

Santiago de Cali, 6 de octubre de 2021

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA – SALA CIVIL
H.M. JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
E.S.D

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co
gojrconsultores@gmail.com; impordi1@impordisa.com

PROCESO: **VERBAL**
RADICACIÓN: **110013199001-2018-88284-01**

DEMANDANTE: **SOCIEDAD IMPORTADORA ANDINA DE REPUESTOS S.A.S.**
DEMANDADO: **SOCIEDAD IMPORDISA S.A.S.**

ASUNTO: **SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DEL 18 DE JULIO DE 2019 PROFERIDA POR LA DELEGATURA DE ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.**

OMAR ALBERTO CARRILLO MARTINEZ, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Santiago de Cali, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 85.450.563 expedida en Santa Marta y con tarjeta profesional No. 56.023 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado de la **SOCIEDAD IMPORTADORA ANDINA DE REPUESTOS S.A.S.**, de la manera más atenta procedo a sustentar el recurso de apelación contra la sentencia del 18 de julio de 2019 proferida por la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual fue presentado en audiencia y posteriormente ampliado el 23 de julio de 2019 de conformidad con el inciso segundo del numeral 3 del artículo 322 del Código General del Proceso.

Que mediante Auto del 27 de septiembre de 2021, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil, corrió traslado a la parte apelante por el termino de cinco (5) días para sustentar el recurso de alzada, el cual fue enviado al correo electrónico ocarrillo67@icloud.com el **29 de septiembre de 2021**, por lo tanto de conformidad con el parágrafo del artículo 9 del decreto 806 de 2020, me encuentro en términos para sustentar el presente recurso de apelación de la siguiente forma:

I. ANTECEDENTES.

Que el 18 de julio de 2019, la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, desestimó la totalidad de las pretensiones presentadas por la parte demandante sustentando su decisión de acuerdo con los siguientes argumentos:

1. La sociedad **IMPORDISA S.A.S.**, importó de la china unos repuestos genéricos para motocicleta, los cuales son vendidos por **SAIOM INTERNACIONAL** quien es el encargado de embalar y enviar los repuestos a la parte demandada.
2. No se acreditó que la sociedad **IMPORDISA S.A.S.**, fuera el fabricante de los empaques ni de las cajas de embalaje.
3. No obra prueba que la sociedad **IMPORDISA S.A.S.**, desplegara acciones encaminadas a identificar su establecimiento de comercio, su actividad comercial o su prestación mercantil empleado un signo idéntico o similar a la marca figurativa de una corona blanco en fondo azul.
4. La factura de venta no tiene la marca figurativa de la corona. Dicha factura se identifica como **IMPORDISA.S.A.S.**
5. El listado de precios muestra la marca “**CROWN**” pero no aparece la marca figurativa y la sociedad **IMPORTADORA ANDINA DE REPUESTOS S.A.S.** no demuestra que tenga el derecho sobre la marca “**CROWN**” para identificar productos en la clase 12 de la Clasificación Internacional de Niza.
6. Que la sociedad **IMPORDISA.S.A.S.** usó los empaques que corresponden a la marca que importa el **SAIOM INTERNACIONAL**.
7. Declaró la existencia de la figura de importaciones paralelas.

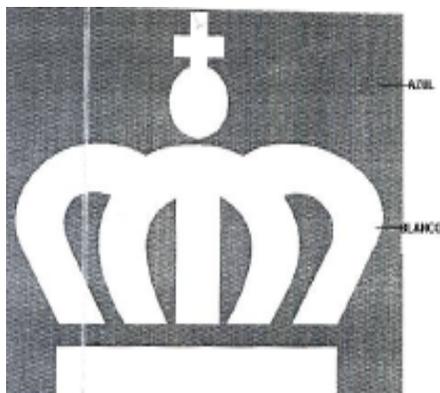
Que el **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA – SALA CIVIL**, mediante Auto del 18 de septiembre de 2019, resolvió elevar ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la presente consulta obligatoria de Interpretación Prejudicial, dentro del proceso de competencia desleal por uso indebido de la marca figurativa amparada bajo el certificado No. 413703, adelantado por la Sociedad **IMPORTADORA ANDINA DE REPUESTOS S.A.S.** contra la persona jurídica **IMPORDISA.S.A.S.**

Que mediante Oficio No. 452-S-TJCA-2021 del 7 de septiembre de 2021 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina envió interpretación Prejudicial solicitada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá compuesto de 30 folios, documento que fue trasladado a las partes mediante Auto del 15 de septiembre de 2021.

II. SUTENTACIÓN DEL RECURSO DE APLEACIÓN

2.1. TITULARIDAD DE LA MARCA FIGURATIVA “FORMA DE UNA CORONA”

la sociedad **IMPORTADORA ANDINA DE REPUESTOS S.A.S.**, presentó solicitud de registro de la marca figurativa el 23 de junio de 2010 ante la Superintendencia de Industria y Comercio, a la cual se le asignó el número de radicación **2010-075298**, dicha solicitud fue publicada en la gaceta de la propiedad industrial no. **623** del 20 de diciembre de 2010 y no se presentaron oposiciones por terceros, la cual fue concedida por el término de diez (**10**) años según resolución no. **65153** del **25 de noviembre de 2010**, para distinguir productos en la clase 12 de la clasificación internacional de Niza edición 9, tales como: “**vehículos, aparatos de locomoción terrestre, aéreo o acuático**”, la cual fue inscrita en el registro de propiedad industrial bajo certificado No. **413703.**, la cual fue renovada hasta el 25 de noviembre de 2030.



De conformidad con Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro la Interpretación Prejudicial trae a colación el artículo 155 de la Decisión 486 el cual señala que *“El registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento”*.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el numeral 1.8 de la Interpretación Prejudicial señala que *“Posiblemente el acto emblemático del derecho exclusivo sobre la marca se encuentra constituido por la posibilidad del titular de la marca registrada de “impedir a cualquier tercero utilizar un signo idéntico o similar en grado de confusión para distinguir productos iguales o relacionados con los cubiertos por la marca registrada, sin que medie su consentimiento”*.

III. **MOTIVOS DE INCONFORMIDAD CON LA SENTENCIA DEL 18 DE JULIO DE 2019 PROFERIDA POR LA DELEGATURA DE ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.**

3.1. **DESCONOCIMIENTO DE LA SIMILITUD DE LA MARCA FIGURATIVA REGISTRADA POR LA SOCIEDAD IMPORTADORA ANDINA DE REPASTOS S.A.S.**

Como se puede observar la **DELEGATURA DE ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, no realizó la comparación de la marca figurativa registrada **“forma de una Corona”** con el **signo mixto utilizado y comercializado por la SOCIEDAD IMPORDISA S.A.S.**, **“forma de una corona acompañado de la expresión Crown”** de conformidad con lo establecido por el **Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**.

Que la sociedad **IMPORDISA.S.A.S.**, ha identificado dentro del comercio sus productos bajo la utilización de los siguientes signos:

**MARCA REGISTRADA POR
POR EL DEMANDANTE**

**MARCA USADA POR
EL DEMANDADO**



CROWN

El segundo signo utilizado por **IMPORDISA.S.A.S.**, consiste en la figura de una corona acompañada de la expresión "**CROWN**" como se puede observar igualmente nos encontramos frente a dos signos confundibles.

**MARCA REGISTRADA POR
POR EL DEMANDANTE**

**MARCA USADA POR
EL DEMANDADO**



El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el Proceso 158-IP-2012, trazó los criterios bajo los cuales se debe comparar los signos figurativos y mixtos de la siguiente manera:

Comparación entre una marca figurativa y una marca mixta.

*“Las marcas mixtas son aquellas que se encuentran formadas por un elemento denominativo y uno gráfico, que no se registran ni se aprecian por separado, sino que **forman un solo signo**. La marca mixta es una unidad, en la cual se ha solicitado el registro tanto del elemento nominativo como el gráfico en uno solo. Cuando se otorga el registro de la marca mixta se protege en su integridad y no es sus elementos por separado. **(negrita fuera de texto)**”*

No obstante lo anterior, al comparar una marca mixta y una figurativa, se debe distinguir el elemento característico o determinante de la primera, que por lo general es la parte denominativa, aunque en muchas ocasiones el elemento gráfico es el predominante, teniendo en cuenta su tamaño,, color y colocación.

El consultante, en efecto, en un primer análisis debe determinar cuál de los dos elementos prevalece en la marca mixta, si el gráfico o el denominativo, para así pasar

al segundo grado de análisis que es el cotejo de las marcas atendiendo a las diferencias o semejanzas con relación con el elemento predominante.

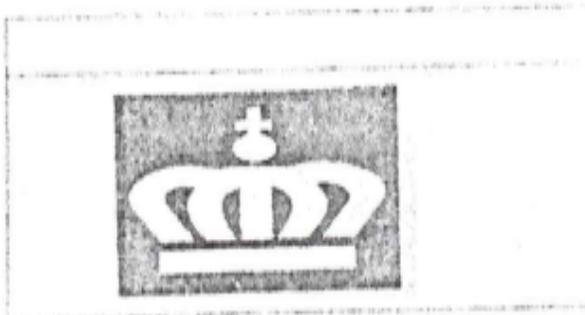
El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre este punto ha sostenido lo siguiente “Al comparar una marca mixta con una figurativa, es importante determinar cuál es el elemento dominante en la marca mixta, si el denominativo o el grafico; si la denominación causa mayor impacto, es en la palabra o palabras donde se centra su fuerza distintiva y no podrá generarse confusión con una marca figurativa, ya que el distintivo de la primera estará en el conjunto pronunciable y el de la otra en la imagen y **el concepto que expresa la marca figurativa**” (Proceso No. 023-IP-2004, marca: Figurativa “figura de una hormiga”, publicado en la Gaceta Oficial No. 1075 del 2 de julio de 2004) **(negrita fuera de texto)**

Ahora bien, si se llegara a establecer que el elemento distintivo es el denominativo, puede ocurrir que no exista riesgo de confusión entre los dos tipos de marcas; si se llegare a establecer que el elemento definitivo es el grafico, el Juez Nacional deberá realizar el análisis de confundibilidad teniendo en cuenta los dos elementos constitutivos de las marcas figurativas, es decir, el **trazo y el concepto**, atendiendo a los criterios que el Tribunal ha adoptado respecto de la comparación entre marcas figurativas. **(Negrita fuera de texto)**

En ese orden de ideas, el Juez Nacional competente debe establecer el riesgo de confusión que pudiera existir en el mercado sin generar perjuicio a los consumidores y al titular de la marca.”

Así las cosas procederemos a realizar la comparación de la marca Figurativa registrada por **IMPORTADORA ANDINA DE REPUESTOS S.A.S.**, y la marca mixta utilizada y comercializada por **IMPORDISA.S.A.S.**

**MARCA REGISTRADA POR
POR EL DEMANDANTE**



**MARCA USADA POR
EL DEMANDADO**



Al realizar la comparación del signo figurativo registrado por el demandante y el signo mixto, usado por el demandado y que origina el presente proceso se observa a simple vista que prevalece el elemento grafico ya que nos encontramos con la figura representativa de una “corona”, la cual ocupa en ambos signos un 75% del total del recuadro utilizado.

Habiendo determinado que el elemento gráfico “forma de una corona” es el predominante tanto en el signo figurativo registrado y el signo mixto utilizado y comercializado, entramos posteriormente a compararlos, encontrando que ambas figuras comparten los mismo trazos en color blanco.

- Parte superior de ambas signos están compuestos de una cruz conectada en su parte inferior a un círculo, todo en color blanco.
- En la parte intermedia ambos signos están comprendido de los mismos trazos curvos a los extremos los cuales se unen a una línea vertical en el centro en color blanco.
- Parte inferior de ambos signos están compuestos de una línea horizontal del mismo grosor y de color blanco.

De igual forma el signo figurativo y el signo mixto comparten el mismo concepto ya que ambos signo expresan el concepto de una “corona”.

La única diferencia que existiría entre ambos signos es que en el signo mixto usado y comercializado por la parte demandada es que bajo el signo figurativo se encuentra el elemento denominativo “Crown” que en español significa “corona”, siendo la descripción de la figura registrada lo cual produce una confundibilidad ideológica.

Así las cosas es claro, que la marca mixta usada por el demandado y la marca figurativa registrada por el demandante existen son similarmente confundibles.

3.2. **CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN POR PARTE DE IMPORDISA.S.A.S., AL DERECHO DE USO EXCLUSIVO DE LA MARCA FIGURATIVA DE UNA CORONA DE PROPIEDAD DE IMPORTADORA ANDINA DE REPUESTOS S.A.S.**

El Tribunal de la Comunidad Andina en el numeral 1.25 del Concepto Prejudicial señala *“Que el literal d) del artículo 155 de la decisión 486, se infiere que el titular de una marca podrá impedir que cualquier tercero, que no cuenta con autorización del titular de la marca, utilice en el comercio un signo idéntico o similar en relación con cualquier producto o servicio, bajo la condición de que tal uso pudiese generar riesgo de confusión o de asociación en el público consumidor con el titular del registro.*

Igualmente el Tribunal de la Comunidad Andina señala que **“la conducta se califica mediante el verbo “usar”**. Esto quiere decir que se puede presentar a través de un amplio espectro de acciones en el que el sujeto pasivo utiliza la marca infringida: uso en publicidad, para identificar una actividad mercantil, un establecimiento, entre otras conductas.

La conducta se debe realizar en el comercio. Es decir, en actividades que tengan que ver con el mercado, esto es, con la oferta y la demanda de bienes y servicios.

Evento de presunción del riesgo de confusión. La norma prevé que, si el signo utilizado es idéntico a la marca registrada y pretende distinguir además **productos y servicios idénticos** a los identificados por dicha marca, el riesgo de confusión se presumirá. Para esto, debe presentar una doble identidad, vale decir que los signos como los productos o servicios que identifican deben ser exactamente iguales.

Pruebas aportadas:

3.2.1. Factura de venta No. 64727 del 8 de agosto de 2017, compra de 5 productos donde se anexaron sus correspondientes empaques.

- Eje de lava, referencia JZ5110-04 (FIGURA DE UNA CORONA)
- Manzana trasera, referencia 31151016 (FIGURA DE UNA CORONA)
- Manzana trasera, referencia 42601-198-900 (FIGURA DE UNA CORONA)
- Manzana trasera, referencia 30-1510-63 (FIGURA DE UNA CORONA)
- Porta banda, referencia 45010-KTC-900 (FIGURA DE UNA CORONA ACOMPAÑADA DE LA EXPRESION CROWN)

3.2.2. Frente a la acreditación de la utilización de los empaques por parte de la sociedad IMPORDISA S.A.S., para distinguir productos de la clase 12, repuestos para motos, el señor JHON MOORE, representante legal de la demandada manifestó en la declaración de parte lo siguiente:

PREGUNTADO: El despacho... El despacho puso de presente cinco empaques, esos empaques hacen parte de la factura? Dicha factura tiene origen en IMPORDISA? Usted reconoce, tanto los empaques como las facturas, que son procedencia de IMPORDISA?

CONTESTÓ JOHN MOORE: PERO CLARO (01:12:31)

APODERADA DE LA DEMANDADA: Es importante que el señor apoderado ponga de presente la factura y demás elementos para que él haga el reconocimiento.

JUEZ: SI SEÑORA TIENE RAZON.

PREGUNTADO: Según solicitud de la apoderada de la parte demandada se pone de presente la Factura 64727 expedida por IMPORDISA el 6 de agosto de 2017.

JUEZ: Que folio? En el folio 30 del cuaderno 2; La juez: la revisa y nos manifiesta si se ratifica en la respuesta o la modifica.

CONTESTÓ JOHN MOORE: CLARO QUE SI.

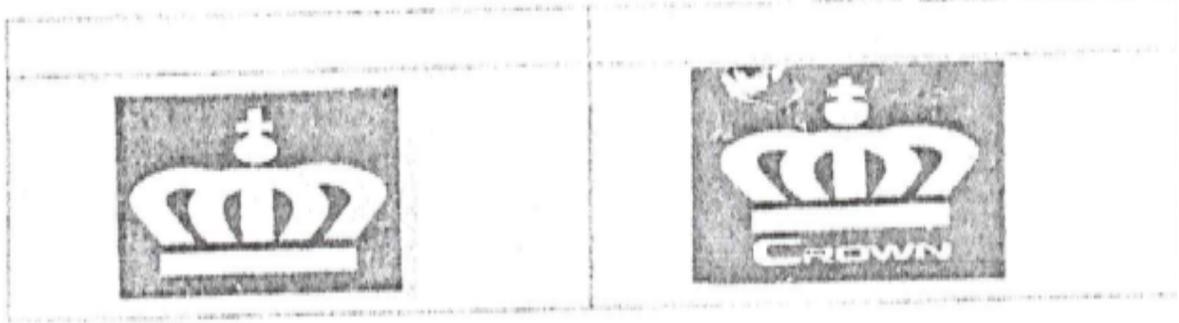
PREGUNTADO: A solicitud de la apoderada de la parte demandada se le pone de presente los empaques del cuaderno 3, folio 2 a 5.

JUEZ: Para la misma pregunta?

CONTESTÓ JOHN MOORE: CLARO QUE SI. CLARO QUE SI DOCTORA, CLARO QUE SI SEÑORA JUEZ.

LA JUEZ: LOS EMPAQUES CORRESPONDEN A LA FACTURA.

Así las cosas, **EXISTE CONFESIÓN** de la parte demandada que tanto la factura No. 64727 expedida por IMPORDISA S.A.S., el 6 de agosto de 2017, como los empaques aportados con esa factura provienen de la sociedad IMPORDISA S.A.S., parte demandada en el presente proceso, así las cosas, existe plena prueba sobre el uso por parte de la sociedad demandada de los siguientes signos:



En el acta 352 del 1 de abril de 2019, se aceptaron como prueba las aportadas por la parte demandante y las aportadas con el escrito de medidas cautelares.

De la misma manera se aportó copia del listado de precios de productos de IMPORDISA S.A.S., donde se distinguen de 317 productos con la expresión "CROWN".

También se aportó Certificación de ventas de Importadora Andina de Repuestos S.A.S., quien solo para el año 2016, realizó ventas por valor de 2096 millones de pesos, con su marca figurativa, figura de una corona según consta en la certificación expedida por la contadora de Importadora Andina de Repuestos S.A.S.

Lo anterior, también se ratifica por parte de la apoderada de la demandada cuando mediante memorial del 13 de diciembre de 2018, la demandada alega que cumplió con la medida cautelar y hace entrega de tres bultos que contienen 2401 empaques entre bolsas y cajas.

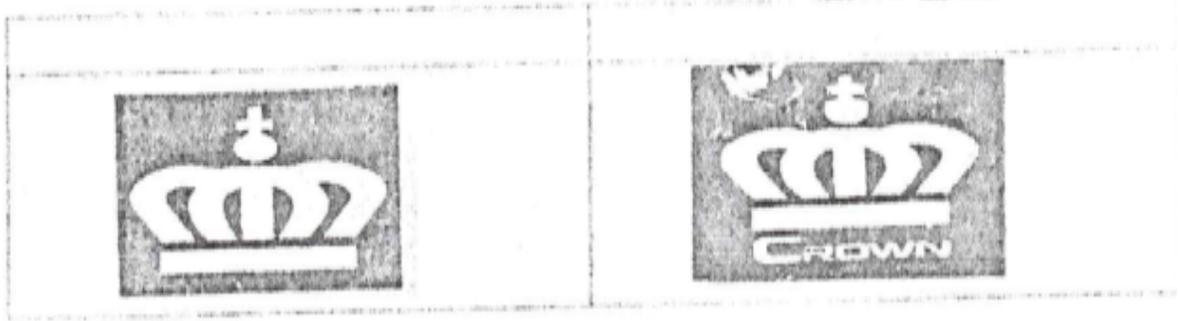
- 1 bulto de 1400 unidades de bolsas plásticas.
- 1 bulto de 977 unidades de bolsas plásticas.
- 1 bulto con 24 cajas.

Adicionalmente, según certificación del señor Revisor Fiscal en las instalaciones de IMPORDISA S.A.S., tiene 5.612 unidades entre bolsas y cajas en su bodega, para un total de 8013 empaques objeto de la medida cautelar.

Según certificación de la contadora de la parte demandada visible a folio 170 la importación fue por 7720 unidades.

Según documentos aportados en la diligencia testimonial del 18 de julio de 2019 rendida por la Señora Contadora de la parte demandada a 31 de diciembre de 2017, se había vendido 3803 unidades por un valor de \$33.612.794, lo cual acredita que la marca ha venido siendo utilizada en el comercio.

Elementos que se tuvieron como pruebas de oficio por el despacho según consta en la grabación de la audiencia del 9 de abril de 2019 (01:30:33), contienen cajas y bolsas de empaques con los siguientes signos:



Todo lo anterior PRUEBA, lo afirmado en el hecho 4 de la demanda, donde se afirma que la sociedad IMPORDISA S.A.S., **usa, publicita y comercializa sus productos utilizando la marca figurativa de propiedad de la sociedad demandante.**

Por todo lo anterior, se concluye que no es cierto lo que se afirmó por parte del a quo en la audiencia de lectura de sentencia en el minuto 18:03, Audiencia del 18 de julio de 2019, donde la juez expresó que en el expediente no obra prueba de que IMPORDISA S.A.S., desplegara acciones tendientes a identificar su establecimiento de comercio, su actividad comercial o su actividad mercantil, empleado un signo idéntico o similar, ya que como se probó y se ratificó por el demandado y su apoderada, la demandada IMPORDISA S.A.S., si desplegó toda una “actividad mercantil” en el uso de la marca, prueba de ello es que se utilizaron en facturas de compra en 4 de los 5 productos, existiendo identidad en el signo utilizado en la marca figura de una corona y en el quinto producto si bien no existe identidad en signo mixto de una corona acompañada de la expresión Crown, si existe similitud en la parte gráfica.

Igualmente, **IMPORDISA S.A.S., detentaba la posesión y tenencia de 4.301 empaques los cuales fueron entregados por el demandado para el cumplimiento de las medidas cautelares, por lo tanto, dicha acción encuadra en los establecido en el literal c) del artículo 155 de la Decisión 486.**

3.3. EL A QUO EN LA SENTENCIA APELADA DESCONOCIO EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD DE LA MARCA.

QUE LA DELEGATURA DE ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, en la sentencia del 18 de julio de 2019 desconoció el principio de territorialidad de la marca que otorga el registro ante la División de Signos Distintivos de la misma Superintendencia. La norma no distingue si la marca proviene del exterior o si es fabricada por un tercero, sino basta que el infractor use en el comercio el signo y no como lo manifiesta el a quo que desestima la infracción aduciendo que la parte demandada no uso el signo para identificar su establecimiento de comercio, su actividad comercial o su prestación mercantil ya que estaríamos frente a una “enseña comercial” siendo desacertado pues lo que se alega son infracciones a la propiedad industrial relacionadas con la marca y no con la enseña.

Igualmente de acuerdo con el principio de territorialidad, la protección jurídica y el ejercicio del derecho sobre la marca registrada está delimitado por el territorio del país en que se

otorga la respectiva concesión o registro. Esta connotación territorial hace también las marcas registradas en el extranjero no pueden gozar del derecho de exclusividad en un país determinado.

Por esta razón no tiene validez los argumentos de la parte demandada en insistir que la marca figurativa de una corona es una marca de **SAIOM INTERNACIONAL**, ya que no aportó elementos materiales probatorios en la contestación de la demanda y además dicha empresa no tiene en Colombia marca alguna registrada con la imagen emblemática de una corona, como si la tiene **IMPORTADORA ANDINA DE REPUESTOS S.A.S.**, lo que le da el derecho a mi poderdante de usar exclusiva y excluyente la marca en Colombia.

3.4. LA DELEGATURA DE ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DA POR HECHO LA TITULARIDAD DE LA MARCA “CROWN” POR PARTE DE SAIOM INTERNACIONAL, SIN QUE EXISTAN ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS QUE ASI LO ACREDITEN.

Que en sentencia del 18 de julio de 2019, la DELEGATURA DE ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, dio por hecho la titularidad de la supuesta marca “Crown” acompañada de la figura de una “corona” a la sociedad SAIOM INTERNACIONAL, sin ni siquiera verificar la titularidad de dicha marca por parte de esa Delegatura en Colombia o en cualquier otra parte del mundo.

Que la sociedad **IMPORDISA S.A.S.**, dentro del escrito de cumplimiento de medidas cautelares señaló que:

“los repuestos embalados en cajas y etiquetados, han sido importados directamente de la India a **SAION INTERNATIONAL (A 183HARI NAGAR CLOK NUEVA DELHI 110064 INDIA)**, importador exclusivo de la marca **CROWN**”.

“Mi poderdante al importar directamente de la India a la sociedad **SAION INTERNATIONAL**, los repuestos que son originales “**QUALITY ORIGINAL**”, vienen debidamente embalados, etiquetados en las cajas y empaques, de dicha sociedad y que corresponde a la marca **CROWN**, razón por la cual no existen envases, embalajes, cajas o bolsas, material impreso o publicidad que mi representada utilice, tenga en bodega o haya distribuido, pues no cuenta con una fábrica de empaques ya que todos los productos que son importados a la sociedad **SAION INTERNATIONAL**, vienen previamente embalados y los mismos no son manipulados o re empacados ya que son originales y en esas condiciones son comercializados”.

Por lo tanto se presenta una profunda contradicción sobre quién y en qué condiciones se importa los productos a Colombia si es **SAION INTERNATIONAL** o si es **IMPORDISA S.A.S.**

Según se observa claramente en la Declaración de Importación arribada con la contestación de la demanda bajo el Número de formulario 5007300675211, (folio 3 anexos de la contestación de la demanda) presentado por IMPORDISA S.A.S., se observa que SAION INTERNATIONAL es un proveedor y que el declarante o

importador es IMPORDISA S.A.S., mal puede entonces resultar ahora que SAION INTERNATIONAL, bajo la condición de Importador exclusivo.

Llama la atención que la **DELEGATURA DE ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, haya dado crédito a lo manifestado por la sociedad **IMPORDISA S.A.S.**, sin exigirle a dicha sociedad por lo menos copia simple del registro de la marca Crown, del cual esta manifiesta que **SAION INTERNATIONAL** es el importador exclusivo de dicha marca.

Así las cosas, no es cierto que **SAION INTERNATIONAL**, tenga algún derecho de propiedad industrial registrado en Colombia; o que en el mercado internacional, permita afirmar que la marca figurativa representación de una corona que pretende explotar comercialmente el demandado tenga algún sustento legal en Colombia o en el comercio internacional.

3.5. LA SOCIEDAD IMPORDISA S.A.S., NO SE ENCUENTRA EN NINGUNA DE LAS HIPOTESIS ESTABLECIDAS EN LOS ARTICULOS 156, 157, 158 Y 159 DE LA DECISION 486 QUE LE PERMITE REALIZAR EL USO DE UNA MARCA REGISTRADA DE PROPIEDAD DE LA SOCIEDAD IMPORTADORA ANDINA DE REPUESTOS S.A.S.

El despacho manifestó que las importaciones realizadas por el demandado con la marca registrada se encontraban amparadas por las exclusiones establecidas en los artículos 156 a 159 de la Decisión 486, apreciación que carece de cualquier sustento probatorio o factico.

En efecto el artículo el artículo 156 de la Decisión 486¹, se refiere a productos identificados con marcas notorias en el exterior, en el presente caso se observa que el concepto de marca notoria manifestado por el despacho ni siquiera fue materia de prueba dentro del presente proceso, ni siquiera fue mencionado como excepción por la parte demandada, por lo tanto, no puede ser tenido como tal en el presente proceso.

En relación con el artículo 157 de la Decisión 486², como excepción al principio de exclusividad de la marca ninguno de los eventos fue materia de excepción o de debate

¹ 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:

a) Introducir en el comercio, vender, ofrecer en venta o distribuir productos o servicios con ese signo; b) importar, exportar, almacenar o transportar productos con ese signo; o, c) 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.

² Artículo 157.- Los terceros podrán, sin consentimiento del titular de la marca registrada, utilizar en el mercado su propio nombre, domicilio o seudónimo, un nombre geográfico o cualquier otra indicación cierta relativa a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, lugar de origen o época de producción de sus productos o de la prestación de sus servicios u otras características de éstos; siempre que ello se haga de buena fe, no constituya uso a título de marca, y tal uso se limite a propósitos de identificación o de información y no sea capaz de inducir al público a confusión sobre la procedencia de los productos o servicios.

El registro de la marca no confiere a su titular, el derecho de prohibir a un tercero usar la marca para anunciar, inclusive en publicidad comparativa, ofrecer en venta o indicar la existencia o disponibilidad de productos o servicios legítimamente marcados; o para indicar la compatibilidad o adecuación de piezas de recambio o de accesorios utilizables

probatorio en el presente proceso, por lo tanto, mal podría el despacho siquiera contemplar la posibilidad de que el demandado se encontrara en dicha posición que le permitiera la importación de los productos bajo el signo propiedad del demandante.

En relación con el artículo 158 de la Decisión 486³, que se refiere a las denominadas por la doctrina “importaciones paralelas”, que se trata de la conducta desarrollada por el importador al adquirir en el extranjero al titular de la marca o a un tercero el producto identificado con la marca registrada tanto en Colombia como en el extranjero, dicha conducta, en ese caso está permitida por el legislador, pero en el presente caso, **no se encuentra frente al titular de la marca, ni en Colombia ni en el exterior, según el decir del demandado, la marca figurativa de una corona y la expresión “Crown”, son propiedad de un tercero en el extranjero, sin ni siquiera aportar copia simple de un registro del país de origen del producto.**

En relación con el artículo 159 de la Decisión 486, tampoco fue materia de debate probatorio o de excepciones.

IV. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

La marca Registrada figura de una corona de propiedad DE IMPORTADORA ANDINA DE REPUESTOS S.A.S., se utilizó por la sociedad IMPORDISA S.A.S., en al menos cinco (5) clases de productos si se tienen en cuenta las facturas de venta presentadas con la demanda.

Adicionalmente, si se tiene en cuenta la lista de precios allegada, la marca registrada de propiedad del demandante fue utilizada en al menos 300 productos.

De conformidad con el Decreto 2264 de 2014, en sus artículos 1 y 2, confirme al sistema de indemnización preestablecida, debe establecerse la máxima sanción al demandado.

También se debe tener en cuenta que existe reincidencia en la conducta del demandado por el reiterado incumplimiento de las medidas cautelares, a saber:

- **Mediante Auto No. 49453 del 10 de mayo de 2018, se otorgó al demandado un plazo de 10 días para que retirar los productos del mercado.**
- **El 23 de Julio de 2018, la parte demandada informa que cumplió con la medida cautelar.**

con los productos de la marca registrada, siempre que tal uso sea de buena fe, se limite al propósito de información al público y no sea susceptible de inducirlo a confusión sobre el origen empresarial de los productos o servicios respectivos.

³ Artículo 158.- El registro de una marca no dará el derecho de impedir a un tercero realizar actos de comercio respecto de un producto protegido por dicho registro, después de que ese producto se hubiese introducido en el comercio en cualquier país por el titular del registro o por otra persona con consentimiento del titular o económicamente vinculada a él, en particular cuando los productos y los envases o embalajes que estuviesen en contacto directo con ellos no hubiesen sufrido ninguna modificación, alteración o deterioro.

A los efectos del párrafo precedente, se entenderá que dos personas están económicamente vinculadas cuando una pueda ejercer directa o indirectamente sobre la otra una influencia decisiva con respecto a la explotación de los derechos sobre la marca, o cuando un tercero puede ejercer tal influencia sobre ambas personas.

- Mediante Auto No. 90153 del 3 de septiembre de 2018, se requirió a la parte demandada por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, para que cumpliera la medida cautelar como era la cesación del uso de la marca figurativa.
- Mediante Auto No. 116795 de 21 de noviembre de 2018, la Superintendencia de Industria y Comercio declaró el incumplimiento de la orden impartida.
- Mediante memorial del 13 de diciembre de 2018, la demandante alegó que cumplió con la medida cautelar.
- Mediante Auto No. 17413 del 25 de febrero de 2019, el Despacho declaró a la demandada en desacato, ya que no cumplió con las medidas cautelares y le impone una multa de 5 salarios mínimos, tampoco existe prueba que se hubiera pagado.

V. PRETENSIONES

- 5.1. Se revoque la sentencia del 18 de julio de 2019 proferida por la **DELEGATURA DE ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** y en su lugar se condene a la **SOCIEDAD IMPORDISA S.A.S.**, por infracción del derecho de uso exclusivo de la marca figurativa de una corona de propiedad de la Sociedad **IMPORTADORA ANDINA DE REPUESTOS S.A.S.**, y se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Cordialmente,

OMAR ALBERTO CARRILLO MARTINEZ
C. C. No. 85.450.563 expedida en Santa Marta
TP 56023 del Consejo Superior de la Judicatura
ocarrillo67@icloud.com



Doctor
JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS
 TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
 SALA CIVIL
secscribsubta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
 E. S. D.

Rad. No.: **110013103026****2013****00367****01**
 DEMANDANTE: MAZURÉN AGRUPACIÓN 010 - PH - ÉTAPA B
 DEMANDADOS: CONSTRUCTORA FERNANDO MAZUERA S.A.

ANDRÉS HUMBERTO VÁSQUEZ ÁLVAREZ, identificado con cédula de ciudadanía número 79'688.960 de Bogotá, Abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 109.063 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de **APODERADO ESPECIAL** de la copropiedad **MAZURÉN AGRUPACIÓN 010 - PH - ÉTAPA B**, parte actora dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito, de conformidad con lo ordenado en el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, me permito sustentar el recurso de apelación impetrado contra la Sentencia de primera instancia proferida el pasado 04 de diciembre de 2020 por el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, D.C., con fundamento en lo siguiente:

a. VALORACIÓN RACIONAL DE PRUEBAS ACORDE CON LA SANA CRÍTICA TRASCIENDE LAS REGLAS PROCESALES. FRENTE A HABERSE NEGADO LA VALORACIÓN DEL PRESUPUESTO ALLEGADO.-

Con la prueba pericial arrimada quedó más que demostrada la necesidad de efectuar un reforzamiento estructural, a fin de dar cumplimiento a lo previsto como posible dentro del estudio de suelos que amparó la expedición de la licencia de construcción.

Al regular el Código de Procedimiento Civil lo concerniente a las «*providencias del Juez*», en el artículo 305, plasmó las reglas que desarrollan el «*principio de la congruencia*» y en lo pertinente consagra, que la Sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que esa codificación contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Es innegable que el citado postulado, recogido por la normativa del Código General del Proceso propugna por asegurar los derechos de defensa y de contradicción, en cuanto impide que al convocado a un litigio se le sorprenda por el juzgador con hechos o peticiones no alegadas, respecto de las cuales careció de oportunidad para confutarlas, y es de tal magnitud su importancia, que la inobservancia de tal exigencia se erigió como una de las causales del recurso extraordinario de casación.

Acerca de la anomalía procesal en cuestión, la H. Corte Suprema de Justicia en fallo CSJ SC, 20 sept. 2013, rad. 2007-00493, memoró:

“(…) ‘La inconsonancia de la sentencia constituye un vicio de procedimiento (…) que se traduce en el pronunciamiento de un fallo incongruente, ya sea porque en él decide sobre cuestiones no pedidas (extra petita) o sobre más de lo pedido (ultra petita), u omite la decisión en todo o en parte, acerca de las pretensiones o de las excepciones (mínima petita)’ (…)”.

A fin de precisar aspectos que caracterizan la aludida irregularidad, se torna ilustrativo, para el presente escrito, citar la doctrina jurisprudencial reiterada en la Sentencia CSJ SC, 3 nov. 2010, rad. 2000-03315, en la que se sostuvo:

“(…) la trasgresión de esa pauta de procedimiento no se puede edificar sobre la base de controvertirse el juzgamiento del litigio, porque el error se estructura, únicamente, tratándose de la incongruencia objetiva, en los eventos en que se peca por exceso o por defecto (ultra, extra o mínima petita), y de la fáctica, cuando el sentenciador imagina o inventa hechos, pero no cuando los tergiversa (…).

(…) el mencionado yerro in procedendo se presenta cuando el fallador, sin referirse a los términos ni al contenido de la demanda, esto es sin mediar ningún juicio sobre la misma ni sobre la interpretación que debe dársele, decide el litigio a partir de peticiones no formuladas en la demanda, ni expresa ni implícitamente, a las cuales alude el fallo de sopetón y de modo inopinado para las partes. Revelándose allí un proceder que, por abrupto, muestra inmediatamente la trasgresión de los límites que configuran el litigio a conocimiento de la jurisdicción.

‘Si por el contrario, el sentenciador se pronuncia en un determinado sentido como consecuencia de haber apreciado e interpretado la demanda, a raíz de lo cual fija los hechos y peticiones de la misma que en su sentir estructuran la disputa judicial de que conoce, y como consecuencia de ese ejercicio cae en la equivocación consistente en considerar uno o varios hechos ajenos a la causa o en definir una petición que no le ha sido formulada, deviene la ocurrencia de un error de juicio -error injudicando-, como que en tal caso el fallador no ha obrado de manera impensada, para cuya enmienda se halla establecida la causal primera de casación’(…)’. (Subrayado fuera de texto).

Refuerza el entendimiento de tales reflexiones, lo comentado en la Sentencia CSJ SC, 8 abr. 2003, rad. 7844, en la que se dijo:

“(…) Es preciso recordar que la causal segunda de casación se halla instituida para enmendar el vicio de procedimiento que se presenta cuando el sentenciador, por exceso o por defecto, se aparta del cuadro de instancia que traza la demanda y las excepciones propuestas por el demandado o que el Juez deba declarar de oficio; en lo que concierne con la presente acusación, ciertamente que un fallo puede resultar incongruente, en la especie extra petita, si decide sobre algo que no fue pedido en la demanda o con respaldo en hechos no fundantes de la misma, pues la actividad del Juez debe ceñirse a los hechos y pretensiones consignados en el libelo introductor, según dispone el artículo 305 del C. P. Civil.”

Las reseñadas pautas permiten establecer, que en el sub judice concurren los supuestos que pueden estructurar «incongruencia» porque la decisión que debió adoptarse debe ser producto de la «interpretación de la demanda» por el Juzgador, labor ésta que no se asumió al no ser valoradas las pruebas aportadas e incorporadas dentro de las oportunidades concedidas.

En ese sentido obsérvese que en el preludio de su estudio, el sentenciador comenzó por resaltar aquella circunstancia de insuficiencia formal, debiendo haber argumentado que en obediencia a los insistidos pronunciamientos jurisprudenciales que han depurado que la responsabilidad es una sola, y siendo perjudicial sacrificar el derecho sustancial por un simple aspecto de contenido procedimental, se veía la necesidad de acudir a las facultades interpretativas frente a la demanda, y desentrañar la verdadera intención y alcance del actor con los reclamos invocados, debiendo agotar en primer término si el reforzamiento estructural solicitado como reparaciones necesarias quedaron así probados o darle fortaleza a las conclusiones técnicas que sugieren la ejecución inmediata de las mismas, y de no ser así, entrar en el examen de las pericias, que no pudieron ser desvirtuadas, pues no prosperaron las objeciones planteadas, descartándose el examen del litigio bajo los parámetros que moldean la debida valoración probatoria, pero no entró a verificar si concurrían los presupuestos para ordenar incluso las mismas a través de una obligación de hacer, para dar incluso cumplimiento a temas de seguridad humana, pues la edificación amenaza ruina.

Para que nazca la responsabilidad prevista por el Código Civil no es indispensable la ruina efectiva. Basta una amenaza de ruina, que no deje lugar a dudas de que la ruina se producirá. Si se toma un defecto determinado que aparentemente es menor, como el agua no drenada, con el tiempo puede ocurrir un deterioro progresivo que ponga en peligro la solidez de las placas que sostienen al mismo.



El deterioro progresivo, es inevitable muchas veces a pesar de que se realicen las tareas de mantenimiento, requeridas por el estatuto del consumidor, cuando el vicio se originaría en una génesis constructiva. La ruina puede ser actual, o sea que el derrumbe o la posibilidad de utilización de la unidad sea peligroso, o futura, que podría entenderse como, verosímil o que comienza a producir deterioros que terminarían en ruina.

La ruina también puede ser funcional, ya que el propósito para el que fue construido el edificio se ve impedido de ser aprovechado integralmente, por los moradores del mismo, por los defectos y vicios constructivos.

Por lo tanto, definir el concepto de ruina, es de vital importancia para involucrar la responsabilidad del constructor, de la profesional interviniente, de manera que se formule un valor objetivo.

No obstante, la realidad de muestra que se ha considerado ruina, la falta de aprovechamiento de la unidad. No sólo el derrumbe o destrucción configuran la ruina, sino que, para el nacimiento de la responsabilidad basta la amenaza de ruina, siempre que no queden dudas de que ella se producirá. Los deterioros deben ser de tal magnitud que comprometan la solidez o estabilidad del edificio, aunque no es preciso el destrozo violento o inmediato; es suficiente que se trate de una degradación gradual que comprometa en tal forma la existencia de la obra que la conduzca a la ruina.

Las interpretaciones modernas de la doctrina sobre ruina son más amplias y significan un deterioro a la calidad de uso de la unidad habitacional cuando los defectos producen un desgaste en la calidad de vida de sus moradores.

Ruina por falta de aprovechamiento se refiere a todo desprendimiento, caída de mampostería, progresiva humedad, falta de impermeabilización, entre otros, que menoscaban el correcto uso y goce de la unidad por parte del propietario.

Para tal efecto, dijo tomar en cuenta el escrito introductorio del proceso, y su subsanación, así como en el presupuesto allegado, también elaborado por la firma INGESTRUCTURAS LTDA., y que sirvió para estimar razonadamente la cuantía, pero no se profundizó en las conclusiones del informe arrimado como soporte técnico científico de lo pretendido, como el dictamen pericial ha también debido inferir esa condición a partir del hecho de ser la constructora del nombrado proyecto urbanístico, la que no logró desvirtuar las deficiencias estructurales existentes, a pesar de quererse confundir con argumentos técnicos, no científicos, ni permisibles.

Los aludidos elementos fácticos le permitían al fallador dar por acreditados los requisitos emanados de la norma general que fija las reglas de responsabilidad, las que ha debido armonizar con preceptos que regulan la actividad de la construcción en esta ciudad, y de esa manera llegar a la conclusión que no hay incertidumbre alguna de la satisfacción de los elementos para ordenarse las reparaciones, incluso, repito a través de una obligación de hacer (...), puesto que se encontró en cabeza del demandado el adeudo de dar cumplimiento a lo previsto como posible en el estudio de suelos que soportó la expedición de la licencia de construcción, debido a su omisión y error constructivo, lo que derivó en los inconvenientes denunciados y por consiguiente ha debido imponerse, agotado el proceso, la implementación del proceso de rehabilitación, también sugerido por la experticia técnica, y avalado por el dictamen pericial y en los testimonios recaudados.

Como puede advertirse, en las reseñadas argumentaciones subyace el vicio de procedimiento que a la postre desencadenó con fallo nugatorio de la pretensión de reforzamiento, lo que hoy motiva el reproche analizado.

Acerca de esa temática, la H. Corte Suprema de Justicia en el fallo CSJ SC, 16 dic. 2010, Rad. 2004-00270, en lo pertinente expuso:

“En sede de casación, precisamente, la incorrecta ponderación de la demanda puede denunciarse cuando el sentenciador, con base en ella, modifica la naturaleza de la acción ejercitada y, como consecuencia de tal error, aplica al caso disposiciones legales



que en realidad le son extrañas, defecto que debe denunciarse a la luz del quebranto indirecto contemplado, según ya se memoró, en el primero de los motivos habilitantes de esta forma de impugnación extraordinaria, tal y como lo reiteró la Sala recientemente al señalar que 'el yerro en el que incurre el sentenciador cuando no atina a comprender cuál es la acción, si contractual o extracontractual, que promueve el demandante con la finalidad de obtener el reconocimiento y pago de unos perjuicios que afirma le fueron ocasionados por la conducta omisiva e irregular de la parte accionada, es de facto y no jurídico' (Cas. Civ., Sentencia del 3 de febrero de 2009, Expediente No. 1100131030-200300282-01).

El fallador dedujo que al no evidenciarse el costo de la pretensión de reparación de la totalidad de edificaciones que componen el proyecto arquitectónico, no puede hablarse de sentencia más allá de lo pedido, sin estimarse que debía revisar las conclusiones a las que llegan los expertos, en la medida que el daño requiere intervención inmediata sobre la totalidad de los elementos que componen la copropiedad.

El apoderado de la actora halla el desatino fáctico en la interpretación que debió darse a la demanda, al estimar que las súplicas se fundaron en soporte técnico y científico arrimado dentro de las oportunidades de ley, acorde con lo expresado en la subsanación del escrito genitor del proceso, y que a pesar de existir claridad sobre esa temática, olvido considerar que había lugar a desentrañar el sentido de la citada pieza procesal, llegando así a resolver el proceso basado en los parámetros dados por las conclusiones a las que llegaron los expertos, y la forma en que quedó redactada la pretensión, permitiéndose la reparación a través de una obligación de hacer.

Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia CSJ SC, 16 May 2011, Rad. 2000-09221-01, sostuvo que el aludido desatino se presenta:

"(...) cuando esa situación desborda el ámbito de la interpretación lógica y jurídica de la misma; por cuanto -como lo ha reiterado la jurisprudencia-, 'es indiscutible que el juzgador ostenta la prerrogativa de buscar, cuando ello es necesario, el sentido y alcance que tiene una demanda para no hacer nugatorio el derecho fundamental que tiene toda persona de acceder a la administración de justicia, esto es, en últimas, para evitar que se desconozca o aplase el mismo'" (Sent. Cas. Civ. de 15 de julio de 2010 Exp. 2005-00265-01).

Igualmente, en la misma Corporación en fallo CSJ SC, 3 feb. 2009, Rad. 2003-00282-01, en el que se examinó otro caso de «responsabilidad civil» respecto del que el ad quem concluyó era de naturaleza «extracontractual» y el opugnante reclamaba porque había sido convocado a un litigio de carácter «contractual», ahí la H. Corte sobre esa problemática, en consonancia con la ya transcrito con insistencia, memoró:

"En cuanto a la obligación que tiene el Juez de interpretar el libelo con el que se promueve un litigio, también dijo la Sala en Sentencia No. 208 de 31 de octubre de 2001, expediente 5906, lo siguiente:

'(...) Se reitera, entonces, que el Juez debe interpretar la demanda en su conjunto, con criterio jurídico, pero no mecánico, auscultando en la causa para pedir su verdadero sentido y alcance, sin limitarse a un entendimiento literal, porque debe trascenderse su misma redacción, para descubrir su naturaleza y esencia, y así por contera superar la indebida calificación jurídica que eventualmente le haya dado la propia parte demandante. Tales hechos, ha dicho la Corte, 'son los que sirven de fundamento al derecho invocado y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre que habrá de rodar la controversia' (Sentencia de 2 de diciembre de 1941). Si están probados los hechos, anotó en otra ocasión, 'incumbe al Juez calificarlos en la sentencia y proveer de conformidad, no obstante, los errores de las súplicas: da mihi factum, dabo tibi ius' (G.J. No. 2261 a 2264, pág. 137). En materia de interpretación de la demanda, dijo más recientemente, 'la desacertada calificación que el libelista le dé en su demanda a las súplicas no tiene por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho que se controvierte' (...). Es más, aún en el evento de una denominación incorrecta, dicha circunstancia no tenía por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho en conflicto: jura novit curia'.

Más recientemente, en Sentencia No. 071 de 16 de julio de 2008, se anotó sobre el tema lo que a continuación se destaca:

(...) para identificar una pretensión no basta con reparar en lo que se solicita, sino que ese petitum, que constituye el objeto inmediato de lo que se demanda, debe relacionarse con la causa para pedir invocada, la que comprende la situación de hecho aducida y las consecuencias que a ella le asigna el demandante. Por tanto, esos dos factores que inescindiblemente se conjugan en la causa petendi, determinan el título de la pretensión y, por ende, para la configuración de éste concurren razones de hecho y de derecho, entendiéndose que las primeras están dadas por el relato histórico de la situación fáctica de la que se busca deducir lo que se pide a la jurisdicción, mientras que las segundas 'son afirmaciones concretas de carácter jurídico que referidas a esos antecedentes de hecho, le permiten al demandante auto atribuirse el derecho subjetivo en que apoya su solicitud de tutela a las autoridades judiciales, afirmaciones estas que, desde luego, no hay lugar a confundir en modo alguno con los motivos abstractos de orden legal que se aduzcan para sustentar la demanda incoada' (ibidem). - Es función privativa de los juzgadores examinar el contenido de la litis, labor para la cual cuentan con amplias facultades, con miras a concretar los preceptos que consideren aplicables al caso, aunque tengan que hacerlo separándose de las alegaciones en derecho efectuadas por las partes o suplir sus omisiones; (...).

(...) También en la sentencia inmediatamente citada, la Corte reiteró su doctrina en el sentido de que el yerro en el que incurre el sentenciador cuando no atina a comprender cuál es la acción, si contractual o extracontractual, que promueve el demandante con la finalidad de obtener el reconocimiento y pago de unos perjuicios que afirma le fueron ocasionados por la conducta omisiva e irregular de la parte accionada, es de facto y no jurídico."

Resulta pertinente agregar que, en la Sentencia aludida en el precedente transcrito, no obstante que se resalta la limitación a la facultad del juzgador cuando no existe ambigüedad en la especie de responsabilidad civil por la que se demanda, también se advirtió:

"Y en este punto es menester acotar que no se trata de restringir o menoscabar las potestades hermenéuticas del juzgador, ni mucho menos que al conjuro de un determinado vocablo utilizado por el actor, quede irremediabilmente ligado a esa expresión. Por el contrario, ya se ha recalcado, y nuevamente se enfatiza, que el Juez tiene el deber de desentrañar el verdadero y más equitativo sentido de la demanda, por supuesto, sin distorsionarla, labor en cuya realización puede acontecer que el demandante, descuidada o ambiguamente sitúe su petición en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pero al exponer el objeto de su reclamación o la causa para expedir evidencie con nitidez lo contrario, es decir que su pedimento se afina en la responsabilidad derivada del incumplimiento negocial, pues en esa hipótesis deberá el juzgador emprender el ejercicio intelectual pertinente, enderezado a establecer el genuino sentido de dicho libelo, sin que necesaria e ineludiblemente deba atenerse a la denominación que al desgaire le hubiere imprimido el accionante. Otro tanto ocurrirá en la hipótesis antagónica" (CSJ SC, 16 jul. 2008, rad. 1997-00457-01).

Así las cosas, en obediencia a los insistidos pronunciamientos jurisprudenciales que han depurado que la responsabilidad civil es una sola, como reiteradamente se ha venido anotando, y siendo perjudicial sacrificar el derecho sustancial por un simple aspecto de contenido procedimental, resulta necesario acudir a las facultades interpretativas frente a la demanda, y desentrañar la verdadera intención y alcance del actor con los reclamos invocados, debiendo accederse a la pretensión de reforzamiento de todas las torres puesto que se encontró en cabeza de la demandada el adeudo de reforzar la estructura, debido a su omisión y error al no implementar las recomendaciones del estudio de suelos que amparó la expedición de la licencia, lo que derivó en los daños denunciados y por consiguiente debe imponerse la asunción del proceso de rehabilitación.

Al analizar la demanda con la que se promovió el proceso, y su subsanación bajo parámetros de la hermenéutica acogida por el derecho procesal contemporáneo y la jurisprudencia, conforme a la cual no sólo se ha de tomar en cuenta el escrito en el que aquella consta, sino la información misma que irradia de sus anexos, y las pruebas practicadas, surge evidente la solicitud preliminar de reparación y/o ajuste a las normas aplicables sustento de la acción promovida, situación que en el ámbito del



paradigma de la «*justicia material*», inexorablemente imponía al juzgador la labor de asumir su interpretación y de contera extenderla al demás dotacional de áreas comunes, teniendo en cuenta únicamente las conclusiones a las que llegan los expertos.

Obsérvese al respecto, que a pesar de haberse manifestado en las pretensiones del precitado memorial introductorio que se requerían reparaciones, complementaciones y ajuste al estudio de suelos, aspecto coincidente con lo expresado en las conclusiones del primer informe técnico, elaborado por la firma INGESTRUCTURAS LTDA., no se encuentra otro elemento que complemente y otorgue certeza acerca de que efectivamente el litigio se enmarcaba con la convicción que fueran sólo esas deficiencias, pues precisamente en la oportunidad para acompañar pruebas se solicitó la valoración de los nuevos informes frente a la totalidad de edificaciones, del que se buscará derivar la consecuencia jurídica orientadora de las súplicas. Ante esas circunstancias, se torna plausible asumir la tarea de «*interpretar la demanda y las pruebas practicadas*», dada la ausencia de plena coherencia o armonía en su texto.

En ese sentido podemos argumentar que la decisión se sustentó en aspectos extraños al petitum o a la causa petendi, o en la tergiversación del sentido de las ideas ahí plasmadas, o en que se afectó su comprensión o entendimiento por valoración parcial.

En lo que concierne a la fundamentación del recurso, esta se dirige a demostrar que el Juzgador aplicó al asunto, una conclusión que no es pertinente, o que a pesar de estar plenamente demostrado las reparaciones necesarias para dar cumplimiento a las normas aplicables, y su presupuesto por torre, le atribuyó unos efectos diferentes de los que de ella dimanaban, o los restringió de tal manera que distorsionó los alcances a los que se llegó con suficiencia, es más el presupuesto allegado al momento de estimarse la cuantía corresponde a la explicación técnica dada en el informe, con cantidades de obra, y con los requisitos que exigen la normativa aplicable.

La incongruencia, se orienta a verificar el cumplimiento del deber que le asigna al fallador el ritual procesal, en virtud del cual la Sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que esa codificación contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente de la invocada a ésta.

Quiere decir que validada la suficiencia del texto de la demanda, mediante su admisión, y concedida la oportunidad de contradecir a aquellos contra quienes se dirige, no puede el funcionario dirimir la disputa por fuera de los lineamientos que le imponen las partes, ya sea al hacer ordenamientos excesivos frente a las expectativas de éstas, al dejar de lado aspectos sometidos a su escrutinio o al resolver puntos que no han sido puestos a consideración, salvo cuando procede en estricto cumplimiento de las facultades oficiosas conferidas por la ley.

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 9 de diciembre de 2011, Rad. 1992-05900, dijo que:

“El principio dispositivo que inspira el proceso civil, conduce a que la petición de justicia que realizan las partes delimite la tarea del Juez y a que éste, por consiguiente, al dictar Sentencia, deba circunscribir su pronunciamiento a lo reclamado por ellas y a los fundamentos de hecho que hubieren delineado, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso (...) Sobre el particular, la Sala ha sido insistente en que “(...) son las partes quienes están en posesión de los elementos de juicio necesarios para estimar la dimensión del agravio que padecen, con el fin de que sobre esa premisa restringente intervenga el órgano jurisdiccional, a quien le está vedado por tanto, sustituir a la víctima en la definición de los contornos a los que ha de circunscribirse el reclamo y por tanto ceñirse la Sentencia, salvo que la ley expresamente abra un espacio a la oficiosidad (...) Al fin y al cabo, la tarea judicial es reglada y, por contera, limitada, no sólo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes” (Cas. Civ., Sentencia del 22 de enero de 2007, Expediente No. 11001-3103-017-1998-04851-01) ... En este escenario, el principio de congruencia establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil impide el desbordamiento de la competencia del Juez para resolver la contienda más allá de lo pedido por las partes (ultra petita), o por asuntos ajenos a lo solicitado (extra petita) o con olvido de lo que ellas han planteado (citra petita). En caso de presentarse



tal descarrío, su ocurrencia puede denunciarse en casación a través de la causal segunda prevista en el artículo 368 ibidem, pues, valga decirlo, una sentencia judicial de esos contornos agravia súbitamente a la parte que actuó confiada en los límites trazados durante el litigio, toda vez que, al ser soslayados por el Juez al momento de definirlo, le impiden ejercer a plenitud su derecho a la defensa.”

La labor de delimitar el contorno del pleito es disímil para los intervinientes, puesto que quien le da inicio señala las pautas en la demanda y su subsanación, mientras que aquel compelido a responder la complementa con la formulación de los medios de defensa a su alcance, e incluso poniendo en conocimiento del funcionario cualquier hecho modificativo o extintivo «del derecho sustancial sobre el cual versee el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda», tal como lo autoriza el inciso final del citado artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

Quiere decir que corresponde al contendiente que estima lesionados sus intereses precisar en qué consiste la infracción y cuáles son las medidas necesarias para obtener una satisfacción plena, sin que pueda modificar sus planteamientos al vaivén del debate, distorsionando así las reglas del juego previamente establecidas.

Ya existiendo claridad sobre la naturaleza del reclamo, el contradictor puede poner de presente la inexistencia de este o, precisar, por medio de las excepciones, que su exigencia es anticipada, excesiva o que ya desapareció.

Adicionalmente, si se dan circunstancias novedosas que alteran unas pretensiones ciertas del accionante, nada obsta para que informe sobre su ocurrencia al juzgador y que éste lo tenga en cuenta al dirimir la disputa. Ese aparente beneficio del contradictor, de ilustrar sobre la ocurrencia de acontecimientos en el devenir procesal que deslegitiman las aspiraciones del libelo, no quiere decir que se puedan «formular excepciones» en cualquier momento, puesto que la oportunidad para ello se concreta a la contestación que de él se haga cuando se refiere a las de mérito o, si se trata de las previas, en escrito separado en el mismo lapso.

Es por ello que la incongruencia se configura si en la Sentencia se impone un punto de vista desfasado o arbitrario, riñendo con los supuestos fácticos y las exigencias del gestor, fijados en las oportunidades de rigor; cuando no existe un pronunciamiento concreto sobre las «conclusiones a las que llegan los peritos» expuestas en tiempo; así como cuando se tienen por probadas defensas no esgrimidas en tiempo y que eran del resorte exclusivo del beneficiado, que deben ser alegadas expresamente «en la contestación de la demanda».

La H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de enero de 2010, Rad. 1998-00181-01, al referirse a la «carga procesal de afirmación de los hechos del litigio» señaló como:

“No obstante el ensanchamiento que esa noción tiene en la actualidad, lo cierto es que su génesis está ligada al concepto de carga procesal, conforme al cual incumbe al sujeto agotar dentro del proceso una conducta determinada con miras a alcanzar un fin; y dentro de las múltiples y muy variadas cargas que recaen sobre las partes, cabe destacar ahora la concerniente con la afirmación de los hechos litigiosos, vale decir, de aquellos que de alguna manera constituyen el fundamento de sus pedimentos y excepciones; desde luego que, en línea de principio, esos supuestos fácticos han de ser aducidos por aquellas en las oportunidades y condiciones que el ordenamiento prescribe. Así, es tangible que en tratándose del demandante, esa carga recae sobre él con mayor rigor y estrictez en la medida en que, de un lado, la exteriorización de los supuestos fácticos que fundamentan sus pedimentos es labor que de manera exclusiva se le confía, de modo que muy poco espacio queda para la intervención oficiosa del Juez, la cual se reduce, para decirlo abiertamente, a aquellos eventos, excepcionales por cierto, en los que le es dado pronunciarse sin alegación previa de aquél, como acontece v. gr., en el caso de la nulidad absoluta de los actos o negocios jurídicos (...) De otro lado, porque la alegación de los hechos que apuntalan sus pretensiones no sólo debe hacerse en las oportunidades específica y rigurosamente señaladas en el estatuto procesal, concretamente en la demanda y su reforma (y de ser el caso, en los incidentes que se adelanten en el proceso), sino, también, porque restringen de tal modo la actividad procesal que demarcan el ámbito de atribuciones del juzgador, así como el contorno de la oposición del demandado (...) Relativamente a

éste, es palpable que existe mayor flexibilidad, no sólo porque, conforme a las previsiones del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, el Juez podrá tener en consideración los hechos modificativos o extintivos del derecho sustancial invocados a más tardar en los alegatos de conclusión, sino, también, porque, aquél, el sentenciador, podrá, atendiendo los mandatos del artículo 306 ejusdem, declarar probados de oficio los hechos que constituyan una excepción, salvedad hecha, en uno y otro caso, de las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse por el demandado en la contestación de la demanda. Quiérese subrayar, subsecuentemente, que, salvedad hecha de las aludidas excepciones, no existe para el demandado un término perentorio en el cual deba aducir los hechos exceptivos, amén que el fallador está facultado para pronunciarse oficiosamente sobre cualquier otra (...) Empero, aunque es tangible la elasticidad que en el punto favorece al demandado, ella no llega hasta el punto de exonerarlo definitivamente de esa carga, no sólo porque excepciones como las ya referidas únicamente pueden ser decididas en cuanto éste las hubiese aducido, sino, también, porque lo mismo ocurre con las excepciones previas que, en cuanto tales, solamente podrán ser acogidas por el Juez cuando aquél, el encausado, las alegue (...) De otro lado, parece conveniente señalar que la actividad del Juez, en punto de resolver la causa litigiosa, debe enmarcarse dentro de los límites previstos por el legislador, de manera que no le es dado deducir arbitrariamente cualquier hecho, ni pronunciarse sobre cualquier efecto jurídico, si no han sido afirmados previamente por las partes, a menos claro está, que el ordenamiento le conceda una potestad oficiosa al respecto. No admite discusión, por consiguiente, que la actividad cumplida por dicho funcionario no es ilimitada, de modo que el campo de acción en el que puede desplegar su obrar no es otro que el entorno dentro del cual gira la controversia cuyo conocimiento ha asumido, vale decir, los términos de la confrontación surgida, esto es, lo que pide el actor y excepciona el demandado, sin dejar de lado, por supuesto, las facultades oficiosas que explícitamente le son conferidas (...) Emerge, entonces, de manera nitida, que la actividad que aquél cumple está enmarcada por cuatro vectores que se conjugan para delimitar su función: 1) las pretensiones de la demanda; 2); los hechos que la sustentan; 3) las excepciones invocadas por el demandado (cuando así lo exige la ley); y, 4) las excepciones que debe declarar de oficio. Y, sin duda, cuando el funcionario quebranta esos hitos, incurre en una irregularidad que despunta, ya en un exceso de poder o en un defecto del mismo. En la primera hipótesis, porque decide sobre cuestiones no pedidas o más allá de lo solicitado; en la segunda, en la medida en que deja de resolver sobre las pretensiones o excepciones aducidas.”

Incluso en reciente pronunciamiento, SC6866-2014, resaltó que:

“(…) La Corte no desconoce que las normas en comento [artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil] flexibilizan la oportunidad de alegar hechos modificativos o extintivos del derecho disputado, al autorizar a las partes aducirlos “a más tardar en su alegato de conclusión”, en una especie de economía, siempre y cuando aparezcan demostrados, lo cual supone la debida contradicción, y que hayan ocurrido después de haberse presentado la demanda.

(…)

Esto significa, entonces, que los alegatos de conclusión, respecto de situaciones acaecidas después de formulada la demanda y probadas en el transcurso del proceso, son ajenos al debate probatorio, por lo tanto, carecen de virtud para modificarlo (...) Con mayor razón, cuando el inciso final del artículo 305 del Código de procedimiento Civil, no autoriza aducir cualquier hecho probado, sucedido luego del escrito genitor, sino únicamente los que se correlacionen con los expuestos en la demanda, con las excepciones y demás oportunidades legales, porque siempre deben tener como mira, por ende, su límite, “el derecho sustancial sobre el cual verse el litigio”.

Ahora bien, no cualquier argumento encaminado a desestimar las pretensiones corresponden estrictamente a excepciones, así se les dé esa denominación, en la medida que, como lo dijo la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 11 de junio de 2001, rad. 6343,

“(…) el carácter de tal solamente lo proporciona el contenido intrínseco de la gestión defensiva que asuma dicha especie, con absoluta independencia de que así se la moteje. Es bien claro que la mera voluntad del demandado carece de virtud para desnaturalizar el genuino sentido de lo que es una excepción (...) La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que

cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos.

Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose (...) A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor (...) Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad (...) De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido “y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen” (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830).

Es por esto por lo que en el último precedente citado se dijo que:

“En particular no caen en la cuenta [los juzgadores] de lo impropio que es calificar de excepción la simple falta de derecho en el demandante, lo cual, “según los principios jurídicos no puede tener este nombre, porque la falta de acción por parte del actor implica inutilidad de defensa por parte del reo, y aquélla impone la necesidad de la absolución directa sin el rodeo de la excepción”, según viene sosteniendo esta Corporación desde antiguo (XXXII, 202). Débese convenir, entonces, que en estrictez jurídica no cabía pronunciamiento expreso sobre lo que no fue una verdadera excepción, habida consideración de que -insístese- “cuando el demandado dice que excepciona pero limitándose, (...) a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo excepción ninguna, o planteando una contra pretensión, ni por lo mismo colocando al Juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto”; de donde se sigue que la verdadera excepción difiere en mucho de la defensa común consistente en oponerse a la demanda por estimar que allí está ausente el derecho petitionado; y es claro también que “a diferencia de lo que ocurre con la excepción cuya proposición (...) impone la necesidad de que el Juez la defina en la sentencia, la simple defensa no requiere una respuesta específica en el fallo final; sobre ella resuelve indirecta e implícitamente el Juez al estimar o desestimar la acción” (CXXX, pág. 19).

La Ley 400 de 1997, establece que el Ingeniero debe utilizar todos los medios aplicables para garantizar la seguridad y hacer una evaluación confiable. En tal sentido, los métodos geofísicos representan técnicas modernas que son aplicables en la caracterización del suelo a grandes profundidades tal como lo soporta el estudio de suelos. Los datos de los diferentes estudios realizados en el lote son consistentes entre sí, y son similares a los que se han obtenido en otros estudios de los cuales se tiene conocimiento en la zona.

La anterior tiene como propósito que los señores Magistrados tengan conocimiento sobre los conceptos que difieren totalmente de la posición tomada por el fallador de primera instancia. Los resultados coincidentes del estudio de profesionales no permiten a nuestro parecer, un debate diferente al de construir soluciones que permitan resolver las deficiencias allí diagnosticadas.

La valoración racional de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica trasciende las reglas estrictamente procesales, porque la obligación legal de motivar razonadamente las decisiones no se satisface con el simple cumplimiento de las formalidades.

Por el contrario, los instrumentos legales son un medio para alcanzar la verdad de los hechos que interesan al proceso y esta función solo se materializa mediante procesos lógicos, epistemológicos, semánticos y hermenéuticos que no están ni pueden estar reglados por ser extrajurídicos y pertenecer a un plano bien distinto al del tecnicismo dogmático. Así lo precisó la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia.



Igualmente, este fallo indicó que estos criterios objetivos garantizan el cumplimiento de la obligación que tiene el Juez de motivar las Sentencias como garantía del derecho constitucional a la prueba que asiste a las partes.

La apreciación individual y conjunta de las pruebas según la sana crítica no es un concepto vacío, ni una válvula de escape que puede usar el Juez para dar la apariencia de racionalidad y juridicidad a sus intuiciones, posturas ideológicas, emociones, prejuicios culturales, políticos, sociales o religiosos, o a sus sesgos cognitivos o de sentido común, explica la alta Corporación.

Por el contrario, es un método de valoración que impone a los falladores reglas claras y concretas para elaborar sus hipótesis sobre los hechos a partir del uso de razonamientos lógicos, analógicos, tópicos, probabilísticos y de cánones interpretativos adecuados, que constituyen el presupuesto efectivo de la decisión.

Con base en ello, la valoración individual de la prueba es un proceso hermenéutico, que consiste en interpretar la información suministrada a la luz del contexto dado por las reglas de la experiencia, las teorías e hipótesis científicas y los postulados de la técnica. Para ello, debe contrastar la consistencia del contenido de la prueba (adecuación o correspondencia) con la realidad, mediante el análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos.

Una vez asignado el mérito individual a cada prueba, se procede a analizar la prueba de manera conjunta mediante el contraste de la información suministrada por cada una de ellas. Con el fin de que sirvan de base para la construcción de hipótesis con gran probabilidad, esto es, sin contradicciones, con alto poder explicativo y concordantes con el contexto experiencia. (M. P. Ariel Salazar Ramírez. H. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC-91932017 (Rad. No. 11001310303920110010801), Mar. 29/17).

La valoración de los medios de prueba es una actividad que el Juez acomete con un discreto margen de autonomía, inherente al ejercicio de la función de administrar justicia conforme a lo estatuido por el artículo 230 de la Constitución Política, lo que determina que sobre la Sentencia que dirime la litis recaiga una presunción de legalidad y acierto, de ahí que la ponderación efectuada sea inmodificable en sede de la impugnación extraordinaria, salvo que se demuestre la existencia de yerros que por sus características de notoriedad y trascendencia, hayan conducido a la violación de normas de derecho sustancial, por lo que debe ser evidente la contrariedad de la decisión adoptada con la realidad que surge del proceso.

La H. Corte Suprema de Justicia, en múltiples oportunidades, ha señalado que el error fáctico generador del indicado quebranto tiene lugar: «a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad si existe en los autos; y, c) cuando se valora la prueba que si existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento...» (CSJ SC, 10 Ago 1999, Rad. 4979; CSJ SC, 15 Sep 1998, Rad. 4886; CSJ SC, 21 Oct 2003, Rad. 7486; CSJ SC, 18 Sep 2009, Rad. 00406).

Empero, para que el fallo sea casado es necesario que la Sala pueda concluir que «el juicio probatorio del sentenciador es arbitrario o cuando la única ponderación y conclusión que tolera y acepta la apreciación de las pruebas sea la sustitutiva que proclama el recurrente», ya que si la inferencia a la que hubiera llegado, '(...) luego de examinar críticamente el acervo probatorio se halla dentro del terreno de la lógica y lo razonable, en oposición a la que del mismo estudio extrae y propone el censor en el cargo, no se genera el yerro de facto con las características de evidente y manifiesto, por cuanto en dicha situación no hay absoluta certeza del desatino cometido» (G.J., t. CCLVIII, p. 212 y 213; CSJ SC, 26 Nov. 2010, Rad. 2007-00116-01).

Respecto del estudio de patología estructural practicado, se reprocha la falta de valoración de algunas de sus conclusiones, las cuales ponen de presente que el presupuesto objeto de duda es un anexo de este, pues lo allí esbozado en nada se aleja de las sugerencias de reparación y/o su proceso constructivo.

El presupuesto arrojado para estimarse razonadamente la cuantía no puede ser objeto de apreciación de forma aislada, sino dentro del contexto de la misma experticia y de los respectivos soportes.



Las deficiencias encontradas por el perito claramente corresponden a «vicio de los materiales» y «vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio», por cuales es responsable el constructor en los términos del artículo 2060 del Código Civil.

El incumplimiento incluso de la norma de sismo resistencia vigente para la época en que se realizó la construcción del proyecto fue corroborado por el perito, contrario a la decisión de instancia, el presupuesto allegado, en consonancia con el informe técnico tenía entidad para desvirtuar las inferencias del ad quem.

Los vicios encontrados en las pruebas allegadas son aquellos por los cuales de conformidad con lo preceptuado por el numeral 3° del artículo 2060 del ordenamiento sustantivo civil, están llamados a responder los demandados en su condición de empresarios constructores.

Como se anunció, el quebrando de las garantías del promotor reside en el desconocimiento de sus aseveraciones, particularmente, lo aducido en su demanda y su subsanación y en la prueba pericial en cuanto a la valoración de los daños.

Igualmente, se constata la vulneración porque tampoco se efectuó consideración alguna sobre el “juramento estimatorio” no objetado por la demandada.

En lo atinente a este último, es indispensable acotar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente:

“(...) De conformidad con el art. 175 del C. de P.C. sirven como medios de prueba “la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del Juez (...)”.

“El juramento como medio especial de prueba es la afirmación solemne que una persona hace ante el Juez de decir la verdad en la declaración que rinde o en las manifestaciones que haga. Dicho medio de convicción es ajeno a cualquier contenido religioso y tiene por objeto aumentar la garantía de veracidad en las declaraciones de las partes vinculadas en los procesos, so pena de las sanciones penales, patrimoniales o disciplinarias a que hubiere lugar según el caso, en el evento de contrariar la verdad (...)”.

“Respecto de la prueba en cuestión, dijo la Corte Constitucional a propósito de la demanda de inexecutable formulada contra múltiples preceptos que contienen las expresiones “bajo juramento”, “bajo la gravedad del juramento”, o “jurada”: (...) “los doctrinantes del derecho procesal miran el juramento como un medio de prueba. En este sentido es un recurso para demostrar la verdad de un hecho relevante para la decisión judicial. Es, usualmente, una prueba solemne y formal, en cuanto involucra una manifestación expresa en el sentido que se dirá la verdad, bajo la fórmula “juro” u otra similar, pero dicha manifestación solemne, en ciertos casos, se presume, y, por lo tanto, de hecho, se omite. Desde esta perspectiva el juramento ha sido definido como “la declaración por la cual una parte afirma como verdadero un hecho en la forma grave y solemne prevista por la ley, y puede considerarse como un medio de prueba de naturaleza testimonial (...)”.

“(...)”.

“La garantía de veracidad por la que propende el juramento como medio de prueba, encuentra su concreción en lo tipos penales que sancionan el faltar a la verdad en las afirmaciones que se profieran bajo este ritualismo (sentencia C-616 de 1997) (...)”

¹ CSJ. STC de 1° de agosto de 2001, Exp. 1100122130002001-9050-01.

Asimismo, la Corte Constitucional al resolver la demanda incoada contra el parágrafo del hoy vigente artículo 206 del Código General del Proceso², en sentencia C-157 de 2013, indicó el alcance histórico del “juramento estimatorio”, esgrimiendo:

“(…) Es una institución añeja dentro de la tradición jurídica de la República. En la primera mitad de Siglo XX, la Ley 105 de 1931, sobre organización judicial y procedimiento civil, ya la preveía en su artículo 625, en los siguientes términos:

“Artículo 625.- La declaración jurada de una parte, cuando la ley autoriza a ésta para estimar, en dinero, el derecho demandado proveniente de perjuicios u otra causa, hace fe mientras esa estimación no se regule en articulación suscitada a pedimento de la otra parte en cualquier estado del juicio, antes de fallar (…).”

“Si la cantidad estimada por el interesado excede en más del doble de en que se regule, se le condena en las costas del incidente y a pagar a la otra parte el diez por ciento de la diferencia (…).”

“(…) En la segunda mitad del Siglo XX la institución del juramento estimatorio conserva sus rasgos principales. Así lo constata al revisar el artículo 211 del Decreto 1400 de 1970, por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 211. El Juramento de una parte cuando la ley la autoriza para estimar en dinero el derecho demandado, hará prueba de dicho valor mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que lo admita o en el especial que la ley señale; el Juez de oficio podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión (…).”

“Si la cantidad estimada excediere del doble de la que resulte en la regulación se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte, a título de multa, una suma equivalente al diez por ciento de la diferencia (…).”

“La reforma legal más próxima en el tiempo a la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, que se ocupa del juramento estimatorio, es la Ley 1395 de 2010, por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. En su artículo 10 se dispone que el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

“Artículo 211. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El Juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.

“Si la cantidad estimada excediere del treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia (…).”

En esta misma providencia, el Alto Tribunal Constitucional, frente a la reseñada institución, acotó:

“(…) Señalar la cuantía, por la vía del juramento estimatorio, cuando sea necesario, o por la vía de su estimación razonada, es uno de los requisitos de la demanda (...). Este requisito no es un mero formalismo, pues guarda relación con un medio de prueba y, en todo caso, es necesario para determinar la competencia o el trámite. Por lo tanto, señalar la cuantía no es un requisito prescindible o caprichoso, sino un presupuesto necesario para el trámite del proceso (...).”

“(…) Si en la demanda o en su contestación, la parte o su apoderado, o ambos, suministrar información que no corresponde a la verdad, (...) se prevé que habrá lugar a remitir las copias pertinentes para los procesos penales y disciplinarios, a imponer una

² “Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (%) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas (...).”

multa y a condenar a una indemnización de perjuicios. Así, la falta de rigor con la veracidad de la información aportada genera consecuencias penales, disciplinarias y patrimoniales (...).

“(...).”

“(...) Por razones de probidad y de buena fe se exige, por ejemplo, que el demandante obre con sensatez y rigor al momento de hacer su reclamo a la justicia, en especial en cuanto atañe a la existencia y a la cuantía de los perjuicios sufridos. (...) No se trata de un mero requisito formal para admitir la demanda, sino que se trata de un verdadero deber, cuyo incumplimiento puede comprometer la responsabilidad de la parte y de su apoderado (...).”

“(...) Por las mismas razones se permite que la parte estime de manera razonada la cuantía de los perjuicios sufridos, bajo la gravedad del juramento, y se reconoce a esta estimación como un medio de prueba que, de no ser objetada, también de manera razonada, o de no mediar una notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena. Esto quiere decir que basta con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía (...)” (Subraya fuera de texto).

El escenario planteado permite evidenciar el menoscabo alegado, por cuanto el juzgador del circuito soslayó el “juramento estimatorio” realizado en la demanda, catalogado por la ley y la jurisprudencia reseñada como medio probatorio.

En efecto, tal manifestación tenía la virtualidad de erigirse como elemento de convicción para acreditar tanto los perjuicios como su monto, pues no fue objetado por la pasiva, quien, se insiste, dejó pasar dicha oportunidad. Y, en todo caso, si los juzgadores consideraban elevada la cuantía aducida por el demandante, han debido decretar pruebas de oficio para establecer su veracidad, tal como lo preveía el anotado artículo 211 del Código de Procedimiento Civil; no obstante, nada de ello se adelantó en el juicio confutado.

La H. Corte Suprema de Justicia, ha avalado decisiones judiciales apoyadas, exclusivamente en el mismo. Así, anoto:

“(...) Una vez verificado que el referido “contrato de opción” ajustado, válido y por ende plausible de llevarse a cabo, que recayó sobre la íntegra “cesión del contrato minero” que fue su objeto, resultó deshonrado por la empresa quejosa en tanto que luego de que la sociedad opcionada escogiera positivamente por su materialización, ella, sin sustento alguno en lo pactado de consumo, quiso apartarse de su observancia no obstante que su contraparte sí había asumido las cargas negociales que le competían, lo que de suyo derivó en la predicación de su incumplimiento dando lugar, entre otras cosas, a la estipulación de los lapsos en que las recíprocas prestaciones sinalagmáticas concertadas habían de darse pues de ello no se ocupó el aludido acuerdo de voluntades, amén de la condena indemnizatoria del caso que tuvo apoyatura en el no objetado “juramento estimatorio” que en su oportunidad fue realizado por la convocante del panel arbitral, hermenéutica respetable (...) y que no puede ser alterada por esta vía, todo lo cual no merece reproche desde la óptica ius fundamental para que deba proceder la inaplazable intervención del Juez de amparo (...)”³.

En consecuencia, si la autoridad enjuiciada no tuvo en consideración las disposiciones pertinentes en cuanto al “juramento estimatorio” y, además, omitió referirse a los perjuicios extrapatrimoniales aducidos por el gestor, se corrobora el quebrando de la prerrogativa fundamental prevista en el artículo 29 de la Constitución Política.

Se relieva que, a los funcionarios judiciales, tal como lo prescribe el artículo 187 del Estatuto Procesal Civil, les corresponde evaluar los elementos de juicio de forma conjunta y, sobre cada uno, deben exponer *“(...) siempre razonadamente el mérito que le signen (...).”*

³ CSJ, STC de 14 de diciembre de 2015. Exp. 68001-22-13-000-2015-00532-01.

En relación a lo expuesto, la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado:

“(…) En torno a (…) la ausencia de valoración probatoria, (…) ha expuesto la Corporación que “uno de los supuestos que estructura aquella es el defecto fáctico, en el que incurre el juzgador cuando sin razón justificada niega el decreto o la práctica de una prueba, omite su valoración o la hace en forma incompleta o distorsionando su contenido objetivo; incluso, cuando olvida apreciar el material probatorio en conjunto o le confiere mérito probativo a un elemento de juicio que fue indebidamente recaudado. Esto, porque si bien los jueces tienen un amplio margen para valorar el acervo probatorio en el cual deben fundar su decisión y formar libremente su convicción, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (artículos 187 del Código de Procedimiento Civil), también es cierto que jamás pueden ejercer dicho poder de manera arbitraria, irracional o caprichosa. Y es que la ponderación de los medios de persuasión implica la adopción de criterio objetivos, no simplemente supuestos por el fallador; racionales, es decir, que sopesen la magnitud y el impacto de cada elemento de juicio; y riguroso, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se le encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente incorporadas al proceso” (Sentencia de 10 de octubre de 2012, Exp. 2012-02231-00, reiterada el 8 de mayo de 2013, Exp. 2013-00105.01) (…)”⁴.

Si bien se ha considerado que en la labor de administrar justicia, los juzgadores gozan de libertad para la exégesis del ordenamiento jurídico y la valoración de los elementos demostrativos⁵, en los eventos en los cuales la autoridad profiere una decisión ostensiblemente contradictoria o desajustada del plexo normativo o de la jurisprudencia, como la aquí atacada, es factible alegarla en el recurso de alzada, por cuanto, se afecta rectamente el debido proceso y el principio de identidad en la construcción del silogismo judicial, menoscabando el derecho de defensa.

Deviene fértil abrir paso a los reparos alegados por virtud del control legal y constitucional que atañe en esta sede a los H. Magistrados, compatible con el necesario ejercicio de control convencional, siguiente el Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969 (art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), a fin de garantizar el debido proceso.

Como al juzgador le corresponde sopesar el trabajo técnico que podrá acoger si en él encuentra presente su firmeza, precisión, calidad de sus fundamentos y demás elementos de juicio allegados al proceso, e igualmente la competencia e idoneidad de su productor y de no satisfacer esos requerimientos podrá descartarlo, esa tarea judicial, según lo ya expuesto, demostrativa de las inconsistencias que afectan al oficiosamente decretado, porque sus conclusiones carecen de base comprobable, imponen descartarlo como prueba.

Sobre el punto, la Sala, en Sentencia CSJ SC, 6 de agosto de 2002, radicación 6148, precisó:

“En principio, y dada la estructura de la contradicción que la ley ha previsto para el dictamen pericial, está obligado el Juez a sopesarlo en todos aquellos casos que su producción haya seguido la regulación legal; pero sin que ello signifique, desde luego, que la actividad de juzgamiento quede sometida a la obligación de aplicarlo, porque el auxilio que presta el concurso de los peritos no obliga inexorablemente a la función jurisdiccional. La apreciación del dictamen depende, siempre, de la libre crítica que haga el juzgador, quien no puede desbordar la discreta autonomía que lo asiste al darle efecto persuasivo a los elementos de juicio. Es la propia ley la que a esa función le señala confines, imponiendo el razonamiento del análisis respectivo, así como el deber de considerar la firmeza, la precisión y la calidad de los fundamentos del dictamen y los demás elementos probatorios que obren en el proceso (...), luego la mencionada autonomía no puede ser convertida en arbitrio por defecto, ya que la actitud del Juez, frente a la prueba, jamás podrá ser pasiva sino, muy al contrario, dinámica, activa, acuciosa, máxime en casos que el concepto gira en torno a temas especulativos por esencia, como son todos aquellos que versan sobre futuro”.

⁴ CSJ, STC de 27 de noviembre de 2013, Exp. 1800122140002013-00109-01.

⁵ CSJ, STC de 19 de junio de 2013, Exp. 2013-00182-01.



Cuando de la valoración de los medios de persuasión se trata, tal cometido debe realizarse en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según lo establece el precepto 176 ibidem. Este sistema evaluativo, también conocido como de persuasión racional, le impone al juzgador determinar el alcance de aquéllos, fundado en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, obviamente, con la exposición de las razones sobre las cuales determina su mérito demostrativo.

Así lo expresó esta Sala, en fallo CSJ SC 16 de noviembre de 1999, radicación 5223, cuando dijo:

“La apreciación razonada de la prueba, o, lo que es lo mismo, la sana crítica de ésta presupone que el fallador, teniendo por derrotero únicamente las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia que, según su entender, sean aplicables a un determinado caso, goza de libertad para valorarla, cuidándose, claro está, de exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba (...)”.

Dado que el Juez no siempre logra recaudar la prueba categórica de los supuestos fácticos debatidos en el proceso que le permitan predicar con certeza el hallazgo de la verdad para el pronunciamiento de su decisión, sino que con frecuencia debe acudir a hipótesis, en tal laborío ha de apoyarse en las señaladas pautas o «*máximas nacidas de la observación de la realidad que atañen al ser humano y que sirven de herramienta para valorar el material probatorio de todo juicio*». Esa ponderación le permitirá otorgarle o no eficacia a un determinado elemento de juicio y obtener conclusiones adecuadas sobre lo sucedido.

El artículo 206 del C. G. del P., consagra que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo, de forma razonada y separada por conceptos, en la demanda o petición de que trate. También manda la norma que, esta apreciación hecha bajo juramento hará prueba de su monto, mientras no sea objetada por la parte contraria o ante la advertencia del funcionario que hay una estimación notoriamente injusta, ilegal o sospechosa, caso en el cual se le faculta para practicar pruebas de oficio.

Debe tenerse en cuenta que no se podrá reconocer monto superior al afirmado y en contrario, si la valoración excede el 50% de lo probado, podrá sancionarse al peticionario en un equivalente al 10% de la diferencia (Ley 1753, modificatoria de esta regla). Así mismo que es inaplicable para cuantificar daños extrapatrimoniales o cuando quien reclame sea un incapaz.

Por así disponerlo el artículo 82-7º idem, es uno de los requisitos de la demanda, cuando sea necesario, como por ejemplo, en los procesos: (i) De rendición de cuentas al fijar la cuantía reclamada (Artículos 379 y 380, ibidem); (ii) De responsabilidad civil contractual o extracontractual al señalar el monto de los perjuicios (Artículo 1614, CC); (iii) Divisorios en el que se reclamen las mejoras hechas (Artículo 412, C. G. del P.); (iv) La acción reivindicatoria en que se reclame pago de frutos; y, entre otros, (v) La acciones ejecutivas por obligaciones de dar, hacer y no hacer (Artículos 426 y 427, ibidem).

Sobre la exigencia de esta tasación, como presupuesto para la admisibilidad de la demanda, nuestro Alto Tribunal Constitucional⁶ indicó:

“Este requisito no es un mero formalismo, pues guarda relación con un medio de prueba y, en todo caso, es necesario para determinar la competencia o el trámite. Por lo tanto, señalar la cuantía no es un requisito prescindible o caprichoso, sino un presupuesto necesario para el trámite del proceso.

(...)

(...) no se trata de un mero requisito formal para admitir la demanda, sino que se trata de un verdadero deber, cuyo incumplimiento puede comprometer la responsabilidad de la parte y de su apoderado.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-157 de 2013.

5.2.2. *Por las mismas razones se permite que la parte estime de manera razonada la cuantía de los perjuicios sufridos, bajo la gravedad del juramento, y se reconoce a esta estimación como un medio de prueba que, de no ser objetada, también de manera razonada, o de no mediar una notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena. Esto quiere decir que basta con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía.*" (Sublínea fuera de texto).

De tal manera que, el juramento estimatorio es un requisito de la demanda (Entiéndase petición de que trate) que no requiere prueba, pues la sola afirmación bajo la gravedad de juramento constituye prueba siempre que sea discriminada y razonada. Por ello, la demanda podrá inadmitirse cuando no se haga el juramento estimatorio o cuando el hecho se considere insuficiente, bien porque, falte la discriminación o detalle en los conceptos que lo componen o porque lo pedido, carezca de fundamento o razones, pero no es causal de inadmisión la falta de acervo probatorio que respalde la apreciación.

Así lo refiere el profesor López Blanco⁷: *"No es menester allegar o solicitar pruebas para fundamentar el juramento estimatorio, porque la aseveración de su monto es la prueba, (...). Recuérdese que de lo que se trata es de dejar sentado por este medio de prueba las cantidades por las que se puede concretar una condena, porque en principio el medio de prueba de esas sumas es precisamente el juramento y bien sabido es que la prueba no se prueba."*

Y también lo menciona el doctor Villamil Portilla⁸: *"El juramento estimatorio debe pensarse como una propuesta probatoria, es decir, el demandante debe ajustar el juramento a lo que verdaderamente podría probar en el proceso, o sea que se trata de alguna manera de una especie de promesa de lo demostrable en el juicio, aunque el juramento per se es la prueba, a menos que esté seguido de la objeción. Podría pensarse que el demandante está en mejor posición, si con el juramento estimatorio acompaña las pruebas que demuestran el valor de los perjuicios recibidos, por ejemplo, documentos o un dictamen pericial, que de entrada fundamenta la reclamación."* Adiciónese, que figura regulado en el C. G. del P., sección tercera: "régimen probatorio".

No sobra recordar que el juramento estimatorio, aunque sin mucha aplicación, ha tenido desde siempre la connotación de medio de prueba, inicialmente aparecía consagrado en el artículo 625 del Código Judicial, luego en el artículo 211 del CPC y con mayor énfasis, en la modificación que a ese artículo hizo la Ley 1395. Así lo reseñan la Corte Constitucional⁹ y la doctrina nacional¹⁰⁻¹¹.

(...)

Finalmente se analizará el juramento estimatorio de las pretensiones económicas junto al principio de congruencia en la indemnización de perjuicios, planteando la posición consistente en que *"el monto estimado por los actores no marca el límite de la pretensión sino la medida del daño"*, sustentada con doctrina apoyada con la reciente jurisprudencia.

Para comenzar se requiere revisar el arraigado concepto según el cual el Juez debe condenar sobre lo pedido, siéndole vedado condenar más allá de lo pedido; relación que no debe ser absoluta dado que la única limitación que tiene el Juez en orden a establecer el *quantum* de la indemnización es la medida del daño y nada más que el daño, conforme a los elementos de persuasión regular y oportunamente allegados al proceso. Basta con que se dé la racionalidad necesaria y una adecuación sustancial en donde la condena indemnizatoria está constituida solo por el monto que se pruebe, es decir, con lo probado en el proceso, ampliando el espectro dentro del cual el juzgador válidamente puede o debe moverse, hacia arriba o hacia abajo de esa cuantificación, sin caer, desde luego, en una resolución *infra petita* o *plus petita*.

⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Ob. cit., p.511.

⁸ INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Congreso colombiano de derecho procesal. El juramento estimatorio en el Código General del Proceso, VILLAMIL PORTILLA, Edgardo, Bogotá DC, 2014, p.129.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-157, 279 y 332 de 2013 así como la Sentencia C- 067 de 2016.

¹⁰ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho probatorio, editorial Temis, Santa Fe de Bogotá DC, 1998, p.176.

¹¹ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio, librería Ediciones del Profesional Ltda., 18ª edición, Bogotá DC, 2011, p.673.

Se presenta un caso de la jurisprudencia argentina del año 2015 en la cual el Juez condena por 4,6 veces lo pretendido y dos casos nacionales que se analizan en extenso al final del presente escrito. El uno, trata de una demanda con una pretensión de 250 millones de pesos y en el transcurso del proceso se aportan dos dictámenes, uno de la parte que demanda y el otro de oficio, presentando una diferencia promedio con la pretensión de más de mil millones de pesos. En el otro caso la pretensión principal prospera, sin objeción o reparo alguno, pero el lucro cesante derivado de esta no se acepta, condenando al demandado por la sanción de juramento estimatorio y en costas.

Situación que nos lleva a analizar el principio de congruencia en la responsabilidad civil consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil que establece en su primer inciso: *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla ...”* (teniendo efectos la expresión *“lo que se llegare a probar”*), siendo viable condenar al demandado a pagar la suma pedida que, de ser mayor, aseguraba la eficacia jurídica las expresiones *“o la que se pruebe”*, o *“la que resultare probada”*, o *“la que se probare en el proceso”*, o cualquiera otra expresión de similar contenido, sin quedar subordinado al monto que de manera expresa fuera indicado. Esto, considerando la jurisprudencia vigente en el Código de Procedimiento Civil según la cual no hay impedimento en condenar por una suma mayor dado que el monto determinado está subordinado a lo que se llegue a probar, sin tener el Juez ninguna restricción legal para disponerla en la extensión real y efectivamente demostrada del daño causado. En se sentido es de tener en cuenta que tanto el artículo 305 del C.P.C. como el artículo 206 del C. G. del P. vulneran de manera crasa el principio de indemnización integral del daño.

No obstante, el artículo 206 del C. G. del P. de manera taxativa en su inciso quinto, sobre la sanción al demandante, establece que el Juez *“no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio”*. Además, serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento. Sin embargo, este mismo código en el artículo 283 (opera en consonancia con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998), en su inciso final, consagra: *“En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”*. Es lo correcto privilegiar esta última disposición dado que la indemnización es integral, la víctima debe quedar en la posición más cercana antes de daño y, finalmente, ningún daño debe quedar sin resarcir; de tal manera que se pueda admitir, al contrario de lo que se desprende de esa tesis, que la única limitación que tiene el Juez en orden a establecer el quantum de la condena está constituida sólo por el monto que se pruebe y no por el monto estimado. Por lo tanto, conforme a los elementos de persuasión regular y oportunamente allegados al proceso, el Juez tendrá la posibilidad de otorgar una suma superior, en aquellos casos que se lo permita el haber probatorio.

Es inconcebible e inaceptable que el agraviado no quisiese el resarcimiento íntegro, sino uno parcial o fragmentario, al respecto el doctor Enrique Gil Botero, manifiesta:

La reparación integral del daño como criterio exigido por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 plantea el problema de los fallos *ultrapetita*, es decir aquellos en que el Juez encuentra en el proceso que la prueba de la naturaleza y la intensidad de los daños va más allá de la petición de la demanda formulada por el perjudicado o que no fue pedido separadamente ¿podría desconocer dicha realidad, y condenar sólo por lo pedido? No. Si ese fuera el sentido de la norma, no se hubiese necesitado siquiera de su consagración, el contenido sea tautológico y la norma sería un rey de burlas¹².

Esto es corroborado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

Por el otro lado, con el moderno principio de *favor victimae*, conforme al cual las dudas que puedan surgir a la hora de establecer la dimensión de la reparación han de resolverse en beneficio de quien injustamente sufrió el daño, por cuanto una definición contraria a la acabada de señalar restringiría, sin motivo racional alguno y en detrimento de aquel, sus posibilidades indemnizatorias -como ocurriría de aplicarse la postura objeto de esta rectificación-, al tiempo que supondría, aún contra las reglas

¹² GIL BOTERO, Enrique. Teoría de responsabilidad extracontractual del Estado, Medellín, Librería Jurídico Sánchez R. Ltda., 2001, 2ª ed., p. 39.

de la experiencia y en contravía del postulado de la equidad pregonado en la Ley 446 de 1998, que el **agraviado no quisiese el resarcimiento íntegro, sino uno parcial o fragmentario**¹³.

Para conseguir la verdadera indemnidad de la víctima, revalidado por el mismo artículo 206 en el inciso primero, al exigir en la presentación de la demanda la denominada vertebración del daño se debe, en sus términos, “*estimarlos razonadamente, (...) discriminando cada uno de sus conceptos*” a indemnizar, además atribuyendo a cada uno un valor determinado. De parte del Juez, el mismo código en el artículo 281, inciso primero, determina que “*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*”, según esto las pretensiones aducidas en la demanda lo son de manera indicativa y general, no como un límite inamovible.

No obstante, la norma del juramento estimatorio plasmada en el artículo 206 del C. G. del P. tiene su aspecto positivo al exigir la vertebración del daño o perjuicios discriminando cada uno de sus conceptos a indemnizar, evitando de esta manera una cifra global, por lo general exagerada, sin especificar qué la compone. Es la primera vez que en Colombia se exige la discriminación de los rubros indemnizatorios facilitando la ponderación por el Juez, el cual a un daño similar asigna una condena muy disímil entre una y otra.

Se constata que, durante un largo período, las resoluciones judiciales, haciendo uso de una gran discrecionalidad (que, en muchos casos, constituía arbitrariedad) fijaban cuantías muy diferentes para compensar supuestos similares y cantidades semejantes para compensar supuestos completamente diferentes, lo que comportaba un alejamiento del principio de igualdad (...), sometidos a los criterios personales de los Jueces y Magistrados que, haciendo uso de un poder discrecional, incurrían en desigualdades inherentes a tal forma de valorar, sin que se entienda por qué una misma lesión corporal puede ser compensada de diferente manera¹⁴.

Además, tiene su aspecto negativo al sancionar al demandante que sobreestime sus pretensiones ya sea que estas presenten una diferencia del 50% con lo que llegase a probar o cuando determinado rubro indemnizatorio no se llegare a probar, sin considerar ninguna sanción económica a la contraparte, es decir, demandados, terceros civilmente responsables y compañías aseguradoras; esto exclusivamente frente a los daños a las personas causados en su integridad, básicamente por lesiones personales y muerte.

En términos coloquiales se plantea que “*la culpa es del que pide o del que otorga*”. Si creemos que la culpa es del que otorga entonces se debe disciplinar al Juez, con el agravante de que no existen unos baremos (tal como sucede en España) o unas bases de datos confiables (como en Francia o Argentina). También consideramos que se debe sancionar no sólo al que pide mucho sino al que hace ofrecimientos irrisorios, como lo hacen generalmente las aseguradoras, incrementado la religiosidad sin facultar la conciliación o el arreglo extraprocésal. Por lo tanto, el Juez tendrá la posibilidad de otorgar una suma superior, en aquellos casos que se lo permita el haber probatorio.

En el presente estudio nos referimos exclusivamente a la incongruencia objetiva, es decir en los eventos en que se peca por exceso o por defecto en la condena de una indemnización: *ultra, extra o mínima petita*. Cabe señalar que el Juez sólo indemnizará los daños debidamente probados y que resulten ciertos, no la mera posibilidad o hipótesis de daño, teniendo en cuenta que el monto estimado por los actores no marca el límite de la pretensión y conceder más de lo pedido no importando el principio de incongruencia por *ultra petita*, dado que el Juez no está atado a los límites de la congruencia de su fallo, aspectos que se amplían a continuación.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de abril de 2009, M.P. César Julio Valencia Copete.

¹⁴ HERRADOR GUARDIA, Mariano José. Director, Daño, responsabilidad y seguro, Ed. Francis Lefebvre, 11 de noviembre de 2016. p. 628 y 629.

I. El juramento estimatorio no marca el límite de la pretensión, sino la entidad e intensidad del daño, siendo viable la condena *ultra petita*

El caso emblemático lo tenemos en la jurisprudencia de Argentina sobre la infección a una mujer titulado por la prensa argentina como: “*Millonaria indemnización a una mujer que, tras dar a luz, le amputaron sus miembros*”¹⁵ en el cual se analiza en extenso en el presente escrito sobre la responsabilidad médica, nexos de causalidad, su reclamo, condena e indemnización, mediante sentencia del 7 de septiembre de 2015 del Juez Nacional en lo Civil, Silvia Tanzi, donde los accionantes por daños y perjuicios estiman su cuantía en la suma de tres millones ochocientos cincuenta y ocho mil (\$3'858.000) pesos argentinos. En ampliación de la demanda formulan una nueva estimación de la cuantía del daño en la suma de ocho millones trescientos cincuenta y seis mil (\$8'356.000) pesos argentinos, fallando *ultra petita* por la suma total de dieciocho millones setenta y seis mil novecientos ochenta (\$18'076.980) pesos argentinos, o sea 4,6 veces la pretensión inicial equivalentes a más de *cuatro mil doscientos cincuenta millones de pesos colombianos*, exactamente a \$4.250'982.617,00 (un peso argentino a \$235,16 de 1 de febrero de 2016).

Consideramos que este caso es lo más grave que le puede suceder a una mujer que tras un parto normal el día 9 de mayo de su cuarto hijo, se le practica una nueva intervención en la que le amputaron un brazo el día 22 de junio y previo consentimiento de la paciente, se amputaron los restantes miembros el día 26 de junio, es decir, en el transcurso de 47 días después del parto queda sin ninguna de sus extremidades y con un bebé de los mismos días bajo la situación de “*amputar los cuatro miembros para salvarle la vida*”; generado por una bacteria denominada *estreptococo beta hemolítico del grupo A (ebhga)* que fue adquirida por esta mujer¹⁶.

En términos sencillos es como si en Colombia la demandante pide 100 millones de pesos y el Juez le concede 4,6 veces la pretensión inicial o sea 460 millones de pesos, en razón a que esta es la medida real del daño, de otorgarle solamente lo pedido simplemente sería una gran injusticia.

En otro escenario se infiere que para la H. Corte Suprema de Justicia tampoco constituye inconsonancia del fallo que se ordene una forma de reparación distinta de la solicitada en la demanda, toda vez que:

Según el principio dispositivo, el demandante en un proceso civil tiene derecho a establecer el límite de su pretensión y a reclamar que la reparación se haga de determinada manera; pero cuando el modo de resarcimiento que plantea es imposible de cumplir, o cuando resulta innecesario e inequitativamente oneroso, o cuando en criterio del Juez no es el más adecuado para garantizar la indemnización plena, entonces nada obsta para que el funcionario judicial imponga la forma de reparación que estime más conveniente, sin que ello signifique que esté fallando extra o *ultra petita*¹⁷.

Que el Juez se obligue de modo taxativo a aplicar una regulación que impide una reparación completa, donde la ley quedaba entronizada como principal y casi única fuente de los derechos, sería desconocer sus prescripciones, además de hacer prevalecer lo ritual por encima de la realidad concreta que se presenta ante ellos. Aunque sólo pueda advertirla y comprenderla una vez reconstruida la totalidad del cuadro probatorio.

[...] la cantidad que señaló fue solo una pauta o guía susceptible de modificación, toda vez que de modo expreso manifestó que el pago de los gastos de recuperación debía hacerse *'por el tiempo que se requiera, según el concepto médico y que inicialmente*

¹⁵ La Capital. Millonaria indemnización a una mujer que, tras dar a luz, le amputaron sus miembros. (En línea) Consultado el 01 de diciembre de 2016, En: <http://www.lacapital.com.ar/informacion-gral/millonaria-indemnizacion-una-mujer-que-dar-luz-le-amputaron-sus-miembros-n468880.html>

¹⁶ En el capítulo VI, “La Indemnización-Grandes Discapacitados” que se lo analiza en extenso, lo médico, la responsabilidad médica y del hospital, la indemnización analizada rubro por rubro entre lo reclamado y lo concedido por el Juez y su argumentación por cada rubro, en mi libro El Daño a la Salud, Leyer, 2016, p. 740 y ss.

¹⁷ C. Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de diciembre de 2012, proceso 05266-31-03-001-2004-00172-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.



estimamos en 24 meses. En este punto conviene aclarar que la ausencia de petición expresa de ciertos rubros no es impedimento para que el Juez los incluya en la Sentencia, si en la demanda se reclama en forma generalizada la reparación integral de los daños, o si se emplean palabras o expresiones que estén inequívocamente dirigidas a obtener el pago de una indemnización plena¹⁸.

Además del principio de reparación integral del daño, de su indemnidad total, de regresar al estado antes del daño o lo más cercano a este, tenemos el axioma según el cual *“se debe reparar el daño y nada más que el daño, ni más ni menos”*. La explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin causa a favor de la *“víctima”*, si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima. Por eso, en materia de indemnización del daño resarcible rigen los principios de la reparación integral y de equidad¹⁹. De otro lado está el aforismo según el cual *“todo aquél que cause un daño injusto debe repararlo”*, tendencia a partir de la cual la doctrina ha venido a determinar qué daños son injustos, pues este es el filtro que se utiliza para establecer los daños resarcibles, entendiendo por injusto que no exista ningún derecho para causarlo y que la víctima, sin tener el deber de soportarlo, vea afectado un interés tutelado.

La no reparación del daño sufrido implicaría la ruptura del orden social y la aceptación de la posibilidad ilimitada de causar daño, siendo necesario reparar, resarcir o indemnizar. Por lo tanto, es elemental establecer qué es lo que será reparado, resarcido o indemnizado; es decir, si efectivamente hay daño.

Siendo viable y legal el fallo más allá de lo pedido, *ultra petita*, es viable, que con el juramento estimatorio del Código General del Proceso se hace indispensable que los abogados litigantes y para quienes pretendan el resarcimiento de los perjuicios de tipo patrimonial conozcan el tema de la liquidación y cuantificación de los perjuicios con su correcta aplicación, acorde a los principios indemnizatorios, junto con la jurisprudencia de las altas cortes. No obstante, la discrepancia de algunas de sus decisiones incluso en una misma corte (a una persona por la pérdida de su extremidad inferior derecha con una disminución del 95% de la capacidad laboral le asigna cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes por daño en la salud y a otra persona a consecuencia del hecho dañoso queda en estado parapléjico con una disminución del 100% de la capacidad laboral le asigna doscientos (200) smlmv por daño en la salud)²⁰, sin desconocer su aporte; “escenario en donde la regulación legal no es suficiente al doctrinante le corresponde trazar esos caminos que la oriente”²¹.

Históricamente la jurisprudencia ha sido la encargada de concretar el alcance de la noción de daño y su tipología en cada momento histórico, de conformidad con los valores y principios en que se funda el sistema jurídico vigente y atendiendo al postulado de la reparación integral del perjuicio; lo que impide que se queden sin resarcimiento los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento constitucional y legal imperante. Ejemplo de ello es la consagración progresiva del daño moral, a la vida de relación y a los bienes jurídicos de rango constitucional como categorías autónomas de perjuicio indemnizable, los cuales fueron tenidos en cuenta por el sistema de la responsabilidad civil únicamente desde su incorporación por parte de la jurisprudencia, pues antes de dichas innovaciones simplemente no generaban la obligación de indemnizar.

En este punto cabe aclarar que para el derecho civil los preceptos constitucionales que tutelan bienes jurídicos particulares no son meros moldes arquetípicos o parámetros de interpretación, ni tan sólo principios que contienen mandatos de optimización que deben ser cumplidos en la medida de lo posible. Para el derecho civil, un derecho fundamental es un bien jurídico que goza

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ “Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. Ley 445 de 1998.

²⁰ Diferencia muy significativa transcrita en mi libro *El daño a la salud*, en el acápite “B. Inconveniencia del ‘daño a la salud’ como lo concibe el Consejo de Estado” de mayo de 2016, ed. Leyer, pág. 417 y ss., tomada de *Derecho de Daños*, tomo I, capítulo III Clasificación de los daños, numeral 4, pág. 74, y en el tomo II de *Derecho de Daños* “12. El ‘daño a la salud’ como lo concibe el Consejo de Estado, 2015, ed. Leyer,” pág.34 y ss.

²¹ GAVIRIA CARDONA, Alejandro, Manual de liquidación de perjuicios patrimoniales, ediciones Anaula, Junio de 2016. p. 5.



de protección por el ordenamiento positivo, por lo que posee contenido sustancial y su quebranto apareja la consecuente indemnización de perjuicios en razón del postulado general de no causar daño a la persona o los bienes ajenos²².

Por cuanto los bienes jurídicos protegidos por la Constitución y la ley son objeto de protección por el derecho civil, su vulneración apareja el consecuente resarcimiento en virtud del principio de reparación integral de los perjuicios; no hay ninguna razón para excluir del merecimiento indemnizatorio cuando a la pretensión sea menor a la entidad del daño: no puede colmarse con una regulación sectorial sometida a un excepcional principio de reparación fraccional (...), pues no puede aplicarse un estatuto de reparación parcial a unos daños que están legalmente sometidos a la reparación integral, ..., dado que está fuera de toda duda razonable que la integridad reparatoria constituye el quicio del derecho de la responsabilidad civil, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia en consonancia con un criterio ultra centenario, reafirmado de continuo²³.

Veamos si nuestro Código General del Proceso se encamina en dicho sendero respecto del juramento estimatorio, siendo una prueba de carácter obligatorio para quien pretenda el reconocimiento. Dentro de una demanda, del pago de una indemnización, compensación, mejora o fruto, requisito formal para la admisibilidad (Art. 82, C. G. del P.), su incumplimiento genera inadmisión (para que la subsane en el término de 5 días) y puede generar el rechazo (Art. 90, inc. 4, núm. 6 e inc. 5, C. G. del P.). Si no se aportó el juramento estimatorio, la contraparte puede proponer esto como una excepción previa que implica nulidad de lo actuado o rechazo de la demanda, pues el artículo 206 determina que dicho juramento hará prueba de su monto mientras se hubiere presentado de manera idónea y su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo, de ser objetada faculta al Juez a proferir un fallo superior a las pretensiones económicas y de otra parte, independiente de que se objete, debe sujetarse a lo probado, es decir, a la verdadera dimensión del daño.

II. Eventos de no aplicación de la sanción por juramento estimatorio y el fallo ultra petita

El juramento estimatorio es requisito de la demanda y a la vez una prueba de carácter obligatorio para quien pretenda el reconocimiento, dentro de una demanda, del pago de una indemnización, compensación, mejora o fruto. Por lo tanto, se reitera, de no prestar dicho juramento, según lo reglado en el C. G. del P., el Juez no podrá darle curso a la demanda.

Cuando se reclamen perjuicios el juramento no incluye los causados con posterioridad a la presentación de la demanda (inciso 6to, art. 206), y teniendo en cuenta que no se aplica a los daños extrapatrimoniales, en nuestro criterio los puede pedir y cuantificar en salarios mínimos mensuales legales vigentes en la presentación de la demanda. El Código General del Proceso, según algunas disposiciones aclaratorias con vigencia desde el momento de la promulgación del código (Art. 627), dispone de manera conclusiva que el juramento estimatorio es requisito de la demanda, contestación o petición correspondiente. Así resulta sin duda del contenido del art. 82 numeral 7, art. 90 numeral 6, art. 96 numeral 3, art. 283 y art. 284.

Las sanciones a demandantes previstas en el Código General del Proceso están en el párrafo único del artículo 206, que regula el medio de prueba del juramento estimatorio, al pago de una sanción, en dos eventos: a) al prever una sanción equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre el valor pretendido y lo probado; y b) del cinco por ciento (5%) del valor pretendido, en el evento que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios pero cuando sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte, como requisito de procedencia de la sanción. Por esta razón los reclamantes deben evaluar cuidadosamente qué suma están en condiciones de probar.

En el evento de que el juzgador acepte algunas pretensiones, pero niegue las demás, se podría inferir que no hay un actuar negligente, ni mucho menos temerario, dado que la pretensión prospera parcialmente, deviniendo inaplicable la sanción. En

²² HERRADOR, Mariano. Op cit. p. 628 y 629.

²³ MEDINA CRESPO, Mariano, Conservación y progreso en el nuevo baremo de tráfico: gozos y sombras por lo que se resarce y deja de resarcir, En: HERRADOR GUARDIA Mariano José. Daño, responsabilidad y seguro, Ed. Francis Lefebvre, 11 de noviembre de 2016, p. 259.



consecuencia, aplicaría cuando se nieguen la totalidad de la pretensión en donde no se alcanzó por lo menos a demostrar uno de los rubros indemnizatorios, daño emergente y lucro cesantes básicamente, sin incluir los extrapatrimoniales en razón a que se tasan bajo la discrecionalidad del Juez.

Sin embargo, con relación a la sanción prevista en los casos en los que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios, pese al obrar exento de culpa de la parte a la cual le correspondía hacerlo, la sanción se torna desproporcional, pues la falta de prueba puede deberse a la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba, como, por ejemplo, la muerte del testigo o la pérdida o deterioro de documentos²⁴.

Dicha sanción no aplica para los perjuicios extrapatrimoniales, *“El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales”* (Art. 206, inc. 5, C. G. del P.), además cuando se reclame la indemnización de daños extrapatrimoniales se tendrán en cuenta para efectos de determinar la competencia por razón de la cuantía, los parámetros jurisprudenciales máximos al momento de la presentación de la demanda (Art. 25, inc. 6, C. G. del P.); la objeción habilita al demandante para pretender y probar una suma mayor, sin sanción alguna, de tal manera que quien objeta deberá analizar cuidadosamente su estrategia.

Cuando se objete dicha estimación el Juez (Art. 206, inc. 5, C. G. del P.) puede fallar más allá de lo pedido. En nuestro criterio, lo mismo que cuando el Juez dispone la estimación, si el demandado objeta la estimación con explicación de la inexactitud que le atribuye, el juramento estimatorio pierde eficacia como prueba y es necesario acudir a otras pruebas, facultando al Juez a condenar por una suma superior a la estimada bajo juramento, sin aplicar sanción alguna al demandado dado que no consagró consecuencias adversas cuando el demandado objete y su objeción resulte infundada. De ser así, el demandante debe aportar o solicitar las pruebas para determinar el valor de los perjuicios (art. 206, inc. 2º C. G. del P.), y si logra demostrar que el valor real es igual o superior a la estimación realizada en la demanda, el Juez condenará al pago de la suma demostrada. Es decir, en la hipótesis expuesta, el Juez podrá condenar a suma superior a la que se estimó siempre que las pruebas así lo demuestren, siendo una decisión *ultra petita* que se autoriza en el inciso final del artículo 283 del Código General del Proceso consagra: *“En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”*, opera en consonancia con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

III. La sanción por Juramento Estimatorio

La sanción por juramento estimatorio reglamentada en el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso, adicionada en la Ley 1743 de 2014 por medio del artículo 13, modificando el juramento estimatorio, en adelante el inciso cuarto y el párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, queda así:

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

(...)

Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

²⁴ QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel, El juramento estimatorio en el Código General del Proceso, Legis on line, publicado el 04 de agosto del 2016.



Tenemos dos partes, la del inciso cuarto de sanción del 10% cuando excede la pretensión y la del párrafo del 5%, cuando no se prueba la pretensión. Se analiza este último y después el inciso.

IV. Sanción del 5%

La aplicación de la sanción prevista en el párrafo transcrito solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte, esta condición es fijada por la H. Corte Constitucional mediante sentencia C-157 y C-332 de 2013 declarando la exequibilidad condicionada del párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 del 2012, C. G. del P., bajo el entendido que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios que conduce a la negación de las pretensiones- *“no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de su obrar diligente y esmerado”*²⁵, afortunadamente esta condición se convierte en norma mediante la Ley 1743 de 26 de diciembre de 2014 (sobre nuevos recursos para mejorar el funcionamiento de la administración de justicia).

Esta ley además reglamenta el juramento estimatorio en dos aspectos: el primero, relacionado con el destinatario de las condenas impuestas, en vez del demandado como estaba en la ley inicialmente, al Consejo Superior de la Judicatura como consecuencia de la sobrestimación del valor de las pretensiones; consideramos que su destino debería ser a un fondo común para las víctimas tal como está reglamentado en Francia (Ley Badinter). El segundo, este muy importante, consiste en introducir en el texto legal, como condición para la procedencia de la sanción, la actuación negligente y temeraria de la parte que formuló el juramento, sin definir qué puede considerarse como actuación negligente y temeraria, dejando al Juez de manera discrecional definir qué situaciones o circunstancias cumplen esta condición para proceder a la sanción del 5% de lo no probado.

En consecuencia, lo que se sanciona es *“por la falta de demostración de los perjuicios, no por su sobrestimación”*, o sea, por la inexistencia del daño, porque el hecho dañoso es inventado siendo racionalmente imposible demostrarlo; mas no por pretender una indemnización exagerada, y dentro de ella la solicitud de los diferentes rubros indemnizatorios para su reconocimiento, valoración y cuantificación por el Juez. Para este último parámetro las condenas en abstracto están prohibidas, por lo cual al Juez le es permitido acudir al criterio de *“equidad”*. Sobre los rubros indemnizatorios se pueden solicitar todos los habidos y por haber, retomando el caso de fallecimiento de un ser querido además del daño emergente, lucro cesante y daño moral, es viable solicitar el daño a la vida de relación, al proyecto de vida, *“Daño a la salud”* como lo denomina últimamente el Consejo de Estado, daño sexual, daño psicológico y/o psiquiátrico, *“desequilibrio emocional”*, etc. sin que -en nuestro concepto- haya temeridad, la cual es inexistente dado que su ponderación es responsabilidad del Juez, quien los aprueba o rechaza si estos rubros no están soportados siendo simples afirmaciones sueltas, pero bajo ningún sentido constituyen temeridad, esta temeridad se genera por el daño inexistente mas no por su sobrestimación en su cuantificación y/o en la solicitud de rubros indemnizatorios, aspectos que el Juez debe ponderar, siendo por ello inaplicable la sanción del 10% que se analiza a continuación.

V. Sanción del 10%

El inciso tercero del artículo 206 del Código General del Proceso establece que *“Si la cantidad estimada **excediere** en el cincuenta por ciento (50%) a la que **resulte probada**, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio (...)”* (Negrilla fuera de texto).

La norma es clara, procede la sanción cuando exceda la cantidad estimada en el cincuenta (50%) a la que resulte probada, por lo tanto no aplica cuando la cantidad estimada o reclamada sea deficitaria, menor -como en el caso mencionado de la jurisprudencia de Argentina donde el Juez condena por 4,6 veces la pretensión inicial-, deviene inaplicable la sanción; argumento

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 2013.

que refuerza nuestra tesis: el juramento estimatorio no marca el límite de la pretensión sino la entidad e intensidad del daño, siendo viable que el Juez condene *ultra petita* y a la vez de gran utilidad para los litigantes de responsabilidad civil que estiman su pretensión muy por lo bajo o que, en términos comunes “*se queden cortos*”. Por ejemplo, la demandante estima su pretensión en 250 millones de pesos pero el dictamen de parte y del dictamen de oficio lo tasan en un mayor valor con un diferencia promedio de más de mil millones de pesos, sentenciando por el valor estimado en su pretensión o sea la suma 250 millones (ver Caso: Privilegio lo estimado de la pretensión y no el valor probado ostensiblemente mayor) demostrándose en el proceso una suma realmente mayor, so pretexto de lo estimado en demanda, o aún más grave que a la víctima no se le indemnizan los rubros a que tiene derecho, con la consecuencia de un enriquecimiento sin causa a su victimario o responsable civil del daño.

Entonces esta sanción se aplicaría cuando el litigante exagera su pretensión en relación a que lo probado resulte menor y esta diferencia supere el 50%. Consideramos que esta diferencia no debe ser de manera global sino por cada rubro indemnizatorio de manera individual dado que el Art. 206 del C. G. del P. exige una discriminación de los daños y perjuicios²⁶, resultado, una sanción menor. De otra parte, se deben excluir para el cálculo de la sanción los rubros indemnizatorios con su monto que se solicitaron, pero se negaron por falta de demostración de los perjuicios (con una sanción del 10 y 5% respectivamente). Por ejemplo, se solicitan 100 millones por daño estético que se niegan por falta de demostración en el entendido que el daño existe faltando su demostración dado que lo no existe no se puede demostrar. Salvo que el litigante se haya inventado el daño (el perjuicio), este es inexistente. Además, resulta desquiciado reclamar algo inexistente lo que sería -tal vez- la única razón para no poder demostrarlo. Situación muy diferente a que el daño existe pero no se logró probarlo o su cuantificación económica no se hizo, en tal evento el Juez debe aplicar el principio de equidad incorporado normativamente en el C. G. del P. en el artículo en el artículo 283 inciso final consagra: “*En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*”, tomado de manera íntegra de la Ley 446 de 1998 en su artículo 16 en donde la misma jurisprudencia nacional precisa: “*es posible acudir a la equidad para determinar el monto del daño, en aquellos casos límite, en que, habiéndose acreditado el perjuicio patrimonial, la determinación de su cuantía se torna extremadamente difícil, no obstante el cumplimiento de las cargas probatorias por la parte demandante*”²⁷.

VI. Lo que sucede en otros lares

En posición de JORGE PANTOJA BRAVO²⁸, se debe sancionar no al que solicite una pretensión alta o “*sobrestimada*” si su pretensión no prospera, sino a la parte responsable obligada a su pago como es el tercero civilmente responsable y la aseguradora, en especial la aseguradora, cuando hace ofrecimientos irrisorios, presionado que pagará cuando exista condena judicial, es decir que lo hará cuando en el proceso penal la sentencia esté en firme para dar vía al incidente de reparación integral. De esta manera se burla la acción directa de la víctima contra la aseguradora consagrada mediante la Ley 45 de 1990, que introdujo varias e importantes enmiendas al régimen del seguro de responsabilidad civil, estipulado en los artículos 1127 a 1133 de la codificación mercantil, con el propósito de otorgar una tutela eficaz a las personas lesionadas con la culpa del asegurado, a quienes dotó de instrumentos para obtener, de manera efectiva, la reparación del perjuicio recibido, que para su eficacia debe demandar civilmente ante la justicia ordinaria.

Sobre la sanción pecuniaria que debería ser solo aplicable a la parte obligada a su pago en responsabilidad civil como está legislado en Francia con la Ley Badinter (ley francesa 85-677 del 5 de julio de 1985), vigente a la fecha, que corresponde a un porcentaje del monto establecido en la base de datos AGIRA, *Association pour la Gestion des Informations sur le Risque Automobile*, además de obligar a su pago le quita el recurso de la segunda instancia, para de esta manera conminarlos a pagar indemnizaciones justas o por lo menos cercanas a la establecida en la base de datos, así:

²⁶ Art. 206. “*Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos*”.

²⁷ C. Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de febrero de 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, Exp. 11001-3103-004-2002-01011-01.

²⁸ PANTOJA BRAVO, Jorge. Derecho de Daños, Tomo I, II y III, Leyer, 2015.

[...] En el caso de una oferta insuficiente, la ley prevé²⁹; si el Juez al fijar en definitiva la indemnización, estima que la oferta propuesta por el asegurador era manifiestamente insuficiente, condenará de oficio al asegurador a entregar al fondo de garantía una suma a lo sumo igual al 15% de la indemnización concedida, sin perjuicio de los daños e intereses que en el caso se hayan infligido a la víctima. Situación que incentiva la transacción o conciliación extraprocesal de montos justos y descongestionando la justicia al evitar la fijación por vía judicial de la indemnización que es demorada³⁰.

Otra medida sería obligarlas a entregar a las víctimas un anticipo, generando el saldo de la indemnización un interés moratorio, tal como estaba legislado en España, ahora mediante la oferta de indemnización establecida mediante la Ley 35 del 22 de septiembre de 2015 de reforma a la ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Cabe observar en especial el artículo 7, que generaliza el sistema de oferta de indemnización o respuesta motivada; siendo su objetivo principal el de conseguir un resarcimiento justo, intentando restituir a la víctima a una situación lo más parecida posible a la gozada con anterioridad al accidente. Con ello quedan identificados nuevos perjudicados, se produce aumento de las indemnizaciones prestando especial atención a los casos de fallecimiento, incluyendo de igual manera nuevos conceptos resarcitorios como gasto médico futuro, lucro cesante, daños morales etc. Por ello el sistema de valoración va a apoyarse en los siguientes pilares: Principio de vertebración que vela porque se valoren por separado los daños patrimoniales y los no patrimoniales, y dentro de éstos aquellos conceptos perjudiciales.

Esta ley consagra además el *principio de reparación íntegra*³¹ que permite incrementar la protección a las víctimas mediante la garantía de una indemnización suficiente, lo que sitúa a España a la altura de las reformas que en el ámbito comunitario se han emprendido en relación con el seguro del automóvil. Esta reforma se hacía necesaria no sólo como intento de armonizar la responsabilidad civil a la del resto de la Unión Europea, sino en aras de conseguir una interpretación uniforme de las reglas del sistema español, velando porque a situaciones de hecho idénticas se le apliquen respuestas similares, evitando de este modo las incertidumbres a las que se venían sometiendo los perjudicados frente a las entidades aseguradoras. Cabe destacar que el nuevo baremo no sólo se aplica en el ámbito de los accidentes de tráfico, sino que la jurisprudencia también lo viene aplicando como criterio orientativo para aquellos supuestos en los que medie una mala praxis médica o a los daños sufridos por un accidente laboral, entre otros.

VII. La sanción no es la vía para desestimular la presentación de pretensiones sobrestimadas

El argumento principal y único que argumenta la H. Corte Constitucional de la aplicación de sanciones únicamente a la parte demandante que sobreestime su pretensión o resulte no probada, es la de desestimular la presentación de pretensiones sobrestimadas (C-157 y C-332, 2013). Creemos que por vía sanción no se logra esta finalidad, por el contrario se genera un efecto perverso de indemnizar el daño parcialmente limitado a lo estimado en el juramento, quitándole totalmente la connotación al vocablo “*estimado*” que significa que la cifra jurada puede resultar mayor o menor, es una cifra estimada, no un valor fijo, único e inamovible puesto que el artículo 206 en el inciso 5 del C. G. del P. establece una prohibición perentoria: “*El Juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio*”.

²⁹ Ley francesa 85-677 del 5 de julio de 1985 conocida como Ley BADINTER, articula 17 “*Si le juge qui fixe l’indemnité estime que l’offre proposée par l’assureur était manifestement insuffisante, il condamne d’office l’assureur à verser au fonds de garantie prévu par l’article L. 421-1 du code des assurances une somme au plus égale à 15% de l’indemnité allouée, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime*”.

³⁰ PANTOJA BRAVO, Jorge. *Derecho de Daños*, tomo I, ed. Leyer, 2015, p. 78.

³¹ La Ley 35 del 22 de septiembre de 2015 proclama los principios fundamentales del sistema de valoración en el Art. 33.1 y 2:

“1. La reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada constituyen los dos principios fundamentales del sistema para la objetivación de su valoración. 2. El principio de la reparación íntegra tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos. Las indemnizaciones de este sistema tienen en cuenta cualesquiera circunstancias personales, familiares, sociales y económicas de la víctima, incluidas las que afectan a la pérdida de ingresos y a la pérdida o disminución de la capacidad de obtener ganancias”.

Sobre la sanción al demandante la H. Corte Constitucional asevera que “es potencialmente adecuado para cumplir la finalidad de desestimular la presentación de pretensiones temerarias”³², conllevado a instaurar demandas reducidas y obligando a las víctimas a recibir una indemnización parcial. Esto a todas luces es injusto, repetimos que se debe sancionar no al que pida mucho sino al que hace ofrecimientos indemnizatorios irrisorios, como generalmente acostumbran las aseguradoras en su condición de tercero civilmente responsable. Sobre el papel de los seguros el doctor Mariano Medina Crespo es contundente:

[...] No han afectado a la sustancia del trágala normativo. Fenómeno consistente en que la norma ordena al asegurador que pague lo que él considera que debe pagar y que no pague lo que no quiere pagar; y ello mediante unos textos que, dictados por él, alcanzan el rango normativo (...), por la presencia del seguro porque el sector asegurador ambientó su conveniencia, gestionó su implantación y lo diseñó de acuerdo con sus cálculos financieros para incentivar su solvencia y garantizar sus rendimientos, se decía que se trataba **de evitar un plus resarcitorio**, pero se quería el minus al que se rendía disimulada pleitesía (...). Se trataba de que esa cuantificación se acomodara al negocio del seguro para evitar las intervenciones y las quiebras que, por cierto, no causaron nunca los siniestros, antes bien, fueron otras actuaciones siniestras las que determinaron esas situaciones de insolvencia³³. (Resaltado fuera de texto)

Afirmación que el Medina soporta en una sentencia del Tribunal Supremo de España, según la cual “el seguro se establece en función de la responsabilidad civil que ampara y no al revés”. Con base en esta el autor dice: “Como si lo recto fuera volver las cosas al revés; como si la lluvia cayera en función de los paraguas manejados; como si la lluvia de los daños tuviera que adaptarse a los paraguas del ingenio del asegurador”³⁴.

El argumento “de evitar un plus resarcitorio”, siendo infrecuente que se dé, se esgrime para justificar la sanción al demandante avalado por la H. Corte Constitucional, cuando asevera que la “finalidad de desestimular la presentación de pretensiones sobrestimadas o temerarias resulta acorde con el ordenamiento constitucional, toda vez que la norma demandada se refiere a las sanciones impuestas por la falta de demostración de los perjuicios”³⁵. Esto en vez de contemplar la necesidad de disciplinar a los jueces que aceptan y condenan por “pretensiones sobrestimadas”, con todo lo que ello implica, especialmente la inseguridad jurídica que se genera con la incerteza del monto a condenar, obstaculizando así el arreglo extraprocésal.

Resulta pernicioso que el Juez se obligue de modo taxativo a aplicar una regulación que impide una reparación completa, donde la ley quedaba entronizada con principal y casi única fuente de los derechos. El derecho ha mutado hacia un nuevo concepto que amplía el concepto de norma, no solo para superar la identificación de ley con legalidad sino también para incluir dentro de aquel a los principios³⁶. Esto exige que la interpretación de la ley sea hecha teniendo en cuenta no solo sus finalidades sino también, entre otras cosas, los principios entendidos como mandatos que requieren que algo (por ejemplo, la indemnidad de la víctima y la correlativa obligación de indemnizarla, el principio de no causar daño, la rectitud y buena fe procesales, o la voluntad de buscar empeñosamente la verdad de los hechos) sea cumplido en la mayor medida posible; es más, en el juramento estimatorio los sujetos destinatarios son, ni más ni menos, los jueces, y sería desconocer sus prescripciones el hacer prevalecer lo ritual por encima de la realidad concreta que se presenta ante ellos, aunque solo pueda advertirla y comprenderla una vez reconstruida la totalidad del cuadro probatorio.

Los bienes o intereses protegidos por el derecho no están tipificados en todos los casos, pues la voluntad del legislador ha sido siempre -según una tradición que se remonta a los orígenes de la codificación- dejar abierta tal posibilidad para que sean los

³² Según el Comunicado No. 13 de la Corte Constitucional de 21 de marzo de 2013.

³³ MEDINA CRESPO, Mariano, Conservación y progreso en el nuevo baremo de tráfico: gozos y sombras por lo que se resarce y deja de resarcir, en HERRADOR GUARDIA Mariano José. Director, Daño, responsabilidad y seguro, Ed. Francis Lefebvre, 11 de noviembre de 2016, p. 252.

³⁴ MEDINA CRESPO, Mariano. Op. Cit. p. 253.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-157, 2013.

³⁶ Al respecto ver el trabajo de William Jiménez Gil construye un mapa confiable de los pronunciamientos constitucionales, emitidos por la Corte Constitucional colombiana, y que “originalmente aparecían dentro del sistema jurídico colombiano como Principios Generales del Derecho Privado no escrito, pero incorporados como fuente final de cierre del sistema aplicado con base en la Ley 153 de 1887”. JÍMENEZ GIL, William. Entre reglas y principios. *Revista Misión Jurídica*, Vol. 1, No. 1, 2008, p. 15.

jueces quienes determinen en cada situación concreta qué eventos o consecuencias son dignos de ser considerados como **daños resarcibles**. Por ello los jueces de la República “detentan un poder discrecional de gran trascendencia, en cuanto a la valoración del merecimiento de tutela del interés vulnerado”³⁷. Siendo viable y legal el fallo más allá de lo pedido, o sea una condena *ultra petita*, es viable. De otra parte, indudablemente una de las cuestiones más prácticas a la vez que trascendente en el seguro en general, pero, sobre todo, en el de responsabilidad civil en particular, es la reparación del daño al tercero que sufre contractual o extracontractualmente un perjuicio, un daño como consecuencia de un hecho ilícito, causado por el asegurado y que debe resarcir una deuda o indemnidad frente al mismo y que precisamente constituye el objeto del seguro de responsabilidad civil.

El quid estriba en qué ganamos todos con la trascendencia de una interpretación uniforme de las reglas del sistema, que dote de certidumbre al perjudicado y a las entidades aseguradoras respecto de la viabilidad de sus respectivas pretensiones, garantizando una respuesta igualitaria ante situaciones idénticas, y que contribuya decisivamente a la rápida solución judicial o extrajudicial de los conflictos.

Situación que nos lleva a estudiar el principio de congruencia en la responsabilidad civil y el artículo 206 del C. G. del P. para concluir que el monto estimado por los actores no marca el límite de la pretensión y conceder más de lo pedido no importa incongruencia por *ultra petita*, dado que es el daño el que fija el límite teniendo en cuenta el principio de reparación integral, principio consagrado en el mismo C. G. del P. en el artículo 283 inciso final: “*En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*”; es lo correcto, dado que la indemnización es integral, la víctima debe quedar en la posición más cercana antes de daño, ningún daño debe quedar sin resarcir; para conseguir la verdadera indemnidad de la víctima tiene que procederse a la denominada vertebración del daño como lo establece el mismo artículo 206 del C. G. del P. de incluir la totalidad de los daños y perjuicios a indemnizar, atribuyendo a cada uno un valor determinado en sus términos. “*Deberá estimarlo razonadamente..., discriminando cada uno de sus conceptos*” a indemnizar, atribuyendo a cada uno un valor determinado, exigencia del Código General del Proceso. Dicha estimación de la cuantía no se reduce a la simple enunciación de los valores que se consideran son los correspondientes a los perjuicios, sino que es necesario explicar de dónde resultan, “punto en el que se debe aplicar la teoría de los daños y de la estimación del perjuicio”³⁸.

Al respecto, el siguiente análisis arroja luces sobre el tema:

El derecho de la víctima siempre debe ser indemnizada no es creación caprichosa o meramente producto de la razón humana, del voluntarismo. Un derecho injusto no es derecho o lo es sólo desde el punto de vista formal y no material; así como una sentencia injusta no es sentencia.

Dado que el responder no es un simple sancionar sino reconocer daños e indemnizarlos estableciendo la obligación de reparación del daño causado que comprende tanto el derivado de los actos ilícitos como igualmente de los lícitos, la responsabilidad puede definirse diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra; en tal sentido, varios tratadistas, especialmente de derecho civil, al analizar el tema de la responsabilidad, comienzan sus estudios definiendo o expresando lo que se entiende por la noción de responsabilidad, y la mayoría de ellos concuerda en decir que es la obligación que tiene una persona que ha inferido daño a otra, de reparar dicho daño.³⁹

Así, para Arturo Alessandri Rodríguez, “*en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor*”⁴⁰, en este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. Para los hermanos Mazeaud, “*una persona es*

³⁷ VISINTINI, Giovanna. ¿Qué es la responsabilidad civil? Bogotá: U. Externado de Colombia. 2015, p. 101.

³⁸ PINZÓN MUÑOZ, Carlos Enrique. “La reparación directa, aspectos procesales y probatorios”, 3ra edición, Ibáñez, 2016, p. 104.

³⁹ PANTOJA BRAVO, Jorge. *Derecho de Daños*, Tomo I, en el Capítulo I “*De la responsabilidad clásica al Derecho de Daños*”, Leyer, 2015, p. 41 y 42.

⁴⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981, p. 10.

responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro"⁴¹; en tal sentido Planiol y Ripert expresan que "existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra"⁴². Que aplica tanto en la responsabilidad contractual y extracontractual o aquiliana, y sobre el deber general de no causar daño, se ha expresado:

El deber general *neminem laedere* -no causar daño- es genérico; se aplica a las relaciones de los sujetos de derecho con independencia de que se hayan estipulado pautas de su conducta recíproca; es fundamento del orden jurídico y su violación genera responsabilidad como sanción. Por eso, el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana. El principio general del derecho de no dañar al otro hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado.

El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación -en sentido jurídico- de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama "responder" o ser "responsable" o tener "responsabilidad" por el daño padecido por otra persona. La obligación de reparar el daño ha sido considerada como una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal⁴³.

La palabra indemnización quiere decir que quien la percibe quede indemne y ello significa que abarca los perjuicios que se padezcan tanto en el orden material, en nuestros términos patrimonial, como en el moral (como categoría genérica, daños extrapatrimoniales), extendiéndose tanto al daño emergente como al lucro cesante; y, en concreto, en relación con la responsabilidad civil *ex delicto*, señala que el espíritu de los preceptos que integran dicha regulación es claramente extensivo, pues el legislador quiere que los perjudicados sean resarcidos de forma cabal e íntegra, alcanzándose la total indemnidad. Lo anterior con independencia del orden jurisdiccional en que se hayan de establecer, siendo necesario siempre analizar el principio de congruencia.

VIII. Ni el doble pago es legal, como tampoco lo es una indemnización reducida

Para evitar la indemnización minorada o menguada y la indemnización que duplique el daño al superponer o repetir idénticas partidas, conviene acudir al principio de la reparación plena o integral del daño; más allá de dogmatismos o de rotulaciones reduccionistas se debe indemnizar todo el daño injusto padecido considerando conceptual y dinerariamente los distintos rubros que lo integran.

Rubros indemnizatorios que se deben probar y, de ser posible, cuantificar, para que el Juez los identifique, diferencie, observe su identidad, alcance, evaluación concreta, los reconozca e indemnice. Lógicamente que no se pueden generar todos ellos, pero por lo general están presentes el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, por lo menos. La reparación del mismo debe efectuarse de manera integral, esto es procurando la mayor adecuación posible, en el caso concreto, entre el menoscabo y la indemnización.

Teniendo cuidado de caer en duplicaciones indemnizatorias, en excesos o demasías que transformen la reparación del Juez en una fuente de lucro para el damnificado y de injustificado agravamiento de la situación del deudor, pero también por la mezquindad a la que desembocan en una indemnización escasa o insuficiente, desde que al ser menor a la debida no es el equivalente al daño sufrido, y, por ende, no lo repara íntegramente, sufriendo un menoscabo en la esfera del damnificado. Tan solo la reparación

⁴¹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León, TUNC, André, "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil", Buenos Aires, EJE, Argentina, Tomo I, volumen I, 1961, p. 7.

⁴² PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado práctico de derecho civil francés*, Tomo VI. *Las obligaciones*, Primera Parte, Habana, Ed. Cultural La Habana – Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz - Con el Concurso de René Savatier, 1946, p. 664.

⁴³ *Ibidem*, p. 43 y 44

jurídicamente plena o integral, que no es otra cosa que la indemnización o el equivalente dinerario en la medida de lo justo (equitativo) para el caso determinado.

El hecho de que las normas relativas a la responsabilidad civil extracontractual tengan una función indemnizatoria, obliga a distinguir -afirma Luis Díez Picazo- nítidamente "Derecho de daños y derecho de enriquecimiento". No pertenecen al primero, sino al segundo, la normas cuyo objeto es la reintegración o restitución de valores patrimoniales obtenidos mediante el ejercicio indebido de un derecho ajeno⁴⁴.

El principio general es que el responsable debe resarcir todo el daño ocasionado con el acto ilícito, teniendo en cuenta que la finalidad de la indemnización es procurar restablecer, tan exactamente como sea posible, el equilibrio destruido por el hecho ilícito, para colocar así a la víctima en la misma o parecida situación patrimonial a la que se hubiese hallado si aquel no hubiese sucedido, bajo el lema de "*se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado*" pone de relieve la naturaleza cierta y exclusivamente resarcitoria de la acción de responsabilidad. Se trata, en definitiva, de indemnizar "*todo*" el daño causado, pero no más. En la tarea de fijar el alcance y cuantía de la indemnización, lo que se procura es no trasponer o fugarse de la equidad y justicia, acotada, por un lado, por el principio de reparación integral y plena, y por otro, por el que impide lucrar con el daño sufrido, de manera tal que el perjudicado no quede ni más pobre ni más rico de lo que hubiera sido de no acaecer el evento dañoso.

Como regla, el daño debe medirse por lo que específicamente ha producido a quien lo ha padecido, "*el resarcimiento entendido como la reparación que corresponde a la medida del daño*"⁴⁵; esto impone, consecuentemente, asegurar al responsable que su obligación no habrá de asumir un límite mayor del daño causado. Insistimos en que, desde una perspectiva netamente resarcitoria, el hecho dañoso no debe convertirse en una fuente de enriquecimiento para la víctima y de correlativa expoliación para el dañador. Las reglas que regulan la extensión del resarcimiento se orientan hacia esa finalidad, al menos en el plano de los principios universales. El clásico francés Ives Chartier expresa de manera general que conduce a la aplicación de cuatro reglas fundamentales: el daño debe ser fijado al momento de la decisión; la indemnización no debe ser inferior al perjuicio; la apreciación debe formularse en concreto y la reparación no debe ser superior al daño sufrido. (1983,165).

IX. Debe repararse el daño, todo el daño y nada más que el daño

La responsabilidad civil, concebida *lato sensu* como la obligación de reparar, resarcir o indemnizar un daño causado injustamente, encuentra venero en la eterna búsqueda de la justicia, equidad y solidaridad para restablecer el equilibrio alterado con la conculcación de la esfera jurídica protegida por la norma.

La consecuencia jurídica inmediata de que exista un daño resarcible, siempre que el mismo haya sido debidamente probado por la víctima, es la reparación correspondiente. En otros términos, la reparación es el fenómeno que se produce como reacción del derecho al hecho de que una persona le cause daño a otro, tal como lo prevén los artículos 2341⁴⁶ y 2356⁴⁷ del Código Civil estableciendo la obligación reparatoria "*para el que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro...*" (Art. 2341) y que "*... todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta*" (Art. 2356). Por su parte el artículo 1494 del Código Civil, dentro de las fuentes de la relación obligatoria, entre otras enuncia, el "*hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos*" y, en consecuencia, la obligación de repararlo. En el campo penal, el artículo

⁴⁴ DÍEZ PICAZO, Luis y DE LEÓN, Ponce, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas S.A, 1999, p. 48.

⁴⁵ DE CUPIS, Adriano. *El daño*, Ed. Bosch; España, 2ª edición, 1975, p. 753.

⁴⁶ "Art. 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

⁴⁷ "Art. 2356. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego. 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche. 3. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino".

94 del Código Penal prescribe que *“la conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquélla”*, y los artículos 95 a 97 del mismo código hacen alusión a los daños patrimoniales (materiales) extrapatrimoniales (inmateriales), el artículo 96 establece: *“Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder”* y en el artículo 97 la tasación de los daños hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes⁴⁸.

Estas normas admiten en forma implícita que la valoración del perjuicio y su cuantificación deben efectuarse en el caso concreto, en función del interés conculcado y del perjuicio que deriva de tal situación, así como a los perjuicios colectivos. Diferenciando la responsabilidad civil de la penal; es así como el daño determina la medida de reparación bajo el principio de raigambre jurisprudencial que *“se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado”*, que acude la doctrina francesa, en el sentido de que debe repararse el daño, todo el daño y nada más que el daño (*le dommage, tout le dommage, mais rien que le dommage*), ni más ni menos (*tout le préjudice et rien que le préjudice, pas plus; pas moins*)⁴⁹ que se plasma en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 transcrito en su totalidad en el Código General del Proceso en el artículo 283 inciso final: *“En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”*, complementándose en los artículos 2342, 2343 y 2344 del Código Civil.

Ahora bien, ¿Por qué se debe responder cuando se causa un daño? La explicación tradicional del fundamento de la responsabilidad civil, la basan en el principio de justicia que impone la necesidad de restablecer el estado anterior o a la situación más cercana antes de la lesión causada injustamente, *“la mira del legislador es la de proteger a la víctima de un hecho dañoso, si el hecho del accidente deja a la víctima en condiciones inferiores a las que tenía antes de ocurrir el accidente, indudablemente hay obligación de indemnizar”*⁵⁰. Indemnizar es volver al otro *“indemne”* (intacto, íntegro) en lo más cercano posible, o en que *“la sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética”*⁵¹, afirmaciones todas correctas no pudiéndose discutir su acierto dada su obviedad. *“Hay, desde luego, un sinfin de sentencias que proclaman la vigencia del principio de la reparación completa, enlazando con una tradición supercentenaria que siempre ha sostenido que la indemnidad constituye el designio del derecho de la responsabilidad civil”*⁵².

Como ya lo expresamos, los bienes o intereses protegidos por el derecho no están tipificados en todos los casos, pues la voluntad del legislador ha sido siempre *-según una tradición que se remonta a los orígenes de la codificación-* dejar abierta tal posibilidad para que sean los jueces quienes determinen en cada situación concreta qué eventos o consecuencias son dignos de ser considerados como daños resarcibles. Por ello los jueces de la República *“detentan un poder discrecional de gran trascendencia, en cuanto a la valoración del merecimiento de tutela del interés vulnerado”*⁵³, puesto que el exceso de ritualidad, el formalismo sin sentido y la reverencia irreflexiva hacia las reglas, significa desconocer que entre las tareas más altas que han sido confiadas a un Juez, cualquiera sea el fuero en que se desempeñe, está la de juzgar con equidad preservando el principio secular de la reparación integral.

X. El principio de la congruencia en la responsabilidad civil

De conformidad con la jurisprudencia vigente sobre el principio de congruencia, la causal se configura en los siguientes casos: a) cuando en la sentencia se decide o concede más allá de lo pedido, o sea *ultra petita*; b) cuando el fallo recae o decide sobre

⁴⁸ “Art. 97. Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el Juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los daños materiales deben probarse en el proceso”.

⁴⁹ LAMBERT FAIVRE, Yvonne, “L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation”, en *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1987, pp. 1 y ss.

⁵⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, T.I, Legis, 2007, p. 398.

⁵¹ DE ÁNGEL YAGUÉS, Ricardo. “Tratado de Responsabilidad Civil”. Editorial Civitas SA, Madrid, 1993, p. 13.

⁵² PANTOJA, Jorge. Op. cit. Tomo I. p. 308 y 309.

⁵³ VISINTINI, Giovanna. Op. cit. p. 101.



puntos no sometidos al litigio, es decir, de manera *extra petita*; c) también se presenta incongruencia cuando se decide con base en '*causa petendi*' distinta a la invocada por las partes; y, d) cuando el pacto compromisorio se refiere a controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal.

En otros términos, para que la sentencia no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad y resultar armónica con las pretensiones formuladas en la demanda, los hechos puestos en conocimiento por las partes en las oportunidades que el ordenamiento procesal contempla, y las excepciones que hubieren sido alegadas o resulten probadas; y dentro de los límites previstos celebrado por las partes, en la ley y en la Constitución Política, fuentes estas que otorgan y enmarcan la competencia de los jueces.

No se produce incongruencia porque la sentencia recurrida conceda una cantidad superior a la que se había pedido en la demanda, teniendo en cuenta que el suplico de la demanda contiene una serie de peticiones subsidiarias por lo que no se produce la incongruencia o la cantidad *-pretensión-* que señaló fue solo una pauta o guía susceptible de modificación.

Se infiere que el aludido postulado propugna por asegurar los derechos de defensa y de contradicción en cuanto impide que al convocado a un litigio se le sorprenda por el juzgador con hechos o peticiones no alegadas, respecto de las cuales careció de oportunidad para confutarlas, resultando admisible para su demostración, la confrontación o parangón entre lo resuelto en el fallo, con lo planteado en la respectiva demanda, o con el escrito de excepciones de mérito, o con los hechos demostrativos de alguno de tales medios enervantes que deban ser reconocidas de oficio; resultando eficaces las expresiones "*o la que se pruebe*", o "*la que resultare probada*", o "*la que se probare en el proceso*". En tal sentido la H. Corte suprema de Justicia en Sala de Casación Civil con ponencia del doctor Luis Alonso Rico Puerta⁵⁴ en Sentencia del 7 de diciembre de 2016 hace alusión a que la Corte modificó la doctrina del sobre el particular venía aplicando la Corte suprema de Justicia de la Sala de Casación Civil en Sentencia del 15 abril de 2009 se sostuvo:

Al contrario de lo que en el pasado estimó, la Corte considera ahora que en aquellos asuntos en cuya demanda, reforma o sustitución de esta, la parte actora pretenda condenación por una suma explícitamente determinada, pero acompañada de expresiones como las particularizadas arriba, (tales como, "o la que se pruebe", o "la que resultare probada", o "la que se probare en el proceso", o cualquiera otra de similar contenido), que son las palabras con las que de modo usual se formulan o plantean las súplicas que tengan como propósito una condena pecuniaria, ninguno de esos agregados se puede concebir como dependiente o subordinado de la cifra expresada que a su alrededor se hubiere manifestado; todo lo contrario, una cabal comprensión del tema permite admitir que dichos complementos la modifican de tal manera que amplían el espectro dentro del cual el juzgador válidamente puede o debe moverse, hacia arriba o hacia abajo de esa cuantificación, sin caer, desde luego, en una resolución infra petita o plus petita, pues en tal supuesto está limitado, eso sí, solo por el importe probado a través de los diversos elementos de convicción incorporados al plenario.

Este es, desde luego, el sentido lógico y coherente de las mencionadas locuciones, en tanto están llamadas a representar el verdadero querer del promotor de la causa judicial cuando las súplicas fueren formuladas de la anotada manera; y es bajo el entendimiento que se viene sustentando como ellas adquieren su verdadera eficacia, su importancia y real concreción, pues, con arreglo a esta nueva posición, si las mismas no aparecen en el escrito contentivo de las pretensiones al Juez le estará vedado sobrepasar el monto allí indicado, más si llegaren a ser incluidas este entonces no estará supeditado a la cuantía que le haya sido expresamente demandada, puesto que con el presente cambio tendrá la posibilidad de otorgar una suma superior, en aquellos casos que se lo permita el haz probatorio; expresado de otro modo, las memoradas frases resultarán provechosas bajo la doctrina que ahora se prohija, porque si están incluidas en la súplica respectiva y si el acopio probatorio permite establecerlo, harán posible imponer una cifra mayor de la que en términos numéricos la parte actora haya solicitado⁵⁵.

⁵⁴ Nombrado en la Corte desde el mes de abril de 2016 proviniendo de la academia como docente prestigioso de la Universidad de Medellín de la Maestría de Derecho, en donde el autor fue docente en dicha Maestría en 2016.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de abril de 2009, M.P. César Julio Valencia Copete.

La excepción consagrada al artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y al artículo 281 del Código General del Proceso, normas que prevén el principio de la congruencia, ambos con similar redacción *-salvo lo relativo a los asuntos de familia y agrarios y a la oportunidad para alegar hechos sobrevinientes a la demanda-*, que prohíbe al Juez fallar *extra* o *ultra petita*, es decir, por fuera o por más de lo pedido, en la medida en que, si media objeción o si se demuestran perjuicios causados con posterioridad a la demanda, tal limitación desaparece, lo cual supone una alteración sustancial al instituto de la congruencia, pues recuérdese que la posibilidad de fallar por más y aún por fuera de lo pedido sólo se consagró en beneficio del demandado, a quien, tanto el artículo 305 del C.P.C. como el 281 del C. G. del P., permiten probar hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, siempre que hubiesen sido alegados a más tardar en el alegato de conclusión o que la ley permita considerarlos de oficio (art. 306 C.P.C. y art. 282 del C. G. del P.) y aparezcan debidamente probados en el proceso, regla que supone un mayor equilibrio procesal y un avance en materia de acceso a la administración de justicia.

Por su parte el art. 281 del C. G. del P. consagra de entrada, en su primer inciso: *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”*; tal vez, en aparente contradicción con su inciso segundo que establece: *“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta”*, y con el inciso tercero *“Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último”*, en nuestro criterio, por orden de precedencia para su consideración y aplicación se impone, siendo aplicable el inciso segundo donde los hechos y las pretensiones son claras, que no hay asomo de duda, como es en los títulos ejecutivos en donde la ejecución es única por determinado valor y solo por ese valor; y en su inciso tercero, no hay reparo dado que lo probado es menor, es correcto, aunque no compartimos la sanción, como ya lo expresamos, se debe sancionar no al que pide mucho sino al que ofrece muy poco, como sucede en el ordenamiento francés y la exigencia de la oferta indemnizatoria en España por parte de la compañía aseguradora.

En consecuencia, para poder inferir si existió o no incongruencia entre lo concedido en el fallo y lo solicitado en la demanda, no bastará con examinar las cifras que se hayan reclamado en el libelo, sino que esas cantidades deberán ser analizadas en el contexto íntegro de la pretensión y de conformidad con la verdadera intención que a ella subyace, lo cual se consigue a partir de la dimensión del daño *-ni más ni menos-* atendiendo al principio de la reparación integral, dado que es el daño el que da inicio a la acción.

XI. Monto de la pretensión es limitado únicamente por lo que llegare a probarse

Es claro, que el Juez puede fallar *ultra petita*, más allá de lo pedido, limitado a lo que resulte probado. Al abrirse paso este nuevo entendimiento, se le quitan al Juez las amarras que lo ataban a la absurda posición de no condenar por encima del importe determinado, ya que, si el libelo no albergaba alguna de las citadas expresiones *“o lo que resulte probado”*, bajo esa interpretación a él no le era dable imponer suma superior a la abiertamente indicada en la súplica respectiva, más si las ostentaba, de igual modo se encontraba sujeto al *quantum* demarcado. En ese orden de ideas, resultaba que con arreglo a tal postura daba igual que esos agregados se insertaran u omitieran, por cuanto en nada afectaba lo uno o lo otro, de nada servían tales complementos y, por tanto, afloraban inútiles, posición que fue superada por la jurisprudencia de antaño. Afortunadamente la H. Corte Suprema de Justicia fija una nueva posición en sentencia del 15 de abril de 2009, (citada en el numeral anterior).

Por tanto, si al decir del Estatuto Procesal Civil, *“[...] La sentencia deberá estar en consonancia...”*, en particular, con *“las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades...”* que dicho código contempla, y si en el acto introductorio la parte demandante deprecó que se ordenara a la demandada a pagar, por concepto de la indemnización de perjuicios, la cantidad de dinero allí dicha en una cifra concreta, o *“la suma que se probare”*, con arreglo a la doctrina que ahora rectifica el juzgador, de hallarse demostrado dentro del proceso por tal concepto una cuantía superior a la que de aquel modo el actor hubiera

determinado, tendrá forzosamente que imponer la condena por la suma así probada y no por la cifra exacta fijada, porque, ha de reiterarse, al haberse invocado en la pretensión la condenación a cargo de la opositora por la cantidad precisa aducida o “*por la que se probare*”, él Juez no tendrá ninguna restricción legal para disponerla en la extensión real y efectivamente demostrada. Aún de este modo estará pronunciándose dentro de los precisos límites trazados por el mentado precepto normativo; antes bien, si en tal supuesto, esto es, de encontrar evidenciado un *quantum* mayor del expresamente pedido en el libelo, llegara a reducir la condena al guarismo explicitado en la demanda, incurrirá en un fallo incongruente, por mínima *petita*, por cuanto en tal hipótesis la definición de la controversia judicial no estará en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades legalmente previstas.

A su vez, el H. Consejo de Estado sobre el verdadero alcance del principio de la reparación integral indica que se debe buscar en la posibilidad de que sea de la esencia que el daño se cubra integralmente. Frente a situaciones donde el Juez descubra que la intensidad y naturaleza del daño va más allá del *petitum*, o que no fue pedido separadamente ¿podrá desconocer dicha realidad y condenar sólo por lo pedido? La respuesta es negativa.

Así lo consideró la Sección Tercera del H. Consejo de Estado en sentencia del 20 de febrero de 2008, al hacer prevalecer el cumplimiento cabal del principio de reparación integral en la cual se declaró solidariamente responsable a la Nación -Ministerio de Defensa, Policía Nacional- y al municipio de Tuluá, Valle del Cauca, por la muerte de dos hermanos, quienes fueron secuestrados el 27 de enero de 1995, cuando se encontraban privados de la libertad, y fueron posteriormente asesinados.

En el fallo en cuestión se condenó a los demandados al pago de perjuicios morales y materiales a favor de los familiares de las víctimas y, adicionalmente, a que realizaran una serie de medidas de carácter simbólico, tales como el solicitar excusas en una ceremonia oficial, la publicación de la sentencia en el comando de la policía donde ocurrieron los hechos y la implementación de programas de promoción y respeto a los derechos de las personas.

Por lo tanto, es deber del Juez, en estos eventos, no solo limitarse a decretar indemnizaciones monetarias -a partir de la aplicación de bases y criterios actuariales, sino que, su obligación, es integrar las medidas con que cuenta a partir del ordenamiento jurídico interno en su plenitud, como del internacional, con miras a que el restablecimiento derivado de una vulneración a los derechos humanos sea materializado⁵⁶.

En la misma sentencia se deja en claro que no se vulneran los principios de jurisdicción rogada y de congruencia, toda vez que por la naturaleza de la violación el ordenamiento jurídico interno debe ceder frente al internacional, lo que implica adoptar las medidas necesarias prescritas por este último. Allí se precisó:

De otra parte, las medidas que puede adoptar el Juez, dirigidas a la reivindicación de los derechos humanos transgredidos en un determinado caso, no desconocen la garantía fundamental de la *no reformatio in pejus* (relacionado íntimamente con el de congruencia), en tanto no suponen la modificación o el desconocimiento de los límites trazados por la causa *petendi* de la demanda, sino que dichas medidas conmemorativas, simbólicas, o de no repetición de la conducta, suponen una labor pedagógica e instructiva encaminada a sensibilizar a las entidades públicas y a toda la población, acerca de la importancia del respeto de las garantías fundamentales del individuo⁵⁷.

El Consejo de Estado ha delimitado el principio de reparación integral, así como su contenido y alcance frente a otros principios de índole procesal, en los siguientes términos:

En todo proceso en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado, será posible deprecar medidas de reparación integral, con miras a que se restablezca el *statu quo* preexistente a la producción del daño.

⁵⁶ C. de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, rad. 16.996, C.P. Enrique Gil Botero.

⁵⁷ Ibidem.



En consecuencia, siempre será posible que en las demandas de reparación directa los demandantes formulen pretensiones dirigidas o encaminadas a la reparación *in integrum* del perjuicio, incluso reparaciones *in natura*. No obstante, en estos supuestos, el Juez estará siempre vinculado por el principio de *congruencia procesal* y de la *no reformatio in pejus*⁵⁸.

El anterior ejemplo, así como otras jurisprudencias del Consejo de Estado, muestran una fuerte dinámica de innovación en materia de indemnizaciones y dan cuenta de un panorama auspicioso en el desarrollo y aplicación del principio de reparación integral. Sin embargo, no puede olvidarse, en ningún momento, que el núcleo central del régimen de responsabilidad estatal, establecido por la Constitución Política de 1991, en su artículo 90, son las víctimas de los daños antijurídicos y que su resarcimiento debe guiarse, siempre, por los principios de la justicia material y de equidad.

En aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que establece el principio de reparación integral la jurisprudencia ha dado aplicación al reconocimiento de perjuicios cuando a pesar de no haberse solicitado expresamente en la demanda, de su contenido se infiere tal solicitud y además se encuentre debidamente probado, en especial al daño a la vida de relación o alteraciones a las condiciones de existencia o anteriormente daño fisiológico, en relación con el reconocimiento oficioso de este tipo de perjuicios⁵⁹, el Consejo de Estado precisó:

Si bien es cierto que la reparación de este perjuicio no fue solicitada expresamente en la demanda, la Sala reitera lo que ha afirmado en decisiones anteriores en el sentido de que el perjuicio fisiológico -hoy denominado daño a la vida de relación⁶⁰ o alteración de las condiciones de existencia-, debe ser indemnizado cuando el mismo se encuentra debidamente acreditado, aunque no haya sido pedido en la demanda⁶¹.

En fallo del 19 de octubre de 2011 expresa:

La Sala en aplicación del principio de reparación integral, y a lo consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, ordenará unas medidas de satisfacción, teniendo en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la '*restitutio in integrum*', máxime cuando existe la vulneración a un derecho humano⁶².

Este concepto de fallo más allá de lo pedido (*ultra petita*), es diferente de que alguna materia quedó sin resolución (*citra petita*), o porque la sentencia se remontó a aspectos ajenos al debate (*extra petita*), cada uno de ellos tiene sus connotaciones específicas.

XII. El destinatario de las sanciones debe ser un fondo para la indemnización de víctimas

El beneficiario del pago del valor de la sanción deja de ser la contraparte y pasa a ser del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial o quien haga sus veces.

Consideramos que lo correcto, según el derecho comparado, en especial Francia y España, es que esa sanción vaya a un fondo para el pago de víctimas cuando su causante sea un insolvente y sin seguro alguno, o cuando no se pudo determinar un responsable civil, ya sea un tercero o una aseguradora; me refiero exclusivamente a las víctimas de los delitos culposos ya sea por lesiones personales o muerte, generados por un accidente de tránsito o por responsabilidad médica⁶³ en general, en las cuales

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, Exp. 17994. Ver de igual manera: sentencias del 20 de febrero de 2008, Exp. 16996 y del 19 de agosto de 2009, Exp. 18364.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de agosto de 2000, Exp. 12718.

⁶⁰ Consejo de Estado, sentencia del 19 de julio de 2000, Exp. 11.842.

⁶¹ Al respecto pueden consultarse sentencias del 18 de febrero de 1999, Exp. 12.210; del 3 de mayo de 1999, Exp. 11.169 y del 2 de marzo de 2000, Exp. 11.250 del Consejo de Estado.

⁶² Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 19 de octubre de 2011, rad. 68001-23-15-000-1999-00606-01 (20861).

⁶³ PANTOJA BRAVO, Jorge. El Daño a la Salud, Leyer, 2016.



desde el primer día del hecho dañoso el monto indemnizatorio genera intereses, y si su pago es obligación de una entidad de seguros, a partir del primer mes, o sea después de los 30 días de no efectuado su pago. Estos intereses son moratorios o sea a la una y media veces de la tasa de interés corriente respecto de las víctimas y/o beneficiarios; ilustro lo anterior con un análisis del libro Derecho de Daños, en el cual se dijo:

Además de la función indemnizatoria el nuevo derecho de daños tiende no sólo a reparar los daños ya ocurridos, sino a prevenir los futuros, siendo indudablemente preferible evitarlos que repararlos, la participación del Estado es muy importante; sólo los instrumentos que suprimen las fuentes de peligro, o de daño, resultan idóneos para satisfacer globalmente a los grupos sociales que en estos casos se encuentran interesados en forma colectiva; pretendiendo por la socialización del riesgo con políticas de aseguramiento globales y la conformación de fondos que garanticen la reparación de las víctimas sino plena por lo menos parcialmente; junto a la sanción penal debe ir necesariamente la respectiva indemnización. *'Estaba bailando y lo último que recuerdo es que un tipo empezó a disparar al aire, muy borracho, para celebrar la Navidad -narra John-, quien luego de tres años todavía tiene en su cuerpo la bala que lo dejó cuadripléjico. Me desperté en la camilla de un hospital y no podía moverme. Me dijeron que habían pasado tres días y que había quedado invalido'*. Dice el joven de menos de 20 años de edad, deportista, quien había ganado tres campeonatos de microfútbol. La persona que festejó de esta manera, cuyo resultado no se lo representó ni tuvo intención de causar daño, es condenado a 11 años de cárcel, condena que es ratificada por la Corte Suprema de Justicia en el año 2010.

En el 2008 el Juez de primera instancia le impuso una condena de 20 años de prisión por el delito de tentativa de homicidio agravado. Los testimonios de varios asistentes a la fiesta -que afirmaron que el hombre intentó escapar después del incidente- fueron claves durante el juicio. Sin embargo, la decisión del Juzgado 32 penal del circuito fue apelada y llegó al Tribunal Superior de Bogotá, que cambió el delito a tentativa de homicidio simple. La pena pasó de 20 a 11 años. En un nuevo intento por tumbiar la condena, el implicado interpuso un recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia, argumentando que los testigos en su contra eran poco confiables, pues habían consumido licor esa noche de Navidad. La Corte desechó el recurso y dejó en firme la condena de 11 años de prisión, *"(el implicado) plantea su propia valoración de las pruebas (...) No expresa argumento alguno que haga evidente cuál fue el error cometido por el Tribunal (...) Es una demanda carente de los mínimos requisitos para la impugnación"*, consideró la Corte⁶⁴.

Desde el Derecho de Daños, el Estado debe ir más allá de la sanción penal, el satisfacer una indemnización, inicialmente por el implicado que de tener medios económicos lo hará, pero en los casos de balas perdidas cuando no se encuentra al causante, que de ser un agente del Estado se ejercita la acción directa, pero si es una persona del común, el Estado debería responder por medio de un fondo, similar por ejemplo a cuando el responsable es un "vehículo fantasma". Con mayor razón si el Estado condena a una persona, y esta resulta ser insolvente, debe indemnizarse al afectado por cualquier medio, la sola sanción social es insuficiente.

De qué le vale al joven cuadripléjico del caso mencionado que la sanción sea de 11 años o de 20 años, o más años o menos años, esto no cambia su situación en absoluto. Para el joven es insuficiente. En algo mitigara su situación si la dignísima alta Corte, hubiese condenado a un ente oficial (llámese alcaldía, gobernación, policía o cualquier otro) a sufragar una pensión vitalicia, por lo menos, de un (1) salario mínimo legal mensual; para remediar esta situación es que se hace necesario la creación de un fondo para las víctimas como en el caso relatado.

Las sanciones penales tienen una función esencialmente punitiva y represiva, el fundamento de tal autoridad, como lo precisa la doctrina 'reside en un motivo de orden público sumamente simple. Los tribunales represivos, cuando resuelven la acción pública, fallan dentro de un interés social; no juzgan entre dos partes determinadas, sino entre una parte y la sociedad entera'⁶⁵. Lo que

⁶⁴ PANTOJA BRAVO, Jorge. *Derecho de Daños*, Tomo I, en el Capítulo I "De la responsabilidad clásica al Derecho de Daños", Leyer, 2015, p. 15 y 16.

⁶⁵ Mazeaud, Mazeaud y Tunc. Op. Cit. p. 354.



deciden para fallar sobre la acción pública debe, pues, imponerse a todos. A su vez la responsabilidad civil intenta asegurar a las víctimas la reparación de los daños privados que le han sido causados tratando de poner las cosas en el estado en que se encontraban antes del daño y reestablecer el equilibrio que ha desaparecido entre los miembros del grupo. Por estas razones, la sanción de la responsabilidad civil es, en principio, indemnizatoria y no represiva.

XIII. Prueba del perjuicio patrimonial y su cuantía procesalmente son diferentes

Hay que puntualizar que, desde el punto de vista procesal, una cosa es la prueba del perjuicio patrimonial, en sí mismo considerado, y otra la de su cuantía.

Acreditar lo primero, es comprobar el “detrimento, menoscabo o deterioro” económico que sobrevino a quien pretende el respectivo resarcimiento, es decir, que su patrimonio tuvo una “pérdida”, como quiera que se presentó una disminución en sus activos patrimoniales o debió hacer erogaciones o adquirir pasivos para contrarrestar el hecho dañoso o sus efectos (daño emergente) o que a él dejó de reportarse una “ganancia o provecho” que, de manera cierta, esperaba (lucro cesante), o con algunas probabilidades de lograrlo (pérdida de oportunidad).

Comprobar lo segundo, *el quantum*, requiere indefectiblemente que previamente se haya establecido el perjuicio, propiamente dicho, por lo que comporta establecer en cifras concretas su dimensión económica, esto es, determinar a cuánto trascendió la pérdida o erogación que debió realizar el damnificado o concretar la cuantía de la ganancia o provecho que dejó de ingresar a su patrimonio.

Como se dijo, una cosa es la existencia o no del perjuicio, y otra la cuantía del mismo; en efecto, lo importante para que el daño sea considerado como cierto no es que se pueda acreditar su cuantía, sino que se pueda acreditar su existencia. Para que el perjuicio se considere como existente, debe probarse su certeza. Por tanto, los daños patrimoniales y extrapatrimoniales cuya existencia se acrediten debidamente dentro del proceso, serán considerados como ciertos, sin importar que su cuantía no esté acreditada o determinada para ese momento. Por tal razón debe enfatizarse la autonomía e independencia de cada uno de esos laboríos, pese a su estrecha relación, y que, por consiguiente, no debe confundírseles como si se tratara de una misma actividad y, menos aún, sujetarse la demostración del daño a la de su *quantum*, pues, como se aprecia, la regla que al respecto pudiera elaborarse sería exactamente la contraria, es decir, que la comprobación de la cuantía del perjuicio depende de la previa y suficiente constatación de la lesión patrimonial sufrida por el afectado.

Elo explica que en el plano procesal el incumplimiento de uno u otro deber provoquen efectos diversos. Mientras que la falta de acreditación del daño conduciría a colegir la insatisfacción del más importante elemento estructural de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, y, por ende, el fracaso de la correlativa acción judicial, la insatisfacción del segundo impone al Juez decretar “de oficio, por una vez, las pruebas que estime necesarias” para condenar “por cantidad y valor determinados”. Entre otros supuestos, al pago de los “perjuicios” reclamados debidamente discriminados (art. 206 C. G. del P.), en ausencia de un valor determinado, el Juez puede acudir al principio de equidad incorporado normativamente en la Ley 446 de 1998 en su artículo 16, es posible acudir a la equidad para determinar el monto del daño, en aquellos casos límite, en que, habiéndose acreditado el perjuicio patrimonial, la determinación de su cuantía se torna extremadamente difícil, no obstante, el cumplimiento de las cargas probatorias por la parte demandante.⁶⁶

desde luego que la falta de la prueba del quantum de ese perjuicio corresponde suplirla a los juzgadores de instancia, cumpliendo con el deber de decretar pruebas de oficio, tal como lo ordena el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, precepto este

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de febrero de 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, Exp. 11001-3103-004-2002-01011-01.



que vedó, como principio general, las condenas en abstracto o in genere y, por ende, la absolución por la falta de determinación de una condena concreta⁶⁷.

XIV. Caso: Aplica lo estimado de la pretensión y no el valor probado ostensiblemente mayor (más de mil millones de pesos)

El demandante estima su pretensión en 250 millones de pesos y el dictamen de parte y de oficio los fijan en \$1.202'552.387 y en \$1.397'587.126 respectivamente, sentenciando por el valor estimado, con una diferencia promedio en más de mil millones de pesos.

El Instituto Nacional de Educación y Superación Politécnico INDES, instauró acción de tutela con el propósito de obtener el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la “tutela efectiva de la justicia”, que considera vulnerados por las autoridades accionadas (Tribunal de Arbitramento y Sala Civil de la Corte Suprema Justicia). Argumentó que convocó a Tribunal de Arbitramento a la Corporación Universitaria REMINGTON, debido a la controversia surgida por el incumplimiento del contrato cuyo objeto es la oferta y promoción de los programas académicos de la convocada en los departamentos de Sucre y Córdoba, con excepción de Montería. Adujo que, mediante fallo del 29 de mayo de 2013, que fue adicionado el 12 de junio siguiente, mediante la cual el Tribunal de Arbitramento de Sincelejo declara que la convocada incumplió las obligaciones del contrato suscrito entre las partes, pero al cuantificar los daños dispuso reconocer únicamente la suma de \$250'000.000, a pesar de que en la demanda se solicitó el pago de la suma señalada o “*el valor que se demuestre en el proceso*”.

En el trámite arbitral se practicaron dos dictámenes periciales, el primero por solicitud de ambas partes y el segundo ordenado por el Tribunal de Arbitramento, los cuales cuantificaron los perjuicios en las cantidades de \$1.202'552.387,45 y en \$1.397'587.126,51, respectivamente, pero este Tribunal tomó la cifra estimada por el actor en la demanda o sea la suma de \$250'000.000,00, “por considerar (...) que sus facultades no comportan las de condenar por encima de lo pedido por el demandante”, de conformidad con lo establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

Argumentó que el citado Tribunal desconoció la salvedad de su pretensión, pues si bien se pidió una condena por \$250'000.000,00 también dijo “o por el valor que se demuestre en el proceso”, y se probó en forma incuestionable que los perjuicios sufridos fueron por una suma mayor, como lo reconoció el mismo fallador. Añadió que el Tribunal de Arbitramento incurrió en yerro al dejar de valorar una prueba practicada en debida forma, se refiere a los dos dictámenes mencionados.

Presentó recurso de anulación con fundamento en las causales 8ª y 9ª de D.1818/1998, dada la incongruencia existente entre lo pedido y lo reconocido y porque el laudo dejó de decidir sobre un punto sometido a su consideración. Empero, el Tribunal Superior de Sincelejo lo declaró infundado al considerar que no estaban dados los supuestos fácticos que encuadraba en cada una de las causales invocadas, desconociendo el tenor literal de la demanda que originó el litigio y, por ende, que el Tribunal de Arbitramento no falló sobre “*el valor que se demuestre en el proceso*”, manifestando el Tribunal de Arbitramento que analizó la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, que le da la posibilidad a los jueces de imponer condenas, siempre que estén demostradas, por cuantías superiores a la determinada por el actor, cuando a la cifra exacta se haya acompañado la expresión “*o por la que se probare*”. Sin embargo, con argumentos razonados se apartó de ella.

El Juez de tutela (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral) expresa:

No sobra señalar, que el Tribunal de Arbitramento al fijar el valor de la indemnización, en la suma estimada por el actor en la demanda al presentar el juramento estimatorio de perjuicios, se avino a lo señalado en el C. G. del P. art. 206, que prohíbe al juzgador *reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad*

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de marzo de 2004, Exp. C-7623.



a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento. Situación que constituye una razón demás para revocar el fallo impugnado, pues no era viable que se tuviera en cuenta la expresión 'o el valor que se demuestre en el proceso', como es la pretensión del accionante⁶⁸.

Resolviendo en sentencia del 30 de julio de 2014 negar la tutela de los derechos invocados por el Instituto Nacional de Educación y Superación Politécnico INDES, es decir, dio prioridad al valor de las pretensiones estimados mediante juramento estimatorio frente a la suma demostrada y probada por dos dictámenes, uno de parte que el C. G. del P. privilegia y otro de oficio. Los dos señalan una diferencia promedio de más de mil millones de pesos del año 2013, aseverando que no era viable que se tuviera en cuenta la expresión 'o el valor que se demuestre en el proceso' que fue el imperio del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil que ahora deroga el Código General del Proceso, enviando al barranco lo probado. En el presente caso el dictamen de parte que este mismo código privilegia y lo entroniza como prueba. Diríamos además que es una prueba calificada que ha superado el interrogatorio de la contraparte y del Juez, además el mismo Juez lo ha corroborado por su análisis integral con las demás pruebas, so pretexto de una interpretación insular del inciso segundo del artículo 281 desdénando el inciso primero de este mismo artículo, que por supuesto tiene precedencia en su consideración y aplicación, está antes, de primero. Su texto: "La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos", que en criterio del investigador es la medida de daño que se ha logrado probar dentro del proceso, imperante desde los comienzos del derecho, es más es el derecho en sí.

Volviendo al caso que nos ocupa, el tribunal de arbitramento, para el efecto Juez, ante la diferencia significativa entre el juramento estimando por 250 millones de pesos y el monto del dictamen de parte dictaminados en \$1.202'552.387 resultando una diferencia de cerca de mil millones de pesos, por lo cual el Juez (tribunal de arbitramento) acude al mismo artículo 206 que reglamenta el Juramento Estimatorio, aplicando el inciso tercero:

"Aun cuando no se presente objeción de parte, si el Juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido". (Resaltado fuera de texto)

Dado que el Juez advierte que la estimación es notoriamente injusta (y por lo tanto ilegal) decreta de oficio un dictamen judicial para tasar el valor pretendido, como lo estipula el C. G. del P., emitido por un experto (perito) de la lista de auxiliares escogido por el mismo Juez, siendo imparcial, capaz y garante de credibilidad total, puesto que es el Juez que lo elige y es ante él que presenta sus conclusiones. Éste tasa la indemnización en \$1.397'587.126, suma que comparada con el valor pretendido de 250 millones de pesos resulta en una diferencia de más -no cercana- de mil millones de pesos (exactamente de \$1.147'587.126), que avala el dictamen de parte y lo corrobora las demás pruebas del proceso. El Juez de manera prevalida se sujeta ciegamente a lo tasado en el juramento estimatorio sin mirar, en absoluto, la prueba ordenada por él mismo, la cual cumple con todos los requisitos, no se observa impedimento alguno o que el perito era incapaz o recusado por alguna razón. En nuestro criterio de esta investigación lo tasado bajo juramento es válido mientras no se objete. De objetarse da vía al fallo *ultra petita* (art. 206 del C. G. del P.) siempre que el daño probado su monto sea mayor; igual consideración si el Juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, como en el presente caso, que dicha codificación lo amplía a si es ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, entonces el mismo Juez "deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido", su finalidad es clara e inequívoca para tasar el valor pretendido, deviniendo inaplicable la pretensión estimado bajo juramento.

XV. Caso: Niega el Lucro Cesante e impone sanción económica del Juramento Estimatorio (Art. 206 del C. G. del P.)

⁶⁸ C. Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P., Carlos Ernesto Molina Monsalve, sentencia del 30 de julio de 2014, STL10760-2014, radicación 55051



La demandante Ferroequipos mediante **contrato de compraventa suscrito el 27 de febrero de 2004** compró 34 (treinta y cuatro) montacargas y pagó el día 1º de marzo de 2004 a la demandada Bavaria S.A., quien se ha abstenido de cumplir con la entrega real y material de la totalidad de los mencionados montacargas, así como con la totalidad de los documentos y títulos de propiedad necesarios para su uso y disposición. A pesar de los varios requerimientos hechos a la demandada se ha abstenido de entregar tanto la documentación para su registro, títulos de propiedad y documentos de importación de la totalidad de los 34 montacargas importados como tampoco la entrega real y material de 18 de los equipos pagados mencionados. Todo lo anterior ha imposibilitado el uso, usufructo, tránsito y disposición en el territorio nacional de los equipos comprados a Bavaria S.A.

Se presentó una demanda ante el Tribunal de Arbitramento de Bogotá para que se declare resuelto el contrato de compraventa suscrito el 27 de febrero de 2004 con Bavaria S.A., y se condene a esta última a pagar a favor de Ferroequipos la suma de novecientos cincuenta y cinco millones quinientos sesenta y cuatro mil seiscientos treinta y tres pesos (\$955'564.633,00) M/cte., por concepto de daño emergente, y la suma de cinco mil ochocientos ochenta y seis millones quinientos cincuenta y siete mil novecientos setenta y seis pesos (\$5.886'557.976,00) M/cte., por concepto de lucro cesante.

El Tribunal de Arbitramento profiere laudo el 8 de noviembre de 2013 que declara la resolución del contrato de compraventa y niega el lucro cesante al declarar próspera la excepción llamada "*objeción a la estimación jurada de los perjuicios*", ordenando las restituciones mutuas y reconociendo el daño emergente al ordenar a la sociedad Bavaria S.A. a pagar a la sociedad Ferroequipos, a título de indemnización compensatoria por concepto de daño emergente, la suma actualizada de cuatrocientos cuarenta y cuatro millones noventa y ocho mil ochocientos veintisiete pesos (\$444'098.827) moneda corriente, que Ferroequipos pagó como precio de treinta (30) montacargas según el Contrato de Arrendamiento de Bienes Muebles y Prestación de Servicios celebrado entre Ferroequipos y Bavaria S.A. el 27 de febrero de 2004 -*se refiere al contrato de compraventa*-. Denegó el lucro cesante, condenando a Ferroequipos a pagar Bavaria S.A., la suma de doscientos noventa y cinco millones setecientos ocho mil pesos (\$295'708.000) moneda corriente por concepto de costas del proceso.

Recurso de anulación. Contra el anterior laudo ambas partes presentan recurso de anulación ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que, mediante providencia del 4 de junio de 2014, declaró fundado el cargo formulado por Bavaria S.A. respecto "*(...) a la falta de congruencia (...)*", imponiéndole a Ferroequipos la sanción prevista en el inciso 4º del artículo 206 del Código General del Proceso sobre el Juramento Estimatorio. Apelación que el Tribunal Superior de Bogotá adiciona la sanción prevista en el inciso 4º del artículo 206 del Código General del Proceso sobre el Juramento Estimatorio al declarar fundado el cargo formulado de la contraparte, Bavaria, respecto "*(...) a la falta de congruencia (...)*", en este orden de ideas, el Juez de primera instancia (el Tribunal de Arbitramento) debería haber aplicado dicha sanción, dado que posteriormente vía tutela y la impugnación a la misma confirman la decisión del laudo.

Es comprensible que en las restituciones mutuas son un conflicto difícil de solucionar en razón a que el bien a devolver con sus mejoras, utilidades y frutos, y su contraparte en dinero a reintegrar con su actualización y/o intereses, de encontrar un balance a más de las pretensiones que puede ser muy diversas, entre ellas quedarse con el bien o recibir determinadas cantidades de dinero, que en el proceso pueden tomar un curso imprevisto que conlleven a que se nieguen algunos rubros indemnizatorios o que en la demanda determinada circunstancia no se tuviera en cuenta, aplicando la sanción del juramento estimatorio como sucedió en el laudo arbitral en comento:

"[...] Eran montacargas viejos ya obsoletos, terminado el contrato de arrendamiento algunos podrían ser aun servibles, aunque más obsoletos y otros podrían ser ya inservibles y tampoco se sabría qué vida útil podría tener cada uno de ellos, obviamente ese escenario no planteado por la convocante hace que en este proceso las estimaciones sobre lucro cesante hasta el año 2015 resultan hipotéticas y especulativas, lo cual se opone a que sean indemnizados".

Sea necesario hacer un paréntesis, la empresa Ferroequipos recibe de Bavaria la suma de \$444'098.827,00 (valor actualizado a la fecha de la sentencia) que pagó por la compra de los montacargas, pero a su vez, debe pagar a Bavaria el valor de \$295'708.000,00 por concepto de costas del proceso, o sea que realmente recibe \$148'390.827,00, es decir recibe menos del



35% del valor pagado a Bavaria, faltando pagar la sanción por juramento estimatorio que la segunda instancia le impone, que si se toma el 10 o el 5% absorbe este valor residual y queda debiendo, hasta aquí el paréntesis

Debido a lo anterior, Ferroequipos instaura una tutela censurando la decisión adoptada por los árbitros, de denegar sin justificación sus exigencias resarcitorias, y al Tribunal Superior de Bogotá por imponerle la citada multa *“a pesar de que ese punto había sido fallado y por ende emitir pronunciamiento sobre un asunto frente al cual no eran competentes”*. Solicita el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, y como consecuencia dejar sin efecto la sentencia proferida por el Tribunal Superior, y en su lugar se corrija el Laudo Arbitral declarando impróspera la objeción a la estimación jurada de los perjuicios y se condene al pago de la indemnización reclamada; a su turno la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil profiere sentencia del 11 de diciembre de 2014, negando el amparo constitucional pretendido, toda vez que en las providencias censuradas no se advierte un proceder arbitrario o caprichoso por parte de los querrelados. Por lo cual Ferroequipos, impugna este fallo proferido el 11 de diciembre de 2014, por la Sala de Casación Civil. La Sala de Casación Laboral mediante Sentencia del 4 de marzo de 2015 confirma el fallo impugnado, ambas de la H. Corte Suprema de Justicia.

Nos llama la atención que Tribunal de Arbitramento declara resuelto el contrato de compraventa por el incumplimiento de Bavaria S.A. y ordenó las restituciones mutuas; no alcanzamos a vislumbrar los efectos del incumplimiento de Bavaria S.A., que deberían reflejarse en algunos perjuicios de daño emergente y lucro cesante, por la sencilla razón que tuvo la maquinaria por algún tiempo, en nuestro concepto que lo utilice o no debe generar un pago dado que es un bien productivo, se trata de maquinaria que si el incumplido *-el comprador-* la recibió era para utilizarla (sino para qué la compra). Lo anterior salvo lo que exprese el laudo.

De otra parte, debemos considerar que el Tribunal Superior del Distrito Judicial, como Juez de segunda instancia, comete un yerro al imponer la sanción económica del inciso 4 del artículo 206 del C. G. del P. a Ferroequipos dado que el Tribunal de Arbitramento de Bogotá declara la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de Bavaria, sin ninguna inconformidad o cuestionamiento de esta decisión, siendo esta su pretensión principal y única; de no darse esta situación no se genera ninguna otra pretensión. Es decir, habría cumplimiento de Bavaria sin tener sentido instaurar la demanda de perjuicios que serían inexistentes; sin embargo, el Tribunal Superior para imponer dicha sanción argumenta que a Bavaria le prospera la excepción llamada *“objeción a la estimación jurada de los perjuicios”*, le prospera pero de manera parcial dado que el daño emergente sobre el pago de las montacargas se aceptó por el Tribunal de Arbitramento el cual ordena restituirlos actualizados; estamos convencidos de que sobre excepciones que prosperan parcialmente que se derivan de una principal, que si prosperó, dicha sanción deviene inaplicable. Esperamos que la jurisprudencia venidera así lo considere.

XVI. CONCLUSIÓN

En consecuencia con la doctrina, jurisprudencia y normas del Código de Procedimiento Civil, del Código General del Proceso, y los pronunciamientos analizadas, forzoso es concluir que el monto de la pretensión es limitado únicamente por lo que llegare a probarse, siendo viable y legal que el Juez sobre la cantidad pedida en las pretensiones puede condenar por una suma mayor de hallarse demostrado dentro del proceso por tal concepto una cuantía superior a la que de aquel modo el actor hubiera determinado. Caso contrario, esto es, si se llegara a reducir la condena al guarismo explicitado en la demanda, incurrirá en un fallo incongruente por mínima *petita*, con el agravante de legitimar la indemnización parcial a la víctima debido a la instauración de demandas reducidas por temor a la sanción al sobrepasar en el 50% de lo probado en el proceso y en el evento que los daños se declaren no probados.

Tiene un rol importante el abogado litigante al tener que esgrimir los argumentos e interpretaciones de las normas expuestas de manera integral en favor de las víctimas y/o beneficiarios, como lo interpretó en su momento la H. Corte suprema de Justicia en Sala de Casación Civil en Sentencia del 15 abril de 2009, sosteniendo que la expresiones *“o la que se pruebe”*, o *“la que resultare probada”*, o *“la que se probare en el proceso”*, o cualquiera otra de similar contenido, tienen eficacia superando la retrograda interpretación que el demandante solo quería lo pedido, siendo a todas luces injusto cuando el daño es mayor. La Sentencia en



comento concreta: “expresado de otro modo, las memoradas frases resultarán provechosas bajo la doctrina que ahora se prohija, porque si están incluidas en la súplica respectiva y si el acopio probativo permite establecerlo, harán posible imponer una cifra mayor de la que en términos numéricos la parte actora haya solicitado”, y porque no, la orden de hacer respectiva para efectuar el pilotaje que de contera requiere la copropiedad, a través de una obligación de hacer.

En las condiciones expuestas la afirmación: “el monto estimado por los actores no marca el límite de la pretensión sino la medida del daño”, adquiere validez jurídica y procesal.

Por tanto, deberá a accederse a revocar, en lo desfavorable, el fallo impugnado para, en su lugar, otorgar la salvaguarda pretendida.

De los señores Magistrados, atentamente;

ANDRÉS HUMBERTO VÁSQUEZ ÁLVAREZ

C.C. No. 79'688.960 de Bogotá,

T.P. No. 109.063 del C. S. de la J.

Señores

**HONORABLES MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA CIVIL**

ATN. DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA

MAGISTRADA SUSTANCIADORA

E.

S.

D.

REFERENCIA: CLASE DE PROCESO: DECLARATIVO VERBAL

RADICACION: 11001310303620140056801

DEMANDANTE: YOVANY BRAVO MONROY Y OTROS

DEMANDADOS: CARLOS ALBERTO NAJAR RAMIREZ Y O

JORGE ADOLFO OTTAVO HURTADO, abogado en ejercicio, reconocido dentro del encuadernamiento como Apoderado de la Parte Actora, estando dentro del término legal me permito ampliar los fundamentos de hecho y de derecho, DEL RECURSO DE APELACIÓN oportunamente interpuesto en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cincuenta y uno (51°) Civil del Circuito de Bogotá, el pasado 13 de Julio de 2021, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la parte actora.

I.-OBJETO DE LA IMPUGNACIÓN. -

El recurso vertical de APELACIÓN tiene por objeto que la Sentencia impugnada sea REVOCADA, y en su lugar se profiera SENTENCIA CONDENATORIA en contra de los demandados acogiendo las pretensiones de la parte demandante.

II.- DESARROLLO DE LA CENSURA. -

Estas son las razones de nuestra inconformidad con la resolución apelada.

ERROR DE HECHO EN LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS. -

A través de la Sentencia atacada es evidente y desmedido el afán del Juez de primera instancia por argüir a favor de la inocencia de los demandados impidiendo con ello observar con objetividad el cúmulo de pruebas obrantes en el encuadernamiento que acreditan plenamente la responsabilidad civil de la parte pasiva del litigio.

Como hecho acaecido se tiene que el 11 de Agosto de 2008, en la Avenida Ciudad de Cali frente al conjunto residencial Villas del Pinar, de la ciudad de Bogotá, y siendo aproximadamente las 6 y 58 de la tarde, en sentido Norte a Sur, el vehículo tipo tracto camión de placas TIZ-024, conducido por el señor WILSON ANDRES GARZON ZARATE, y de propiedad de CARLOS ALBERTO NAJAR RAMIREZ, afiliado a la empresa TRANSPORTADORA COMERCIAL DEL VALLE LTDA, colisionó con la motocicleta de placas HKL88 B, conducida por el señor HARRY GIONNNI BRAVO PERDOMO, causándole la muerte.

Que el conductor del vehículo tipo camión, en un hecho aberrante, y con total desconocimiento de las normas de tránsito que le eran aplicables, se encontraba realizando una maniobra de adelantamiento cuando se aproximaban al puente vehicular para atravesar la Avenida El Dorado, de sur a norte, y que por lo tanto el conductor de la motocicleta tenía que separarse del carril derecho de la Avenida Ciudad de Cali, para

poder tomar por encima del puente, por lo cual dicha maniobra no era imprevisible ni irresistible, para un conductor profesional y conocedor de la vía

Aquí era muy importante tener en cuenta la declaración del señor JOSE CELI ARANDA, testigo presencial de los hechos, pues acompañaba al occiso en otra motocicleta que se desplazaba atrás de la conducida por el hoy occiso, quién narró de manera clara y contundente la forma en que ocurrió la tragedia.

El Despacho sostuvo que el accidente se había presentado por una culpa exclusiva de la víctima con fundamento en tres aspectos:

Que la velocidad de la moto era mayor que la del camión y era la motocicleta la que había invadido el carril por donde transitaba el camión.

Si esto era cierto y la motocicleta desarrollaba una velocidad mayor a la del camión pues este pesado vehículo nunca había podido dar alcance a la motocicleta, y el accidente no se había presentado.

También sostuvo que como el motociclista no transitaba a un metro de la acera o andén, esta conducta también violaba lo dispuesto en el C.N.T. y era causa del accidente.

Al respecto tenemos que manifestar que el motociclista tenía por obligación separarse del andén o acera de la calzada que va de sur a norte, para poder tomar el puente vehicular y atravesar la Calle 26, y segundo igualmente ignoró lo preceptuado en el ARTÍCULO 96 (MODIFICADO POR LA LEY 1239 DEL 25 DE JULIO DE 2008) QUE DICE

ARTÍCULO 3°. EL ARTÍCULO [96](#) DE LA LEY 769 QUEDARÁ ASÍ:

"ARTÍCULO 96. NORMAS ESPECÍFICAS PARA MOTOCICLETAS, MOTOCICLOS Y MOTOTRICICLOS. LAS MOTOCICLETAS SE SUJETARÁN A LAS SIGUIENTES NORMAS ESPECÍFICAS:

1. DEBEN TRANSITAR OCUPANDO UN CARRIL, OBSERVANDO LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 60 Y 68 DEL PRESENTE CÓDIGO.

2. PODRÁN LLEVAR UN ACOMPAÑANTE EN SU VEHÍCULO, EL CUAL TAMBIÉN DEBERÁ UTILIZAR CASCO Y LA PRENDA REFLECTIVA EXIGIDA PARA EL CONDUCTOR.

3. DEBERÁN USAR DE ACUERDO CON LO ESTIPULADO PARA VEHÍCULOS AUTOMOTORES, LAS LUCES DIRECCIONALES. DE IGUAL FORMA UTILIZAR, EN TODO MOMENTO, LOS ESPEJOS RETROVISORES.

4. TODO EL TIEMPO QUE TRANSITEN POR LAS VÍAS DE USO PÚBLICO, DEBERÁN HACERLO CON LAS LUCES DELANTERAS Y TRASERAS ENCENDIDAS.

5. EL CONDUCTOR Y EL ACOMPAÑANTE DEBERÁN PORTAR SIEMPRE EN EL CASCO, CONFORME A LA REGLAMENTACIÓN QUE EXPIDA EL MINISTERIO DE TRANSPORTE, EL NÚMERO DE LA PLACA DEL VEHÍCULO EN QUE SE TRANSITE, CON EXCEPCIÓN DE LOS PERTENECIENTES A LA FUERZA PÚBLICA, QUE SE

IDENTIFICARÁN CON EL NÚMERO INTERNO ASIGNADO POR LA RESPECTIVA INSTITUCIÓN.

6. NO SE PODRÁN TRANSPORTAR OBJETOS QUE DISMINUYAN LA VISIBILIDAD, QUE INCOMODEN AL CONDUCTOR O ACOMPAÑANTE O QUE OFREZCAN PELIGRO PARA LOS DEMÁS USUARIOS DE LAS VÍAS.

ARTÍCULO 4°. LA PRESENTE LEY TIENE VIGENCIA A PARTIR DE LA FECHA DE SU PROMULGACIÓN.

O SEA QUE LA RESTRICCIÓN PARA TRANSITAR POR EL COSTADO DERECHO DE VÍA A UNA DISTANCIA NO MAYOR DE UN METRO DE LA ACERA U ORILLA QUE DISPONIA EL ARTÍCULO 94 ANTERIOR FUE MODIFICADO POR ESTA LEY, POSTERIOR Y ESPECIFICA.

Y también sostuvo como fundamento para negar las pretensiones de la demanda el hecho que el motociclista fallecido no portaba licencia de conducción, era un argumento más en su contra, con el cual no estamos de acuerdo, porque una persona puede no tener licencia de conducción, o no portarla en ese momento, pero este hecho puede ser una falta de carácter administrativo, pero no la causa eficiente de un accidente.

Y por último el Despacho pasó por alto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que ha manifestado reiteradamente que cuando hay concurrencia de actividades peligrosas se debe poseer siempre de presente el grado de letalidad de cada una de las actividades concurrentes, o el menor o mayor grado de peligrosidad de las actividades.

Se citaron algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia en tal sentido que no fueron tenidas en cuenta por el Despacho de primera instancia.

El Despacho trajo a colación para sustentar su decisión entre otras la Sentencia SC 3862/2019, Expediente 73001 31 03 001 2014 00034 01, del 23 de Mayo de 2015, MP Doctor LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, pero no dijo nada sobre el salvamento de voto del doctor ARIEL SALAZAR JIMENEZ RAMIREZ, que interpretado en su contexto nos da pie para solicitar a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Villavicencio Sala Civil que se revoque en su integridad la sentencia apelada y se condene a los demandados.

Dice el doctor ARIEL SALAZAR RAMIREZ en su salvamento lo siguiente:

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto, me permito expresar las razones por las cuales no estoy de acuerdo con la decisión que se adoptó en la sentencia de casación de la referencia.

1. Son escasos los litigios que presentan tanta sencillez y claridad como el que se dejó a la consideración de esta sede; y en pocos casos podría encontrarse

tanta evidencia probatoria como para tener por demostrados todos los elementos de la responsabilidad civil.

La facilidad del caso, sin embargo, resultó opacada por una cantidad de afirmaciones incoherentes y retóricas frente a la simplicidad de lo evidente: que un motociclista fue atropellado por un tractocamión y como consecuencia de ese accidente de tránsito le fue amputada una pierna. Por consiguiente, el dueño del vehículo que produjo el accidente, la empresa guardiana de la actividad peligrosa, y el conductor que generó directamente las lesiones a la víctima están civilmente obligados a indemnizarla. Si los demandados querían eximirse de responsabilidad debían demostrar que una “causa extraña” o la conducta de la víctima fueron el factor jurídicamente relevante en el desencadenamiento de los perjuicios. Pero como no demostraron los supuestos de hecho en los que fundaron sus excepciones estaban llamados a pagar solidariamente la totalidad de la indemnización.

A pesar de la sencillez del caso, los jueces de las instancias y esta Corte llegaron a una solución tan contraevidente como antijurídica: para ellos el motociclista fue el único ‘causante’ de su propia desgracia, pero no la tractomula que iba a exceso de velocidad y sin frenos, como quedó debidamente probado en el proceso.

La sentencia hizo un esfuerzo estéril por sentar una doctrina que jamás ha sido admitida por nuestra jurisprudencia: que la responsabilidad por actividades peligrosas es un tipo de responsabilidad objetiva. Aun así concluyó que la incidencia de la tractomula en el desencadenamiento del daño fue “causalmente irrelevante” porque el motociclista atropellado fue el productor exclusivo de su infortunio.

Tal consideración se cae por su propio peso, pues no está sujeto a discusión que el atropellamiento por el tractocamión fue la “causa” relevante del accidente. De modo que cualquier alusión a la intervención de la víctima para excluir o graduar la responsabilidad de los guardianes de la actividad peligrosa no podía resolverse en el ámbito de la “conurrencia de causas” –como se dijo en el fallo–, sino en el contexto de la adjudicación de deberes de evitación de riesgos y daños.

La atribución de responsabilidad civil no se resuelve exclusivamente en términos causales porque las consecuencias previstas por las normas jurídicas siguen una lógica distinta a las leyes que rigen en la naturaleza.

La responsabilidad jurídica deriva de las leyes del hombre, no de las relaciones de causa-efecto; pues si la conducta humana estuviera determinada sólo por nexos causales las personas no serían libres para obrar o abstenerse de obrar, sino que serían simples autómatas o máquinas. La responsabilidad jurídica

basada sólo en la causalidad natural es un contrasentido, pues el determinismo causal anula la libertad de decisión.

La postura asumida en la sentencia demuestra que aún no se ha comprendido que el “nexo de causalidad” no es un factor necesario ni suficiente para atribuir responsabilidad, aunque es una variable que en muchos casos debe ser tomada en cuenta. La “relación causal” no es un elemento “sustancial” de la responsabilidad porque no siempre está presente (en las omisiones y por el hecho ajeno), y cuando se presenta no basta para derivar de ella la obligación de indemnizar; pero es una variable que puede y debe ser tomada en cuenta cuando el juez justifica los criterios jurídicos que utilizó para valorarla como condición relevante.

Por ello, sería erróneo pensar que los problemas de participación para atribuir responsabilidad jurídica pueden resolverse únicamente “en el plano de la causalidad”, como se afirmó en la sentencia de casación; pues ni en la responsabilidad por omisiones, ni en la responsabilidad por el hecho ajeno, ni en la responsabilidad organizacional o sistémica, ni en los casos de indeterminación o incertidumbre causal, las leyes deterministas de la naturaleza tienen la aptitud de resolver un problema que se enmarca en los imperativos creados por el hombre en sociedad.

Lejos de ser una novedad, la “objetivación” de la responsabilidad civil es un gran retroceso doctrinal, pues supondría confundir el mundo del derecho con el mundo de las interacciones deterministas que rigen en una parte de la naturaleza,¹ desconociendo los avances del derecho moderno y contemporáneo, que se sustenta en la imputación de responsabilidad a partir de la existencia de normas que establecen una posición de garante frente al deber de evitación de los daños a los bienes de relevancia jurídica.

La confusión entre el ámbito de las leyes de la causalidad natural y el nivel de sentido jurídico conduce a soluciones jurídicamente insostenibles: i) atribuir responsabilidad a una persona por el simple hecho de haber intervenido de cualquier manera en la producción del resultado lesivo, aunque no tenga el deber jurídico de evitar el daño (como por ejemplo, el fabricante de la cosa con la que el autor ocasiona las lesiones); o ii) eximir de responsabilidad a quien no intervino causalmente en la producción del resultado lesivo, aunque tenga una posición de garante frente a la evitación de los daños.

La responsabilidad sustentada en “la mera causalidad” es, además, insuficiente para resolver los problemas de concurrencia de actividades peligrosas

¹ Las relaciones de causa-efecto sólo rigen en una pequeña fracción de la naturaleza, como en la física clásica newtoniana. La relatividad general, la física cuántica y la termodinámica se rigen por interacciones no-causales. Los sistemas complejos, como el derecho de la sociedad, tampoco se rigen por leyes causales sino por interdependencias o correlaciones funcionales.

porque desde el punto de vista “naturalista” la víctima siempre sería “causante” de su desgracia por simple hecho de interponerse en el horizonte de sucesos que le produjeron la lesión corporal, así fuera de manera pasiva, como aconteció en el caso presente.

2. Es cierto que nuestra jurisprudencia ha sostenido desde la primera mitad del siglo pasado que la responsabilidad por actividades peligrosas prescinde por completo del juicio de reproche subjetivo o culpabilístico. Pero ello no significa que esta responsabilidad pueda ser considerada como objetiva o por mera causación, porque para su declaración es necesario demostrar que el daño le es imputable al agente como suyo en virtud de una norma de adjudicación que le impone el deber de evitar producir daños (sin adentrarse en el análisis concreto de la conducta a partir de la infracción de los deberes de prudencia, lo cual se reserva para los casos de responsabilidad por culpa).

Además, la concurrencia de actividades peligrosas no puede resolverse en el plano de la causalidad sine qua non, porque entonces habría que concluir que cualquier persona cuya conducta haya incidido en la producción del perjuicio está llamada a responder civilmente.

Hay que insistir –como se explicó en el fallo Las Vegas (SC13925-2016)– en que la atribución de un resultado a un agente ‘como suyo’ (imputatio facti) a partir de normas de adjudicación que establecen posiciones de garante es distinta al reproche concreto de la conducta del agente a partir de la infracción de las normas de comportamiento que permiten cualificar su participación como ‘culpable’ (imputatio iuris).

Pero ello no significa que la primera etapa deba confundirse con un supuesto análisis “causal” o “de hecho”, pues ello supondría un retorno al viejo esquematismo de la “causalidad”, propio de las ciencias naturales. En ambas etapas se está frente al análisis jurídico de una conducta (activa u omisiva) a partir de la existencia de normas que establecen, respectivamente, deberes de evitación de daños o de comportamiento prudente.

Lo anterior bastaba para condenar civilmente a los demandados, por ser los guardianes de la actividad peligrosa que causó la amputación de la pierna del motociclista.

Hay que resaltar que la relación causal entre el accidente y la pérdida anatómica es tan clara y contundente que ni siquiera fue materia del debate probatorio, pues las partes la dieron por supuesta. Aun así, el “nexo causal” no era suficiente para atribuir responsabilidad a quienes no intervinieron en el accidente, como la empresa afiliadora y el dueño del vehículo, pues frente a ellos la responsabilidad se imputa en virtud de la posición de garante o de guardianes de la actividad peligrosa, lo cual es un criterio de atribución jurídica y no una “ley de

causalidad física”, como puede concluirse con facilidad si se piensa un poco en el asunto.

La atribución del resultado lesivo a los demandados por ser los guardianes de la actividad peligrosa bastaba para condenarlos al pago de la indemnización reclamada por la víctima del accidente, sin que fuera necesario entrar en consideraciones sobre el reproche en concreto de la conducta de los partícipes, como hizo el fallo contrariando sus propios postulados sobre la supuesta “objetividad” de la responsabilidad que, al final, no se vio por ninguna parte a la hora de hacer la valoración probatoria.

Si la Corte hubiera sido consecuente con los postulados que creyó defender en el fallo de casación (que la responsabilidad por actividades peligrosas es objetiva) tenía que haber llegado a una conclusión opuesta a la que finalmente adoptó, pues no hay ninguna duda de que el motociclista perdió una de sus extremidades inferiores porque la tractomula lo atropelló. Si esa no es una inferencia causal evidente, entonces no es posible entender a qué hizo referencia la Corte cuando tuvo por no demostrada “la prueba de la relación de causalidad”.

No había ninguna necesidad de “objetivar” el tipo de responsabilidad de que se trató, ni de invocar normas constitucionales o tratados internacionales, ni aludir a la justicia y la equidad, ni intentar causar conmiseración al suponer que exigir al actor el cumplimiento de su carga probatoria es “revictimizarlo”. Todo ello no fue más que simple retórica, pues para impartir justicia con sujeción al derecho bastaba con atenerse a lo que quedó probado en el proceso: la tractomula atropelló al motociclista en despliegue de una actividad peligrosa y, como consecuencia, éste perdió una de sus extremidades; por tanto, los guardianes de esa actividad están llamados a indemnizar los daños que el ordenamiento jurídico les atribuye como suyos. Cualquier otra consideración sobraba en un caso que ameritaba una argumentación sencilla y simple.

3. Las incoherencias de la motivación del fallo de casación resaltan a simple vista.

3.1. A folio 16 se dijo que la responsabilidad consagrada en el artículo 2356 del Código Civil «consagra una presunción de responsabilidad que opera en favor de la víctima por el daño causado producto de una labor riesgosa; aspecto que la releva de probar la imprudencia o negligencia en el acaecimiento del accidente».

Si, como se afirmó en el párrafo citado, la víctima de una actividad peligrosa está eximida de probar la imprudencia o negligencia en el acaecimiento del accidente, entonces se trata de una presunción de culpabilidad, pues ese es el elemento estructural que la proposición normativa no exige demostrar. Como el demandado no puede exonerarse de responsabilidad mediante la demostración del cumplimiento de sus deberes de prudencia, entonces es una presunción que no admite prueba en contrario. Ello no significa, como se explicó con precedencia,

que se trate de un tipo de responsabilidad objetiva o por mera causación, pues la imputación del resultado lesivo se resuelve en el ámbito de los deberes jurídicos de evitación de daños.

No existe, ni puede existir, en nuestro ordenamiento jurídico una “presunción de responsabilidad”, pues ello supondría que el demandante está eximido de demostrar todos los elementos estructurales de la responsabilidad de que se trate.

Afirmar que el artículo 2356 consagra una presunción de responsabilidad conduciría a admitir que el actor no tiene que probar nada, ni siquiera que sufrió un daño, pues todos los elementos de la responsabilidad se presumirían; lo cual dejaría a ese instituto jurídico en la más completa indeterminación, pues todos los demandados tendrían que pagar la indemnización reclamada por el simple hecho de haber sido llamados al proceso.

3.2. A folio 21 se afirmó que la diferencia entre “presunción de culpa” y “presunción de responsabilidad” es una simple “nomenclatura semántica”, porque el único factor eximente de responsabilidad en tratándose de actividades peligrosas es la causa extraña.

Lo anterior es falso. En primer lugar, porque ya se explicó que la atribución de responsabilidad y los problemas de indeterminación causal no se resuelven en el plano de la causalidad, sino en el de la imputación. Luego, el demandado puede exonerarse de responsabilidad si demuestra que no tenía el deber jurídico de evitar el daño, aunque su participación en la producción del perjuicio haya sido causalmente eficiente (prohibición de regreso).

En segundo lugar, porque no se trata de una simple “nomenclatura semántica”, toda vez que la determinación del tipo de presunción de que se trate incidirá directamente en la exigencia de los elementos estructurales de la acción que deben quedar probados en el proceso. Lejos de ser una simple discusión doctrinal, es un asunto eminentemente práctico que repercute en el derecho a la prueba y a la contradicción que tienen las partes. Si fuera una discusión irrelevante, la Corte no tendría que haberse adentrado en ella.

3.3. A folio 26 se expresó: «para que el autor del menoscabo sea declarado responsable de su producción, tratándose de labores peligrosas, sólo le compete al agredido acreditar el hecho o conducta constitutiva de la actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquél».

Si la sentencia hubiera sido coherente con la anterior afirmación, entonces tenía que haberse casado el fallo del tribunal porque los requisitos mencionados

no sólo quedaron debidamente probados en el proceso sino que la parte demandada ni siquiera los refutó o desvirtuó, dada su indiscutible evidencia.

En efecto, la pérdida de la pierna del demandante con ocasión del accidente de tránsito fue un hecho confesado, no refutado y probado por varios medios. Que se trató de una actividad peligrosa es un hecho no sujeto a discusión, pues así lo tiene establecido nuestra jurisprudencia. Y la relación causal no es un hecho de la experiencia susceptible de prueba: las relaciones causales son inferencias lógicas (inductivas) o conclusiones a las que llega el entendimiento humano al correlacionar un hecho con un resultado porque la experiencia ha demostrado que siempre que se presenta uno de ellos se presenta el otro. De ese modo, un razonamiento bastante sencillo y trivial lleva a inferir que el accidente fue la causa de los daños a sufridos por el motociclista.

Según las motivaciones del fallo, se imponía la consecuencia jurídica necesaria de condenar a los demandados.

Es verdad que el actor fue revictimizado, pero no porque se le exigiera cumplir con la carga probatoria que le imponía el artículo 2356 del Código Civil sino porque, a pesar de haber demostrado en el proceso todos los elementos de la responsabilidad que reclamó, se le vulneró su derecho a ser indemnizado por la pérdida anatómica que sufrió, debido a las confusiones conceptuales de la Corte y a sus deficiencias en materia probatoria. El actor no sólo fue víctima del accidente, sino, principalmente, de la insensatez de la administración de justicia.

4. Un plano de análisis distinto se imponía, ya no para analizar la influencia causal del accidente, el grado de peligrosidad de la actividad desplegada por el conductor de la tractomula y la posición de garante de los guardianes de la actividad peligrosa –todo lo cual quedó demostrado–; sino la valoración jurídica de la intervención de víctima en la generación de los daños que sufrió, con el fin de poder establecer si fue coautora del riesgo (2344), autora exclusiva (2356), o si la indemnización estaba sujeta a reducción por haberse expuesto al daño con imprudencia (2357). Pero ello no se resolvía en el ámbito de la causalidad, pues la conducción de una motocicleta también es una actividad peligrosa que contribuyó a la generación del accidente, así fuera de manera pasiva.

Desde un punto de vista “causal”, aplicando el test sine qua non, nada puede decirse sobre la concurrencia de actividades peligrosas, salvo la tautología de que son concurrentes, es decir igual de relevantes en términos causales, dado que sin la presencia de una de ellas el resultado no se habría producido.

Ahora bien, si se introdujera un “criterio” como el análisis del “grado de incidencia causal” de cada una de las actividades, no habría ninguna duda de la

desproporción destructiva entre una tractomula que transita a exceso de velocidad y sin frenos, y una motocicleta de pequeño cilindraje.

Circunscritos “al plano causal”, había que condenar a los demandados.

Pero la incidencia de la conducta de la víctima no se resuelve en el plano de la causalidad natural, pues no se trata de analizar el comportamiento de un cuerpo o partícula física según las leyes de la mecánica clásica, la electrodinámica o la termodinámica; sino de establecer quién creó un riesgo jurídicamente desaprobado en retrospectiva, quién infringió las normas jurídicas que establecen el deber de evitar daños a terceros, y quién se expuso con imprudencia a los peligros generados por otros, todo lo cual excede las leyes de la causalidad newtoniana.

4.1. La víctima no fue la creadora exclusiva del riesgo porque está más que demostrado que en la generación del accidente intervino el riesgo de atropellamiento creado con la conducción de un tractocamión. Así de fácil era concluir que el accidente no se debió a la actuación de la víctima ni a la injerencia de un factor extraño.

4.2. Tampoco había lugar a reducción de la indemnización en los términos del artículo 2357 del Código Civil, porque no se probó que la víctima se expuso al peligro con imprudencia.

Lo único que existe en el proceso es una afirmación en el informe rendido por la autoridad de tránsito en el que se indicó que el motociclista transitaba “alejado” de la acera. Sin embargo, nunca se estableció qué tan alejado de la orilla conducía, ni se comparó esa conducta con las normas de tránsito de automotores que prohíben tal maniobra o permiten deducir que el motociclista las infringió.

La afirmación según la cual “el motociclista transitaba distante de la acera u orilla de la calzada” es demasiado vaga como para fundar en ella una causal excluyente de responsabilidad, toda vez que el artículo 94 del Código Nacional de Tránsito dispone que las motocicletas deben circular a una distancia máxima de un metro desde el borde lateral de la calzada. Pero al no estar demostrado en el proceso cuál fue la distancia exacta a la que circulaba la moto respecto de la orilla, mal podría reprochársele al accidentado una infracción de la reglamentación de tránsito.

En todo caso, la sola infracción de una norma de tránsito –en la hipótesis de que se hubiera probado– no bastaba para inferir que el motociclista fue el autor exclusivo del accidente, pues faltaba hacer la correlación de imputación entre esa infracción y el resultado lesivo. Es decir que por muy alejado del andén que hubiera conducido el motociclista, no hay ningún motivo que permita suponer que el accidente se produjo por ese distanciamiento, toda vez que lejos o cerca de la

acera, de igual modo hubiera sido atropellado por el tractocamión que transitaba a exceso de velocidad y sin frenos.

La razón que la Corte tuvo en cuenta para concluir que el accidente fue “causado” exclusivamente por la víctima, en suma, ni se probó ni hubiera tenido ninguna incidencia jurídica para eximir de responsabilidad a los demandados.

La Corte concluyó que ese informe no tenía mucha fuerza demostrativa para probar “la relación de causalidad” entre el accidente y la pérdida de la pierna. Pero sí le dio valor probatorio para demostrar la culpa de la víctima a pesar de que del mismo no es posible inferir el más mínimo indicio de que el motociclista infringió sus deberes de prudencia. Lo anterior demuestra, una vez más, la revictimización que sufrió el accidentado por la equivocada valoración probatoria que hizo la Corte.

4.3. La víctima no fue la causante exclusiva del accidente, ni su intervención causal fue jurídicamente relevante, ni se expuso al peligro con imprudencia. En consecuencia, no se probó ninguna causal eximente o atenuante de responsabilidad.

Cualquiera que sea la teoría que se aplique, había que condenar a los demandados porque fueron los agentes responsables del accidente.

5. La sentencia quiso defender –sin éxito– la tesis de que los problemas de concurrencia de actividades peligrosas se resuelven “en el plano de la causalidad”.

Es cierto que los problemas de autoría, participación e injerencia de la conducta de la víctima para la atribución de responsabilidad en el ejercicio de actividades peligrosas no se resuelven en el ámbito de la culpabilidad, pero tampoco se solucionan con una supuesta “concurrencia de causas”, porque siempre será necesario seleccionar de entre el flujo infinito de condiciones antecedentes o confluyentes los factores que se estiman relevantes para el caso según un criterio jurídico que impone deberes de evitación de riesgos.

Al respecto, esta Corte, en sentencia del 5 de mayo de 1999,² descartó la postura de la “neutralización de las presunciones” que se había empleado hasta esa fecha, dando paso a la “teoría” de la “relatividad de la peligrosidad de la actividades”, que es una explicación insuficiente porque no existe ningún criterio que permita saber cuándo una actividad es más peligrosa que otra, con lo que la solución del problema termina dependiendo de los prejuicios y creencias del juez.³

Posteriormente, en fallo del 2 de mayo de 2007, se acogió la tesis de la “graduación o relatividad de las actividades peligrosas”, advirtiendo que en caso de presentarse una “equivalencia” en las actividades se debe acudir a la

² M.P.: Jorge Castillo Rugeles. Exp. 4978.

³ M.P.: Silvio Fernando Trejos Bueno. Exp. 5220.

“neutralización de las presunciones”. Esa sentencia aludió, además, a la valoración de la “culpa adicional” de los agentes, mezclando de esa manera el régimen de culpa presunta con el de culpa probada. En todo caso, no ofreció ningún criterio para distinguir la peligrosidad de las actividades, con lo que, finalmente, todo el esfuerzo doctrinal fue inútil, pues la solución de los casos quedaría dependiendo del arbitrio del juez.⁴

En sentencia del 24 de agosto de 2009, la Corte reconoció que los problemas de concurrencia de actividades peligrosas no pueden solucionarse en el ámbito de la culpabilidad.⁵ En tal sentido, afirmó que tales conflictos se resuelven según “el grado de incidencia causal” de las actividades peligrosas. Una vez más, se trató de una solución infructuosa porque el problema de fondo radica en que no hay criterios imparciales que permitan saber cuándo una actividad es más peligrosa que otra, a menos que se quiera afirmar que la fuerza del mecanismo más grande es más destructiva que la del aparato más pequeño, lo cual fue una opinión que podía mantenerse en tiempos pasados, cuando sólo se observaban fuerzas mecánicas.

Hoy en día la ciencia ha podido demostrar la existencia de fuerzas a nivel cuántico y electromagnético, imperceptibles para los sentidos, que aunque no causan una gran impresión psicológica o temor, tienen mayor capacidad de destrucción que el más grande de los artefactos construidos por el hombre.

“El grado de incidencia causal” tampoco es útil para resolver los problemas de omisiones ni tiene en cuenta los criterios jurídicos que eximen de la obligación de responder cuando no se tiene el deber de evitar los daños, aunque se haya contribuido eficazmente a la producción del perjuicio (prohibición de regreso).

En fallo del 26 de agosto de 2010, la Corte reiteró que la responsabilidad por actividades peligrosas entraña una presunción de culpabilidad. Pero los problemas de concurrencia de actividades peligrosas se resuelven según “el grado de incidencia causal” de las actividades.⁶

En providencia del 16 de diciembre de 2010, la Corte insistió en que la valoración del aporte causal es el factor dirimente cuando las actividades del agente y de la víctima son peligrosas, sin necesidad de adentrarse en el juicio de reproche subjetivo.⁷

El problema, no obstante, siguió sin solución al reducir el nivel de sentido jurídico al plano de la “causalidad natural”, desconociendo que la atribución de un resultado a un agente como suyo no se resuelve a partir del análisis físico de las

⁴ M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 1997-03001-01.

⁵ M.P.: William Namén Vargas. Exp. 2001-01054-01.

⁶ M.P.: Ruth Marina Díaz. Exp. 2005-00611-01.

⁷ M.P.: Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 1989-00042-01.

interacciones deterministas que se dan en la naturaleza, sino en el ámbito de la imputación a partir de normas que adjudican deberes de evitación de riesgos, lo que de ninguna manera significa que las relaciones causales deban ser desconocidas al interior del proceso, como si el derecho fuese una mera abstracción alejada de la realidad.

Finalmente, en sentencia del 12 de enero de 2018, se dejaron a la luz las inconsistencias y contradicciones a las que llegaban todas las posturas anteriores, y se mostró su insuficiencia para resolver los problemas de “indeterminación causal” y de concurrencia de actividades peligrosas.⁸

En aquella oportunidad se concluyó que los problemas de ausencia de causalidad (como las omisiones y la responsabilidad por hechos ajenos) y de incertidumbre causal (pluricausalidad o pluriconsecuen- cialidad) no se resuelven en el ámbito de la causalidad natural, física, eficiente o adecuada, sino en el de la imputación, porque la responsabilidad jurídica no se establece a partir de las determinaciones naturales sino en el nivel de significación del derecho, a partir de las posibilidades de elección de alternativas cuando se tiene el deber jurídico de actuar de cierta manera; lo cual no es ninguna novedad y, por el contrario, en esa distinción se asientan todas las teorías contemporáneas del derecho.

Mucho menos es admisible afirmar que los problemas de indeterminación causal se resuelven en el plano de la culpabilidad, porque la atribución de un resultado a un agente “como suyo” es distinta a la valoración de su conducta en concreto a la luz de la infracción de los deberes de prudencia.

Se afirmó que en materia de responsabilidad por actividades peligrosas –que prescinde por completo de la valoración de la culpa–, resulta contradictorio adentrarse en el análisis del reproche subjetivo concreto de la conducta del agente para solucionar los problemas de incertidumbre causal.

Por ello, los problemas inherentes a las teorías de la causalidad no pueden superarse o solucionarse mediante la introducción de una “fase causal” que lleva implícitas todas las inconsistencias de las teorías de la causalidad, pues ello supondría una regresión infinita que aplaza el problema indefinidamente.

Para evitar la anterior contradicción y resolver el problema con base en las normas sustanciales que rigen la materia, la incidencia de la víctima en la producción del daño se tiene que analizar en dos niveles distintos de imputación, pues su actuación (u omisión) puede encuadrarse en el instituto de la autoría o participación (artículos 2356 y 2344) o en el de la exposición imprudente al daño (artículo 2357), dependiendo de si tuvo la posibilidad de evitar ‘producir’ el riesgo

⁸ SC002-2018. Exp. 11001-31-03-027-2010-00578-01

que ocasionó el perjuicio, o si tuvo la posibilidad de evitar ‘exponerse’ a él con imprudencia pero sin haberlo creado.

i) El daño es imputable por completo a la víctima cuando ésta creó totalmente el riesgo que ocasionó el daño, o participó en su producción (artículo 2344).

ii) El daño es imputable parcialmente a la víctima, por lo que hay lugar a reducción de la indemnización, cuando no fue quien creó el riesgo que ocasionó el daño, ni participó en su producción; pero sí tuvo la posibilidad de evitar exponerse imprudentemente al peligro que sufrió (artículo 2357).

En el caso concreto, el riesgo no fue creado por el motociclista, quien pudo haber creado otros riesgos como accidentarse o atropellar a otras personas, pero no el ser atropellado, dado que el accidente no dependió de su ámbito de acción (pues fue solo un sujeto pasivo) sino de la actuación del conductor del tractocamión.

Habría sido distinto si el motociclista se hubiera expuesto con imprudencia al peligro que creó el autor del accidente. Pero en ese caso no podía haber culpa exclusiva de la víctima, sino únicamente reducción de la indemnización en los términos del artículo 2357; mas, la carga de la prueba de la culpa de la víctima tenía que ser asumida por el demandado que formuló esa excepción.

El anterior análisis implica valorar la atribución de responsabilidad en varios niveles de imputación, según el número de autores o partícipes cuyas acciones u omisiones sean consideradas como jurídicamente relevantes en la producción de los daños, siendo un enfoque satisfactorio para resolver el problema de la concurrencia de actividades peligrosas en el nivel de sentido jurídico, según la asignación de deberes de evitación de riesgos que producen daños, una vez que ha quedado en evidencia la inutilidad de la tesis de la “graduación de la incidencia causal”.

Por no haberse comprendido lo anterior, la supuesta objetividad de la responsabilidad por actividades peligrosas que mencionó el fallo que es materia de este salvamento, el “garantismo” del que tanto se ufanó, la “presunción de responsabilidad”, las alusiones a los principios constitucionales, a las normas internacionales, a la justicia y la equidad, y al incumplimiento de las cargas probatorias quedaron en nada cuando se exigió al actor la demostración de una enorme cantidad de requisitos que la norma sustancial que rige el caso (2356) no establece.

En efecto, a folio 33 se afirmó: «era indispensable en consecuencia, escrutar, a través del acervo probatorio practicado y recaudado, (i) la descripción del lugar de la colisión (vgr. la anchura o uniformidad de la vía, topografía y señales de tránsito del sector circundante antes y después del punto de colisión, el estado del

tramo vial); (ii) los factores de importancia en el iter del choque (hora, condiciones atmosféricas, características del flujo vial al momento del impacto, campo de visibilidad, la ubicación de los vehículos luego del suceso, así como su examen mecánico, entre ellos, las señales acústicas y luminosas, las condiciones de los neumáticos, huellas de frenado, detritus de vidrios, fango o barniz desprendidos de los automotores por efectos de la colisión); (iii) los aspectos atinentes al comportamiento de los involucrados (averiguado mediante las versiones de éstos o mediante testigos presenciales del hecho); y (iv) las conclusiones sobre las comprobaciones fácticas acerca de las razones que provocaron el accidente».

Se exigió, de ese modo, la demostración de condiciones específicas que sólo se requieren para probar la culpa, pues para la elaboración de la inferencia causal sólo se necesitaba observar la ocurrencia de una acción y deducir que ella produjo un resultado determinado: la tractomula atropelló al motociclista, el motociclista sufrió graves lesiones con el accidente, entre ellas la pérdida de su extremidad inferior. Luego, la amputación de la pierna fue el resultado del accidente. Ninguna otra consideración ni prueba se necesitaba para tener por demostrada la tan anhelada “relación de causalidad” que no vieron los jueces de las instancias ni esta Corte.

Al exigirse la prueba de las condiciones específicas que rodearon la producción del accidente, la observancia de reglamentaciones de tránsito, “los aspectos atinentes al comportamiento de los involucrados”, y “las razones que provocaron el accidente”, se convirtió a la responsabilidad por actividades peligrosas en la más subjetiva de todas las responsabilidades, pues todos esos aspectos relativos a la conducta concreta de los intervinientes forman parte del juicio de culpabilidad.

La sentencia, que tanto énfasis hizo en la “responsabilidad objetiva” o por mera causación, finalmente resolvió el problema en el ámbito de la culpabilidad; lo que es una verdadera incoherencia, como no podía ser de otro modo, dado que se confundieron los conceptos de causalidad, imputación y culpabilidad; lo cual no sería tan preocupante si no fuera porque tales incoherencias terminaron por negar el derecho que tiene la víctima a ser indemnizada.

La contradicción se muestra, una vez más, en el siguiente fragmento: «la problemática de la concurrencia de actividades peligrosas se resuelve en el campo objetivo de las conductas de lesionado y actor, y en la secuencia causal de las mismas en la generación del daño. Tal entendimiento debe hacerse, claro, considerando aspectos relevantes sobre la forma en que se generó el daño, como el tipo de rol peligroso (vgr. conducción de automotores; transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica, etc.), sus particularidades (cómo, cuándo y dónde), y quién incrementó o disminuyó el riesgo frente a la actividad

(vgr. cuando al conducir se decide cambiar de carril sin hacer uso de direccionales, o se transita en contravía)». [Folio 40]

El fallo incurrió en graves confusiones conceptuales respecto de la comprensión de las relaciones causales, pues todas las consideraciones señaladas en el párrafo transcrito no son indicativas de causalidad sino de culpabilidad, dado que se refieren al análisis concreto de las conductas de los intervinientes según se ajusten o contravengan los deberes de prudencia.

Al final de sus consideraciones, el fallo de casación concluyó que las pruebas aportadas al proceso «no lograron edificar, desde lo causal, cómo y por qué ocurrió el siniestro, situación que impide establecer juicios acerca del grado de mayor o menor incidencia de los rodantes en el choque, hallándose simultáneamente, una alta concurrencia causal del demandante». [Folio 41]

Esa conclusión es arbitraria porque en el juicio de responsabilidad por actividades peligrosas es absolutamente irrelevante establecer “desde lo causal, cómo y por qué ocurrió el accidente”. A nadie le interesa demostrar las causas del accidente. Lo que interesa demostrar es si los perjuicios sufridos por la víctima son o no jurídicamente atribuibles a la conducta de los demandados, y ello es un asunto sustancialmente distinto de la averiguación “del cómo y el por qué del accidente”.

En tratándose de una actividad peligrosa la causa del accidente es completamente intrascendente, toda vez que el juicio de imputación debe circunscribirse a establecer si se trató o no de una actividad peligrosa, si el daño generado por esa actividad puede ser atribuido a los demandados y si quedaron demostrados o no las causales eximentes de responsabilidad; y nada de ello tiene relación con “el por qué” del accidente.

La afirmación es, además, contradictoria, porque si se dijo que a partir del caudal probatorio no fue posible “establecer juicios acerca del grado de mayor o menor incidencia de los rodantes en el choque”, entonces no logra comprenderse

cómo se concluyó a partir de esa misma ausencia de pruebas “una alta concurrencia causal del demandante”. La contradicción salta a la vista.

6. Todos los elementos de la responsabilidad por actividades peligrosas quedaron demostrados en el proceso:

a) El daño, que consistió en la amputación de la pierna, siendo un hecho probado, confesado y no discutido ni refutado.

b) Que la conducción de un tractocamión es una actividad peligrosa, lo cual es tan evidente que sería una necesidad entrar a discutirlo.

c) El factor jurídico de atribución del resultado a los demandados, por ser guardianes de la cosa que produjo el daño, guardianes de la actividad peligrosa y garantes del deber de evitación de causar perjuicios a terceros con el despliegue de esa actividad.

La “relación causal” entre la actividad peligrosa desplegada por el conductor del tractocamión y los perjuicios ocasionados al motociclista es tan evidente que ni siquiera fue materia de discusión o actividad probatoria, pues fue admitida por los demandados. Pero hay que reconocer que entre la posición de garante de los guardianes de la actividad peligrosa y las lesiones sufridas por la víctima no hay ni puede haber “relación causal”. De ahí que la “causalidad” no sea una condición necesaria ni suficiente para atribuir responsabilidad.

Es más, aún si se hubiera regido el caso por la responsabilidad por culpa probada, la misma quedó demostrada, toda vez que quedó debidamente acreditado que la tractomula transitaba a exceso de velocidad y sin frenos.

7. También se incurrió en graves errores conceptuales cuando se explicó el valor demostrativo de las copias simples aportadas por la parte actora, lo cual no ameritaba mayores elucubraciones porque tanto en el anterior como en el actual estatuto procesal los documentos declarativos emanados de terceros deben ser estimados por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación (artículo 277 C.P.C.; 262 C.G.P.).

No había, por tanto, ninguna necesidad de adentrarse en disquisiciones sobre la autenticidad de los documentos, porque no se trataba de instrumentos de naturaleza dispositiva.

A pesar de no albergar dudas sobre el valor formal y material de la prueba documental, la Corte concluyó que era «poco contundente para establecer, sin

resquicio, la relación de causa y efecto entre la conducta del convocado y el menoscabo padecido por el demandante». [Folio 31]

8. El fallo de casación, en suma, se extravió en un embrollo de conceptos vacíos, contradictorios y carentes de sentido, que condujeron a negar la existencia de un “nexo causal” tan contundente que ni siquiera los demandados se atrevieron a negarlo; cuando para establecer la anhelada “relación causal” bastaba hacer una inferencia indiciaria sencilla: si el motociclista perdió la pierna con ocasión del accidente que produjo el conductor del tractocamión, entonces hay razones suficientes para deducir que la pérdida anatómica se debió a esa actividad peligrosa.

Por no haber comprendido los jueces de las instancias y esta Corte que las relaciones causales no son hechos susceptibles de pruebas directas sino construcciones lógicas, y por no haber admitido que la “causalidad” no es un factor necesario ni suficiente para atribuir responsabilidad civil, no se materializó el derecho en el caso concreto, por lo que toda alusión a la justicia, la equidad y el garantismo, de los que tanto se habló en la sentencia, no fueron más que sofismas, falacias o palabras vacías.

Podrá invertirse o distribuirse la carga de la prueba; podrá abusarse de la práctica de pruebas de oficio; podrán usarse frases pomposas sobre el garantismo, la justicia y la equidad; podrá aludirse a la aplicación de tratados internacionales; podrá afirmarse que se trata de una “responsabilidad objetiva”; podrán emplearse frases sentimentales sobre la “revictimización” de quien tiene que cumplir su carga demostrativa; y podrán inventarse todos los recursos retóricos que se quiera.

Pero si no se identifican con claridad los elementos estructurales de cada tipo de responsabilidad que deben quedar demostrados en el proceso, si no se elaboran las hipótesis indiciarias que requiere el caso a partir de los hechos probados, y si se impone a las víctimas una carga probatoria imposible de cumplir y no prevista por las leyes sustanciales, cualquier doctrina que se adopte para fundar en ella la atribución de responsabilidad estará destinada al fracaso, de lo cual esta sentencia fue la demostración más palpable.

9. La sentencia del tribunal, en suma, tenía que ser casada para, en su remplazo, condenar a los demandados al pago de la indemnización por los daños

que sufrió el demandante, toda vez que quedaron demostrados todos los elementos de la responsabilidad por actividades peligrosas.

De los Señores Magistrados,

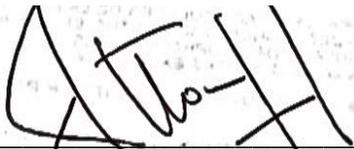
ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado

Sean suficientes los anteriores razonamientos para solicitar comedidamente a los Señores Magistrados de la Sala Civil del Honorable Tribunal Superior de Villavicencio

SE SIRVA REVOCAR LA SENTENCIA ABOSOLUTORIA DICTADA A FAVOR DE LOS DEMANDADOS Y EN SU LUGAR, PROFERIR SENTENCIA CONDENATORIA, condenándolos al pago de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes.

De los Señores Magistrados, con sentimientos de consideración y respeto,

Cordialmente,



JORGE ADOLFO OTTAVO HURTADO
C.C. NO. 11'297.262 DE GIRARDOT
T.P. NO. 65.583 DEL C.S.J.

Señor Magistrado
Jesús Emilio Munera Villegas
Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá
E. S. D.

Ref. Proceso verbal de Giovanni Domenico Di Betta Cortes vs. Germán Ayala y Claudia Liliana Pardo González.

Expediente 11001 3103 024 2019 00098 00

En condición de apoderado judicial de la señora Claudia Liliana Pardo González dentro del proceso de la referencia procedo a sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 15 de julio de 2021 por el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá, en los términos siguientes:

I. La sentencia apelada

A partir del minuto 2:38:23 del audio contentivo de la audiencia del art. 373 del CGP realizada en la fecha antes señalada, el juez *a quo* dictó la providencia apelada cuya parte resolutive es la siguiente:

“PRIMERO: Declarar no probada la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* formulada por Claudia Liliana Pardo González.

“SEGUNDO: Declarar que Claudia Liliana Pardo González es una tercera de mala fe frente al contrato de compraventa contenido en escritura pública número 4106 de veintiuno (21) de diciembre de dos mil diez (2010) de la notaría Treinta y Nueve (39) del círculo de Bogotá por el cual Giovanni Domenico Di Betta Cortés dijo vender a Germán Ayala Pardo el bien ubicado en la calle 75 Nro. 26-36 de Bogotá, que se identifica con la matrícula inmobiliaria número 50C-497528 y código CHIP de catastro distrital número AAA0086YJXS y por tanto le es oponible la declaratoria de simulación absoluta proferida en sentencia parcial en este proceso el veinticuatro (24) de junio de dos mil veintiuno (2021).

“TERCERO. En consecuencia con lo anterior, se ordena la devolución al patrimonio de Giovanni Domenico Di Betta Cortés del cincuenta por ciento (50%) de la propiedad del predio con matrícula inmobiliaria No. 50C-497528 que le corresponde a Claudia Liliana Pardo González.

“CUARTO: Por Secretaría, LÍBRESE EXHORTO a la Notaría Treinta y Nueve (39) del Círculo de Bogotá para que haga la anotación correspondiente en la escritura pública número 4106 de veintiuno (21) de diciembre de dos mil diez (2010), esto es la cancelación de la transferencia de dominio de Giovanni Domenico Di Betta Cortés a Germán Ayala Pardo

“QUINTO: Por secretaría LÍBRESE OFICIO a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Centro, con el objeto de que haga el registro de esta sentencia en el bien con matrícula inmobiliaria número 50C-497528 y, en

consecuencia de ello, cancelar la anotaciones Nros. 20, 21 y 22 de dicho predio en el sentido de invalidar la transferencia de dominio de Giovanni Domenico Di Betta Cortés a Germán Ayala Pardo, por ser dicha persona una tercera de mala fe.

“**SEXTO:** CONDENAR a Claudia Liliana Pardo González, y en proporción del cincuenta por ciento (50%) en costas de la presente acción. Por secretaria practíquese la correspondiente liquidación, incluyendo la suma de \$ 8.000.000 como agencias en derecho.

“**SÉPTIMO:** DECLARAR TERMINADO el presente proceso”.

II. Los motivos de inconformidad con el fallo apelado

En esencia, son tres a saber:

- (i) Violación del principio de congruencia
- (ii) Deficiente apreciación probatoria y,
- (iii) Desconocimiento de la cosa juzgada emanada de la sentencia dictada por el Juzgado 4° de Familia de Bogotá.

(I) Violación del principio de congruencia.

1. La demanda, debidamente subsanada por la parte demandante, fue dirigida contra el señor Germán Ayala y mi representada, y contiene las siguientes pretensiones:

“**PRIMERA:** Que se declare **ABSOLUTAMENTE SIMULADO** la compraventa contenida en la escritura pública número 4106 del 21 de diciembre de 2010 otorgada en la Notaría Treinta y Nueve del Círculo de Bogotá D.C., por medio de la cual el señor **GIOVANNI DOMENICO DI BETTA CORTES**, aparentemente **VENDE** al señor **GERMÁN AYALA PARDO** el siguiente bien inmueble: **CASA DE HABITACIÓN UBICADA EN LA CALLE 75 NÚMERO 26 34** de Bogotá D.C. Tiene los siguientes linderos: casa de habitación y el lote de terreno donde se encuentra construida, ubicada en la calle 75 número 26-24 y 26-36 de la ciudad de Bogotá D. C., con una extensión superficial de trescientas veinte varas cuadradas (320 V2) o sea doscientos ocho metros cuadrados (208 m2) junto con la edificación que sobre dicho lote de terreno existe y que corresponde a una casa de habitación de dos plantas, sus instalaciones de energía eléctrica y acueducto en funcionamiento, inmueble ubicado en el barrio LA AURORA que es parte de Chapinero de esta ciudad de Bogotá, distinguido todo el inmueble con la nomenclatura urbana con los números veintiséis treinta y cuatro (26-34) y veintiséis treinta y seis (26-36) de la calle setenta y cinco (75) y comprendido entre los siguientes linderos...

“**SEGUNDA:** Como consecuencia del anterior declaración, ordenar la cancelación de la escritura pública número 4106 del 21 de diciembre de 2010 otorgada ante Notaría Treinta y Nueve del Círculo de Bogotá D.C., por medio de la cual el señor **GIOVANNI DOMENICO DI BETTA CORTÉS** vende, simuladamente al señor **GERMÁN AYALA PARDO** el siguiente bien inmueble: **CASA DE HABITACIÓN UBICADA EN LA CALLE 35 NÚMERO 26 34** de Bogotá y la

anotación número 19 del folio de matrícula inmobiliaria número 50C-49 7528 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D.C.

“**TERCERA:** Condenar al demandado en costas y demás gastos del proceso, en caso de presentar oposición”.

2. La demanda afirmó en su *causa petendi* doce hechos de los cuales sólo cuatro mencionan a mi representada, los números 8, 10, 11 y 12 que no fueron aceptados al replicarlos y que son del siguiente tenor literal:

“8. Para la época, diciembre del año 2010, el señor **GERMÁN AYALA PARDO** se encontraba casado con sociedad conyugal vigente con la señora **CLAUDIA LILIANA PARDO GONZÁLEZ**, quien tenía pleno conocimiento de los detalles y términos en que los señores **DI BETTA CORTES** y **AYALA PARDO** habían celebrado el negocio en mención, a saber: le constaba que no hubo pago del precio, que no hubo entrega material del inmueble y que existía el compromiso de devolver la titularidad del mencionado inmueble en cabeza de mi representado una vez este así lo solicitara.

(..)

“10. De otra parte, los esposos **AYALA-PARDO**, adelantaron la cesación de los efectos del matrimonio católico y la respectiva liquidación de la sociedad conyugal mediante escritura pública número 1093 del 29 de febrero de 2012, en la que se declaró la no existencia de bienes dentro de dicho trámite y se presentó renuncia expresa frente a cualquier reclamación posterior. (Anexo copia la escritura pública en mención).

“11. La señora **CLAUDIA LILIANA PARDO**, desconociendo el referido acuerdo, pero teniendo pleno conocimiento de la situación de los esposos **DI BETTA-NÚÑEZ** y la renuncia expresa descrita en el numeral anterior, a través de apoderado adelantó proceso judicial ante el Juzgado 4 de Familia del Circuito de Bogotá, tendiente a obtener la liquidación adicional de la sociedad conyugal, en la que se involucra el inmueble con folio matrícula inmobiliaria número 50C- 497528 de la ORIP -zona centro- de Bogotá D.C. Anexo escrito de la referida demanda.

“12. El actuar de la señora **CLAUDIA LILIANA PARDO**, tiene los rasgos propios de la conducta penal de fraude procesal, razón por la cual fue denunciada por mi representado, el señor **GIOVANNI DI BETTA** ante la Fiscalía General de la nación, denuncia que en la actualidad se encuentra en curso”.

3. Con una lectura del escrito de demanda puede apreciarse, sin dificultad, que no existen en esta, pretensiones en contra de mi representada ni hechos diversos a los anteriormente transcritos.

4. En los alegatos de conclusión presentados en la audiencia del art. 373 del CGP se llamó la atención del juzgado sobre la imposibilidad que existía para dictar una sentencia condenatoria en contra de mi mandante, en vista de la ausencia de pretensiones en contra suya en la demanda, aunado a la circunstancia de que ella tampoco había sido celebrado el contrato de compraventa cuya simulación absoluta se pidió en el escrito inaugural del proceso y por tales razones, en caso de proferirse, comportaría una infracción

flagrante al principio de congruencia de la sentencia, sin contar con la evidente carencia de legitimación en la causa de mi representada.

5. Como fue fallado el pleito?

El Juez *a quo* dictó dos sentencias en el proceso: la primera, el 24 de junio de 2021 como consecuencia del allanamiento a las pretensiones por parte del demandado Germán Ayala y, la segunda, el 15 de julio siguiente, respecto de la otra demandada contra la cual prosiguió el proceso, en vista de la oposición de esta a las súplicas del promotor del litigio.

La sentencia de 24 de Junio, tiene la siguiente parte resolutive:

“**PRIMERO:** Declarar simulado absolutamente el contrato de compraventa contenida en escritura pública número 4106 de veintiuno (21) de diciembre de dos mil diez (2010) de la Notaría Treinta y Nueve (39) del Círculo de Bogotá por el cual Giovanni Domenico Di Betta Cortes dijo vender a Germán Ayala Pardo el bien ubicado en la calle 75 Nro. 26-36 de Bogotá, que se identifica con matrícula inmobiliaria número 50C-497528 y código CHIP de catastro distrital número AAA0086YJXS.

“**SEGUNDO:** En consecuencia con lo anterior, se ordena la devolución al patrimonio de Giovanni Domenico Di Betta Cortés del cincuenta por ciento (50%) de la propiedad del predio con matrícula inmobiliaria número 50C-497528, el cual corresponde a Germán Ayala Pardo.

“**TERCERO:** Por Secretaría, LÍBRESE EXHORTO a la Notaría Treinta y Nueve (39) del círculo de Bogotá para que haga la anotación correspondiente en la escritura pública número 4106 de veintiuno (21) de diciembre de 2010, esto es la cancelación de la transferencia de dominio de Giovanni Domenico Di Betta Cortés a Germán Ayala Pardo.

“**CUARTO:** Por secretaria LÍBRESE OFICIO a la oficina de registro instrumentos públicos de Bogotá zona centro, con el objeto de que haga el registro de esta sentencia en el bien con matrícula inmobiliaria número 50C-497528 y en consecuencia de ello, cancelar la anotación número 19, dejar vigentes las Nros 20 y 21, e invalidar parcialmente la número 22, en el sentido de invalidar la transferencia de dominio de Giovanni Domenico Di Betta Cortes a German Ayala Pardo, pero quedando vigente la adjudicación del cincuenta por ciento (50%) a Claudia Liliana Pardo González.

“**QUINTO:** Sin condena en costas a cargo de Germán Ayala Pardo.

“**SEXTO:** DECLARAR TERMINADO el presente proceso respecto de Germán Ayala Pardo”.

Por su parte, la sentencia dictada el 15 de julio de 2021 tiene, como antes se señaló, la siguiente parte resolutive:

“**PRIMERO:** Declarar no probada la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* formulada por Claudia Liliana Pardo González.

“SEGUNDO: Declarar que Claudia Liliana Pardo González es una tercera de mala fe, frente al contrato de compraventa contenido en escritura pública número 4106 de veintiuno (21) de diciembre de dos mil diez (2010) de la notaría Treinta y Nueve (39) del círculo de Bogotá por el cual Giovanni Domenico Di Betta Cortés dijo vender a Germán Ayala Pardo el bien ubicado en la calle 75 Nro. 26-36 de Bogotá, que se identifica con la matrícula inmobiliaria número 50C-497528 y código CHIP de catastro distrital número AAA0086YJXS y por tanto le es oponible la declaratoria de simulación absoluta proferida en sentencia parcial en este proceso el veinticuatro (24) de junio de dos mil veintiuno (2021)”

“TERCERO. En consecuencia con lo anterior, se ordena la devolución al patrimonio de Giovanni Domenico Di Betta Cortés del cincuenta por ciento (50%) de la propiedad del predio con matrícula inmobiliaria No. 50C-497528 que le corresponde a Claudia Liliana Pardo González.

“CUARTO: Por Secretaría, LÍBRESE EXHORTO a la Notaría Treinta y Nueve (39) del Círculo de Bogotá para que haga la anotación correspondiente en la escritura pública número 4106 de veintiuno (21) de diciembre de dos mil diez (2010), esto es la cancelación de la transferencia de dominio de Giovanni Domenico Di Betta Cortes a Germán Ayala Pardo

“QUINTO: Por secretaría LÍBRESE OFICIO a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Centro, con el objeto de que haga el registro de esta sentencia en el bien con matrícula inmobiliaria número 50C-497528 y en consecuencia de ello, cancelar la anotaciones Nros 20, 21 y 22 de dicho predio en el sentido de invalidar la transferencia de dominio de Giovanni Domenico Di Betta Cortes a Germán Ayala Pardo, por ser dicha persona una tercera de mala fe.

“SEXTO: CONDENAR a Claudia Liliana Pardo González, y en proporción del cincuenta por ciento (50%) en costas de la presente acción. Por secretaria practíquese la correspondiente liquidación, incluyendo la suma de \$ 8.000.000 como agencias en derecho.

“SÉPTIMO: DECLARAR TERMINADO el presente proceso”.

6. Respecto de la infracción al principio de la congruencia del fallo, la juez expresó en el fallo apelado, lo siguiente:

“Se procede a dictar sentencia en el presente estado de las diligencias.

“Para ello se debe señalar, en primer lugar, que una vez revisado el plenario se estableció que ningún reparo merece la actuación en lo concerniente a los presupuestos procesales en la medida en que la competencia está radicada en este despacho judicial; la capacidad para ser parte y comparecer al proceso están debidamente acreditados y la demanda reúne los requisitos que para el caso establece el ordenamiento; Asimismo no hay causal de nulidad alguna que haga nugatoria la actuación por lo cual se permite en este sentido que la instancia concluya con sentencia que amerita el asunto sometido a estudio en este momento.

“En claro a lo anterior y atendiendo entonces a que en sentencia parcial proferida el 24 de junio de este año en este mismo proceso, se declaró absolutamente simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 4106 del 21 de diciembre de 2010 de la notaría 39 del círculo de Bogotá, el objeto de este litigio y

el cual se haya pendiente por resolver, es si tal como se dijo en la audiencia inicial, esa declaratoria es o no oponible a Claudia Liliana Pardo Gonzalez; ello en razón a que, en sentencia del 4 de abril de 2018 el juzgado 4° de familia de Bogotá, en virtud de esa sentencia el señor Ayala Pardo, German Ayala Pardo, perdió la propiedad del otro 50% a favor de Claudia Liliana Gonzalez, siendo por ello, entonces, menester resolver dicho punto, como quiera que tal declaratoria, recae sobre el 100% del derecho de dominio del predio, conforme a las pretensiones de la demanda y no únicamente sobre el 50%, por lo cual la cuestión a dilucidar es sí, como se indicó, dicha declaratoria de simulación es o no oponible a la citada señora Pardo Gonzalez.

“En ese sentido no hay rompimiento de principio de congruencia establecido en el artículo 281 del Código General del Proceso”.

7. Resulta en verdad sorprendente que la juez se limitara a aseverar, lisa y llanamente, que lo que debía dilucidarse en el fallo era si la declaratoria de simulación era oponible o no a mi representada (súplica que, se reitera, no fue pedida en la demanda), como si ello fuera suficiente para entender que se encontraba habilitada para hacer los pronunciamientos hechos en el fallo, cuando lo que se esperaba de parte suya es que arguyera cómo podía concluirse que la sentencia que adoptaba decisiones no pedidas en la demanda y que la ley tampoco autoriza para tomar de oficio, no era inconsonante.

Nada de eso se argumentó y por ello la conclusión del *a quo* muestra mas bien un criterio de autoridad, desprovisto de la debida y necesaria fundamentación, pues no por determinarse que la simulación era oponible a mi mandante, podía superarse el escollo procesal que suponía –y supone- declarar la inoponibilidad y demas decisiones adoptadas, cuando es incontrovertible que no fueron pedidas por el actor.

8. Ahora bien, con el propósito de demostrar el yerro *in procedendo* que se imputa al Juez a quo, destaco que el artículo 281 del CGP establece en los dos primeros incisos:

“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta”.

9. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 26 de sept de 2017, exp. 2011-00241 precisó respecto de la incongruencia:

“Se trata de un error *in procedendo*, fundado en el desconocimiento del principio dispositivo que rige las causas civiles, según el cual, son las partes las encargadas de establecer los contornos de la controversia y,

consecuentemente, la órbita de competencia del juzgador, quien no podrá alejarse de los extremos del proceso, salvo que la misma ley lo autorice.

“La incongruencia se presenta, entonces, cuando el juez decide el caso por fuera de las pretensiones o excepciones probadas (extra petita), o más allá de lo pedido (ultra petita), o cercenando lo que fue objeto de alegación y demostración (citra petita), como lo ha señalado la Corte:

[Su] incumplimiento es de antaño inscrito en una de estas tres posibilidades: en primer lugar, cuando en la sentencia se otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para concederlo (ultra petita); en segundo lugar, cuando en la sentencia olvida el fallador decidir, así sea implícitamente, alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (mínima petita); y en tercer lugar, cuando en el fallo decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, o, de un tiempo a esta parte, en Colombia, con apoyo en hechos diferentes a los invocados (extra petita)... (SC1806, 25 feb. 2015, rad. n° 2000-00108-01).

“Adicionalmente, esta causal se configura en los eventos que la sentencia no guarda correlación con «las afirmaciones formuladas por las partes», puesto que «es obvio que el juez no puede hacer mérito de un hecho que no haya sido afirmado por ninguna de ellas»¹. De allí que «a la incongruencia se puede llegar porque el juzgador se aparta de los extremos fácticos del debate» (CSJ, SC, 7 mar. 1997, rad. n° 4636)” (se subraya).

10. Es innegable que la sentencia apelada es incongruente pues ninguna de las declaraciones adoptadas por el Juzgado en su parte resolutive salvo la primera que declaró no probada la excepción de mérito propuesta fueron pedidas por el promotor del litigio; ni que mi representada era una tercera de mala fe; ni que se ordenara restituir al patrimonio del actor el 50% del inmueble que le fue adjudicado a aquella en el Juzgado 4° de Familia de Bogotá; ni mucho menos que se cancelara la adjudicación hecha a favor de mi mandante en el proceso de liquidación adicional de la sociedad patrimonial que se adelantó ante el despacho judicial antes mencionado.

Nada de eso se pidió en la demanda; la parte demandante no solicitó que en la sentencia se hicieran las declaraciones que fueron ordenadas en la sentencia apelada y si ello es así como en efecto lo es, no podía el Juzgado desbordar –como lo hizo- el límite fijado en la demanda y su contestación para tomar decisiones que excedieron la órbita de competencia que tenía el juzgado, que fue fijada en el escrito inaugural del proceso y en la réplica a aquel y decisiones que tampoco estaba habilitado para adoptar de oficio.

11. Ahora bien, si se admitiera –en gracia de discusión y por mero ejercicio teórico- que era posible para la juez declarar que la simulación del contrato de

¹ Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 393.

compraventa era oponible a mi cliente, así no se hubiere pedido en forma expresa en la demanda, -lo que ciertamente no es posible-, no podía la juez ordenar la cancelación de la inscripción de la sentencia y adjudicación dictada por el Juzgado 4º de Familia, ni la condena a la restitución del 50% del derecho de dominio que fue adjudicado a mi mandante en el juzgado de familia, pues tales decisiones sí requerían, insoslayablemente, una petición expresa del promotor del proceso pues tales aspectos nada tenían que ver con la simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura 4106 de 2010.

(II) Deficiente apreciación probatoria

12. El Juez además incurrió en una deficiente apreciación probatoria en la medida en puso énfasis en las declaraciones de terceros y pretirió el examen de varios indicios que demeritaban la supuesta simulación del contrato de compraventa.

13. En la providencia apelada, el juzgado expuso sobre la prueba lo siguiente:

“A consecuencia de ello entonces, la única opción de prosperidad para la pretensión del extremo activo en su totalidad, es que, la prueba de que Liliana Pardo Gonzalez conoció de la simulación realizada respecto al predio de la calle 75 #26-36 de Bogotá.

“Sobre este punto, se obtuvo prueba testimonial que da cuenta de la amistad que por años unió a jhovany Domenico Dibetta Cortes, German Ayala Pardo y Claudia Liliana Pardo Gonzales, y con lazos vigentes y fuertes en el mes de diciembre del año 2010, tal como refirieron los testigos Boris Rodriguez Molano y Javier Hernando Martínez.

“Así mismo, en declaración espontanea, contundente y detallada de Javier Hernando Martínez se encuentra que la señora Claudia Gonzales conocía de la farsa, porque estaba con su entonces esposo Germán Ayala Pardo y Giovanni Domenico Di Betta Cortes, ello en virtud de que el testigo se hallaba presente cuando el señor Di Betta Cortes solicitó a sus amigos, entre ellos el mismo señor Martínez y a Germán Ayala Pardo y Claudia Liliana Pardo Gonzales entre otros el traspaso y predio de la calle 75 #26-36 de Bogotá, con razón o por causa de inconvenientes económicos y que en reunión posterior en dicho predio y en presencia de las mismas personas, Germán Ayala Pardo y Claudia Liliana Pardo Gonzales confirmaron que habían hecho ese favor, con la conciencia que tenían los presentes, que se trataba solo de eso y no de una venta de predio, el cual se vio envuelto el demandante a petición de este, una vez superada las causas que le llevaron a solicitar tal ayuda.

“Siendo esto así, entonces, es claro que la demandada reseñada no puede ser considerada una tercera de buena fé, puesto que pese a ser conocedora de la farsa orquestada por su entonces esposo German Ayala Pardo y Giovanni Domenico Di Betta Cortes, consideró estar en su derecho de pedir le fuera

adjudicado el inmueble en litigio al haber finalizado las relaciones conyugales con el señor Ayala Pardo y, en consecuencia, a ella le es oponible la declaración de simulación absoluta atrás reseñada, por lo cual así se declarará”.

14. Respecto de los testimonios ninguno de ellos merecen credibilidad pues no expresaron la razón de ciencia de su dicho. Los testigos declararon sobre el conocimiento que tenían de la simulación del contrato de compraventa; varios de ellos no percibieron el hecho respecto del cual declararon sino que lo adquirieron por el dicho de otra persona, es decir, son testigos de oídos; uno de ellos si mencionó un supuesto almuerzo al cual acudió y en el que supuestamente se acordó como plato principal, la simulación y el asentimiento de mi representada; la versión inicial de ese almuerzo la situó el testigo como 9 o 10 años antes de la supuesta venta, versión que luego modificó tal vez advertido de su error. Lo puntual es que el testigo no expuso las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan dar credibilidad a su versión.

Es que con el propósito de asegurar en lo posible la veracidad del testigo y la fidelidad de la declaración, el legislador señaló los requisitos de forma y de fondo a que debe sujetarse la prueba testifical para su eficiencia probatoria. De los de fondo cabe destacar, en primer término, por la incidencia que tiene en la credibilidad que haya de dársele a la declaración, el que la doctrina denomina "razón de la ciencia" del dicho del testigo que consiste en la expresión de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho, y la explicación concerniente al lugar, tiempo y modo en que el testigo tuvo conocimiento del mismo, pues solo así puede saber el Juez si el testigo esta o no diciendo la verdad.

De ahí que los numerales 3º y 5º del artículo 221 del CGP dispongan terminantemente:

"El Juez pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo, para lo cual exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento", y que "no se admitirá como respuesta la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta ni la reproducción del texto de ella".

La Sala Civil de la Corte Suprema tiene dicho que "la ausencia de alguno o algunos de los requisitos de fondo (la responsividad entre ellos) le quitan todo valor probatorio al testimonio, principalmente si los declarantes no exponen las razones y fundamentos de sus afirmaciones, en cuanto al modo, tiempo y lugar, puesto que sin este requisito sería completamente imposible para el fallador proceder a una estimación razonada del testimonio" (LXXXV, 723).

El juzgado se fundamentó en esos testimonios que favorecían a la parte demandante en su propósito de condenar, a como diera lugar, a mi representada y no dedicó una sola línea a analizar las pruebas que pudieran

perjudicar a la referida parte, entre las cuales se encontraba la prueba trasladada del juzgado 4° de Familia de Bogotá.

Tales probanzas demostraban, en forma fehaciente, que Ayala Pardo compareció a través de apoderado judicial a la audiencia de inventarios y avalúos fijada por el referido despacho judicial en la que se inventario el inmueble sobre cuyo título de adquisición gravita este litigio, y no objetó la inclusión del referido bien ni hizo ninguna manifestación de la cual pudiera deducirse que estaba en desacuerdo con que tal predio se colacionará como un activo de la sociedad conyugal. Ese silencio por provenir de quien proviene restaba fuerza al ulterior allanamiento a las pretensiones que realizó Ayala con fundamento en el cual se declaró la simulación del negocio jurídico celebrado entre aquel y el promotor del litigio.

El juez omitió valorar tal conducta frente a lo declarado por los testigos.

(III) Desconocimiento de la cosa juzgada emanada de la sentencia dictada por el Juzgado 4° de Familia de Bogotá.

15. En este aspecto lo que se quiere denunciar es que el juez de primera instancia como cualquier persona está obligado a respetar la autoridad de cosa juzgada que emana de la sentencia dictada por el Juzgado 4 de Familia dentro del proceso de liquidación adicional de la sociedad conyugal adelantado por mi representada frente a Ayala Pardo.

16. La Corte Suprema ha precisado que la sentencia en firme, en línea de principio rector, se encuentra cobijada por la autoridad –o fuerza- de la cosa juzgada, por manera que “...decidida la cuestión conflictiva con la plenitud de las formalidades procedimentales y el ejercicio de los recursos establecidos por la ley, con el propósito de garantizar la mayor certeza en las determinaciones de los Jueces, se repute [que] ...la manifestación de voluntad de estos en ejercicio de la competencia que el derecho positivo del estado le ha conferido es la verdad misma y como tal lleva en sí la fuerza legal necesaria para imponerse obligatoriamente, ya dentro del grupo de personas que intervienen en la querella, o bien en todos los miembros de la colectividad, según la naturaleza del litigio y de la decisión que le pone término” (CLXVI, 64).

En este orden de ideas, si el Juez Cuarto de Familia de Bogotá adelantó un proceso en el que se inventarió y adjudicó a los dos ex cónyuges, por partes iguales, el inmueble materia de la acción de simulación acá ejercida, y luego aprobó mediante la correspondiente sentencia tal adjudicación y ordenó la inscripción de la misma en el folio de matrícula inmobiliaria perteneciente al inmueble, no puede otro juez, sin petición de parte interesada, dejar sin efectos tal pronunciamiento y los efectos que del mismo dimanen en lo que concierne a mi representada, como sucedió en este proceso en el que la juez ordenó

cancelar las inscripciones que, en su momento, fueron decretadas por el Juzgado de Familia.

En efecto, el juzgado ordenó cancelar las anotaciones 20, 21 y 22 que figuran en el folio de matrícula 50C-497528 que en su orden, registra el embargo ordenado por el Juzgado de Familia, cancela la medida anterior y aprueba la adjudicación efectuada dentro del proceso adelantado ante ese juez de familia, pues, en opinión, de la juez *a quo* “todas ellas se derivan de la simulación absoluta del negocio celebrado entre German Ayala Pardo y Jhovany Domenico Di Betta Cortes y que es oponible a la señora Pardo González”, lo cual se encuentra alejado de la realidad, pues tales anotaciones no derivan de la simulación sino de un proceso independiente a este, al cual de manera impropia le metió la mano la juez de primera instancia

Solicito, con fundamento en las anteriores consideraciones, revocar la sentencia apelada, con la consecuente condena en costas de primera instancia para el promotor de este proceso.

Señor Juez,


Luis Enrique Ladino Romero
T.P. 37124

PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 028-2005-00111-02 DR VALENZUELA VALBUENA

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 11/10/2021 2:34 PM

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Margarita Parrado Velasquez <mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co>

De: Juzgado 50 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <j50cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 7 de octubre de 2021 9:59

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: Remisión Queja Proceso 28-2005-00111

Bogotá D.C. / 07 de octubre de 2021

Oficio No. 975

Señores:

H. TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

Cordial saludo,

Se remite nuevamente oficio corregido.

Teniendo en cuenta las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura (COVID-19), y las instrucciones de teletrabajo, se remite la TOTALIDAD de los archivos pertenecientes al proceso de la referencia, lo anterior con el fin de que se resuelva la QUEJA interpuesta por el accionante.

Los archivos pertinentes se encuentran compartidos a través de One - Drive en orden enumerativo para su mayor comprensión conforme a los lineamientos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, en el siguiente link:

 [11001310302820050011100](#)

Cordialmente,

Arnol Rodriguez

Asistente Judicial

Juzgado 50 Civil Circuito de Bogotá

Carrera 10 N° 14-33 Piso 15

Juzgado 50 Civil Circuito de Bogotá

Carrera 10 N° 14-33 Piso 15

FAVOR CONFIRMAR EL RECIBIDO DEL PRESENTE CORREO Y SU ANEXO, CON NOMBRE Y CARGO DEL FUNCIONARIO.

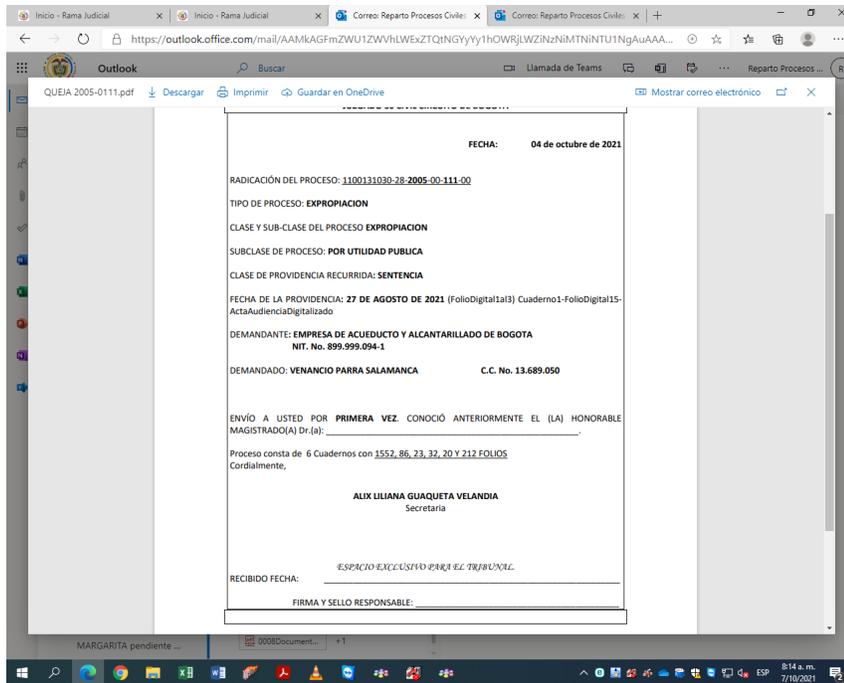
Las notificaciones por correo electrónico son realizadas de conformidad con la el Artículo 197 de la Ley 1437 de 2011, concordante con el Artículo 612 del Código General del Proceso; a saber: las entidades Públicas de todos los niveles, las Privadas que cumplan Funciones Públicas y el Ministerio Público, (o directamente a las personas naturales según el caso) deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones judiciales.

De: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota <rprocesosctsbt@cennoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 7 de octubre de 2021 8:15 a. m.

Para: Juzgado 50 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <j50cctobt@cennoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: Remisión Queja Proceso 28-2005-00111



Buenos días. Se devuelve nuevamente el expediente referenciado por cuanto en el oficio remitido no se señala clara mente la ubicación de la providencia objeto de queja. Téngase en cuenta que el expediente híbrido va dirigido a un Magistrado(a) y la función de este servidor es que cumpla con el protocolo de digitalización una vez sea remitido a Reparto, y si el mismo no cumple con tal protocolo (Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020) so pena de ser devuelto mediante Auto de Cúmplase.

JAIME HILDEBRANDO VEGA CARRIZALES
CITADOR IV - SECRETARÍA SALA CIVIL TSB

De: Juzgado 50 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <j50cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 5 de octubre de 2021 9:49

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota
<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Remisión Queja Proceso 28-2005-00111

Bogotá D.C. / 05 de octubre de 2021

Oficio No. 975

Señores:

H. TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

Cordial saludo,

Teniendo en cuenta las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura (COVID-19), y las instrucciones de teletrabajo, se remite la TOTALIDAD de los archivos pertenecientes al proceso de la referencia, lo anterior con el fin de que se resuelva la QUEJA interpuesta por el accionante.

Los archivos pertinentes se encuentran compartidos a través de One - Drive en orden enumerativo para su mayor comprensión conforme a los lineamientos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, en el siguiente link:

 [11001310302820050011100](#)

Cordialmente,

Arnol Rodriguez

Asistente Judicial

Juzgado 50 Civil Circuito de Bogotá

Carrera 10 N° 14-33 Piso 15

Juzgado 50 Civil Circuito de Bogotá

Carrera 10 N° 14-33 Piso 15

FAVOR CONFIRMAR EL RECIBIDO DEL PRESENTE CORREO Y SU ANEXO, CON NOMBRE Y CARGO DEL FUNCIONARIO.

Las notificaciones por correo electrónico son realizadas de conformidad con la el Artículo 197 de la Ley 1437 de 2011, concordante con el Artículo 612 del Código General del Proceso; a saber: las entidades Públicas de todos los niveles, las Privadas que cumplan Funciones Públicas y el Ministerio Público, (o directamente a las personas naturales según el caso) deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones judiciales.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 030-2014-00373-02 DRA GARCIA SERRANO

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 11/10/2021 3:12 PM

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Margarita Parrado Velasquez <mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co>

De: Correspondencia - Seccional Bogota <correspondenciabta@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Enviado:** viernes, 8 de octubre de 2021 8:03**Para:** Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Remito el proceso de referencia No. 11001310303020140037300**Oficina de Apoyo para los Juzgados Civiles del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá** [11001310303020140037300](#)

De manera respetuosa me permito remitir el proceso de referencia No. 11001310303020140037300, perteneciente al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá con el fin de que sea resuelto el recurso de Queja.

Cordialmente

Área de Comunicaciones

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o

archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

PARA TRASLADO RV: PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 038-2019-00506-01 DR FERREIRA VARGAS

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 8/10/2021 3:42 PM

Para: GRUPO CIVIL <grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

PARA TRASLADO

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota <rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 8 de octubre de 2021 3:39 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 038-2019-00506-01 DR FERREIRA VARGAS

Cordial saludo,

Para traslado.

De: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 8 de octubre de 2021 14:29

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RV: REMITO OFICIO NO. 1359 QUEJA EXPEDIENTE NO. 2019-00506-00

Buenas tardes

Se remite por **COMPETENCIA** y para su conocimiento.

Margarita Mendoza Palacio

Secretaria Administrativa

Sala Civil - Tribunal Superior de Bogotá

(571) 423 33 90 Ext. 8352

Fax Ext.: 8350 – 8351

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Avenida Calle 24A No. 53-28, Of. 305 C

Bogotá D.C.

De: Juzgado 38 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C. <ccto38bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 8 de octubre de 2021 14:28

Para: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: REMITO OFICIO NO. 1359 QUEJA EXPEDIENTE NO. 2019-00506-00



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.
CARRERA 10 # 14-33-PISO 12° - TELÉFONOS 2430994 – 314 357 1335
ccto38bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Señor

SECRETARIO SALA CIVIL

Tribunal Superior de Bogotá

E.S.D.

secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

OFICIO No.01359

29 de septiembre 2021

RADICACIÓN DEL PROCESO

No.110013103038-2019-00506- 00

TIPO DE PROCESO: VERBAL

RECURSO: QUEJA

CLASE DE PROVIDENCIA RECURRIDA: AUTO DE FECHA 16 DE DICIEMBRE DE 2020

DEMANDANTE: BANCOLOMBIA Nit. 890.903.938-8.

DEMANDADO: ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Nit. 800.155.413-6

NÚMERO DE CUADERNOS REMITIDOS: SE REMITE EL EXPEDIENTE DE MANERA ELECTRÓNICA, CONSTANTE DE UNA CARPETA, CON SESENTA Y CINCO (65) ARCHIVOS PDF.

Para todos los efectos, pueden consultar el expediente en el siguiente link o enlace de Onedrive:

 [1100131030382019-00506-00](#)

Atentamente,

Eduan Andrés Ramos Ricardo

Asistente Judicial

Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá, D.C

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

Señores

**HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.**

E. S. D.

Magistrado Ponente: **Dr. JUAN PABLO SUAREZ OROZCO.**

Ref. Ordinario de Saneamiento de Pequeña Propiedad Rural.

PERTENENCIA No. **001-2011-00617-01.**

DEMANDANTE: RAUL MARTINEZ PABON

DEMANDADO: MARCOS HERNANDEZ, BONIFACIO HERNANDEZ Y

PERSONAS INDETERMINADAS.

ASUNTO: Sustentación recurso de Apelación.

LERMAN PERALTA BARRERA, mayor y vecino de esta ciudad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 7.300.552 expedida en Chiquinquirá, abogado en ejercicio con T.P. No. 63.236 del C.S.J., en nombre y representación del señor **RAUL MARTINEZ PABON** de una manera respetuosa me permito sustentar el **RECURSO ORDINARIO DE APELACION**, en contra de la SENTENCIA de fecha 19 de agosto de 2020, concedido y sustentado en la misma audiencia, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, con el objeto que la sala Civil del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, REVOQUE LA SENTENCIA, y en su defecto se DECRETE que el señor **RAUL MARTINEZ PABON** ha adquirido por **PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO**, el inmueble RURAL denominado “**LA CASCADA**”, ubicado en Jurisdicción de Bogotá, antiguamente en la de Usme, situado en la vereda Laguna Verde, corregimiento de Nazareth, Bogotá, D.C con folio de matrícula inmobiliaria No. **50S – 40418003**, de conformidad a las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES

Dentro del petitum de la demanda pretendo que se declare que mi poderdante **RAUL MARTINEZ PABON** ha adquirido por **PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO**, el inmueble RURAL denominado “**LA CASCADA**”, ubicado en la vereda Laguna Verde, corregimiento de Nazareth, localidad de Usme de la ciudad de Bogotá, se constató que los linderos del inmueble son idénticos a los que se encontraron en la Inspección Judicial, practicada el 20 de mayo de 2015, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Descongestión, en esa diligencia se designó al **DR. LUIS ORLANDO PEÑAHERNANDEZ** como perito evaluador, quien rindió su peritazgo el 16 de mayo de 2016 y es enfático en manifestar que el inmueble

inspeccionado coincide tanto los linderos como las otras características del inmueble que aparece en la demanda. El inmueble se identifica con folio de matrícula inmobiliaria No. **50S – 40418003**, con cédula catastral No. 480S 120E 47, y tiene un área aproximada de 19.232.02 metros cuadrados.

Una vez admitida la demanda el 23 de noviembre de 2011, se registró la inscripción de la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria el 19 de abril de 2012, mediante oficio No. 1754 del 06 de diciembre de 2011 proferido por el Juzgado 01 Civil del Circuito de Bogotá, y se efectuaron las respectivas publicaciones de Ley, notificado el 20 de abril de 2012 el Curador Ad-litem, designado por el despacho, Doctora GLORIA JEANNETTE ECHEVERRY FORERO, quien representa a los indeterminados, a quien se le cancelaron sus honorarios el 16 de mayo de 2012, y procedió a contestar la demandada, sin proponer excepciones.

Posteriormente se le informó al despacho que el demandado MARCOS HERNANDEZ había fallecido y en el Juzgado 7 de familia se adelantaba el sucesorio, pero éste despacho no era competente por lo cual envió el expediente al Juzgado 31 Civil Municipal de la ciudad, en el mencionado proceso se reconoció como CESIONARIO de los derechos y gananciales que le llegaren a corresponder a la cónyuge supérstite MARIA ROSA LILIA BAUTISTA GACHA cónyuge supérstite al señor BONIFACIO HERNANDEZ, por lo cual el 03 de septiembre de 2012, dicho juzgado aprobó el trabajo de partición. Una vez protocolizada la partición y registrada en la oficina de registro de instrumentos públicos, allí aparece registrado el predio a nombre del señor BONIFACIO HERNANDEZ, ante lo cual solicité se integrara el LITISCONSORCIO NECESARIO. Posteriormente se procedió a efectuar la respectiva notificación personal por AVISO, certificándola empresa NOTIFICACION EN LINEA que el demandado si residía en la dirección suministrada y se le notificó el auto admisorio de la demanda el 12 de diciembre de 2014, solicitando al despacho el 20 de febrero de 2015, se considerara notificado el demandado.

Se decretaron las pruebas por parte del Juzgado SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE DESCONGESTIÓN, el 19 de marzo de 2015, quien las señaló para el día 20 de mayo de 2015, con el objeto de realizar la diligencia de Inspección Judicial, en dicha diligencia se le concede personería al apoderado del demandado del Cesionario señor BONIFACIO HERNANDEZ, y se designa al Dr. LUIS ORLANDO PEÑA HERNANDEZ como perito evaluador, quien se posesiona.

El apoderado del demandado allegó en 34 folios en copia simple el despacho comisorio No.14 del 10 de febrero de 2015, librado por el

Juzgado 31 Civil Municipal de Bogotá, a la Inspección de Policía del Corregimiento de Nazaret, concediéndome tres (3) días de traslado de los mismos.

Nos trasladamos al sitio de la diligencia, inmueble que se encuentra ubicado en el páramo de Sumapaz, llegando inicialmente a una casaquinta donde somos atendidos por el señor Raúl Martínez, quien funge como demandante y nos conduce durante un kilómetro por la vía que de Bogotá, conduce a la vereda Laguna Verde. Allí arribamos al inmueble objeto de la Inspección, por un camino pedregoso que sirve como servidumbre de tránsito, finalizado el camino de la servidumbre nos ubicamos sobre una piedra grande en donde se observan los linderos del inmueble inspeccionado, pudiéndose apreciar que en el mismo pastorean cinco ovejas y se encuentra un pastaje en el cual se encuentran sembrados arboles maderables de guayabo y Tiba.

Se advirtió por el Despacho que el único lindero que es perceptible a simple vista es el correspondiente al costado sur, el cual separa al predio de las aguas del río Santa Rosa.

Dentro del término de traslado, el 25 de mayo de 2015, me permití manifestar que los documentos en copia simple allegados por el apoderado del cesionario, NO TENÍAN VALOR PROBATORIO y que si conocía los obrantes del folio 294 al 314.

El día 23 de noviembre de 2015, se procedió a recepcionar los testimonios, decretados por el despacho en auto anterior de la siguiente manera:

El señor **POLONIO DIAZ CHÁVEZ**, compareció, también la Doctora GLORIA JEANNETTE ECHEVERRY FORERO, en su condición de Curador Ad-litem, y el abogado Juan Capera Tique en su condición de apoderado sustituto del demandado del Cesionario señor BONIFACIO HERNANDEZ, quien manifestó, en su declaración:

Que tiene una edad de 77 años, reside en la vereda Auras, corregimiento de Nazareth, quien no tiene ningún grado de parentesco con las partes, y le consta que **desde hace 30 años quien maneja la finca “LA CASCADA”**, es el señor RAUL MARTINEZ, pero como hasta semana santa ya no; conoce al demandante desde 50 a 56 años, ya que viven en la misma vereda, y han sido vecinos toda la vida. Conoce a los demandados desde hace unos 25 años, **le consta que el demandante ha realizado mejoras como las cercas y reforzándolas**, no le consta sobre los servicios públicos, tampoco quien cancela el impuesto predial, sabe que el señor Bonifacio le pidió el inmueble, pero no sabe la razón de ello.

Me permite el despacho proceder a interrogar al testigo, quien manifiesta que de la casa de él al predio LA CASCADA debe andar unos 15 minutos por un camino de herradura y encuentra la carretera que conduce a la vereda Laguna Verde y de ahí aproximadamente otros 15 minutos, y más o menos a unos 70 metros se encuentra otro camino real y encuentra una piedra grande que queda ahí y ahí se ve la finca. Describe los colindantes del predio así: a mano derecha el señor Carlos Contreras, izquierda con la sucesión de la familia Baquero y al pie con el río Santa Rosa, que aproximadamente el predio tiene unas dos fanegas de extensión, le consta que el señor RAUL MARTINEZ, es quien explota el predio manteniendo sus animales y/o ganados, sólo le consta que existen pastos naturales.

El apoderado del demandado Bonifacio Hernández le pregunta sobre la relación que existe entre Marcos Hernández y el señor Bonifacio Hernández, ante lo cual manifiesta que los conoce, pero no sabe que relación existe entre ellos y que la relación de ellos es de unos 20 años. No conoce a la señora ROSA LILIA BAUTISTA, quien cedió sus derechos hereditarios al señor BONIFACIO HERNANDEZ; tampoco conoce de alguna relación entre Bonifacio Hernández y el señor Carlos Contreras, pero si conoce al señor Carlos Contreras ya que se crio en la vereda con él y que la posesión del inmueble la tiene actualmente el señor Bonifacio.

Se autoriza el ingreso del testigo **CARLOS EMILIO HORTÚA**, quien manifestó que tiene una edad de 62 años, reside en el Barrio Virrey de la ciudad de Bogotá, quien no tiene ningún grado de parentesco con las partes, dice que está citado para declarar sobre el predio "LA CASCADA" el cual se encuentra ubicado en la Vereda Laguna Verde, donde el habitó, en la hacienda Laguna Verde y dista al predio más o menos unos 15 minutos a pie, se viene por la carretera a la vereda Laguna Verde, para entrar al predio se entra por un camellón lleno de piedra que está ubicado por un lado con el señor Carlos Contreras y por el otro lado con la finca de la señor Yaneth Baquero, al llegar al predio por la cabecera se encuentra una piedra donde se ubica el predio y colinda por la parte de abajo con el río Santa Rosa, por el otro lado con la finca de la señora Baquero y colinda con dos partes con el señor Carlos Contreras, y que en **el predio desde que lo conoce ha sido trabajado y cercado por el señor RAUL MARTINEZ, en el siempre ha tenido animales y bestias y en alguna ocasión siembras** y actualmente se encuentra con pastos normales. Conoce a RAÚL MARTINEZ PABON de toda la vida, ya que vivió en la hacienda Laguna Verde, han sido amigos de toda la vida y tal cual vez ha ayudado a trabajar en el predio. Manifiesta que conoce a los demandados de toda la vida. Afirma que **el demandante RAUL MARTINEZ, ha efectuado mejoras en el inmueble, como cercas y trabajos y siembras de papa, arveja, y haba.** No tiene conocimiento que servicios públicos

tiene la finca y a nombre de quien llegan las facturas, tampoco tiene conocimiento quien paga el impuesto predial; y tiene conocimiento que a principios de este año el señor Bonifacio ha reclamado la posesión, pero no sabe los motivos por los cuales la reclama.

Me permite el despacho proceder a interrogar al testigo, a quien le pregunto a quien **considera como propietario del predio “LA CASCADA”**, dice, pues desde que tengo conocimiento el señor **RAUL MARTINEZ es el que ha poseído esas tierras, más o menos durante unos 30 o 35 años**, le pregunto que para que época fue la última vez que el señor RAUL MARTINEZ, **efectuó siembras de papa, arveja y habas, manifestando que más o menos unos 10 a 12 años** y que la extensión del predio es de 2 a 2 y ½ fanegadas.

El apoderado del demandado Bonifacio Hernández le pregunta sobre la relación que existe entre Marcos Hernández y el señor Bonifacio Hernández, ante lo cual manifiesta que tienen un parentesco en segundo grado; que los conoce hace más o menos unos 20 años. No conoce a la señora ROSA LILIA BAUTISTA, quien cedió sus derechos hereditarios al señor BONIFACIO HERNANDEZ; tampoco conoce de alguna relación entre Bonifacio Hernández y el señor Carlos Contreras, pero si conoce al señor Carlos Contreras, y que la posesión del inmueble la tiene actualmente el señor Bonifacio.

Se autoriza el ingreso del testigo **HUMBERTO CONTRERAS TRUJILLO**, quien manifestó que tiene una edad de 62 años, reside en la vereda Laguna Verde, Finca “El Prado”, y no tiene ningún grado de parentesco con las partes, **dice que el dueño de ese predio denominado “LA CASCADA” fue el señor Marcos Hernández, quien falleció hace más o menos unos 35 años y a partir de ahí las tierras las empezó a poseer el señor RAUL MARTINEZ**, hasta hace un año tal vez, porque ya apareció el heredero de esas tierras según lo que se escucha, el señor Raúl nunca las sembró, ahí solamente era el pastoreo del ganado y que hacía unos 8 meses dijeron que el señor Bonifacio las había comprado: Conoce el predio ya que se encuentra en la Vereda Laguna Verde baja del corregimiento de Betania; la entrada al predio desprende de la carretera central de la vereda Las Auras, a un kilómetro más o 300 metros por la entrada de la servidumbre de la que desprende de la carretera, tiene unas dos fanegadas y media aproximadamente, los vecinos son por el Oriente la señora Yaneth Baquero, por el sur está el río Santa Rosa, y la otra parte es Occidente Norte Y sur, con una sola propiedad del señor Carlos Contreras, que el dueño era Marco Tulio Hernández, **pero el poseedor es el señor RAUL MARTINEZ PABON; a quien conoce desde hace unos 40 años**, y conoce a los demandados desde hace unos 30 años hasta que falleció y a Bonifacio hace unos 25 años, al preguntarle sobre **mejoras efectuadas por el**

demandante manifiesta que lo común que hace una persona en una finca, ordenarle sus cercas, ya que en ese predio no hay construcciones; que el predio no tiene servicios públicos, y no tiene conocimiento de quien paga el impuesto predial; y tiene conocimiento que el señor Bonifacio compró esos derechos de sucesión.

El apoderado del demandado Bonifacio Hernández le pregunta si conoce a la señora ROSA LILIA BAUTISTA y manifestó que la distinguió que era la esposa del señor Marcos Hernández, pero que ellos se habían separado, sobre la relación entre Bonifacio Hernández y el señor Carlos Contreras, dice que únicamente son vecinos de ahí; y que la posesión del inmueble la tiene actualmente el señor Bonifacio Hernández.

En el interrogatorio practicado al demandante señor **RAUL MARTINEZ PABON**, practicado por el apoderado de la demandada, manifestó que **conoció a Marcos Hernández desde niño, ya que fue como su padre y toda la vida trabajaron hombro a hombro, desde que tenía 6 años de edad hasta que murió,** (año 1983), le consta que entre Marcos Hernández y Bonifacio Hernández era un familiar un sobrino segundo; no recuerda haber conocido a la señora ROSA LILIA BAUTISTA GACHA, aunque la gente decía que eran casados y que habían durado 8 meses, y nunca le conoció esposa al señor Marcos Hernández; dice que el señor Carlos Contreras y Bonifacio Hernández tienen una relación ya que Contreras es quien la maneja la finca que está en pleito y se conocen desde hace 22 años; manifiesta que entregó el predio ya que Bonifacio Hernández dijo que le había comprado esos gananciales a la señora Rosa Lilia, y dictó sentencia un Juzgado y le tocó entregar y que actualmente tiene la posesión entre Bonifacio y Carlos Contreras.

Al interrogarlo la Curadora ad-litem de los indeterminados, manifiesta que la posesión fue interrumpida cuando le quitaron el predio el 08 de marzo de 2015, al señor RAUL MARTINEZ por una orden judicial (sucesión), ya que el señor RAUL MARTINEZ llegó al predio desde el 13 de noviembre de 1983 **y durante ese tiempo no ha sido perturbado en su posesión.**

El señor PERITO **DR. LUIS ORLANDO PEÑA HERNANDEZ** rindió su peritazgo el 16 de mayo de 2016 y es enfática en manifestar que el inmueble inspeccionado coincide tanto los linderos como las otras características del inmueble que aparecen en la demanda, avaluando el inmueble en la suma de \$ 3´439.000, describiendo los linderos antiguos del inmueble, por lo cual se considera que el dictamen del perito, en la descripción del inmueble coincide exactamente con el que se impetra en la demanda.

El señor BONIFACIO HERNADEZ, procedió a realizar la compraventa de derechos y acciones que le pudieran corresponder en la sucesión del causante MARCOS HERNADEZ, adquiriendo dichos derechos por compra a la señora ROSA LILIA BAUTISTA GACHA, se adelantó el proceso sucesorio inicialmente en el Juzgado 7 de Familia, quien ordenó el embargo del inmueble, registrándose en la oficina de Registro el 05 de octubre de 2010, después realizaron el 16 de marzo de 2011 la diligencia de SECUESTRO, sobre el inmueble dejando como secuestre del mismo al señor RAUL MARTÍNEZ PABON; posteriormente el 03 de septiembre de 2012, aprobaron la partición y adjudicación de los bienes de la masa sucesoral, por parte del Juzgado 31 Civil Municipal de Bogotá, el 08 de julio de 2013 y, ordenaron la entrega del inmueble al señor Bonifacio Hernández, el 8 de abril de 2015, procedió la Corregiduría de Policía de Nazareth a realizar la entrega del inmueble al señor BONIFACIO HERNANDEZ.

El despacho ordenó vincular a la señora MARIA ROSA LILIA BAUTISTA GACHA, de quien se desconocía su domicilio, y se dice que ella falleció el 15 de abril de 2010, en el municipio de Fusagasugá, y el juzgado ordenó su emplazamiento el cual se realizó el 23 de septiembre de 2018.

Es de señalar que, desde el 06 de diciembre de 2011, el Juzgado 01 Civil del Circuito de Bogotá, mediante oficio No. 0412, ordenó inscribir ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá la demanda de Pertenencia; la cual aparece en la anotación 4 del folio de matrícula inmobiliaria del inmueble.

El apoderado del demandado manifestó que el señor RAUL MARTINEZ PABON le rendía cuentas de la administración del predio a la señora ROSA LILIA BAUTISTA, que no presentó la demanda de pertenencia sino hasta el año 2011, y que el proceso de sucesión lo iniciaron en el año 2010.

En sus consideraciones el señor Juez a-quo manifiesta que el señor RAUL MARTINEZ no acreditó los elementos de la POSESIÓN, que sólo tenía una mera tenencia, que no acreditó la posesión por los 20 años, que ordena la Ley, y que los testigos no fueron enfáticos en manifestar de las mejoras efectuadas y tampoco realizó ninguna construcción en el inmueble.

La Jurisprudencia ha sido clara y reiterativa respecto que el embargo y secuestro de un inmueble no interrumpe la posesión ni impide la prescripción del mismo.

Allego la citación de algunas Jurisprudencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Civil: Radicado No. 11001-3103-031-199901248-01, Magistrado Ponente: Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

Radicación: 73268-31-03-002-2011-00145-01. No. SC.19903-2017, Magistrado Ponente: **LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.** radicado No. 11001310303119990124801, siendo demandante GERMAN TARCISIO GODOY ARDILA en contra de ENRIQUE VENGOECHEA BARAYA. Magistrado Ponente Dr. ARTURO SOLARTE RODRIGUEZ

En dichas sentencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Civil. Proferida el 13 de julio de 2009, en la cual se dice en algunos de sus apartes:

En el fallo del Tribunal dos de los Magistrados conformantes de la Sala Civil de Decisión que conoció del asunto en segunda instancia, aclararon su voto en relación con el mismo, en los siguientes términos: “Si la realización de la diligencia de secuestro como lo afirma la decisión „arrebato” la tenencia jurídica del bien al aquí demandante „...y por ende el ejercicio de su posesión actual...”, eso en palabras castizas: el quitar algo (Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición) equivale, para el caso considerado, a perder la posesión, esa circunstancia por tanto encuadra dentro de la previsión legal del artículo 2523 numeral 2º y conlleva a pregonar que se está en presencia de un evento de interrupción natural de la prescripción. “Expresado el asunto en otros términos, el aquí actor GERMAN TARCISIO GODOY perdió la posesión frente al titular inscrito del dominio, al que se le sigue un proceso de ejecución y dentro del mismo se dispuso y materializó la cautela de secuestro del raíz (sic), es decir, este último recuperó la posesión, a la fecha, se itera, es el titular del dominio y de la posesión del inmueble sobre el que versa la pretensión de pertenencia. “Al amparo de la anterior percepción, fruto de lo consignado en la decisión que genera esta aclaración, comparto la posición de la juez de primer grado en torno a que en este caso medió un caso de interrupción de la prescripción” (Se subraya). 2.

Para combatir esa postura del Tribunal, el recurrente, por una parte, le reprochó que hubiese derivado del hecho del secuestro del inmueble en litigio el efecto jurídico consistente en la interrupción natural de la prescripción adquisitiva, crítica que sustentó diciendo que “la jurisprudencia y la doctrina de vieja data ha[n] reiterado que el EMBARGO, SECUESTRO O DEPÓSITO JUDICIAL no impiden ejercer actos de posesión sobre determinado bien”; que así también lo indicó el Tribunal cuando señaló que “en este sentido LA CORTE SUPREMA de Justicia ha reiterado en varias de sus providencias que: „...ni el embargo ni el depósito implica la interrupción natural ni civil de la prescripción””; que la jurisprudencia de esta Corporación “ha sido clara y reiterativa respecto a que el embargo y secuestro de un inmueble no impide la posesión y prescripción del mismo” ...”; y que en ese mismo sentido se ha

pronunciado la doctrina, en virtud de lo cual reprodujo el pensamiento de un autor nacional.

Y, por otra, denunció la incorrecta valoración de la diligencia de secuestro cuya acta milita al folio 99 del cuaderno No. 1, en tanto que de la manifestación que en su desarrollo hizo el secuestro, consistente en que partir de ese momento entraba a administrar el inmueble, coligió que la tenencia del mismo se habría radicado en cabeza de dicho auxiliar de la justicia, de forma que el actor se encontraría en imposibilidad de continuar ejecutando sobre él actos posesorios, y por cuanto pasó por alto que a la fecha de su realización -7 de septiembre de 1999- ya había transcurrido el término prescriptivo extraordinario de veinte (20) años, como quiera que la posesión se inició a mediados de 1978.

Esta Corporación, desde el 8 de mayo de 1890, ha señalado que “[e]l embargo no interrumpe ni la posesión ni la prescripción, porque la ley no ha reconocido esto como causa de interrupción natural o civil, como puede verse en los artículos 2523 y 2524 del Código Civil...”. Ese criterio lo reiteró en sentencia del 16 de abril de 1913, en la cual, además, señaló que “el depositario no adquiere la posesión, desde luego que su título es de mera tenencia, conforme el artículo 775 del Código Civil. Si el poseedor de la cosa antes de ser depositada en un juicio ejecutivo es el deudor, por el hecho del depósito no pierde éste la posesión, y lo mismo acontece respecto de un tercero, si es éste el poseedor.

Posteriormente, mediante fallo adiado el 30 de septiembre de 1954, la Corte insistió en la precedente tesis y explicó que “.,[e]l embargo y depósito de una finca raíz no impide que se consume la prescripción adquisitiva de ella. Por el embargo no se traslada ni se modifica el dominio ni la posesión de la cosa depositada; y si bien es cierto que la enajenación de los bienes embargados está prohibida por la ley, bajo pena de nulidad, el fenómeno de la prescripción es cosa muy distinta de la enajenación. Si la posesión no se pierde por el hecho del embargo, no hay disposición alguna en el C. C., que se oponga a la usucapión o prescripción adquisitiva, la cual, por ser título originario de dominio, difiere esencialmente de la enajenación”

En otras palabras, el secuestro de bienes no tiene de suyo virtualidad para actuar indefectiblemente como causa determinante de la interrupción natural o civil de una prescripción en curso, ello por cuanto puede existir plena compatibilidad con la posesión del prescribiente y el „animus rem sibi habendi”, por efecto del depósito judicial, no lo asume el secuestro, siguiéndose de ello, entonces, que recibida del mentado auxiliar la tenencia física por parte de quien venía poseyendo con anterioridad, la respectiva situación posesoria se reputa subsistente durante todo el tiempo en que la medida tuvo efectiva vigencia, habida cuenta que en esas condiciones, en ausencia de prueba positiva en contrario y por mandato de los artículos 792 y 2523 del Código Civil según se apuntó con anterioridad, la posesión debe juzgarse legalmente

recobrada y por lo tanto continuada sin interrupción (cfr, Tomo XXII, pág. 372, XL, pág. 180 y CIII pág. 105-106)” (Cas. Civ., sentencia del 22 de enero de 1993, expediente No. 3524; se subraya). 9. Paladino aflora, en consecuencia, el yerro jurídico en que incurrió el Tribunal en el presente caso, al considerar que el secuestro del inmueble materia de la litis, practicado dentro de un proceso ejecutivo en el que no es parte el aquí actor, tuvo como efecto que la posesión ejercida por él se hubiera interrumpido naturalmente, de la manera especificada en el numeral 2º del artículo 2523 del Código Civil, toda vez que, como quedó suficientemente establecido, la referida medida, como tampoco la de embargo, están establecidas en la ley como generadoras de esa forma de interrupción de la prescripción adquisitiva y por cuanto ni una ni otra, ni las dos en conjunto, caben dentro de las específicas hipótesis desarrolladas por el precitado precepto, equivocación que por sí sola conduce, indefectiblemente, al quiebre del fallo cuestionado.

Corolario de todo lo expresado, es que habrá de casarse la sentencia impugnada. SENTENCIA SUSTITUTIVA 1. El Juzgado del conocimiento, en la sentencia. La inspección judicial practicada al inmueble materia del proceso, que se realizó el 13 de septiembre de 2000, fue atendida directamente por el accionante, quien en el curso de la misma relató que recibió dicha casa del señor Manuel Abajo, en pago de una deuda preexistente entre ellos, que, luego de arreglarla, empezó a vivir allí “desde finales del 79” y que durante todo el tiempo transcurrido no se ha presentado “ninguna situación de perturbación”. Detalló asimismo, las mejoras y las labores de mantenimiento que ha realizado en el bien raíz. Los peritos, como ya se acotó, identificaron el inmueble por su nomenclatura urbana y linderos, lo describieron.

Se concluye que el término de la prescripción extraordinaria reclamada por el demandante, para entonces estaba consolidado el derecho de dominio en su cabeza, tanto así que la demanda introductoria de este proceso de pertenencia, cuyo fin es la declaración judicial de ese hecho, ya había sido radicada, circunstancia ésta que, además, hace innecesario en este asunto un pronunciamiento de la Corte sobre el efecto que hubiera podido tener la ausencia de oposición del poseedor a la diligencia de secuestro o la presentación tardía de la solicitud de levantamiento de la correspondiente cautela. 8. Por consiguiente, la Sala, en atención a la apelación formulada por el demandante, revocará la sentencia de primer grado y, en su defecto, accederá a las pretensiones elevadas en la demanda.

DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, actuando en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida el 19 de enero de 2007 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el presente proceso ordinario de pertenencia y, en sede de segunda instancia, REVOCA el fallo del 15 de noviembre de 2005, dictado en este mismo asunto por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de la ciudad, en defecto del cual, RESUELVE:

Primero: Declarar que el señor GERMAN TARCISIO GODOY ARDILA adquirió, por el modo de la prescripción extraordinaria, el dominio del inmueble ubicado en la: .

Segundo: Ordenar que se expidan copias de esta sentencia para su correspondiente protocolización y registro, lo último en el folio de matrícula inmobiliaria que corresponde al bien de que se trata. Ofíciase como se haga necesario.

*Tercero: Condenar al demandado al pago de las costas, en ambas instancias.
WILLIAM NAMÉN VARGAS JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR PEDRO
OCTAVIO MUNAR CADENA ARTURO SOLARTE RODR*

Casa la sentencia la Honorable Corte Suprema, revocando la sentencia de primera instancia y segunda instancia, al considerar que el embargo y el posterior secuestro de un inmueble, no implica la interrupción natural, ni civil de la prescripción, artículo 2523 Numeral segundo del Código Civil.

En el caso de autos mi mandante tenía la posesión desde al año 1983, (año de la muerte de MARCOS HERNANDEZ) es decir que, para el 16 de marzo de 2011, fecha de la diligencia de SECUESTRO, del inmueble tenía una posesión mi mandante RAUL MARTÍNEZ PABON, quieta, tranquila, pacífica, pública e ininterrumpida de más de 28 años, por lo cual tenía un derecho adquirido por PRESCRIPCIÓN, sobre ese inmueble. Y por consiguiente los derechos sucesorales del cónyuge sobreviviente señora ROSA LILIA BAUTISTA GACHA ya se encontraban prescritos, esta situación se encuentra suficientemente probada y desvirtúa lo afirmado en los considerandos de la sentencia por el señor Juez a-quen. Además, el señor RAUL MARTINEZ no tenía en ese periodo una mera tenencia, como se afirma por el señor Juez.

No se puede pretender que a través de un proceso sucesorio se recupere una posesión de un inmueble, y por consiguiente no se puede desconocer la POSESIÓN de un derecho ya adquirido, y que ha tenido por más de 30 años, el demandante RAUL MARTÍNEZ PABON, con un derecho adquirido.

Desde luego que a partir del 16 de marzo de 2011, cuando se le designó como secuestre del predio y hasta el 8 de abril de 2015, cuando la Corregiduría de Policía de Nazareth procedió a realizar la entrega del inmueble al señor BONIFACIO HERNANDEZ, (completando 32 años de posesión), continuó el señor RAUL MARTINEZ ejerciendo actos de señor y dueño, como quiera que jamás le requirieron para rendir cuentas de su labor como secuestre, ya que el demandado conoce y sabía que el verdadero poseedor del inmueble es el señor RAUL MARTINEZ PABON.

Por consiguiente, a partir de esta fecha (8 de abril de 2015), la POSESIÓN se hizo físicamente imposible, para RAUL MARTINEZ en virtud de una orden judicial, pero se debe tener en cuenta que, desde el 06 de diciembre de 2011, el Juzgado 01 Civil del Circuito de Bogotá, mediante oficio No.0412, ordenó inscribir ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá la demanda de Pertinencia que nos ocupa.

Es decir que para el 03 de septiembre de 2012, cuando el Juzgado 31 Civil Municipal de Bogotá, aprobó el trabajo de partición del sucesorio del causante MARCOS HERNANDEZ, y se le adjudicó como cesionario los gananciales de la señora ROSA LILIA BAUTISTA GACHA, al demandado señor BONIFACIO HERNANDEZ, ya estaba inscrita la presente demanda de pertenencia, por lo cual las resultas de éste proceso, tienen prevalencia a los demás actos procesales ejecutados por el señor BONIFACIO HERNANDEZ y por consiguiente el señor RAUL MARTINEZ PABON debe recuperar su posesión legalmente.

Como puede observarse en cada uno de los testimonios rendidos ante el despacho el día 23 de noviembre de 2015, por los señores POLONIO DIAZ CHÁVEZ, CARLOS EMILIO HORTÚA, HUMBERTO CONTRERAS TRUJILLO (los cuales los resalte en negrilla), y en el interrogatorio practicado al demandante señor RAUL MARTINEZ PABON, por el apoderado de la demandada, se puede concluir que todos son sinceros, que son de la región, conocen a las partes, como al predio y son claros en manifestar que la POSESIÓN del inmueble denominado "LA CASCADA", la ha ejercido el señor RAUL MARTINEZ, durante un término superior a los 30 años de una manera ininterrumpida, en forma quieta, pacífica y pública, ejerciendo sobre el inmueble actos de Señor y Dueño, defendiéndolo de perturbaciones de terceros, efectuando varias mejoras, explotando el predio con siembras y pastos para su ganado y no ha reconocido dueño del inmueble durante ese lapso de tiempo. Y tampoco rindió NUNCA rendición de cuentas a la señora ROSA LILIA BAUTISTA, ya que no tuvo durante los 32 años ninguna comunicación con esa señora.

El fenómeno Jurídico de la prescripción extraordinaria en el caso de autos, tiene como fundamento esencial la Posesión Material que en determinado caso pueda amparar al presunto prescribiente; con los elementos que integran la posesión material como son el Corpus, o poder físico sobre la cosa; y al mismo tiempo, elemento intencional o voluntarios denominado animus.

Por lo tanto, la posesión constituye un hecho jurídico que por su misma existencia merece la protección del legislador, dadas las consecuencias jurídicas que de ella emanan, siendo la principal, la de poder ganar el

dominio de las cosas por el modo de la prescripción. Según el artículo 762 del Código Civil la posesión es la tenencia de una cosa determinada como señor y dueño, y si se ejercita como lo expresa el artículo 981, habilita al que la ejercita para que, transcurrido el término legal pueda pedir esa declaración judicial de pertenencia.

La prescripción extraordinaria no requiere título alguno, pues se cumple por el simple transcurso de una posesión material continua, por el lapso de diez (10) años actualmente y antes del 2002 de veinte (20) años, para esta clase de inmuebles, en el caso de autos.

La jurisprudencia ha reiterado que la prescripción cumple dos funciones primordiales en la vida jurídica a saber:

1. Mediante ella se adquieren las cosas ajenas cuando se ejercita posesión por cierto tiempo; y,
2. Mediante ella, se extingue también el derecho a las cosas, por el no ejercicio del dominio y por el no uso de las acciones legales para protegerse.

La declaratoria de pertenencia invocada en el caso de autos, según la doctrina nacional requiere los siguientes requisitos:

- a) La cosa u objeto debe ser susceptible de prescripción, por cuanto existen bienes imprescriptibles, como son los de uso público y los bienes públicos del territorio;
- b) La cosa debe haber sido poseída durante DIEZ (10) o más años, para la prescripción extraordinaria, y durante 5 o más años continuos para prescripción ordinaria; y
- c) la posesión debe haber sido ininterrumpida, pública y pacífica.

En el caso presente se pretende adquirir mediante sentencia de pertenencia el inmueble ya mencionado porque ha acreditado una posesión material continua e ininterrumpida durante más de veinte (20) años, de conformidad a los testimonios rendidos ante el despacho del señor Juez, los cuales demuestran los actos de verdadero dueño y señor sobre dicho predio; durante más de treinta (30) años no se ha presentado sobre el predio ninguna acción legal invocando derecho alguno sobre la posesión que pretenda tener algún derecho sobre el aludido inmueble, a excepción del proceso sucesorio ya relacionado.

El acervo probatorio tanto documental, testimonial, interrogatorio e inspección judicial, demuestra que sobre el inmueble el demandante RAUL MARTINEZ PABON ha efectuado actos de explotación económica significativos de ejercicio de posesión material, tales como explotación del predio en siembras y pastoreo de su ganado. Y en un predio de dos (2) hectáreas no se puede pretender que el demandante tenga construcciones, si reside a un kilómetro, donde tiene su vivienda.

LERMAN PERALTA BARRERA
ABOGADO

Por las anteriores razones solicito muy comedidamente a los Honorables Magistrados se REVOQUE LA SENTENCIA, proferida por el Juzgado Primero Transitorio de Bogotá, el 19 de agosto de 2020, y en su defecto se DECRETE que el señor **RAUL MARTINEZ PABON** ha adquirido por **PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO**, el inmueble RURAL denominado “**LA CASCADA**”, ubicado en Jurisdicción de Bogotá, antiguamente en la de Usme, situado en la vereda Laguna Verde, corregimiento de Nazareth, Bogotá, D.C con folio de matrícula inmobiliaria No. **50S – 40418003**, con cédula catastral No. 480S 120E 47, y tiene un área aproximada de 19.232.02 metros cuadrados.

De los Honorables Magistrados,

Atentamente,



LERMAN PERALTA BARRERA
C.C. No. 7.300.552 de Chiquinquirá
T.P. No. 63.236 del C.S.J.
Correo: lepeba@yahoo.com
Cel: 3115128343

Dr. Hugo Alberto Martínez Luna
Abogado del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial
Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales
Superintendencia de Industria y Comercio
E. S. D.

Ref.: Demanda de reconvención por infracción a derechos de propiedad industrial
Radicación: 19-82111

Demandante en reconvención: Ma Hanzhon

Demandados en reconvención: MAHLE GmbH
MAHLE Engine Components Japan Corporation

Asunto: **SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN**

Juan Pablo Concha Delgado, abogado, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la C.C. No 80.416.654 de Bogotá y con T.P. 80.677 del C.S.J., en mi condición de apoderado de la sociedad Mahle Engine Components Japan Corporation, y de la sociedad Mahle GmbH, manifiesto a la Dirección que dentro del término legal procedo a sustentar el **RECURSO DE APELACIÓN** contra la providencia proferida en audiencia de instrucción y juzgamiento del 8 de junio de 2021, notificada por estrados, por medio de la cual se acogieron las pretensiones del demandante en reconvención.

I. OBJETO DEL RECURSO

Solicito al Honorable Tribunal **REVOCAR** la providencia proferida en audiencia de instrucción y juzgamiento del 8 de junio de 2021 y, en consecuencia, **DESESTIMAR** las pretensiones de la demanda y **CONDENAR** en costas al demandante en reconvención.

II. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

1. En audiencia del 8 de junio de 2021, el Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC profirió sentencia que pone fin a la primera instancia de la demanda de reconvención incoada por el señor Ma Hanzhon, en contra de mis representadas Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH. Por medio de dicha sentencia, se resolvió lo siguiente:

Primero. Declarar que Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH infringieron los derechos de propiedad industrial de Ma Hanzhon sobre los signos mixtos IZUMI, de número de registro 296743 y 371905, en las clases 12 y 7 de la Clasificación Internacional de Niza.

Segundo. Declarar que Mahle Engine Components Japan Corporation incurrió en actos de infracción a derechos de propiedad industrial de Ma Hanzhon, contemplados en los literales *a)*, *c)* y *d)* del artículo 155 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, por el uso de los signos IZUMI.

Tercero. Declarar que Mahle GmbH incurrió en actos de infracción a derechos de propiedad industrial de Ma Hanzhon, contemplados en el literal *d)* del artículo 155 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, por el uso de los signos IZUMI.

Cuarto. Ordenar a Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH que, de forma inmediata, suspendan el uso de los elementos gráficos y nominativos que comprenden los registros IZUMI para identificar productos de la clase 12 y 7 de la Clasificación Internacional de Niza.

Quinto. Ordenar a Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH que, de forma inmediata, retiren de los circuitos comerciales todo material impreso o de publicidad, incluidas páginas web y redes sociales del orden nacional, papelería, membretes y demás material donde se incluya el signo IZUMI o cualquier otro similar.

Sexto. Ordenar a Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH suspender la importación al territorio nacional de productos relacionados con las clases 7 y 12 de la Clasificación Internacional de Niza en los cuales se haga uso idéntico o similar a los signos IZUMI.

Séptimo. Ordenar a Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH retirar de forma inmediata de sus páginas web y redes sociales del orden nacional todo contenido informativo, promocional y/o publicitario que haga uso idéntico o similar a los signos IZUMI.

Octavo. Ordenar a Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH retirar de forma inmediata de los círculos comerciales cualquier producto de las clases 7 y 12 de la Clasificación Internacional de Niza, que haga uso idéntico o similar a los signos IZUMI.

Noveno. Ordenar a Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH suspender de forma inmediata la comercialización y publicidad de productos relacionados con las clases 7 y 12 de la Clasificación Internacional de Niza, en los que se haga uso idéntico o similar a los signos IZUMI.

Décimo. Ordenar a Mahle Engine Components Japan Corporation pagar en favor del demandante en reconvención la suma de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes a título de indemnización de perjuicios. Lo anterior deberá ser pagado en un plazo de 20 días hábiles a partir de la ejecutoria de la providencia.

Décimo primero. Ordenar a Mahle GmbH pagar en favor del demandante en reconvención la suma de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes a título de indemnización de perjuicios. Lo anterior deberá ser pagado en un plazo de 20 días hábiles a partir de la ejecutoria de la providencia.

Décimo segundo. Ordenar a Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH publicar la parte resolutive de esta providencia en un diario de amplia circulación nacional, así como en sus páginas web y redes sociales de orden nacional.

Décimo tercero. Condenar en costas a Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH cada una por 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Como sustento de lo anterior, a continuación señalo algunos de los fundamentos que el Juez de primera instancia tuvo en cuenta en la parte motiva de la sentencia y que resulta importante precisar para efectos de la presente impugnación:

2. El *a quo* desestimó la prosperidad de la prescripción de la acción, que fue propuesta por mis representadas durante los alegatos de conclusión. Dicha prescripción fue desestimada por cuanto, a consideración del Juez de primera instancia, debió ser propuesta como una excepción junto con la contestación de la demanda de reconvención.

3. El Juez declaró que no había un derecho previo sobre las expresiones “*izumi*” y “*mahle-izumi*”, consistente en un nombre comercial. Lo anterior, toda vez que no se probó debidamente el requisito de la continuidad del uso del nombre comercial, pese a que se acreditaron los demás requisitos que permiten la protección del nombre comercial.

4. A juicio de la Delegatura, la mala fe del demandante en reconvención, Ma Hanzhon, es irrelevante para el trámite de la demanda de reconvención, pues se trata de una situación que debió ser planteada con ocasión del trámite de registro de cada una de las marcas fundamento de la acción por infracción a derechos de propiedad industrial.

5. Consideró el *a quo* que había quedado debidamente probada la existencia de un daño (entendido como el hecho dañoso o la comisión de la infracción) y de un perjuicio (entendido como las consecuencias del hecho dañoso en relación al titular de las marcas), pese a que el demandante en reconvención confesó explícitamente no haber sufrido ningún perjuicio.

III. FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

1. Síntesis de la controversia

1.1. Para efectos de contextualizar al Juez de alzada sobre la controversia, lo primero que debe considerarse en este recurso es el fondo del asunto:

1.1.1. Mis representadas Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH son titulares del signo MAHLE-IZUMI en el mundo y se trata de una marca extremadamente reconocida en el mercado de autopartes.

1.1.2. Mis representadas constituyeron un derecho legítimo consistente en el nombre comercial sobre la expresión IZUMI, por su constante, público, personal y ostensible uso de dicho signo con anterioridad a la fecha de solicitud de registro de las marcas IZUMI a nombre de Ma Hanzhon.

1.1.3. El demandante en reconvención, el señor Ma Hanzhon, aprovechándose de la ausencia de un registro en Colombia y **a sabiendas** de que la expresión y logotipo IZUMI no era de su propiedad sino de alguien más, procedió a solicitar el registro de dos marcas mixtas IZUMI.

1.1.4. Con fundamento en esos dos registros, el señor Ma Hanzhon ha pretendido controlar y monopolizar la comercialización de productos identificados con la marca IZUMI que, por demás, son falsificados y de inferior calidad que aquellos productos originales comercializados por mis representadas en el resto del mundo con normalidad.

1.1.5. Lo anterior es un típico acto de competencia desleal, por lo cual mis representadas le demandaron. Indiferente a la conducta por la que fue demandado, Ma Hanzhon optó por demandar en reconvención a mis representadas, con conocimiento de causa de que éstas eran las legítimas titulares de los signos de los que él se apropió. Esto ratificó su actuar desleal.

1.1.6. El demandado no puede valerse de un derecho amparado en una actuación dolosa y de mala fe para impedir el ejercicio del derecho del legítimo titular de los signos IZUMI, a nombre Mahle. Esto atenta contra el interés general de los consumidores y el orden del mercado. Todos estos hechos quedaron probados en el proceso de reconvención.

2. Sobre la “prescripción” de la acción

2.1. En los alegatos de conclusión, mis representadas plantearon la prescripción de la acción de infracción a derechos de propiedad industrial, figura contemplada en el artículo 244 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina. Si bien el precitado artículo refiere a la expresión “prescripción”, por referirse a la acción como tal, debe entenderse que la figura correspondiente en la legislación colombiana es la de la *caducidad*, recordando que son los

derechos los que prescriben y las acciones las que caducan. No obstante lo anterior, el Señor Juez desestimó la prosperidad de la caducidad alegada, pues el *a quo* la interpretó como una verdadera prescripción que debió ser propuesta dentro del término de traslado de la demanda de reconvención. Esta interpretación resulta desacertada, como se explica a continuación:

2.2. La acción incoada por el señor Ma Hanzhon en la demanda de reconvención ha caducado en los términos del artículo 244 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, que es del siguiente tenor.

“Artículo 244.- La acción por infracción prescribirá a los dos años contados desde la fecha en que el titular tuvo conocimiento de la infracción o en todo caso, a los cinco años contados desde que se cometió la infracción por última vez” (negritas y subrayas por fuera del texto original).

Del anterior artículo, se desprende con meridiana claridad que lo que el legislador andino buscó legislar fue la imposibilidad de iniciar una acción, lo cual en Colombia sin lugar a dudas hace referencia a la *caducidad*. Diferente sería si se tratara de un derecho, del cual sí es dable predicar la prescripción. Es importante revisar el contenido del artículo 244:

2.3. Es necesario precisar que del texto del artículo 244 se desprenden dos términos de caducidad: uno *subjetivo* y otro *objetivo*. El término de los dos años será subjetivo por cuanto depende del conocimiento del titular del derecho. Respecto de este plazo, ha reiterado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que *“dicho plazo se computará necesariamente desde la fecha en que se tomó conocimiento del acto infractor, independientemente si se trata de una infracción instantánea, continuada, permanente o compleja”*¹.

De otro lado, tenemos el término de los cinco años como el objetivo, pues éste no depende del conocimiento de ningún tercero respecto del acto, sino solamente del paso del tiempo durante cinco años desde que se cometió por última vez. Debemos hacer especial hincapié en la expresión subrayada, pues desde ese momento es que se empieza a computar este término objetivo de caducidad; pero, ¿qué pasa en aquellos casos en que no ha habido última vez en la comisión de la infracción, como en los que la conducta no ha cesado? El

¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial, proceso 90-IP-2016.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina también ha sido claro en establecer la regla para estos casos:

“En cambio, respecto del plazo de cinco años, dicho plazo se empezará a computar dependiendo del tipo de infracción en el que nos encontremos:

- *Infracción instantánea: El plazo se computa desde el mismo momento en que se consumó el acto infractor (el acto único).*
- *Infracción continuada: El plazo se computa desde la fecha de realización del último acto (idéntico), que es ejecución del mismo plan, que consuma la infracción.*
- *Infracción permanente: El plazo se computa desde el momento que cesa la conducta que califica como acto permanente en el tiempo.*
- *Infracción compleja: El plazo se computa desde la fecha de realización del último acto que consuma la infracción²”.*

2.4. En el caso puntual, operó la caducidad de los dos años, pues el demandante en reconvencción tuvo conocimiento de la supuesta infracción con más de dos años de anterioridad a la presentación de la acción el 2 de septiembre de 2019. Lo anterior quedó demostrado en las pruebas obrantes en el proceso, particularmente en la comunicación de la señora Berta González, asesora jurídica de Alfonso Buitrago S.C.S., dirigida a Nipon Diesel Nagoya, y de fecha 26 de abril de 2010. También en la comunicación de Milena Matallana, apoderada de Importadora Nagoya / Ma Hanzhon, a Janeth Ortega Sanabria, de fecha octubre 10 de 2016. Ambas comunicaciones, obrantes respectivamente en el consecutivo 17 (página 30) y consecutivo 22 (página 169), versan sobre las marcas IZUMI y sobre el alegado y supuesto uso infractor de estas por parte de mis representadas. Como evidencia del conocimiento previo del señor Ma Hanzhon de la supuesta infracción por parte de las demandadas en reconvencción, resalto el siguiente aparte de la comunicación de Milena Matallana:

“agradecemos dejar de importar y comercializar en Colombia los productos de las dos marcas mencionadas [refiriéndose a IZUMI]”.

² Ídem.

Siendo ambas comunicaciones del 2010 y del 2016 respectivamente, y considerando que la demanda de reconvención quedó radicada en el 2019, es evidente que ha operado la caducidad de la acción con fundamento en el artículo 244, que establece que esta operará a los dos años contados desde la fecha en que el titular tuvo conocimiento de la infracción.

2.5. Ahora, respecto de la oportunidad procesal para alegar la “prescripción” del mencionado artículo 244, debe tenerse en cuenta que en el ordenamiento jurídico colombiano se ha establecido que lo que prescribe son los derechos, mientras que respecto de las acciones se habla es de la caducidad. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia C-091 de 2018, al establecer que:

“La caducidad es un fenómeno de orden público que extingue la acción correspondiente, cierra la posibilidad de acceder a la justicia y genera, por consiguiente, el rechazo de la demanda, en razón de su no presentación oportuna o, si no fue preliminarmente advertida, la adopción de una sentencia inhibitoria, por tratarse de un defecto insaneable del proceso. Por su parte, la prescripción extintiva suprime los derechos o las obligaciones y, por lo tanto, no cierra el acceso al juez, no impide que el mismo profiera una sentencia de fondo, respecto de las pretensiones formuladas ya que, al lado del pago, son asuntos relativos al objeto mismo de la litis”.

De acuerdo con lo anterior, debe entenderse que el legislador comunitario hace referencia en el artículo 244 a la caducidad de la acción, no a la prescripción. Como tal, al ser un fenómeno de orden público, la caducidad cierra la posibilidad de acceder a la justicia y, citando nuevamente a la Corte, “*si no fue preliminarmente advertida, [genera] la adopción de una sentencia inhibitoria*”. En consecuencia, era procedente que el Juez de primera instancia emitiera sentencia inhibitoria por haber operado la caducidad de la acción por infracción a derechos de propiedad industrial.

2.6. Adicionalmente, debe ponerse de presente que el *a quo* incurrió en un **defecto sustantivo por inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad**, al no haber interpretado el contenido del artículo 244 de la Decisión 486 como una verdadera caducidad, desconociendo así el derecho fundamental al debido proceso de mis representadas. De acuerdo

con la Corte Constitucional, en sentencia de unificación SU-132 de 2013, el mencionado defecto operará cuando:

*“la actuación controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque (a) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley, (b) es inconstitucional, (c) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso. También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, se produce (d) un grave error en la interpretación de la norma constitucional pertinente, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias de la Corte Constitucional con efectos erga omnes, **o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación claramente contraria a la Constitución.**”*

Se considera igualmente defecto sustantivo el hecho de que la providencia judicial tenga problemas determinantes relacionados, (e) con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación que afecte derechos fundamentales; (f) cuando se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente; o (g) cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso” (negritas y subrayas fuera del texto original).

En el caso puntual, el Juez de primera instancia incurre en un defecto sustantivo por inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad, pues su interpretación literal del artículo 244 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina es manifiestamente contraria a la Constitución. En verdad, el hecho de admitir que la figura de la *prescripción* opere respecto de una acción es contrario a la Constitución, vulnerando así el debido proceso en cuanto es claro que, según nuestro ordenamiento jurídico, la institución que aplica a las acciones es la de la caducidad.

2.7. Con esto no se pretende alegar que la norma comunitaria contenida en el artículo 244 sea inconstitucional, ni que el legislador comunitario haya incurrido en un error. La Decisión

486 es una norma comunitaria, que fue expedida para que sus países contratantes la adaptaran a su legislación interna. Por ello, en su texto se hace constante referencia a “*de acuerdo con la legislación interna del País Miembro*” o “*la oficina nacional competente*”, pues es una norma que debe ser adaptada a cada país contratante. Por tal razón, es deber del operador jurídico adecuar dichas disposiciones normativas al ordenamiento jurídico colombiano. En el caso *sub examine*, el Juez de primera instancia debió interpretar el artículo 244 precitado como una caducidad que, al ser un fenómeno de orden público, es un defecto insaneable del proceso y genera sentencia inhibitoria.

3. Sobre el nombre comercial IZUMI a nombre de las demandadas

3.1. La Delegatura estudió la posibilidad de que Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH fueran titulares de un nombre comercial sobre la expresión “*IZUMI*”, con anterioridad a las solicitudes de registro para las marcas IZUMI mixtas a nombre de Ma Hanzhon. Declaró que quedó probado un uso *personal, público, ostensible*, pero no totalmente *continuo*. A consideración del *a quo*, si bien sí quedó evidenciada una cierta vocación de continuidad, pareciera haber un lapso en el que no se demostró el requisito de continuidad. Particularmente, se refiere a al periodo comprendido entre la década de los ochenta y el año 2006, periodo en el que aduce no se probó un uso continuo de manera real y efectiva. Lo anterior, es motivo de reparo en la presente impugnación, según se pasa a explicar.

3.2. Debe recordarse que quien alega una protección derivada de un *nombre comercial* deberá probar un uso *real, constante y efectivo* del nombre comercial. Lo anterior, tiene asidero en la simple naturaleza y protección de los nombres comerciales, que se derivan precisamente del uso del signo. De lo contrario, se admitiría una protección exorbitante al nombre comercial. Por lo anterior, en el presente proceso de reconvención se allegaron diferentes pruebas documentales y testimoniales tendientes a demostrar la existencia de un derecho previo en cabeza de las demandadas en reconvención, con anterioridad a la fecha de solicitud de registro de las marcas mixtas IZUMI. Según el Juez de primera instancia, se probó un uso esporádico del nombre comercial IZUMI en cabeza de las demandadas entre los años 80 y el 2006, pero que dicho uso no basta para acreditar el requisito de continuidad. Contrario a lo afirmado, sí es posible constatar que el nombre comercial IZUMI sí se venía usando de manera continua por parte de Mahle.

3.3. El uso en la década de los 80 quedó constatado en los testimonios practicados en audiencia de instrucción y juzgamiento del 29 de enero de 2021. Particularmente, los testimonios de Yaneth Ortega y Néstor Sánchez concuerdan en haber conocido la marca IZUMI de titularidad de las demandadas al menos desde 1987. Otras de las pruebas testimoniales, como las Óscar Robledo, Camilo Buitrago, Nelson Sánchez y Rafael Vargas concordaron en afirmar que Mahle tiene presencia en el mercado colombiano a través de las marcas MAHLE-IZUMI desde finales de los ochenta y la década de los noventa. Para seguir con la cronología de la continuidad, el importante testimonio de Alfonso Buitrago, ingeniero industrial y representante autorizado de Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH, reveló que aproximadamente desde 1992 empezaron a llegar vehículos Chevrolet NPR ensamblados directamente y de fábrica con pistones IZUMI, lo cual demuestra su uso en el mercado colombiano para esta época. Con esta serie de pruebas testimoniales, queda corroborada la continuidad ininterrumpida del signo IZUMI por parte de mis representadas entre 1987 y 1993, pues adicionalmente, según narran los testigos, el logo de IZUMI ya venía contramarcado por esos años en los pistones, camisas y anillos de diversos vehículos.

3.4. Es desde allí cuando el *a quo* considera que se presenta una falta de continuidad probatoria respecto del uso del signo IZUMI. No obstante, no puede perderse de vista que Alfonso Buitrago es representante autorizado de Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH y principal referente de estas entidades para Colombia, y así lo ha sido desde 1993 hasta la actualidad. Este hecho, contrastado con lo que narra en su testimonio sobre su comercialización de autopartes identificadas con el signo IZUMI desde la fecha en que empezó como representante de Mahle en Colombia, es suficiente para evidenciar que entre 1993 y la actualidad existe un uso **continuo** e ininterrumpido del nombre comercial IZUMI en cabeza de mis representadas. Aún si esto no fuera suficiente, debe recordarse que la gran mayoría de testimonios establecieron que los vehículos Chevrolet NPR venían ensamblados de fábrica con pistones de marca IZUMI, originales de mis representadas. De igual manera, relataron los testigos, otras marcas de vehículos tales como Isuzu venían ensambladas también con estos pistones desde principios de los noventa, al igual que vehículos de maquinaria pesada amarilla como Caterpillar, por lo que no cabe duda de que el uso de los signos IZUMI en el territorio nacional fue constante. Es evidente que en la medida en que estos vehículos entraban al país año tras año, se demuestra la continuidad del uso del signo IZUMI en el mercado colombiano en toda la década de los noventa, que fue cuando comenzó

la entrada de estos vehículos ensamblados. Por supuesto, esto debe entenderse de manera armónica con las demás pruebas obrantes en el proceso, que confirman dicho uso, tales como declaraciones de importación del producto identificado con el signo IZUMI, evidencia de participación en ferias automotrices desde 2002, capacitaciones a expertos y talleres automotrices en diferentes ciudades del país, entre otras. Por lo tanto, no queda duda del uso constante del nombre comercial IZUMI en cabeza de mis representadas con anterioridad a las solicitudes de registro del señor Ma Hanzhon.

3.5. En conclusión sobre este punto, quedó evidenciado durante el proceso de reconvención – y reiterado mediante este memorial – que Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH son titulares de un nombre comercial sobre la expresión IZUMI, fundamentado en su uso personal, público y ostensible. Además, queda claro que dicho uso también ha sido continuo e ininterrumpido por lo menos desde 1993 hasta la actualidad, sin perjuicio de que se reconozca que desde antes se utilizaba el signo IZUMI por parte de mis representadas en el comercio. Por último, quedo probado que mis representadas ostentan un mejor derecho que el que pretende hacer valer el señor Ma Hanzhon en la presente acción por infracción, toda vez que fue primero en el tiempo – reiterando que la protección de los nombres comerciales no se deriva de ningún registro sino a partir de su primer uso en el comercio.

El nombre comercial IZUMI, protegido por lo menos desde 1993 según lo acreditan las pruebas obrantes en el proceso, corresponde a una situación jurídicamente consolidada, que no se puede desconocer por prevalecer el derecho posterior y adquirido de mala fe por parte del demandante en reconvención. Lo anterior, reiterando que el señor Ma Hanzhon confesó haber registrado un signo que sabía que no era suyo. Y es que precisamente allí es donde recae la importancia de la institución del *nombre comercial* y por lo que éste se protege sin necesidad de registro sino con su primer uso, para evitar que este tipo de actuaciones maldadasas como las que pretende perpetrar el señor Ma Hanzhon se consoliden bajo el manto de la ley. En este punto es de gran importancia que nuestro régimen de propiedad industrial se encuentra cimentado en el esfuerzo empresarial, como el que mantuvieron y mantienen mis representadas para posicionar y comercializar su nombre comercial IZUMI.

4. *Sobre la ausencia de uso infractor*

4.1. Constatado lo anterior respecto del nombre comercial en cabeza de mis representadas, es claro entonces que no existe ningún uso infractor de los signos de Ma Hanzhon por parte mis representadas, toda vez que estas gozan de un derecho prioritario – de diferente naturaleza, claro está – sobre la expresión IZUMI.

4.2. Lo anterior tiene asidero en el hecho de que Mahle Engine Components Japan Corporation y Mahle GmbH lo que han venido haciendo en el mercado es usar su nombre comercial protegido desde su primer uso y, vale decir, anterior al registro de las marcas IZUMI a nombre de Ma Hanzhon. En este orden de ideas, lo que hay es una confrontación de signos distintivos en el mismo mercado, mas no un uso infractor de los signos del demandante.

5. *Sobre el abuso del derecho por parte del demandante en reconvención*

5.1. Llamo brevemente la atención del *ad quem* sobre la evidente mala fe del demandante, que de manera flagrante registró un signo que sabía que no le pertenecía, y ahora, como si ya no fuera suficiente, pretende demandar a los legítimos titulares de dicho signo.

5.2. En efecto, la mala fe de Ma Hanzhon se hace evidente en su interrogatorio rendido en audiencia inicial, cuando confesó haberse apropiado de una marca que le llevaron algunos consumidores y que él, a sabiendas de que claramente no era suya, decidió solicitarla como marca de manera idéntica. Se acrecienta su mala fe considerando que momentos antes de responder lo anteriormente mencionado, Ma Hanzhon explicaba a la Delegatura que su proceso creativo de la marca IZUMI correspondió a que la expresión “*izumi*” era bastante común en Japón, y que, respecto del logotipo, simplemente le pareció bonito. Explicación que quedó corroborada como una adaptación amañada de la verdad, incluso bajo juramento, cuando la verdad era que había visto un producto que un consumidor le llevó y que decidió aprovecharse para registrarlo sabiendo que no era suyo dicho producto ni la marca.

5.3. Adujo el *a quo* que la mala fe no es un asunto a tratarse en el presente proceso de reconvención, por cuanto esto debió haberse tratado en el procedimiento administrativo de registro de la marca. No obstante, sí resulta relevante dicha mala fe por cuanto el señor Ma Hanzhon se encuentra abusando de su derecho para afectar no sólo a mis representadas sino al mercado en general, comercializando producto falsificado proveniente de China y Taiwán, y estando cobijado por su derecho obtenido de manera fraudulenta. Es claro que el derecho no

fue concebido como un instrumento para acolitar el actuar maldadoso de los participantes del mercado.

6. *Sobre la ausencia de un perjuicio indemnizable*

6.1. En el procedimiento por infracción a derechos de propiedad industrial, era deber del demandante probar no sólo el hecho dañoso, consistente en la infracción, sino también el perjuicio que dicho daño le generó. Es apenas lógico que la eventual y remota existencia de un daño es insuficiente para acreditar la existencia de una infracción a derechos de propiedad industrial, toda vez que en ausencia de perjuicio, esta no resulta indemnizable. Así lo ha sostenido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“El artículo 243 de la Decisión enuncia, en forma no exhaustiva, los criterios que deberán tomarse en cuenta para el cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, cuya existencia haya sido oportunamente probada en el curso del proceso por el actor (...)

La simple constatación de la infracción no es suficiente como para que opere la indemnización por daños y perjuicios (...)

Para que opere el pago de la respectiva indemnización económica, dentro de un proceso por infracción de derechos de propiedad industrial, necesariamente se deben probar los daños y perjuicios sufridos por el titular de la marca³”.

Contrario a lo manifestado por el *a quo* al considerar la existencia tanto de un daño como de un perjuicio, es preciso resaltar que el perjuicio en el presente caso no quedó de ninguna manera probado. no se le causó ningún perjuicio al demandante por el supuesto uso de las expresiones IZUMI por parte de las demandadas. Lo anterior se constató en la confesión del señor Ma Hanzhon en su interrogatorio de parte, cuando se le preguntó si el uso de la marca IZUMI, diferente a la que él utiliza para identificar sus productos, por parte de terceros en el

³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial Proceso 323-IP-2015.

mercado colombiano le había ocasionado algún perjuicio, a lo que él contestó con total claridad “*de lo que sé, NO*”. Por ello, se desvirtúa totalmente la existencia de algún perjuicio.

6.2. No podía el *a quo* haber concluido la existencia de unos perjuicios indemnizables aun cuando el demandante en reconvención confesó no haber sufrido ningún perjuicio. Aceptar lo contrario, sería asignar una potestad exorbitante al operador jurídico para que *ex officio* declare la existencia de unos perjuicios, incluso cuando estos no fueron probados o, peor aún, cuando el supuesto afectado confiesa no haber sufrido ningún perjuicio por el supuesto uso infractor por parte de terceros sobre sus marcas IZUMI.

7. Por las anteriores consideraciones, reitero mi solicitud de que se revoque la providencia proferida en audiencia de instrucción y juzgamiento del 8 de junio de 2021 y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones de la demanda y se condene en costas al demandante en reconvención.

IV. Notificaciones

Mi representada y yo recibiremos notificaciones en ese Despacho o en el correo electrónico notificacionesjudicialespi@bakermckenzie.com

Según la información disponible en la página web del apoderado de MA HANZHONG, entiendo que recibe notificaciones en el correo litigiosindustrial@munozab.com.

Atentamente,



JUAN PABLO CONCHA DELGADO

C. C. 80.416.654 de Bogotá

T. P. 80.677 del C. S. J.

400642620-v1\LA_DMS

Señores,

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C. SALA CIVIL

Atte: H.M. Dr. **JESUS EMILIO MUNERA VILLEGAS**

E. S. D.

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

REF: 2019-245 PROCESO DE PERTENENCIA POR PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA DE DOMINIO DE ANGELA IVONNE VIASUS CUESTA VS. TEJIDOS LUAVY ELSA DE VIASUS S. en C.

ASUNTO: **SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN**

Obrando en mi condición de apoderado de la parte **DEMANDANTE** me dirijo a usted con el fin de sustentar el **RECURSO DE APELACION PARA ANTE EL HONORANLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C. SALA CIVIL** con el fin de que dicha corporación **REVOQUE** la sentencia proferida por el despacho del Juzgado 36 Civil del Circuito y en su lugar despache favorablemente las pretensiones formuladas en demanda por la señora **ANGELA IVONNE VIASUS CUESTA**.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

- Fundamenta sucintamente la sentencia la señora Juez Treinta y Seis (36) afirmando que LA DEMANDANTE por ser socia de la parte DEMANDADA es una mera tenedora y que además en virtud de lo mismo tenía derecho a ocupar el inmueble.
- Que la DEMANDANTE ANAGELA VIASUS tenía conocimiento del proceso ejecutivo que se adelantó en el Juzgado 20 del Circuito y posteriormente en el 2 de Ejecución de sentencias.
- Afirma que la posesión NO FUE PUBLICA porque nada de ello quedo demostrado mediante la prueba testimonial, dice que por no haberse allegado el título, acta o documento en el que hubiese constado que la DEMANDANTE ANGELA VIASUS recibió de la PARTE DEMANDADA SOCIEDAD TEJIDOS LUAVY el inmueble por el pago de algunas acreencias laborales se desnaturaliza el modo o forma en que entro en contacto con el bien que pretende usucapir.
- Sostiene que el DEMANDADO MAURICIO ENRIQUE GOMEZ GOMEZ es el TITULAR DEL DOMINIO echando al traste con el tan mentado argumento del aquí recurrente en el sentido de que se debe tener en cuenta como UN CESIONARIO DE DERECHOS LITIGIOSOS dado el alcance y contenido del Artículo 452 del C.G. del P.

- Recepciona el INTERROGATORIO del DEMANDADO MAURICIO ENRIQUE GOMEZ GOMEZ sin tener en cuenta las consecuencias señaladas en el numeral 4 del artículo 372 del C.G. del P. toda vez que no ASISTIO el día señalado y su EXCUSA FUE PRESENTADA EXTEMPORANEAMENTE amén de que hizo alusión a algunos hechos que NUNCA CONSTITUYEN "FUERZA MAYOR O CASO FOTUITO" máxime en la vigencia y prerrogativa que brindan el USO DE LAS COMUNICACIONES Y LOS MEDIOS VIRTUALES Y TECNOLOGICOS.

Siendo entonces la determinación censurada abiertamente desconocedora de lo preceptuado en el Artículo 7 del C.G. del P. y del Artículo 11 de la misma obra como se entrará a exponerle a esta segunda instancia.

REPAROS CONTRA LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. INOBSERVANCIA DE LAS NORMAS PROCESALES (ART. 372 No. 4) E INOBSERVANCIA DE LAS PRESUNCIONES POR INASISTENCIA DE LA DEMANDADA.

El a quo erro en cuanto omitió las consecuencias que el Código General del Proceso en el numeral 4 del artículo 372 le atribuye a la inasistencia de una parte a la audiencia inicial. De la observancia de los documentos que reposan dentro del expediente el Honorable Tribunal se dará cuenta que la presentación de la excusa de inasistencia por parte del demandado **MAURICIO ENRIQUE GOMEZ GOMEZ** fue **EXTEMPORANEA**. Lo anterior se afirma teniendo en cuenta que la audiencia inicial dentro del proceso en referencia se llevó acabo el día **02 de junio de 2021** y la excusa se radico el **día 09 de junio de 2021 a las 11:43 am**. Si se recuerda que el término para excusarse que consagra la norma es de tres (3) días hábiles y el mismo comenzaba a contar después de efectuada la audiencia, se podrá ver que la fecha límite para presentar dicha excusa era el día **08 de junio de 2021** y no el día en que se presentó, pues, en esa fecha ya la oportunidad se encontraba precluida.

Como consecuencia de la extemporaneidad con la que fue presentada la excusa de inasistencia, el a quo debió haber aplicado la consecuencia procesal que consagra el numeral 4 del artículo 372 del C.G.P., es decir, debió haber presumido como ciertos los hechos en que se fundaba la demanda. Presunción, que como anota López Blanco, "(...) **tiene como efecto que, salvo que se demuestre lo contrario, se proferirá sentencia en un sentido desfavorable para los intereses del**

renuente, con excepción de los pocos casos en los que no sea admisible la prueba de confesión¹ (negrilla y subrayado fuera del texto original).

Como se tiene visto, y se reiterará a lo largo de esta apelación, dentro del plenario del proceso no obra ninguna prueba que desmienta los hechos en los que se basó la demanda, y si se aplica la consecuencia procesal antes mencionada, se podrá ver que dichos hechos si son susceptibles de confesión y deben por tanto tenerse como ciertos. Así, **la solución correcta que debió haber tomado el a quo era presumir ciertos los hechos de la demanda y ante la carencia probatoria de la parte pasiva fallar a favor de este demandante.**

2. INAPLICACIÓN DE LAS PRESUNCIONES DE LA POSESIÓN A PESAR DE SU COMPROBACIÓN EN EL CASO EN CONCRETO (INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA DE LOS TESTIMONIOS MEDIANTE LOS CUALES SE PROBÓ EL HECHO POSESORIO).

La sentencia del a quo resulta equivocada ya que se dejaron de aplicar las presunciones que regula el Código Civil frente a la posesión cuando los supuestos de dichas presunciones fueron debidamente probados mediante los testimonios practicados en el proceso.

El a quo dentro del fallo recurrido, en el acápite de valoración probatoria de los testimonios, critica que dichos terceros no tuvieran conocimiento de cómo la demandante entro en contacto con el bien, reprocha principalmente el desconocimiento de los testigos frente a la cesión del inmueble que la sociedad demandada le hiciera a Angela Ivonne Viasus Cuesta como pago por sus años de trabajo.

Esta manera de valorar los testimonios no puede ser más arbitraria y caprichosa. Pues, el a quo olvida que, frente a terceros, "el poseedor es dueño, mientras otra persona no justifique serlo" (inc. 2, art. 762 C.C.).

Esta presunción que consagra el inciso segundo del artículo 762 del Código Civil colombiano constituye, según la doctrina nacional, "una de las joyas más preciadas del ordenamiento civil y merece guardarse en una especie de urna de cristal. **La mera visualización del bien en poder de un sujeto hace presumir en este el dominio en un esfuerzo legal de evitar los requerimientos y explicaciones diarias acerca de la adquisición.** De no ser así, estaríamos llenos de avisos por todas partes que informaran a cada persona día a día el origen

¹ Blanco, H. F. (2018). *Código General del Proceso. Parte Especial*. Bogotá D.C. : DUPRE Editores Ltda. Pág. 67.

hasta de nuestras propias prendas. **La vida diaria gastaría un tiempo precioso en la mera rotulación de los bienes para vivir explicando el dominio a los demás.**² (negrilla, cursiva y subrayado propios).

Piense entonces Honorable Tribunal, en lo absurda que resulta la exigencia del a quo en solicitar a los testigos del hecho posesorio saber a ciencia cierta el modo de adquisición u ocupación del inmueble por parte de la demandante. Si la manera de valorar los testimonios del a quo se hiciera carrera dentro de los estrados judiciales y la presunción del inciso segundo del artículo 762 ya no se usará más, la vida jurídica de los ciudadanos se volvería ciertamente compleja e ininteligible.

La sabiduría de la norma citada es tal, que a los testigos que acudieron al proceso también les pareció un absurdo ir por la vida preguntándole a los demás cómo y por qué modo o razón habían adquirido determinado bien. Así discurrió, por ejemplo, el testimonio de Yolima Caicedo Prada cuando dicha testigo expuso, ante la pregunta del a quo sobre la relación de Angela Ivonne Viasus Cuesta respecto del inmueble de marras, lo siguiente: "sé que ella es la dueña del apartamento (...) tengo entendido de que ella es la dueña, pues, **como uno no se pone a preguntar cómo lo adquirió o por qué es suyo**, no sé, sé que ella es la dueña y nada más."³

En igual sentido se expresaron los testigos Rafael Emiro Tudela Vivas y Miguel Alonso Rodríguez que, como se demostrara más adelante en este recurso de apelación, demostraron a través de sus testimonios el animus y corpus de la demandante Angela Ivonne Viasus Cuesta.

De igual manera el juzgador de instancia dejó de aplicar, debiendo hacerlo, las presunciones contenidas en el artículo 780 del Código Civil a pesar de que los supuestos de hecho en que aquellas se sustentan fueron debidamente probados en el proceso.

En la contestación de la demanda, Mauricio Enrique Gomez Gomez a través de su apoderado expresó que Angela Ivonne Viasus Cuesta era la persona que había recibido la diligencia de secuestro en el **año 2006**. Dicha fecha también fue enunciada en el interrogatorio de parte de la demandante como uno de los tantos hitos que vivió durante su posesión ininterrumpida desde el año 2000 en el que **entro como poseedora del bien a nombre propio** (inc. 1, art. 780).

Como expresa el artículo 77 y 193 del Código General del Proceso la confesión por apoderado judicial es válida y se entiende que es autorizada por su mandante para la demanda, las excepciones y las **correspondientes contestaciones**. En ese

² Jaramillo, L. G. (2020). *Bienes*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez. pág. 164-165.

³ Fragmento del testimonio de Yolima Caicedo Prada tomado de la hora 1:58:08 de la grabación de la audiencia inicial que reposa en el expediente digital

orden de ideas, se tiene que la **posesión** de Angela Ivonne Viasus Cuesta en el inmueble sub judice para el año de 2006 fue confesada por el demandado.

Dicha confesión tenía como consecuencia que el a quo hubiese aplicado la presunción establecida en el inciso tercero del artículo 780 del Código Civil consistente en que "si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio."

Ciertamente, la confesión hecha por el demandado Mauricio Gomez **probaba** la posesión de Angela Ivonne Viasus Cuesta en el año 2006 y la inspección judicial realizada por el a quo demostraba a su vez la posesión actual de la demandante, por lo que la aplicación de la presunción citada saltaba a la vista. Existe entonces prueba de un término de posesión que va desde el año 2006 hasta el presente.

Esta manera de probar el tiempo de la prescripción adquisitiva del dominio se acompasa con lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil ha dicho sobre el inciso tercero del artículo 780 C.C.:

"(...) la norma contenida en el tercer inciso de este precepto que analiza la Corte, cumple una función paliativa, pues morigera la prueba del carácter ininterrumpido que debe ostentar la posesión a efectos de servir ella para ganar el bien por prescripción, en vista de ser tarea de casi imposible cumplimiento acreditar que se ha poseído día a día, en forma continua, hasta cubrir el tiempo legalmente requerido. La atenuación de la exigencia probatoria que ofrece el inciso tercero allana el camino a esta dificultad, **e invierte la carga de la prueba al corresponder al opositor demostrar la interrupción de la posesión alegada por el actor (...)**"⁴ (negrilla fuera del texto original)

Como se podrá dar cuenta el Honorable Tribunal, los demandados en ningún tiempo allegaron prueba en contrario que desmintiera el término de la posesión de Angela Ivonne Viasus Cuesta desde el año 2006 hasta la actualidad.

Es claro que si el a quo no hubiese omitido las presunciones relativas a la posesión la sentencia hubiese sido totalmente favorable a mi poderdante. Pues, como bien anota la doctrina nacional en el tema de las presunciones, "el hecho de que la deducción, partiendo de la existencia del hecho conocido para llegar al desconocido **la haga la ley, genera como importante consecuencia la de que el juez está en el deber de admitir que por la sola demostración del hecho conocido queda acreditada la circunstancia desconocida (...)** y establecido el mismo corresponde a la parte contraria la carga de la prueba para desvirtuar el hecho

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC5123-2014 del 29 de abril de 2014, Referencia: Exp. No. 11001-31-03-003-2008-00771-01, Magistrado Ponente: Jesús Vall de Rutén Ruiz.

desconocido con el fin de impedir de que obre la deducción contenida en la norma⁵. (negrilla fuera del texto original).

Así, el a quo tenía el deber, ante la carencia probatoria de los demandados, de aplicar las presunciones que consagraba el Código Civil en los artículos 762 y en los incisos primero y tercero del artículo 780 por esta parte demandante haber probado con suficiencia los supuestos o hechos conocidos en los que se fundaban las normas citadas.

3. ANIMUS Y CORPUS DE ANGELA IVONNE VIASUS CUESTA

El a quo al igual que dejo de valorar correctamente los testimonios para aplicar las presunciones de la posesión, omitió las declaraciones de Rafael Emiro Tudela Vivas, Miguel Alonso Rodríguez, Yolima Caicedo Prada y Pablo Antonio Bravo.

Todos los testigos mencionados fueron consistentes en sus versiones al afirmar que tenían por dueña a Angela Ivonne Viasus Cuesta, que **era ella la única persona de la familia Viasus Cuesta que habitaba el inmueble de marras hace aproximadamente veinte (20) años (corpus)** y que desconocían por completo al demandado Mauricio Enrique Gomez Gomez. Muchos de ellos veían en Angela Viasus una propietaria porque sus manifestaciones representaban un verdadero animo de dominio.

Incluso Miguel Alonso Rodríguez y Pablo Antonio Bravo fueron más específicos sobre el ánimo de dueña que tenía Angela Ivonne Viasus Cuesta. El primero afirmó que había acompañado a la demandante a pagar unos impuestos del inmueble sub judice y el segundo expresó que a órdenes de la señora Angela Viasus había instalado unas mejoras en el apartamento que constaban de unas lámparas y candelabros.

Todos estos testimonios que dejaron de ser valorados por el a quo constituían en estricto sentido los elementos objetivos y subjetivos de una posesión apta para adquirir el dominio. Por lo que apreciados a través de la sana critica hacían concluir que la demandante Angela Viasus si contaba con el animus y corpus necesario para adquirir el dominio del inmueble de marras mediante prescripción extraordinaria.

4. LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DEL DOMINIO NO REQUIERE DE TITULO

La exigencia de un título en este caso es ciertamente innecesaria. El a quo erro en su providencia al exigir la prueba del título en virtud del cual Angela Ivonne Viasus Cuesta había entrado en contacto con el bien, porque precisamente lo que se

⁵ Blanco, H. F. (2019). *Código General del Proceso. Pruebas*. Bogotá: DUPRE Editores Ltda. Págs. 448-449.

demandaba era la **PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA, es decir, en la que NO es necesario título alguno.**

Con dicha decisión el a quo no solo dejó de aplicar las reglas del numeral primero del artículo 2531 del Código Civil, sino que además aplicó las reglas de la posesión regular a un prescribiente que desde el inicio de su demanda dejó en claro que pretendía adquirir mediante la prescripción extraordinaria.

5. LA CALIDAD DE SOCIA DE LA PRESCRIBIENTE **NO** PUEDE SIGNIFICAR LA MERA TENENCIA:

En el fallo recurrido, el a quo fundamenta la negativa de conceder las pretensiones por el hecho de que la poseedora tenía la calidad de socia dentro de la persona jurídica contra la que prescribía y eso, a juicio del a quo, significaba una mera tenencia.

Los fundamentos anteriormente parafraseados no pueden ser más equivocados. El a quo con total desconocimiento de las reglas jurídicas que operan dentro de las sociedades comerciales, y en cierta medida con desconocimiento del fenómeno posesorio, deduce hechos y consecuencias jurídicas de las calidades de mi poderdante que no se encuentran dentro del Código Civil o el Código de Comercio. Podrá ver entonces el Honorable Tribunal en este punto como el juzgador de instancia dedujo unas connotaciones de la participación accionaria que de suyo son erradas:

El a quo olvida la **autonomía** que existe entre un socio y la sociedad a la que éste pertenece. Desconoce el juzgador de primera instancia que en virtud del artículo 98 del Código de Comercio “el efecto principal de la constitución regular de la sociedad **es la formación de una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.** Este efecto, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos, se pregona de todas las especies asociativas, sin que se haga diferencia por razón de su carácter personalista o de capitales⁶”. (negrilla fuera del texto original)

Luego, existiendo una clara diferenciación entre la persona del socio y la persona jurídica de la sociedad a la que éste pertenece, es claro que ambos no se pueden llegar a confundir, pues como lo dice Reyes Villamizar parafraseando a EngráciaAntunes, “La afirmación según la cual la sociedad es una persona jurídica, **significa que constituye un sujeto de derecho autónomo,** es decir, **una entidad cuya personalidad es separada y distinta respecto de aquella de todos los demás participantes que gravitan en torno a ella (accionistas,**

⁶ Villamizar, F. R. (2019). *Derecho Societario. Tomo I.* Bogotá: Temis. Pág. 245

acreedores, administradores, trabajadores, el Estado). En tal sentido, al igual que cualquier otro sujeto de derecho, goza de los atributos específicos que constituyen el sustento normativo de la personificación jurídica, vale decir, su capacidad de goce y ejercicio.⁷” (negrilla fuera del texto original).

Con todo lo anterior, la persona jurídica o sociedad comercial siempre necesitará de personas naturales para exteriorizar su **VOLUNTAD**. Ello quiere decir, según la teoría organicista, que una persona jurídica necesita de personas naturales que exterioricen su voluntad con el fin de que estos entes morales puedan ejercer derechos y contraer obligaciones. De esta manera, “la persona jurídica (o persona colectiva) quiere y obra por medio de órganos. De la misma manera que la persona física manifiesta su actividad por la cooperación de sus órganos corporales, así la persona jurídica expresa su voluntad y la realiza mediante sus órganos. **La voluntad del órgano no es la del representante, sino la propia voluntad de la persona colectiva**⁸.”

Si a la necesidad de un órgano para manifestar la voluntad de la sociedad se suma el requisito de la capacidad para ejercer posesión sobre un bien, se puede concluir que **las personas jurídicas poseen por conducto de sus órganos de dirección**.⁹” (negrilla fuera del texto original).

Lo anterior quiere decir, que los órganos de las personas jurídicas como representantes poseen es a nombre del ente colectivo, de esta manera, si en los estatutos de una sociedad se figura como gerente o representante legal y a su vez se ejerce posesión sobre un inmueble perteneciente a la persona moral, simplemente se estará ejerciendo una mera tenencia en lugar o a nombre del dueño como lo establece el artículo 775 del Código Civil.

En ese orden de ideas, podría ser un mero tenedor quien siendo un órgano de la sociedad tuviese el bien en lugar o nombre de ella por la incapacidad física que aqueja al ente moral para ejercer posesión sobre sus bienes. Pero, por el contrario, **resulta también lógico afirmar que quién no gozase de la facultad de representar o dirigir la sociedad, y por ende tampoco de la potestad de exteriorizar su voluntad, tuviera la posibilidad de prescribir contra dicho**

⁷ Villamizar, F. R. (2019). Derecho Societario. Tomo I. Bogotá: Temis. Pág. 246 pie de página.

⁸ Zea, A. V., & Ortiz Monsalve, Á. (2016). *DERECHO CIVIL. Tomo I. Parte General y Personas*. Bogotá: Temis. Pág. 586

⁹ Jaramillo, L. G. (2020). *Bienes*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez. pág. 182

ente moral. Pues, si su contacto con el bien está motivado únicamente por la voluntad que se gesta dentro de su interior, difícilmente se podría afirmar otra cosa.

Carece, entonces, de todo fundamento lo afirmado por el a quo, pues, del certificado de existencia y representación de la sociedad contra la que se prescribe se puede observar que Angela Ivonne Viasus Cuesta es una **SOCIA CAPITALISTA** separada de toda administración y facultad de representar o ejercer la voluntad de "Tejidos Luavy Elsa de Viasus S. en C'", **de ahí que LA VOLUNTAD DE DOMINIO (ANIMUS) QUE EJERCÍA ANGELA IVONNE VIASUS CUESTA SOBRE EL INMUEBLE DE MARRAS ERA A NOMBRE PROPIO.** Una solución contraria llevaría al equívoco de que se considerará a un socio CAPITALISTA como un representante o mandatario de la sociedad, siendo que por excelencia éste se encuentra separado de la administración de los negocios sociales.

Como se ha venido diciendo, afirmar que un socio es un tenedor de los bienes de la empresa es un contrasentido jurídico, pues ante la inexistencia de un título o prueba del que se pueda deducir la mera tenencia, **la sola calidad de socio y/o accionista es ineficaz para desmentir el animus de una persona que, como Angela Ivonne Viasus Cuesta, ha poseído pacífica e ininterrumpidamente dura veinte (20) años.**

Es entonces necesario recalcar que en el caso en concreto Angela Ivonne Viasus Cuesta jamás podrá ser considerada un mero tenedor del inmueble que llegó a detentar, pues, no habiendo disposición legal o **estatutaria** dentro de la empresa Tejidos Luavy que la autorice para actuar en nombre de la sociedad hace que sea inaplicable lo que predica el artículo 775 del Código Civil porque no existe para el caso en concreto ni la facultad para actuar en lugar de la sociedad ni la prueba de un reconocimiento de mejor derecho. Ergo, **la voluntad de poseer el inmueble sub judice brota únicamente de la psique de la demandante.**

De igual modo, y en gracia de discusión, el Honorable Tribunal podría recurrir a lo establecido en el artículo 8 de la ley 153 de 1887 y mediante **analogía legis** aplicar al caso en concreto el numeral tercero del artículo 375 del Código General del Proceso que dice que "La declaración de pertenencia también podrá pedirla el comunero que, **con exclusión de los otros condueños** y por el término de la prescripción extraordinaria, hubiere poseído materialmente el bien común o parte de él, siempre que su explotación económica no se hubiere producido por acuerdo con los demás comuneros o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad.", puesto que como se tiene visto, si para el a quo el patrimonio de la sociedad se trataba de una universalidad jurídica a la que podían acceder los socios, Angela Ivonne Viasus Cuesta usando y explotando el bien mediante exclusión de sus consocios podría fácilmente acceder al dominio a través de la prescripción adquisitiva extraordinaria.

6. POSIBILIDAD DE UN SOCIO DE PRESCRIBIR CONTRA LA SOCIEDAD A LA CUAL PERTENECE

En el acápite anterior de este recurso de apelación ya se dejó ver como la simple calidad de socio **NO** puede conllevar el atributo de mero tenedor. En este nuevo acápite se traerá a colación una sentencia en que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil avoca el conocimiento de un proceso de pertenencia en el que un socio prescribió contra sus consocios y familiares.

En la **sentencia de 01 de septiembre de 1995 con ponencia del Magistrado Héctor Marín Naranjo**⁷ se presentan similares circunstancias de hecho y derecho al caso que nos ocupa:

Los hechos enunciados en la sentencia de casación son los siguientes: el demandante el señor José Hamid Saab Diaab (poseedor prescribiente) demanda la pertenencia contra su hermano y socio el señor Miguel Saab Diab y el Banco de Colombia como acreedor hipotecario.

Según los hechos de la demanda y su contestación retomados por la Honorable Corte, el señor Miguel Saab Diab había adquirido unos lotes y posteriormente había realizado una mejora sobre los mismos con el fin de que **allí funcionara la sociedad denominada "Construcciones Saab LTDA" de la cual Miguel era socio junto con su hermano José Hamid Saab Diaab y su padre Miguel Saab Saab.**

Miguel Saab Diab quien fungía como propietario y representante legal de la sociedad decidió hipotecar los lotes, posteriormente **el Banco de Colombia como acreedor hipotecario realizó los avalúos de los lotes y su correspondiente secuestro dentro del proceso ejecutivo sin que hubiese oposición a ello.**

Posteriormente José Hamid Saab Diaab (poseedor prescribiente) instauro la demanda de pertenencia ante el Juzgado Civil del Circuito de Neiva por considerar que había ganado el dominio mediante prescripción adquisitiva al haber poseído el bien desde el año de 1968 hasta 1990, es decir, por más de veinte años.

Inicialmente las pretensiones son negadas por el Juez del Circuito de Neiva, pero una vez apelado el fallo y avocando conocimiento la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, esta decide que bajo los **TESTIMONIOS** practicados en el proceso se puede concluir que el señor José Hamid Saab Diab es poseedor y ha cumplido todos los requisitos para adquirir el dominio mediante prescripción adquisitiva. Los argumentos del Tribunal Superior de Neiva que son retomados por la Corte son del siguiente talante:

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Rad. -Expediente No. 4219, Sentencia de 01 de septiembre de 1995, Magistrado Ponente: Héctor Marín Naranjo

"En el sub-lite a instancia del demandante declararon José Yesid Martínez Olaya, Alvaro Gutiérrez Celis, Rodrigo Bahamón Palomares, Aristóbulo Murtoz Mazorra, Orlando Perdomo Cuéllar..., Eliécer Quintero Charry, Gustavo Flechas Castillo, Matilde Ramírez de Masmela, José Roberto Masmela y Carlos Masmela Ramírez... **Del dicho de estas personas, que por la edad que manifiestan tener pueden dar cuenta de los hechos sobre que declaran y que expresan las circunstancias de modo, tiempo y lugar por las cuales los-mismos llegaron a su conocimiento, puede concluirse que José Hamid Saab es quien desde el año de 1968 y hasta los meses de marzo y noviembre de 1990, cuando fueron recibidos sus testimonios, ha detentado sin interrupción alguna la posesión de los inmuebles materia del litigio**". (negrilla y subrayado fuera del texto original)

Tal apreciación la colige de que los testigos "deponen que las instalaciones y mejoras que en los mismos hay, consistentes en oficinas, taller, baños, depósito para herramienta, habitación para celador, cerramientos, etc. -cuya existencia fue constatada por el a-quo en la diligencia de inspección al efecto realizada el 15 de marzo de 1991, art. 407-10 C. P. C-, fueron unas ampliadas y otras construidas por Hamid, a sus expensas, que en las mismas laboran sus trabajadores y tiene él la sede de sus actividades, **de todo lo cual han extraído la Inferencia de que él es su propietario**" (negrilla y subrayado fuera del texto original)

El tribunal en su sentencia también se ocupa, según cita de la Corte, en dejar en claro como el proceso ejecutivo hipotecario junto con sus diligencias de avalúo, embargo y secuestro son ineficaces para perturbar e interrumpir la posesión, Expresa el Tribunal:

"...La interrupción civil... desplaza la materia del objeto poseído a los estrados judiciales, (y) tiene lugar según las voces de los arts. 90 y 91 de C. P. C., **no por cualquier demanda sino por aquella que es dirigida contra el poseedor en su carácter de tal y éste resulta vencido en el proceso**, en cuyo caso sí podría hablarse válidamente de mandato judicial que afecte su posesión" y termina concluyendo el Tribunal que: ""En presencia de lo anterior es claro que **la constitución del gravamen hipotecario sobre el bien poseído por el demandante, su avalúo por el acreedor y las medidas cautelares de embargo y secuestro que sobre el mismo pesan..., no pueden constituir interrupción, ni natural ni civil, de la posesión del prescribiente**". (negrilla y subrayado fuera del texto original)

La decisión del Tribunal Superior de Neiva es recurrida en casación por el acreedor hipotecario y le corresponde la ponencia al Magistrado Héctor Marín Naranjo. Después de analizar los cargos denunciados por el recurrente, la Honorable Sala de Casación Civil decide que frente a la declaración de la usucapión dichos cargos no prosperan por cuanto que:

“...apreciadas las pruebas en conjunto, sin embargo de que afloran dudas en torno a las percepciones fácticas de los testigos por causa de lo que se desprende de las pruebas preteridas por el tribunal, en particular del interrogatorio de parte del demandante y de la conducta procesal del demandado, esas dudas no alcanzan a situar la cuestión en un nivel de evidencia; mejor aun, a pesar de lo que esas pruebas ponen de presente, **siempre se vería como bien deducido aceptar el dicho de los testigos en el sentido de que el demandante si fue poseedor de los lotes durante el tiempo legalmente requerido para la declaratoria de dominio, con tanta mayor razón cuanto que las respuestas del demandante al interrogatorio de parte, con justeza, no pueden ser tomadas como una confesión ya que no contienen un reconocimiento expreso de un dominio ajeno, en particular de la sociedad, sobre los inmuebles.** (negrilla y subrayado fuera del texto original).

De la breve descripción de la sentencia citada resulta necesario concluir que la calidad de socio dentro de la empresa contra la que se quiere prescribir o las relaciones familiares con los demandados dentro un proceso de pertenencia no son por sí mismos suficientes para obstaculizar la adquisición del dominio mediante prescripción. Por lo anterior, es menester recordar de manera respetuosa al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que **DONDE EXISTEN LOS MISMOS HECHOS DEBE PRIMAR EL MISMO DERECHO**⁸, y si en la providencia citada se permitió que dos hermanos prescribieran entre sí a pesar de su vínculo societario, no entiende este apelante porque debería negársele la misma oportunidad a mi prohijada cuando ciertamente los hechos y el derecho aplicado son iguales.

Dejar en firme una sentencia como la proferida por el a quo, **a pesar de existir un caso en concreto que con las mismas particularidades del sub judice decidió otorgar la usucapión**, atentaría contra el derecho constitucional a la igualdad (art. 13), la seguridad jurídica y la confianza legítima. Pues, como bien lo dice Quinche Ramírez citando la sentencia T-1023 de 2006, el derecho a la igualdad de trato también tiene aplicación en las sentencias judiciales:

“El derecho a la igualdad, establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, establece entre otras, dos garantías: el derecho a la igualdad ante la ley, y el derecho a la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades públicas, entre ellas, las judiciales. Especial valor reviste el derecho fundamental a la igualdad de trato jurídico, máxime si se considera que “en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además

⁸ “las mismas situaciones de hecho deben comportar las mismas soluciones jurídicas” Gény citado por Zea, A. V., & Ortiz Monsalve, Á. (2016). *DERECHO CIVIL. Tomo I. Parte General y Personas*. Bogotá: Temis. pág. 261.

una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley⁹ (subrayado fuera del texto original)

Véase entonces Honorable Tribunal como existe una disparidad de interpretación y aplicación de la ley entre el a quo y la Sala de Casación Civil: mientras el primero le niega toda la credibilidad a los testigos que han apreciado el hecho posesorio, el segundo acepta el dicho de los testigos para tener como poseedor en aras de prescribir al demandante; mientras el primero deduce la tenencia sin prueba alguna, el segundo exige para la demostración de tenencia un reconocimiento **expreso** de dominio ajeno¹⁰; y, mientras que el primero niega las pretensiones de la pertenencia fundamentado en la calidad de socia de la poseedora y su vínculo sanguíneo con la demandada, al segundo poco o nada le importa dichas condiciones asociativas o filiales siempre y cuando se haya demostrado el fenómeno posesorio.

Teme fundadamente este recurrente que el a quo de manera arbitraria, sin fundamento probatorio alguno y en cierta medida desconociendo la jurisprudencia de la Corte, se inventara una causal o forma de mera tenencia en la filiación y carácter de socio que no existe dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

7. AUSENCIA DE PRUEBA DE LA MERA TENENCIA

Como se citó anteriormente en la sentencia de 01 de septiembre de 1995 con ponencia del Magistrado Héctor Marín Naranjo, para que el juzgador pueda deducir el reconocimiento de dominio ajeno, aquél debe realizarse de manera expresa:

“(…) con tanta mayor razón cuanto que las respuestas del demandante al interrogatorio de parte, con justeza, no pueden ser tomadas como una confesión ya que **no contienen un reconocimiento expreso de un dominio ajeno**, en particular de la sociedad, sobre los inmuebles.” (negrilla fuera del texto original) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Rad. -Expediente No. 4219, Sentencia de 01 de septiembre de 1995, Magistrado Ponente: Héctor Marín Naranjo

Se podrá ver entonces Honorable Tribunal como el a quo, apartándose de todo el debate probatorio realizado¹¹, dedujo una mera tenencia que no aparecía ni de los interrogatorios de parte, ni de los testimonios y menos de las pruebas allegadas o practicadas en el proceso.

⁹ Ramírez, M. F. (2020). *El precedente judicial y sus reglas*. Bogotá: Legis Editores S.A.

¹⁰ “(…) con tanta mayor razón cuanto que las respuestas del demandante al interrogatorio de parte, con justeza, no pueden ser tomadas como una confesión ya que no contienen un reconocimiento expreso de un dominio ajeno, en particular de la sociedad, sobre los inmuebles.” Tomado de *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Rad. -Expediente No. 4219, Sentencia de 01 de septiembre de 1995, Magistrado Ponente: Héctor Marín Naranjo*

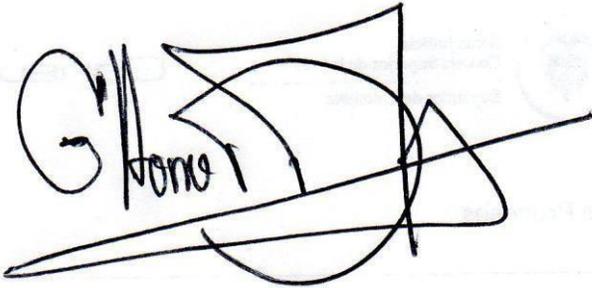
¹¹ toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

En igual sentido, el a quo transgredió la congruencia que debe existir en las sentencias civiles (art. 281 C.G.P.) ya que su sentencia se fundamentó en una excepción que **NO FUE DEBIDAMENTE PROBADA.**

SOLICITUD

Con base en lo anterior le solicito a esta honorable corporación se **REVOQUE LA SENTENCIA** a que hace mención estos respetuosos alegatos y en su lugar **SE DECLARE** que por vía de **PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DEL DOMINIO** la señora **ANGELA IVONNE VIASUS CUESTA** ha adquirido y por ende es propietaria del inmueble ubicado en la Diagonal 5 A No.71-F-46 "Edificio Mirador del Parque Etapa I y II apartamento 704 con Matricula Inmobiliaria No.50C-1473123.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'G. Rincon', with a large, stylized flourish extending from the end of the signature.

JORGE ALFONSO DE PAZ RINCON

C.C.No.19.343.608 de Bogotá T.P.No.36436

del C.S. de la J.

paz129@hotmail.com

3192481599

REPARTO APELACION SENTENCIA 008-2018-00468-01 DRA AYALA PULGARIN

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 10/09/2021 1:06 PM

Para: Despacho 17 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <des17ctsbt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cordial Saludo,

Me permito informarle que el presente proceso se recibió en el correo de reparto el día 8 de septiembre de 2021, para radicar e ingresar.

Respetuosamente dejo constancia que mi función asignada es la de registro y reparto de los procesos civiles, por cuanto a la revisión del cumplimiento de protocolo es competencia de otro empleado.

Nota: Se ingresa al despacho con fecha del 10 de septiembre de 2021.

La carátula como el acta se encuentran en archivo adjunto en formato PDF.

Atentamente,

Laura Victoria Zuluaga Hoyos

De: Juzgado 08 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C. <ccto08bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: miércoles, 8 de septiembre de 2021 15:21

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: REMISIÓN DE PROCESO 11001310300820180046800 EN APELACION PARA REPARTO

JUZGADO 008 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
Carrera. Novena (9) No. 11-15, Piso 4° / TELEFONO: 2820061
Correo Institucional: ccto08bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Bogotá D.C

REMISIÓN DE PROCESO 11001310300820180046800 EN APELACION PARA REPARTO

Conforme a lo ordenado en Providencia del 13 DE ABRIL DE 2021, se dispuso remitir el proceso de la referencia para surtir recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá

Para tal fin se remite en ONE DRIVE la carpeta virtual del expediente **11001310300820180046800** :

- [📁 11001310300820180046800](#)

Se remite el expediente de acuerdo al protocolo para la gestión de documentos electrónicos, digitalización y conformación del expediente Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020, emitido por el Consejo Superior de la Judicatura - Centro de Documentación Judicial - CENDOJ Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - Unidad de Informática, tal como se les informó en circular de la presidencia de esa Corporación.

[La providencia objeto de notificación se realiza acatando los parámetros establecidos por el consejo superior de la judicatura mediante Acuerdo PCSJA2011517 Y PCSJA2011521, así como las](#)

Directivas emitidas por el señor Presidente de la República de Colombia. ante la declaratoria de emergencia de salud publica.

FAVOR ACUSAR RECIBIDO

Cordialmente,

SANDRA MARLEN RINCON CARO
Secretaria
MP

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

https://etbcj-my.sharepoint.com/:v:/g/personal/mparradv_cendoj_ramajudicial_gov_co/EVfj-1nokRhPkRitl93t0iwBsgoojGDEvr6lI8CW23cxKg?e=HKuRqD