena, dentro del proceso ordinario identificado con número de radicación 13001310500320020034700, modificada y adicionada por la sentencia de casación SL3908-2019, radicación No. 61849, acta 32 de fecha diecisiete (17) de septiembre de 2019 emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral de Descongestión No. 2”*.

Como soporte de las aspiraciones demandatorias, en esencia, se indicó que Víctor Juan Yacamán Giacomán incumplió sus obligaciones como administrador de la sociedad Ferretería Yacamán S.A.S., por lo que le corresponde indemnizar los detrimentos ocasionados con tal infracción, sustentada, básicamente, en la violación del artículo 23, *ibidem*, que impone a los administradores el deber general de "obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios", ya que el demandado no pagó los aportes de seguridad social de los trabajadores de la empresa, particularmente los suyos, durante el período en que se desempeñó como representante legal de la actora, quien, pese a que "estaba convencido de su vinculación laboral desde 1973", "jamás comunicó a la asamblea o a la junta directiva de esta particular situación" y "[e]n un acto de deslealtad, (...) presentó demanda laboral contra la sociedad (...) exigiendo el pago de las acreencias laborales en virtud del tiempo de veintisiete años, cuatro meses y diez días. Tiempo durante el cual ocupó el cargo como gerente y representante legal, desconociendo que la vigilancia y control del pago de las acreencias laborales, se encontraban dentro de las funciones y deberes que como administrador estaba obligado a cumplir."; resultando, de su demanda ordinaria, condenada la compañía por la administración de justicia.

2. Dentro de la oportunidad concedida, el llamado juicio se opuso a la prosperidad de las súplicas del libelo genitor, proponiendo las excepciones que rotuló: "PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN EL CASO QUE NOS OCUPA CONFORME AL ARTÍCULO 235 DE LA LEY 222 DE 1995 -SOLICITUD DE SENTENCIA ANTICIPADA", "CADUCIDAD DERIVADA DEL ARTÍCULO 25 DE LA LEY 222 DE 1995", "CADUCIDAD DERIVADA DEL ARTÍCULO 235 DE LA LEY 222 DE 1995 DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN EL CASO QUE NOS OCUPA CONFORME AL ARTÍCULO 235 DE LA LEY 222 DE 1995 - SOLICITUD DE SENTENCIA ANTICIPADA", "INCUMPLIMIENTO DE CARGA PROBATORIA", "INEXISTENCIA DEL DAÑO O PERJUICIO EN CABEZA DE VICTOR JUAN YACAMÁN GIACOMAN COMO REQUISITO PARA CONFIGURAR LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR", "AUSENCIA DE CULPA GRAVE O DOLO", "INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL O CAUSA ADECUADA CON RELACIÓN A LAS PRESUNTO PERJUICIO GENERADO POR EL ADMINISTRADOR", y "BUENA FE - LEALTAD Y DILIGENCIA Y CUIDADO COMO UN BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS."

II. LA SENTENCIA APELADA

La juzgadora *a quo* procedió a dictar sentencia anticipada, de conformidad con el artículo 278 del Código General del Proceso, tras encontrar probada la causal prevista en el numeral tercero de dicha norma, esto es, la prescripción extintiva, por cuanto la presentación de la acción que persigue declarar la responsabilidad social del conminado, en su condición de administrador de la sociedad accionante, tuvo lugar por fuera de los cinco años previstos en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, ya que el demandado ocupó el cargo de representante legal de la convocante entre el 25 de octubre de 1973 y el 12 de julio de 2000.

III. LA IMPUGNACIÓN

1. En desacuerdo con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte querellante interpuso recurso de apelación, dado que, en su criterio, no se hizo un análisis completo de la demanda y se dio una aplicación indebida de los fundamentos jurisprudenciales, pues, para el término prescriptivo del artículo 235 de la Ley 222 de 1995, se omitió tener en cuenta la legitimación para accionar, toda vez que no se *"podía iniciar una acción de perjuicios sin tener la sentencia condenatoria. Estamos en un proceso que estaba en una etapa de casación en la Corte Suprema de Justicia, cuando todo el énfasis del proceso se había desarrollado sobre que el señor Víctor Yancamán no era un empleado (...), entonces no podía estimar los perjuicios en ese momento, razón por la cual los cinco años de que trata el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 entrarían a contar a partir de la ejecutoria de la sentencia la Sala de Casación Laboral; es más, del obedézcase y cúmplase del juzgado tercero laboral del circuito, porque ahí es cuando verdaderamente nace el perjuicio que se obtuvo con el actuar desleal."* Además, agregó, que la deslealtad se presentó no solo cuando fue representante legal, porque los socios también deben lealtad con posterioridad a su retiro de la sociedad.

En la oportunidad de que trata el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte recurrente ahondó en los reproches izados con el fallo de primera instancia, insistiendo, entre otras, en las siguientes razones:

*“Con la decisión adoptada, la delegatura aplica en indebida forma el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 al no armonizarlo con lo dispuesto en el artículo 24 de la misma ley; en cuanto destiende (sic) que la acción social de responsabilidad que se puede ejercer en contra de los administradores depende de la existencia o configuración de **perjuicios** que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad. No son los actos realizados o los dejados de realizar por el administrador los que determinan el inicio del conteo del término prescriptivo, como lo interpretó y aplicó el juez a quo, es la materialización de los perjuicios que se reclaman el momento que marca el inicio del derecho de accionar.*

(...) [el hecho de que las infracciones ocurrieron entre 1973 y 2000] no es el único elemento que en el caso particular debe tenerse en cuenta para establecer el punto de partida desde el cual debe contabilizarse el término prescriptivo; ya que las pretensiones se erigen sobre la base de los perjuicios ocasionados por incumplimiento, entre otros, al deber de lealtad, del que se reclama su configuración, a partir del momento en el que el demandado decidió demandar a la sociedad para reclamar los derechos que, si bien pudo haberlo [puesto] de manifiesto en las distintas reuniones del órgano máximo de administración o por intermedio de algún comunicado a los socios, prefirió callarlo para luego obtener un provecho de la situación o condición gene[rada] por él mismo. (...).

(...)

Si el artículo 235 de la ley 222 de 1995 no determinó a partir de qué momento debe contabilizarse el término de prescripción. Si uno de los factores para poder establecerlo es la cesación de la conducta que le dio origen y en el caso particular la conducta de deslealtad que ‘posiblemente’ (...) legitimó a la sociedad para accionar, no cesó sino hasta el día en que quedó ejecutoriada la decisión emitida por la corte suprema de justicia al resolver el recurso de casación, cómo puede concluirse que la acción se encuentra prescrita si es este el momento exacto en que se cumplen con los requisitos necesarios para impetrar la acción social de responsabilidad. En ese sentido, podemos afirmar que la juez no apreció en debida forma el petitum de la demanda en donde muy claramente se establece que lo que se busca resarcir es el perjuicio que hasta ese momento no se había materializado. De la lectura de las pretensiones salta a simple vista que las mismas se apoyan en la decisión adoptada en sede de casación mediante sentencia SL3908-2019,

radicación No. 61849, acta 32 de fecha diecisiete (17) de septiembre de 2019 emitida por la Corte Suprema de Justicia, sentencia en la que se materializa el perjuicio reclamado y que enmarca el punto de partida desde el cual debe contabilizarse (...)."

2. Al descorrer el traslado de la sustentación del recurso, el procurador judicial del demandado manifestó:

"Una vez analizado los presupuestos, se puede inferir que, en efecto, la mayoría de los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda ocurrieron con más de cinco años de anterioridad, han transcurrido con creces a la presentación de la demanda. Si bien existe un reproche, un cuestionamiento por la presunta conducta de mi representado al incumplimiento de los deberes cuando fungía como administrador de la sociedad demandante, habrá que concluirse que se ha configurado la prescripción para ejercer la acción derivadas de la acción social de responsabilidad de conformidad con el artículo 235 de la ley 222 de 1995. (...).

(...)

Sobre el término de prescripción de la acción la Acción Social de Responsabilidad Si una sociedad considera que tiene derecho a una indemnización por parte de su administrador, el derecho respectivo está sometido a una prescripción de 5 años. Si un socio considera que se le violó su derecho de preferencia en una negociación, deberá presentar su demanda dentro de los cinco años siguientes a dicha violación o, en caso contrario, correrá el riesgo de que le propongan la excepción de prescripción.

(...)

En todos los casos [‘Remoción como socio de mi poderdante: 08 de febrero de 2001, Admitió demanda laboral en contra del accionante Ferretería Yacaman: 21 de abril de 2006; Ferretería Yacaman consignó a órdenes del Juzgado depósitos judiciales para garantizar el pago de la sentencia por derechos inalienables reclamados: 29 de agosto de 2007’] han transcurrido más de 5 años. En consecuencia y sin lugar a dudas la disposición contenida en el artículo 235 de la ley 222 de 1995 corresponde a una prescripción a términos perentorios."

Finalmente, tras citar dos decisiones del Tribunal Superior de Bogotá, anotó que *"(...) desde el momento en que presuntamente se incumplieron los deberes de mi poderdante y demás conductas endilgadas el termino (sic) ha fenecido, han transcurrido con creces el término de cinco años establecido en el artículo 235 de la ley 222 de 1995."*

IV. CONSIDERACIONES

1.- Con el propósito de abordar el punto medular del debate, viene bien memorar que la sentencia anticipada es una institución jurídica que permite terminar tempranamente la actuación, cuya finalidad, al tenor de la jurisprudencia constitucional, *"(...) es la de lograr mayor eficiencia y eficacia en la aplicación de justicia, pues mediante ella se autoriza al juez para emitir el fallo que pone fin al proceso antes de agotarse o cumplirse todas las etapas procesales establecidas por el legislador (...)."*¹

Doctrinariamente esta figura adjetiva ha encontrado explicación en *"(...) la necesidad de atemperar un poco la rigidez del proceso, hacerlo más maleable, mas dúctil, mas adaptable a las vicisitudes que emergen en su desarrollo y cumplir con una pronta y cumplida justicia cuando en el umbral despunta es posibilidad. (...) Este principio que podríamos llamar de ductilidad del proceso, no aparece explícitamente como uno de los pilares dogmáticos del CGP, pero está íntimamente ligado con el principio de eficacia y eficiencia previsto en los artículos 4º y 6º de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, lo mismo que el mandato de un proceso de duración razonable contenido en el artículo 2º del Código General del Proceso."*²

En relación con la aludida temática, es sabido que la actual codificación procesal civil, en su artículo 278, inciso 2º, preceptúa que *"[e]n cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, [entre otros eventos] (...) [c]uando se encuentre probada (...) la prescripción extintiva (...)"*; fenómeno cuyo fundamento, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, *"(...) radica en el mantenimiento del orden público y la paz social ; propende por otorgar certeza y seguridad a los derechos subjetivos mediante al consolidación de situaciones jurídicas*

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-425/96.

² Villamil Portilla, Eduardo. Sentencias Anticipadas. Código General del Proceso. Panamericana Formas e Impresores S.A. 2016. Págs.8 y 13.

prolongadas y la supresión de la incertidumbre que pudiera ser generada por la ausencia del ejercicio de las potestades (...);³ deduciéndose "(...) del artículo 2335 del C.C. (...) que son dos los elementos de la prescripción extintiva de las acciones y de los derechos: 1º) el transcurso del tiempo señalado por la ley , y 2º) la inacción del acreedor."⁴

En ese escenario legal y conceptual, cabe recordar que el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 establece que "[l]as acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa"; término liberatorio que cubre al instrumento procesal contemplado en el artículo 25, *ibidem*, el cual "(...) tiene por objeto el resarcimiento del patrimonio social (...). [O]pera cuando el obrar ilícito del administrador ha perjudicado de manera directa a la sociedad, produciendo un quebranto en su patrimonio";⁵ asunto sobre el que esta Sala de Decisión ha puntualizado que "(...) para la acción de responsabilidad en contra del administrador de una sociedad (interpuesta por la asamblea de accionistas o a título individual por alguno de sus socios), el fenómeno de la prescripción está regulado por el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 y para el caso el dies a quo debe tomarse desde el momento en que supuestamente sucedió el acto del gerente en contravía de los intereses de la sociedad (...). Es evidente que en la redacción de la disposición no se señaló el punto de inicio del lapso prescriptivo, situación que se explica porque la norma no está regulando una situación en concreto, puesto que fija el marco legal que ampara el ejercicio de las acciones de carácter civil, penal y administrativa del libro segundo del C. de Co. y de la ley en sí. **No obstante, (...) es indudable que los 5 años deben contarse a partir del momento en que presuntamente se incumplieron los deberes del representante legal;** (...) habida consideración que esa es la conducta irregular que constituye el factor que debe apreciarse como el tiempo para intentar la acción judicial prevista en la Ley 222 de 1995."⁶ (negritas propias).

2.- Hechas las anteriores acotaciones, es del caso precisar que la funcionaria de primer orden dictó sentencia anticipada, con

³ Cas. Civil, sentencia SC279-2021 de 15 de febrero de 2021, exp. 11001310302120040008802.

⁴ Cas. Civil, sentencia de 18 de junio de 1940, XLIX, 726, reiterada en el fallo del 11 de enero de 2000, exp.5208.

⁵ CSJ. Sentencia SC2749-2021, exp. 08001-31-03-005-2012-00109-01.

⁶ TSB. Sala Civil. Sentencia de 10 de marzo de 2021, exp. 1100 1319 9002 2018 00444 02. MP. GVV.

fundamento en el artículo 278 del Código General del Proceso, al encontrar probada la prescripción extintiva de que trata el numeral 3 de dicha normativa, pues, para el momento de impetrarse la presente acción, ya habían transcurridos los cinco años exigidos en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995. Decisión rebatida por la sociedad demandante, porque, en su criterio, el mencionado quinquenio debe contarse a partir de la ejecutoria de la sentencia SL3908-2019, proferida el 17 de septiembre de 2019, por la Sala de Casación Laboral, dentro del radicado No. 61849, fallo que materializó el perjuicio reclamado.

3.- Dentro de ese marco impugnativo, prontamente se avizora la improsperidad de la alzada, comoquiera que la supuesta inobservancia de los deberes previstos en el artículo 23, inciso primero, de la Ley 222 de 1995, endilgada a Víctor Juan Yacamán Giacomán, en ejercicio del cargo de representante legal y administrador de la sociedad Ferretería Yacamán S.A.S., habría tenido lugar entre el 25 de octubre de 1973 y el 12 de julio de 2000, temporalidad que -delimitada por la juzgadora *a quo*, sin ser objeto de reparo en el recurso- marca, sin duda, el punto de partida para contabilizar el período prescriptivo de la acción aquí promovida, que supera con creces la oportunidad con la que contaba la demandante para acudir a la jurisdicción, a fin de elevar las presentes reclamaciones, pues dejó transcurrir más del lustro exigido por el canon 235, *ejusdem*, para ese cometido, ya que vino a interponer la demanda el 30 de septiembre de 2020, situación extintiva de la que no se acreditó su interrupción o renuncia.

Sobre el particular, debe relievase que no es de recibo, para el caso de marras, tener como hito iniciador de dicho fenómeno decadente la ejecutoria de la sentencia SL3908-2019, mediante la cual la Sala de Casación Laboral declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes enfrentadas en este litigio, como lo propone la apelante, porque esa decisión no se erigía como presupuesto necesario para adelantar la actuación tendiente a averiguar las presuntas omisiones del administrador de la convocante, pues, al considerar que Víctor Juan Yacamán Giacomán incumplió sus deberes generales de buena fe, lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios,

contenidos en el precepto 23 del pluri nombrado cuerpo legal, la sociedad demandante tenía a su alcance la acción social de responsabilidad consagrada en la artículo 25, *ibidem*, para discutir el resarcimiento de los menoscabos patrimoniales que le habría generado el no pago de los aportes al sistema de seguridad social en cuestión.

Es más, tan independiente es la vía procedimental habilitada en la última disposición citada que la controversia suscitada pudo haber sido dirimida sin acudir al trámite ordinario laboral, como se colige de las manifestaciones de Carlos Yacamán, representante legal de la gestora de este juicio, quien, al ser interrogado por la falladora, aseveró que el aquí encartado *"nunca nos dijo el no pago de su prestación, porque si lo hubiera dicho, lo primero que hubiéramos podido hacer (...) era consign[arle] ese dinero"*; realidad que patentiza, por las particularidades del caso, que el punto inaugural del término prescriptivo es la infracción a los deberes en la que habría incurrido éste como administrador de la promotora del debate, y no la ejecutoria de la aludida providencia de la Corte Suprema de Justicia.

4. Corolario de lo discurrido, se confirmará el fallo cuestionado, y, ante el fracaso de la alzada interpuesta, se impondrá condena en costas en esta instancia a la parte vencida (art. 365, regla 1ª, del C.G.P.).

V. DECISION:

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia anticipada proferida, en el *subjudice*, el cuatro (4) de agosto del año dos mil veintiuno (2021), por la Dirección de Jurisdicción Societaria II de la Superintendencia de Sociedades.

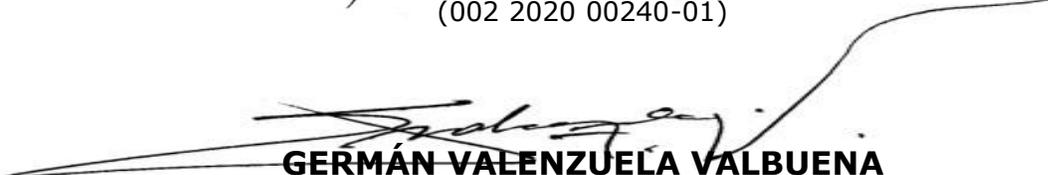
SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a la parte recurrente. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de Un Millón de Pesos (\$1'000.000.00). Tásense en oportunidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO. En oportunidad, por Secretaría, ofíciase al Despacho Judicial de origen informándole sobre la presente decisión, y remítasele copia magnética de esta providencia, para que haga parte del respectivo expediente.

NOTIFÍQUESE



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado
(002 2020 00240-01)



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA
Magistrado
(002 2020 00240-01)

(Con ausencia justificada)

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado
(002 2020 00240-01)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D. C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

**Asunto: Proceso Verbal (Acción de Protección al Consumidor)
promovido por el señor Arnaldo Miguel Pimienta Restrepo contra
Alianza Fiduciaria S.A.**

Rad. 03 2019 03261 01

Proyecto discutido y aprobado por medio electrónico en Sala Dual, según Acta N°41 de la fecha, ante las medidas de emergencia sanitaria decretadas por la Presidencia de la República y la Alcaldía Mayor de Bogotá, generadas por el virus Covid-19 y, conforme a los Acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura.

Se decide el recurso de súplica que interpuso la parte demandada contra el auto que profirió la señora Magistrada Adriana Ayala Pulgarín el 9 de junio de 2021.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

1. Mediante el referido proveído, la citada Magistrada admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que profirió la Superintendencia Financiera de Colombia el 29 de abril de 2021, determinación contra la cual el extremo pasivo promovió recurso de reposición, tras estimar que de conformidad con el artículo 24 del Código General del Proceso, “*el juez competente para conocer del recurso de apelación es el Juez Civil del Circuito*”, en razón a que se trata de un asunto de menor cuantía; recurso que se adecuó al de súplica por la misma funcionaria en auto del 26 de agosto de 2021¹.

¹ Repartida para resolver la súplica al Despacho de magistrada sustanciadora el 29 de septiembre de 2021
Exp. 03 2019 03261 01

2. Para resolver, es importante señalar que el inciso 3° del párrafo 3° del artículo 24 del Código General del Proceso prevé que: *“Las apelaciones de las providencias proferidas por autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable.”*

Así mismo, el numeral 9° del artículo 20 *ibídem* dispone que es competencia de los jueces civiles del circuito en primera instancia *“los procesos relacionados con el ejercicio de los derechos del consumidor”*, disposición que fue objeto de corrección por el Ejecutivo a través del artículo 3° del Decreto 1736 de 2012, para adicionar que dichos funcionarios conocerían de esos asuntos cuando fueran de *“mayor cuantía”* con soporte en que la intención del legislador fue la de fijar la competencia en el factor *“objetivo-cuantía”* y no, por la naturaleza del asunto.

Sin embargo, los efectos de la precitada norma quedaron suspendidos a partir del pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 19 de diciembre de 2016, quien estimó que *“la adición de la frase «de mayor cuantía», no constituye la corrección de un error caligráfico o tipográfico, conforme lo autoriza el artículo 45 de la Ley 4ª de 1913. El Ejecutivo procedió, como lo reconoce en el decreto acusado, a **modificar una regla de competencia para enmendar un error de concordancia entre dos disposiciones legales**, reformando el contenido de la disposición legal, lo cual no está autorizado por la disposición mencionada.”*²

Siendo ello así, y si se tiene en cuenta que el proceso de la referencia se surtió, desde su inicio, en plena vigencia del Código General del Proceso y la citada suspensión continúa surtiendo efectos, no erró la Magistrada al admitir el recurso de alzada, pues la competencia en primera instancia de los jueces civiles del circuito para conocer de los procesos relacionados con el ejercicio de los derechos de los consumidores los abarca todos, sin

² Consejo de Estado. Exp. 2012-00369 C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés

importar su cuantía.

3. Por consiguiente, se confirmará la decisión que se suplica.

DECISIÓN

Por mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** el auto objeto de súplica que profirió Magistrada Adriana Ayala Pulgarín el 9 de junio de 2021.

SEGUNDO: En firme este auto, dese cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final de la citada providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente: **CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**
Radicación: 110013103011 2017 00421 02
Procedencia: Juzgado Once Civil del Circuito
Demandante: Gloria Espinosa de Ruíz
Demandada: Gloria Salgado Campos
Proceso: Declarativo

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se dirime el recurso de reposición en subsidio queja, interpuesto contra la providencia calendada 16 de marzo de 2020, proferida por esta Corporación dentro del proceso **DECLARATIVO** promovido por **GLORIA ESPINOSA DE RUÍZ** contra **GLORIA SALGADO CAMPOS**.

3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

3.1. El apoderado de la demandada expone, en lo esencial, que el Tribunal incurre en error al no estudiar la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial de las pretensiones de la convocada, pues no se reparó si tienen o no un contenido esencialmente económico. Destaca que las aspiraciones de la pasiva, no se sitúan en la esfera monetaria, sino extra patrimonial, en el entendido que su derecho en litigio,

tratándose del proceso reivindicatorio, se circunscribe a la condición de mera tenedora del predio en disputa, tal como lo refrendan las defensas blandidas, más no al de poseedora como lo concluyó el *ad-quem*.

De otro lado, relieves que, si está en entredicho la naturaleza de las súplicas, no se le debe exigir allegar un dictamen pericial. Por ende, resulta apresurada la decisión, pues previo a ello debió dilucidarse tal aspecto.

Superado lo anterior, en la hipótesis de considerar a su prohijada como poseedora, en la acción de dominio el valor económico es el bien, más otros montos, como frutos y condenas accesorias. Bajo ese norte, el dictamen allegado, junto con el avalúo catastral, constituye una unidad inescindible, ya que sirve como antecedente para establecer el rubro.

Aunado, debió adoptarse una posición flexible, con miras a brindarle la posibilidad al perito de subsanar las falencias y no cerrar la puerta, porque conllevaría una denegación de justicia.

Finalmente, expone que es evidente la transgresión del ordenamiento jurídico en detrimento de una recurrente que ocupa la posición de demandada, que alega y prueba su condición de tenedora. Sin embargo, obtiene una determinación en su contra. Recabó en la suspensión del cumplimiento de la sentencia.

3.2. El profesional que representa los intereses de la demandante se opuso a la prosperidad de la censura. Sostuvo que los argumentos carecen de “*veracidad y asidero jurídico*”, en tanto que el Tribunal esbozó las razones para negar la concesión. Destacó que ni por la cuantía ni por el dictamen se dan los presupuestos, pues este último no cumple las condiciones de que trata el artículo 226 del Código

General del Proceso. Aunado, ataca cuestiones del pronunciamiento, más no los requisitos exigidos. Solicitó dejar incólume la providencia.

4. CONSIDERACIONES

4.1. El artículo 352 del Código General del Proceso, dispone que “... cuando el Juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja para que el superior lo conceda si fuere procedente. **El mismo recurso procede cuando se deniegue el de casación...**”. –negrillas fuera de texto-.

4.2. En el caso *sub-examine*, con prontitud se vislumbra que la decisión confutada habrá de mantenerse incólume, pues contrario a lo sostenido por el recurrente, no se atisban los errores endilgados.

El censor critica que la Corporación no se hubiera ocupado en analizar la naturaleza de las pretensiones de cara a la relación de tenencia de la demandada con el bien. *Empero*, no resulta plausible jurídicamente tal postura y menos que las aspiraciones de la demandada no sean de contenido económico. Además de ser un aspecto sustancial zanjado de fondo en la sentencia de segundo grado, *contrario sensu*, tal discusión, en puridad, no sirve como soporte para determinar que se esté frente a una determinación eminentemente declarativa, por ende, en casos como el que se analiza, para la concesión del mecanismo extraordinario, es imperativo acreditar el interés para recurrir que, como es bien sabido, se circunscribe al menoscabo patrimonial que se sufre con la resolución desfavorable que no es otro que en el valor del fundo, más las condenas impuestas a la convocada, como en efecto refiere el inconforme.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Alta Corporación ha precisado. “...El artículo 344 del Código General del Proceso

*establece qué sentencias son susceptibles del recurso de casación, y en su numeral 1º, indica «[l]as dictadas en toda la clase de procesos declarativos»; **empero, para la concesión del recurso, también hay que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 338, ibídem, en cuanto a la cuantía del interés para recurrir cuando las pretensiones sean esencialmente económicas, que amerita determinar el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente...**”¹.*

Cabe señalar que en asuntos puntuales se exceptúa tal requerimiento, *verbi gratia*, tratándose de acciones de grupo que correspondan a esta jurisdicción, las dictadas para liquidar una condena en concreto y las que versen exclusivamente sobre el estado civil, en determinados casos.

Al respecto, para la materia *sub-examine*, la honorable Corte Suprema de Justicia, en un caso similar puntualizó: “..., ese planteamiento no resulta de recibo, puesto que la acción de dominio está orientada a recomponer el patrimonio del propietario-demandante, mediante la consolidación de un atributo de su derecho de propiedad que le ha sido arrebatado por un tercero, de donde puede colegirse que el *petitum reivindicatorio* reviste naturaleza esencialmente económica.

Así lo tiene decantado la jurisprudencia de la Corte, que, al analizar asuntos similares a este, expuso:

«(...) tratándose del proceso reivindicatorio, en principio, la apreciación del fundo objeto del mismo será la variable que define el interés jurídico del casacionista. Lo anterior, porque las pretensiones económicas en el señalado juicio se relacionan con la declaración del dominio y reintegro de la posesión de un inmueble a su dueño, por

¹ Auto AC3056-2018 del 24 de julio de 2018, Radicación 08001 31 03 005 2014 00716 01. Magistrada Ponente MARGARITA CABELLO BLANCO.

definición estimable económicamente, siendo su valor el agravio que el fallo cause a las partes, según corresponda» (CSJ AC2713-2020, reiterado, entre otros, en AC725-2021).

Así las cosas, siendo los pedimentos que fueron acogidos –en desmedro de la demandada, hoy recurrente– de cariz esencialmente económico, era necesario demostrar que el perjuicio irrogado ...superaba el monto del interés para recurrir en casación que establece el ordenamiento civil para viabilizar ese medio de impugnación...².

En consecuencia, no es admisible que por el hecho que la demandante hubiera enfilado una acción de dominio y correlativamente la demandada se haya opuesto con apoyo en la condición esgrimida, carezca de un componente económico como lo afirma el recurrente pues, en rigor, el litigio versó sobre un bien que representa un derecho patrimonial que se ve reflejado en el valor comercial, por lo que es el factor que indiscutiblemente fija el interés para recurrir en casación.

De otro lado, la desazón del impugnante en realidad no radicó sobre los puntos expuestos por el Tribunal frente a los requisitos exigidos en los numerales 3, 5 a 7 y 10 del artículo 226 del Código General del Proceso, sino porque no se le hubiera dado la oportunidad al experto para subsanar las falencias encontradas.

Al respecto, huelga decir que el interesado desaprovechó la posibilidad que le brinda el ordenamiento jurídico -artículo 339 *ibídem*-, de aportar un dictamen pericial del valor comercial actual de la propiedad, pues aun cuando allegó un documento con esa finalidad, el mismo no brinda las condiciones impuestas por el artículo en cita,

²

Auto AC1777-2021 del 12 de mayo de 2021. Radicación 11001-02-03-000-2021-01295-00. Magistrado Ponente LUIS ALONSO RICO PUERTA

situación que no es factible superar pretextando denegación de justicia, en tanto que la disposición en comento pregona que una vez aportada la pericia “...**el magistrado decidirá de plano sobre la concesión...**”, norma que no admite ninguna clase de excepción u oportunidades adicionales para enmendarlo, como pretende el togado.

Al punto, conviene igualmente citar un caso semejante en el que la Alta Colegiatura, concluyó que “...*El avalúo comercial aportado por la parte quejosa y que obra en el archivo.., no observa los parámetros señalados en el artículo 226 del estatuto adjetivo, de donde no surte eficacia para lo que intenta demostrar...*”, entre otras razones, porque no se acreditaron “...*los documentos que le sirvieron de fundamento... sin que este pueda suplirse con los ... obrantes en el expediente, ni con otro «dictamen pericial...», como sugieren los inconformes en la reposición...*”³.

En esas condiciones, no quedaba otro camino que fijar el interés económico “*con los elementos de juicio que obren en el expediente*”, donde la única referencia lo constituye el certificado expedido por la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital, que señala un avalúo para el año 2020 de \$691.079.000, y si a ello le sumamos el monto de frutos civiles a los que fue condenada la pasiva - \$25.426.033.94, la conclusión no varía, ya que tales cifras resultan insuficientes para acceder a la casación, pues no alcanzan la cuantía positivamente fijada para concederlo.

Finalmente, el despacho se abstendrá de analizar el último reclamo, pues atañe a cuestiones subjetivas y opiniones personales del togado.

³ Auto AC2465-2021 del 23 de junio de 2021. Radicación 11001-02-03-000-2021-00190-00. Magistrado ponente AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO.

Sobre la suspensión del cumplimiento de la sentencia, solo se dirá que ello está supeditado a la concesión del mecanismo extraordinario, como lo pregona el artículo 341 del Código General del Proceso.

En conclusión, no se revocará la decisión confutada. Se accederá a la petición subsidiaria.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, EN SALA DE DECISIÓN CIVIL,**

RESUELVE:

5.1. MANTENER incólume la providencia cuestionada.

5.2. ORDENAR remitir por secretaría copia digital de las siguientes piezas procesales: la demanda, sentencia de primer grado; y, la actuación de segunda instancia, a la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, para que se surta el recurso de queja. Ofíciase por secretaría.

NOTIFÍQUESE,



CLARA INES MARQUEZ BULLA
Magistrada

Firmado Por:

Clara Ines Marquez Bulla
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

2f58a51b1333654c8af13467ba418c7303441c4327a7cbdb64efd74
003cf9da7

Documento generado en 06/10/2021 11:22:01 AM

Valide este 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
SALA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación n.º **11001310301320190018501**

Se **admite**, en el efecto **suspensivo**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 1.º de julio de 2021 por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá.

Téngase en cuenta que el presente trámite se rige por el Decreto Legislativo 806 de 2020, por lo que, ejecutoriada la presente providencia, comenzará a correr el término de cinco (5) días, previsto en el artículo 14 de dicha normativa.

Por Secretaría contabilícese el término señalado en el numeral anterior y oportunamente ingrésense las diligencias al Despacho para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE,

**LIANA AIDA LIZARAZO V.
Magistrada**

Firmado Por:

Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **67341dba8be9a11fb05db84f5d35374a3434446e97b823c34d8d4fed33173573**

Documento generado en 06/10/2021 03:15:11 PM

Valide este 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 SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 110013199 002 2020 69986 01.
Proceso: Verbal [Protección al consumidor].
Recurso: Apelación sentencia.
Demandantes: Luis Alejandro Puerta y otra.
Demandada: Constructora Alpes S.A.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en Sala Civil de Decisión de 22 de septiembre de 2021 según
acta de la fecha]

La Sala Segunda Civil de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial resuelve el recurso de apelación que formuló la parte demandada contra la sentencia proferida el 10 de mayo de 2021 por la Superintendencia de Industria y Comercio.

ANTECEDENTES

1. Luis Alejandro Puerta Puerta y Luz Marina Rodríguez Rodríguez promovieron demanda¹ contra Constructora Alpes S.A., para que se declare la resolución del contrato de promesa de compraventa del inmueble Naturezza condominio campestre apartamento 503D Parqueadero 46D (Doble sótano) – 42 (sencillo sótano); que se declare abusiva la cláusula décima primera en el párrafo segundo; como consecuencia, que se declare ineficaz la cláusula décima primera en su párrafo segundo; que se ordene a la constructora a devolver la totalidad de los

¹ Archivo: "1.- DEMANDA".

dineros recibidos con ocasión a la promesa de compra venta objeto de esta demanda a mi poderdante en una fecha cierta; que se condene a la constructora a pagar a mis poderdantes los intereses de mora a la tasa máxima legal permitida desde el momento en que debió hacer la devolución del dinero, esto es, 3 de febrero de 2020, hasta que se realice efectivamente; que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

2. Para soportar las súplicas narraron los siguientes hechos:

2.1. El 16 de abril del 2018, los actores iniciaron negociaciones con la constructora Alpes para la compra del apartamento 603 de la torre F del conjunto Residencial Naturezza en la ciudad de Cali, y para concretar esta negociación se depositaron tres millones de pesos (\$3.000.000.00), a nombre de la sociedad Alianza Fiduciaria.

2.2. El 28 de mayo del 2018, se pagó la suma de doscientos veinticinco millones quinientos sesenta y cinco mil ochocientos pesos (\$225.565.800,00) para cubrir la totalidad de la cuota inicial, monto en el que se incluyó la modificación de la cocina en isla, así como se generó un descuento por pronto pago.

2.3. Dado el cambio de las condiciones laborales de uno de los demandantes, el cual consistió en un traslado a la ciudad de Cali, ya que para la fecha residían en Bogotá, el 13 de agosto de 2018, se hizo necesario revisar alternativas con la constructora, que les permitieran adquirir un inmueble con fecha de entrega cercana, dadas las nuevas condiciones.

2.4. La sociedad demandada brindó la alternativa de cambio de inmueble por el apartamento 503 de la Torre D y deposito 30, con entrega mayo del año 2020; se firmó un documento de resciliación de promesa de compraventa de bien inmueble (apartamento 603 bloque f parqueadero 2-9 doble) entre las partes y se dispuso entre otras cosas, que los dineros depositados en el encargo fiduciario se trasladaran y abonaran al precio del nuevo inmueble, respecto del cual se suscribiría una nueva promesa de compraventa.

2.5. Para protocolizar este nuevo acuerdo, se suscribió con la constructora Alpes, la promesa de contrato de compraventa de bien inmueble Naturezza condominio campestre apartamento 503D Parquadero 46D (Doble sótano) – 42 (sencillo sótano), venta con encargo fiduciario en septiembre de 2018, adicionalmente, se trasladaron los recursos consignados a la Fiduciaria directamente a la constructora.

2.6. El 20 de noviembre de 2018, mis poderdantes consignaron la suma de cuatrocientos noventa millones doscientos ochenta y seis mil cuatrocientos ochenta pesos (\$490.286.480.00) directamente a la constructora; el 25 de febrero de 2019, se suscribió Otrosí No. 1 a la promesa modificando la cláusula tercera que estipula la formade pago por cuotas; las partes acordaron entonces, que el valor neto de la venta sería de setecientos diecisiete millones, setecientos cuarenta y nueve mil quinientos ochenta pesos moneda legal (\$717.749.580.00) pagaderos directamente a la constructora y no al encargo fiduciario. Adicionalmente, los demandantes cancelaron la suma de un millón cuarenta y dos mil setecientos pesos moneda legal (\$1.042.700,00), por concepto de adelanto de los gastos de registro, notariales, etc.

2.7. En el segundo semestre del año 2019, el avance del proyecto era mínimo dado que la obra estaba literalmente detenida y ni siquiera había trabajadores en el sitio; ante tal circunstancia los demandantes solicitaron información a la constructora sobre el cumplimiento de los cronogramas de obra y demás, sin que hubiera respuesta alguna por parte de la demandada.

2.8. Ante la insistencia, en reunión del 30 de julio de 2019, se les informó por parte del gerente general Alfredo Domínguez Lloreda, que los recursos del proyecto se habían invertido en otros proyectos, razón por la cual Naturezza se encontraba con un atraso de aproximadamente 16 meses.

2.9. Ante este panorama desolador, el gerente general de la constructora propuso la entrega de un apartamento en una de las torres ya terminadas, la que fue aceptada por los demandantes pero que al final solo fue una medida dilatoria pues nunca se concretó, visto que el referido inmueble se había vendido.

2.10. Debido a que la obra no arrancaba y a que la constructora ni siquiera

contaba con los cronogramas que permitieran establecer su avance y de acuerdo con lo manifestado por el gerente general, en cuanto al retraso de 16 meses, mis clientes enviaron la reclamación directa a la constructora mediante un derecho de petición el 10 de septiembre del 2019 solicitando la devolución total de los dineros que invirtieron para la compra del apartamento, dado que ya era un hecho que la obra se retrasaría por los menos 16 meses y el incumplimiento de la constructora era inminente.

2.11. Incumpliendo el artículo 58 numeral 5 literal C de la ley 1480 de 2011 solo hasta el 7 de noviembre del 2019, (casi dos meses después de presentada la reclamación) mis poderdantes recibieron la contestación de la constructora aceptando la solicitud de devolución de los dineros pagados e indicando que no se cobraría la cláusula penal por lo que denominaron “*desistimiento*”.

2.12. Aceptado por parte de la constructora la terminación del contrato sin el cobro de la penalidad, en el mismo escrito informa que la devolución de los dineros pagados se realizara dentro de los 120 días a partir de la fecha, pero que este término se podía prorrogar “*a discreción de la parte promitente vendedora de acuerdo a la disponibilidad de recursos del proyecto ...*”, pero esa estipulación es un claro abuso de parte de la promitente vendedora.

2.13. Dado que la reclamación en la que se solicitó la devolución del dinero por el incumplimiento inminente de parte de la constructora fue enviada el 10 de septiembre de 2019, los 15 días que da la ley para su contestación vencieron el 1° de octubre de 2019, los 120 días para hacer dicha devolución deben contarse desde esa fecha (es decir que vencieron el 2 de febrero de 2020) y no desde el 7 de noviembre de 2019; que en el caso de contarse igualmente desde dicha fecha, ya vencieron pues los 120 se habrían cumplido entonces el 9 de marzo de 2020.

3. Admitida la demanda mediante proveído de 9 de junio de 2020, se dispuso su notificación a la sociedad demandada, la que dentro de la oportunidad legal se opuso a la prosperidad de las pretensiones, pero no formuló excepciones de mérito.

4. Surtido el trámite legal, la Superintendencia de Industria y Comercio el 10 de mayo de 2021 resolvió la instancia.

LA SENTENCIA APELADA

La autoridad de primer grado declaró que la sociedad demandada vulneró los derechos del consumidor de los demandantes y, por lo tanto, ordenó el pago a su favor de \$718.852.280,00, monto que debe pagarse dentro de los ciento veinte (120) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, so pena de, entre otros, dar inicio al trámite jurisdiccional de verificación de cumplimiento del fallo, una multa a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio y el cierre temporal del establecimiento de comercio de la demandada.

Para arribar a dicha conclusión, analizó con detenimiento el párrafo segundo de la cláusula décima primera del referido convenio y estableció que la misma era abusiva, al tenor de lo dispuesto en los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011, en la medida en que con ella se limitó el ejercicio de la parte demandante para pretender la devolución del dinero cancelado, dentro de un término cierto y adecuado, abrogándose la pasiva la potestad de determinar cuándo se procedería a ello; dicha circunstancia, “*a juicio del despacho*” constituyó un desequilibrio injustificado, pues transcurrió una año y cuatro meses sin que se viera materializado el aludido reintegro superando, ampliamente, los 120 días calendario pactados.

No encontró demostrada la causal eximente de responsabilidad alegada por la demandada, habida cuenta que la medida cautelar decretada dentro de la acción popular aludida, recayó sobre la posibilidad de emitir nuevas licencias de construcción o permisos ambientales en el sector de la comuna 22 de Cali, pero no suspendió las obras que debía realizar para continuar con el proyecto Naturezza Condómino Campestre. En todo caso, por no obedecer a una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor.

Se abstuvo de condenar a la pasiva al pago de intereses moratorios, por cuanto no se ajusta a los lineamientos establecidos por la mencionada normativa, ya que la acción no estuvo encaminada por alguna vulneración por la información engañosa, publicidad engañosa o la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien.

EL RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandada formuló recurso de apelación contra el anterior fallo con

fundamento en que la cláusula objeto del proceso no es abusiva porque no enmarca en ninguno de los numerales del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, que tiene un carácter taxativo; en segundo lugar, que opera un eximente de responsabilidad ya que la etapa en la que compraron los actores no tenía licencia de construcción, por lo que primaba continuar con la construcción y no devolver los dineros de un apartamento.

CONSIDERACIONES

1. No existe reparo que formular a la estructuración de los presupuestos procesales, ni se observa causal de nulidad que pueda invalidar la actuación.

2. En el presente asunto no se encuentra en discusión que la relación de las partes es de consumo, habida cuenta que de los hechos se deduce que la promesa de compraventa recaía sobre un inmueble que serviría de vivienda a los actores en la ciudad de Cali y que iba a ser provisto por la Constructora demandada.

3. El problema jurídico a resolver es si la cláusula décima primera en su párrafo segundo de la promesa de compraventa celebrada por las partes es abusiva, estipulación que reza:

*“PARÁGRAFO SEGUNDO: DEVOLUCIÓN DE DINEROS. En el evento de resolución del presente contrato, o desistimiento unilateral de LA PARTE PROMETIENTE COMPRADORA, LA PARTE PROMETIENTE VENDEDORA devolverá los dineros recibidos por concepto de cuota inicial o parte del precio sin intereses, ni indemnización o cualquier otra forma de rendimiento financiero, deduciendo el valor estipulado como Cláusula Penal en dicho contrato, dentro de los 120 días calendario siguientes a la constancia de envío de la comunicación de resolución del contrato; este término también aplica en eventos de resciliación del contrato; **término que se puede prorrogar a discreción de la PARTE PROMETIENTE VENDEDORA de acuerdo a la disponibilidad de recursos del proyecto, teniendo en cuenta que la cuota inicial pagada por LA PROMETIENTE COMPRADORA se invierte en la construcción del proyecto**” (negrilla fuera de texto).*

4. Para lo que debe resolverse recuérdese que el legislador patrio en aras de proteger al consumidor expidió inicialmente el decreto 3466 de 1982 y posteriormente la Ley 1480 de 2011, esta última disposición en su artículo 42 define las cláusulas abusivas, en los siguientes términos:

“Son cláusulas abusivas aquellas 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. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho”.

A su turno el artículo 43 ibidem determina una lista negra de cláusulas que se consideran ineficaces preceptuando que:

“CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

- 1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;*
- 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;*
- 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;*
- 4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;*
- 5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;*
- 6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;*
- 7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;*
- 8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;*
- 9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;*
- 10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.*
- 11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;*
- 12. Numeral derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012. Entra a regir a partir del 12 de octubre de 2012.*
- 13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.*
- 14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley”.*

4.1. Lo primero que debe precisarse que el listado atrás citado, si bien tiene un carácter taxativo lo es para cláusulas que de pleno derecho se entienden ineficaces, esto es, que su sólo pacto implicará que no surtan ningún efecto jurídico, o como lo ha precisado la doctrina *“se tachan ipso iure, de la realidad jurídica, las cláusulas o pactos ilícitos , y*

sólo estos, siempre y cuando la ley haya previsto esta consecuencia para esa transgresión [...] esa tachadura se produce de inmediato por el poder de la misma norma y por consiguiente no requiere para su operancia de pronunciamiento judicial alguno”².

4.2. No obstante lo anterior, el consumidor en ejercicio de su derecho de defensa podrá acudir a la jurisdicción para que se declaren otro tipo de cláusulas como abusivas como ocurre en el presente asunto, atendiendo para ello el criterio expuesto en el artículo 42 de la Ley 1480, esto es, que produzcan un desequilibrio injustificado al consumidor atendiendo las condiciones particulares del contrato celebrado, al igual que vulnere la buena fe, entendido como principio rector previsto en los artículos 83 de la C.P., 1603 del C.C., y 872 del C. Co., que cobija no solo la etapa precontractual, sino todo el desarrollo del contrato.

En lo que toca con la buena fe la jurisprudencia ha precisado que:

“A este respecto ha puntualizado la Sala, que “principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción al cual deben actuar las personas -sin distingo alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación”, así como que dicho postulado presupone “que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces” y que, desde otro ángulo, se identifica “con la confianza, legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo ‘fe’, puesto que ‘fidelidad quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará”³.

5. En el caso de marras se encuentra acreditado mediante documento idóneo que las partes celebraron un contrato de promesa de compraventa respecto del apartamento 503 de la Torre D, de los parqueaderos 46 D y 42, así como del depósito 30 dentro del conjunto denominado NATUREZZA Condominio Campestre, que se encontraba en proyecto de construcción, hecho este que conlleva una protección especial al consumidor dado que éste contrata con la información suministrada por el constructor.

5.1. También se encuentra probado que las partes decidieron dar por terminado el contrato sin que se hiciera exigible la cláusula penal, como se deduce de las comunicaciones

² Alarcón Rojas, F., *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, p. 161

³ C.S.J. Cas. Civ., sent. de 2 de agosto de 2001, reiterada en sentencias CS 6 jul. 2007, expediente 1998-00058-01 y SC2218-2021.

que datan de 10 de septiembre de 2019⁴ y 7 de noviembre de 2019⁵.

5.2. Pero a pesar de haberse finiquitado el contrato de promesa por las partes, la Sala no puede dejar de lado que la forma como se debían devolver los recursos entregados por los actores se encuentra regulado en el citado negocio jurídico, lo que habilita analizar si dicha estipulación es abusiva o no.

La cláusula decima primera de la promesa el aparte pertinente prevé que “(...) *dentro de los 120 días calendario siguientes a la constancia de envío de la comunicación de resolución del contrato; este término también aplica en eventos de resciliación del contrato; término que se puede prorrogar a discreción de la PARTE PROMETIENTE VENDEDORA de acuerdo a la disponibilidad de recursos del proyecto, teniendo en cuenta que la cuota inicial pagada por LA PROMETIENTE COMPRADORA se invierte en la construcción del proyecto*”.

Nótese que la parte resaltada de la cláusula en cita es abusiva, habida cuenta que pone al consumidor en un desequilibrio injustificado respecto a la constructora en lo que toca con la devolución de los dineros recibidos, ya que queda a voluntad de ésta definir cuándo y cómo quiere devolver los recursos recibidos, lo que en últimas le da una ventaja egoísta, sin que exista razón suficiente para que los actores deban soportar tal contingencia. Sobre el particular la jurisprudencia ha precisado que:

*“En tales eventos, la doctrina de la Corte ha sido enfática en señalar que es deber del juez delimitar el contenido de pactos que excluyan o minimicen los deberes del extremo contractual predisponente en la relación negocial de que se trata, en perjuicio del adherente, porque lo contrario traduciría causa de exoneración unilateral de las obligaciones inicialmente adquiridas por aquella empresa (...)”*⁶

5.3. Tampoco es de recibo la causal de exclusión alegada por el recurrente atinente a que los dineros fueron invertidos en otros proyectos, dado que para que se configuren ésta debe tratarse de situaciones externas a los contratantes y no de una decisión de la sociedad en perjuicio de los adquirentes de los inmuebles que estaba construyendo.

5.4. Finalmente debe analizarse la forma como debe devolverse la suma pagada por

⁴ Carpeta demanda, No. 00007.

⁵ Carpeta demanda No. 00008.

⁶ C.S.J. SC 129 de 2018.

los actores a la sociedad demandada, esto es, si su valor nominal o si debe actualizarse mediante la corrección monetaria.

El primer aspecto que debe destacarse es que la parte demandante no pidió la devolución del monto actualizado, aunque sí pidió intereses de mora, pero no puede olvidarse que en materia del consumo el juez de conocimiento está habilitado para fallar infra, extra y ultrapetita a favor de la parte débil, esto es, del consumidor, conforme lo prevé el numeral 9 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

Ahora bien, recuérdese que el reconocimiento de la corrección monetaria responde al fenómeno de desvalorización de la moneda, así como a factores como la inflación a los que no ha sido ajeno nuestro país, que implican que la devolución de una suma en su valor nominal es inferior a la realmente entregada por el consumidor, sin que este deba soportar tal contingencia.

A lo que cabe agregar que la actualización en comento no constituye un desmejoramiento del apelante único, habida cuenta que tiene su justificación en criterios de equidad, amén de que la Sala no puede dejar de lado que la demandada ha tenido los recursos de los actores desde el año 2018 y se requirió acudir a la jurisdicción para poder obtener su devolución, amén de que conforme lo reglado en el inciso 2° del artículo 283 del CGP, *“El juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiere apelado”* lo que descarta la vulneración a la *reformatio in pejus*.

Sobre la temática en estudio la jurisprudencia ha precisado que:

“De ahí que su reconocimiento no implica introducir de oficio una pretensión al demandante, sino que se encuentra ínsita o implícita en la súplica resarcitoria, en sí misma considerada, debido a que se le fulmina actualizada y evita con ello que el pago nominal enriquezca injustamente a una de las partes de la relación sustancial en perjuicio de la otra.

La indexación, por lo tanto, se impone inclusive de oficio, porque como tiene sentado la Corte, esa “(...) condena en términos reales, en principio no significa acceder inconsultamente a una pretensión ajena a los lindes de la demanda, sino que (...) representa juzgar un factor inherente a la pretensión”⁷, de ahí que así el demandante no la hubiere pedido, el “juez está facultado para decretarla aún de oficio, pues lo contrario supondría la aceptación de una situación inequitativa en contra del acreedor”⁸”⁹

⁷ C.S.J. SC Sentencia 209 de 12 de agosto de 2005, exp. 09714.

⁸ CS.J. SC Sentencia de 18 de diciembre de 2012, expediente 00172.

⁹ C.S.J. SC 5366 de 2014.

De manera más reciente se ha precisado que “[l]a corrección monetaria -o indexación- es una remuneración equitativa y razonable para contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo del dinero por la inflación, es decir, una retribución para que la prestación económica tenga un valor igual -o similar- al que tuvo en el momento en que se ejecutaron las obligaciones del respectivo negocio, que fue cuando se pagó el precio pactado, o debió pagarse el justo”¹⁰

5.4.1. Debiendo pasar a realizar la actualización atendiendo para ello, los índices de precios al consumidor vigentes para el momento en que se entregó el dinero y para la fecha en que se emite esta sentencia y para tal efecto, la fórmula que debe utilizarse es: $VA = VH \times (\text{IPC actual} / \text{IPC inicial})$.

Primer pago, realizado el 16 de abril de 2018 por la suma de \$3'000.000, entonces:

$$VA = 3'000.000 \times \frac{109,62}{98,91}$$

Segundo pago, efectuado el 28 de mayo de 2018 por la cantidad de \$225'565.800, entonces: $VA = 225'565.800 \times \frac{109,62}{99,16}$

$$99,16$$

Tercer pago, realizado el 20 de noviembre de 2018 por \$490,286,480 que debe multiplicarse por $\frac{109,62}{99,70}$

$$99,70$$

Lo así indicado, quedará así:

Valor histórico	Factor actualización	valor final
\$3'000.000,00	1,11	\$3'324.840,76
\$225'565.800,00	1,11	\$249'359.852,72
\$490'286.480,00	1,10	\$539'069.247,12

Por lo que el monto a devolver por la sociedad demandada corresponde a \$791.753.940,00 y en esas precisas circunstancias se modificará el numeral 2 del fallo censurado y dado que los argumentos aducidos por el recurrente no fueron acogidos se condenará en costas a la parte demandada.

¹⁰ C.S.J. sc10291 de 2017.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C. en Sala Segunda Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 10 de mayo de 2021, por la Superintendencia de Industria y Comercio, que quedará así:

“SEGUNDO: Ordenar a la sociedad Constructora Alpes S.A., identificada con el NIT. 890320987-6, que, a favor de Luz Marina Rodriguez Rodriguez y Luis Alejandro Puerta Puerta, identificados con la cedula de ciudadanía No. 31953928 y 70129489, respectivamente, dentro de los dentro de los ciento veinte (120) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, pague la suma de setecientos noventa y uno millones setecientos cincuenta y tres mil novecientos cuarenta pesos (\$791.753.940).”

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada. Se fija como agencias en derecho la suma de **\$2'000.000,00.**

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Adriana Ayala Pulgarin
ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada

Maria Patricia Cruz Miranda
MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
Audiencia pública de sustentación y fallo

Referencia: Proceso No. 110013103023201900104 04

En Bogotá D.C., a las ocho y treinta (08:30) a.m. del cinco (05) de octubre 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, en los términos que autorizan los acuerdos del Consejo superior de la Judicatura, y particularmente el Decreto 806 de 2020, dentro del proceso verbal promovido por Sistema Inteligente de Monitoreo Integral SIMS LTDA contra General Electric International INC. Sucursal Colombia, con el fin de adelantar la audiencia de que trata el artículo 327 del Código General del Proceso. Obra como secretario *ad hoc* el auxiliar del Despacho, Juan Sebastián Beltrán Cardozo.

Comparecientes:

Nombre	Calidad	Mecanismo de participación
Sistema Inteligente de Monitoreo Integral SIMS LTDA	Parte demandante	Plataforma Lifesize
Paola Rocío Pantano Mora	Apoderada parte demandante	Plataforma Lifesize
General Electric International INC. Sucursal Colombia	Parte demandada	Plataforma Lifesize
Alejandra Reinél Pulido	Apoderada parte demandada	Plataforma Lifesize

Actuaciones:

Una vez iniciada la audiencia, se constató la presencia de las partes y se concede el uso de la palabra a la apoderada del demandante para que realice la sustentación de los reparos contra la sentencia de primera instancia, para lo cual primero solicita le sea reconocida su personería, en calidad de Abogada sustituta del abogado Luis

Alejandro Quintero Saenz, viabilizando ello en debida forma en los términos de los artículos 74 y 75 del Código General del Proceso. Continuando con la audiencia, se concede el uso de la palabra para que realice la sustentación de la alzada; acto seguido se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte demandada para que ejerza su derecho de replica. Concluidas las intervenciones, se realiza un receso de la audiencia; una vez, reanudada la audiencia se anuncia el sentido del fallo, conforme lo autoriza el artículo 373 del Código General del Proceso, que confirmará la sentencia, para lo cual la decisión se proferirá por escrito, la que será notificada en estados. No siendo otro el objeto de la misma se termina.

Se anexa el link de visualización.

Parte 1

<https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/40dc6c4d-1720-4cd8-9118-7be07f16de91?vcpubtoken=4501556f-fb4f-4e59-95b3-ae6bb1af7831>

Parte 2

<https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/684ac8ac-61a7-4538-bfa4-07e79de9a385?vcpubtoken=00a0db61-8c34-48cb-ad15-4f2ca028bcd4>

Los Magistrados,


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
Magistrado


RICARDO AGOSTA BUITRAGO
Magistrado


MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado