

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES
SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**



Magistrado Ponente: **JOSÉ HOOVER CARDONA MONTOYA**
Proyecto aprobado con acta 002
Manizales, Caldas, doce de enero de dos mil veintiuno.

En la forma prevista en el inciso tercero del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se decide el recurso de apelación interpuesto por la Constructora y Arrendadora Mexcol SAS y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., frente a la sentencia proferida el 14 de julio de 2020 por el Juzgado Civil del Circuito de Puerto Boyacá, Boyacá, en el proceso verbal de responsabilidad civil extracontractual promovido por los señores Gilberto Hincapié Rúa, Diana Milena Hincapié Balaguera, Eder Gilberto Hincapié Balaguera, Leonardo Esteban Hincapié Balaguera, Cristian Marcelo Hincapié Balaguera y Aleida Balaguera Duarte en contra de la primera de las apelantes y el señor José Jairo Fraile Segura; trámite al que fue llamada en garantía Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.

La demanda

Se pretende la declaratoria de responsabilidad solidaria del señor José Jairo Fraile Segura y la Empresa Constructora y Arrendadora MEXCOL S.A.S., a causa del siniestro narrado en los hechos de la demanda y en el que resultó lesionado el señor Gilberto Hincapié Rúa. Consecuentemente, se condene a los demandados a pagar las costas y las siguientes sumas que a continuación se describen:

| Para | Por concepto de | La suma de | Que corresponde a |
|--------------------------------------|--------------------|--------------|--|
| Gilberto Hincapié Rúa | Lucro cesante | \$22.111.339 | salarios, horas extras diurnas y nocturnas laboradas en días ordinarios, dominicales y festivos y bonificaciones dejadas de percibir desde el primero de diciembre de 2015 hasta el 31 de agosto de 2016 |
| | | \$ 7.438.541 | salarios y bonificaciones que Gilberto dejó de percibir al haber sido despedido por su empleadora el 31 de agosto de 2016. |
| Diana Milena Hincapié Balaguera, | Perjuicios morales | 80 SMLMV | \$147'543.400 |
| Eder Gilberto Hincapié Balaguera, | Perjuicios morales | 20 SMLMV | |
| Leonardo Esteban Hincapié Balaguera, | Perjuicios morales | 20 SMLMV | |
| Cristian Marcelo Hincapié Balaguera | Perjuicios morales | 20 SMLMV | |
| Aleida Balaguera | Perjuicios morales | 40 SMLMV | |
| | | | |

| | | | |
|--------|--|--|--|
| Duarte | | | |
|--------|--|--|--|

Para fundamentar las pretensiones, se cuenta que el 22 de noviembre de 2015 a las 18:10, cuando el señor Gilberto Hincapié Rúa se encontraba sobre el andén al frente del Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, esperando su transporte para empezar su turno laboral, fue atropellado por el vehículo de placa MJY403 marca Mahindra, conducido por el señor José Jairo Fraile Segura y de propiedad de la Empresa Constructora y Arrendadora MEXCOL S.A.S. Según información obtenida por el lesionado, el señor Fraile Segura se encontraba bajo el influjo de bebidas embriagantes al momento de la ocurrencia del suceso.

Para la fecha de ocurrencia del accidente, el señor Gilberto estaba laborando como supervisor de mantenimiento de pozos en el sector petrolero para la Empresa Sérđan – Misión Temporal Ltda. con un contrato de trabajo por la duración de obra o labor contratada con un salario básico mensual de cinco millones quinientos ochenta y tres mil con quinientos veintinueve pesos \$ 5.583.529, el cual se incrementó a partir de la segunda quincena de noviembre de 2015 en cinco millones novecientos dieciocho mil quinientos cuarenta y un pesos \$ 5'918.541 sumado a la bonificación por mera liberalidad de setecientos sesenta mil pesos \$760.000, dinero que se vio disminuido por las incapacidades, y que se generó hasta el primero de septiembre de 2016.

El primero de septiembre de 2016, hubo terminación unilateral del vínculo contractual alegándose el finiquito de la labor para la cual fue contratado el demandante, a pesar de que seguía enfermo y presentaba condiciones laborales restringidas. No obstante haberle, la Empresa Sérđan continuó ejecutando su contrato con Mansarovar Energy Colombia Ltda., y sus compañeros siguieron en sus actividades. Estima así se vio privado de recibir el salario básico y la bonificación.

Respecto a las lesiones e incapacidades del quejoso se cuenta que:

- Se le dictaminó "trauma cerrado de tórax y abdomen" según la historia de atención del Hospital José Cayetano Vásquez.
- Los días 26 de noviembre de 2015, 13 de enero y seis (6) de mayo de 2016, le fueron practicados tres (3) reconocimientos médico legales por el Instituto

Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Puerto Boyacá, de los que se concluye que presentó tres (3) fisuras costales derechas -según radiografía-, dolor costal a la presión costal C5-C6-C7 y dolor a la presión de tórax derecho; habiéndosele otorgado una incapacidad médico legal definitiva de 120 días, sin secuelas legales al momento del examen.

-El siete (7) de diciembre de 2015 fue valorado por el médico especialista en cirugía general quien concluyó que presentaba fractura en reja costal derecha más luxación múltiple y refirió dolor en tórax derecho al inspirar.

-El 15 de enero de 2016 fue valorado por el especialista en ortopedia y traumatología quien le diagnosticó "dolor inspiratorio, dolor al palpar la reja costal derecha y el en el talón derecho dolor en la región de la cadera derecha" y le recomendó estudios de RX de la columna lumbar, de la reja costal y del tobillo derecho al encontrar "esguinces y torceduras de la columna lumbar, fractura de costilla y esguinces y torceduras del tobillo" y le otorgó una incapacidad laboral de 11 días a partir de 21 de enero de 2016.

-Las valoraciones médicas posteriores fueron asumidas por Saludcoop, otorgándose las siguientes incapacidades: de 22 de noviembre hasta el 21 de diciembre de 2015; de 22 de diciembre de 2015 al 20 de enero de 2016 y del 21 de enero al 19 de febrero de 2016.

-El 16 de febrero de 2016, tras ser atendido por el especialista en cirugía general y por cuenta del SOAT se le ordenó que "después del 19 de febrero de 2016 continuar con trabajo restringido donde no ejerza fuerza o movimientos bruscos de rotación torácica mayor de 25 kilos por tres meses y se da alta médica por cirugía general".

-El 11 de mayo de 2016, el médico tratante indicó "restricción laboral por tres meses adicionales a partir del 20/5/2016 no puede realizar ejercicios repetitivos, no puede rotación torácica, no levantar objetos pesados superiores a 15 kilos, no puede realizar funciones que requieran posiciones en flexión, posterior a la fecha de vencimiento de la presente restricción puede reintegrarse a sus funciones habituales".

Finalmente, alega que el accidente de tránsito en donde resultó lesionado también le irrogó perjuicios morales a su núcleo familiar, por lo que la psicóloga Yanira Camargo Herrera evaluó la afectación moral que sobrevino a causa del siniestro y que sirve para tasarlos.

Réplica

- Mexcol se opuso a las pretensiones indicando que no existe nexo causal y en el caso bajo estudio se presenta una circunstancia eximente de la responsabilidad entre el daño irrogado, la conducta y la solidaridad jurídica que les asiste para la reparación del daño; en términos generales señaló que no fue participe ni estuvo presente el 22 de noviembre de 2015, a las 18:10 p.m. época en que el señor Gilberto Hincapié Rúa presuntamente resultó lesionado en razón a un accidente de tránsito, aceptó que el vehículo de placa MJY403 es de su propiedad y que era conducido por el señor José Jairo Fraile Segura; aclaró que la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la empresa Serdan Misión Temporal Ltda. no es una circunstancia o hecho indemnizable en el presente proceso, sino una problemática de índole eminentemente laboral.

Frente a los perjuicios o daños manifestó que se debe cumplir con los elementos de cierto, personal y actual, además frente a la figura jurídica de la solidaridad debe comprobarse cada uno de los requisitos jurisprudenciales para que se configure ésta; entendiéndose por lucro cesante aquel valor que no ingresó o ingresará al patrimonio de la víctima “lo que no se ganó o indefectiblemente no se ganará” para su cuantificación se debe tomar en consideración los principios de razonabilidad y proporción, además de los factores que intervienen en su determinación, criterios que no se denotan en ningún aparte de la demanda, dado que se debe probar que el presente, la responsabilidad que se le imputa a la Constructora y Arrendadora MEXCOL S.A.S. para que exista su obligación de reparación del daño... frente a los perjuicios o daños se debe cumplir con los elementos de cierto, personal y actual, para la liquidación del daño moral, el demandante debe discriminarlo de manera detallada y para su determinación debe realizarse a través del marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes que deberán ser tasados al arbitrio judicial, una vez se

determine la responsabilidad que se le imputa a MEXCOL para que exista su obligación de reparación del daño... las costas y agencias en derecho deberán ser determinadas a la parte vencida en un proceso.

Como excepciones perentorias formuló las de: hecho exclusivo de un tercero, al efecto citó el artículo 2347 del Código Civil, expresó que existe responsabilidad civil de los empleadores por el hecho de sus dependientes, mientras estén bajo sus órdenes o cuidado; que la doctrina ha dicho que el deber que tienen los empleadores frente a sus dependientes y/o trabajadores, se fundamenta en la elección y la vigilancia; en el primer caso consiste en la facultad de escogencia en quien desempeñará la labor, para el segundo caso consiste en la supervisión y/o control sobre las actividades laborales de sus dependientes. Sin embargo, se ha eliminado el concepto de culpa en el factor de escogencia, ya que en la mayoría de los casos el empleador no ha tenido la posibilidad de escoger a las personas que van a realizar las labores bajo su dependencia, en cambio lo que si genera la responsabilidad civil del empleador, es el hecho de que en el ejercicio de las actividades, el trabajador este bajo sus órdenes o subordinado, circunstancia que permite ordenar y controlar los actos de sus dependientes, evitando así que estos se comporten de manera ilícita, causándole daños a terceros, de este modo, para que surja la presunción de culpabilidad contra el empleador, en virtud de la responsabilidad extracontractual por el hecho de alguno de sus dependientes, es preciso que este cause un daño en forma ilícita a un tercero mientras se encuentra bajo la supervisión, coordinación y/o cuidado de aquel. De otro lado, es importante señalar que cuando el empleado y/o dependiente que causa el presunto daño, está al servicio de una persona jurídica, no se aplica la responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno, sino la responsabilidad por el hecho propio.

Dentro del concepto de actividad peligrosa se encuadra la propiedad, tenencia y uso de un automóvil, pues un vehículo es una cosa que conlleva riesgos en sí misma, por tener algunos componentes que puedan causar daño y al ejercer tal actividad por un ser humano puede ocasionar un daño, en este caso, quien iba conduciendo el mentado vehículo es el señor José Jairo Fraile Segura y cuyo propietario es la persona jurídica denominada Constructora y Arrendadora MEXCOL S.A.S. siendo la presunta víctima el señor Gilberto Hincapié Rúa.

Para diferenciar los tipos de responsabilidad del conductor y el propietario del vehículo es menester aclarar el concepto sobre guardián de la cosa y se ha considerado este "quien tiene la cosa bajo su poder o sea el tenedor – lato sensu- guarda material. También se ha considerado por oposición a aquel concepto que guardián es quien tiene un derecho sobre la cosa (guarda jurídica) negándose tal carácter a quien la detenta de hecho como el ladrón. También se afirma que lo decisivo para configurar el guardián es el aprovechamiento económico de la cosa"... Como se ha visto, tenemos que el guarda material del vehículo para el momento de los hechos fue el señor José Jairo y el guarda jurídico es la persona jurídica, MEXCOL S.A.S.

Contó que existe una relación contractual entre la persona jurídica denominada MEXCOL y José Jairo siendo una de las labores de este último conducir y/o hacerse cargo del vehículo de placa MJY403, tal como consta en prueba documental que se adjunta, cumpliendo para ello un horario de lunes a viernes de ocho (8) de la mañana a cinco (5) de la tarde; es preciso aclarar que al momento de ocurrir los hechos, esto es, el 22 de noviembre de 2015 era un día domingo, fecha en que no cumplía sus funciones laborales el señor Fraile Segura quien de manera abusiva obtuvo la tenencia del vehículo automotor, utilizando artificios y/o engaños utilizados en contra del celador Juan Carlos Ramírez Zuluaga para sustraerlo del parqueadero denominado parque industrial PSI, ubicado en la vereda saca mujeres lugar donde se encontraba el vehículo para el día de los hechos... Se realizará una verificación de los requisitos de procedencia de la responsabilidad extracontractual en contra del empleador: - se requiere de un acto ilícito ejecutado por el trabajador y/o dependiente –se requiere que el trabajador y/o dependiente cause daño a un tercero –se requiere que el daño causado sea causado mientras el dependiente este bajo las órdenes, cuidado, dirección, control y/o subordinación del empleador o con ocasión de las funciones que este le ha encomendado... el señor José Jairo sustrae de manera fraudulenta el vehículo de placa MJY403 marca Mahindra y lo destina a una actividad diferente a su trabajo, en horario no laboral, y a causa de ello produce presuntamente un daño a Gilberto Hincapié Rúa por ese motivo el empleador deja de ser responsable de la actividad peligrosa, pues como se comprobaba en el presente proceso, este ha perdido el poder de uso, dirección y control de la actividad, la cual por

razón del desvío de la función queda la responsabilidad en cabeza del trabajador y por ende, para el presente caso no puede allegarse la responsabilidad de mi prohijado en cuanto a lo normado en los artículos 2347 y 2356 del Código Civil.

El hecho de un tercero como causa excluyente de responsabilidad debe tener entre otros, los requisitos señalados por la doctrina: -el hecho exclusivo del tercero debe reunir todas las características de la causa extraña, es decir, ser irresistible y ser jurídicamente ajeno al deudor... el hecho de un tercero es una modalidad de causa extraña, el cual rompe el vínculo de causalidad entre el perjuicio sufrido y la conducta del demandado.

Reducción de la indemnización por solidaridad como subsidiaria, de encontrarse solidariamente responsable a mi representado, dar aplicación al artículo 2344 del código civil, en razón a que la apreciación del daño está sujeta a la reducción, dejándose el quantum de la distribución de la indemnización al criterio del fallador.

Indebida y excesiva tasación de perjuicios puesto que deben ser ciertos, es decir que el afectado demuestre su ocurrencia, cuantía y no valerse de suposiciones para solicitarlo... para que nazca la obligación de indemnizar debe haberse declarado inicialmente la responsabilidad del sujeto a quien se le imputa el daño y que el sujeto que reclama la indemnización sea el titular del derecho, además se debe probar con suficiencia que el aspecto material o inmaterial se vio disminuido o desaparecido en ocasión del daño sufrido, por consiguiente es deber en la estimación de las pretensiones, señalar y discriminar razonadamente el monto al cual considera la parte demandante, asciende el perjuicio reclamado, lo que conlleva a determinar de manera objetiva las bases económicas del daño sufrido de manera tal que las estimaciones no resulten exageradas, no obstante una vez analizados los argumentos de la demanda, se denota que no existe una estimación razonada y fundada de las pretensiones condenatorias. Y la genérica o innominada.

Como previa formuló la de falta de competencia.

Solicitó involucrar en el presente procedimiento judicial de responsabilidad civil extracontractual a la empresa aseguradora Mapfre Seguros Generales

de Colombia S.A. en calidad de llamamiento de garantía para amparar las obligaciones que resulten en el presente trámite en contra de mi mandante y a favor del demandado, y en virtud de que el cinco (5) de diciembre de 2014 suscribió contrato de seguro con la empresa Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. para amparar daños a terceros que ocurrieren en incidentes automovilísticos ocasionados con su vehículo marca Mahindra, color plata placas MJY403 modelo 2012 con número de chasis MA1TZ4HSNC2026998.

Perfeccionado el contrato se elevó póliza de seguros amparando el mencionado vehículo contra las circunstancias descritas anteriormente. La póliza de seguro empezó a regir el día cinco (5) de diciembre de 2014 y su vigencia es de un año, por lo que expirará el cuatro (4) de diciembre de 2015.

El 22 de noviembre de 2015 el vehículo en mención tuvo un accidente de tránsito causando los daños materiales demandados por la parte actora del presente proceso, tal y como se establece en su libelo demandatorio.

Teniendo en cuenta que el accidente ocurrió encontrándose en vigencia la póliza suscrita con el llamado en garantía, y que los hechos se ajustan al siniestro asegurado, es la empresa de seguros quien se verá afectada con la sentencia proferida en el presente proceso toda vez que debe ser ella quien corra con los gastos requeridos por el demandante por los daños ocasionados en su propiedad, en virtud del contrato de seguro número 3421114000315.

- José Jairo Fraile Segura, a través de curador ad litem señaló que es cierto que conforme al informe policial del accidente de tránsito, como documento público se presume que su contenido es cierto y conforme a la carta laboral del demandante, expedida por Serdan Misión Temporal el día 22 de noviembre de 2015 a las 18:10 el señor Gilberto Hincapié Rúa se encontraba sobre el andén al frente del Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá ubicado en la carrera 5 No. 26-02 esperando su transporte para empezar su turno laboral en la Empresa Misión Temporal Ltda. Serdan como supervisor de mantenimiento de pozos repentinamente fue atropellado por el vehículo de placa MJY403 marca Mahindra

conducido por el señor José Jairo Fraile Segura y de propiedad de la Empresa Constructora y Arrendadora MEXCOL S.A.S.

Conforme al informe policial de accidente de tránsito que el agente de la Policía Nacional de Colombia Juan Guillermo Pira Quica fue el funcionario que levantó el croquis (bosquejo topográfico) informe policial de accidente de tránsito donde se puede apreciar el lugar del siniestro y el sitio donde quedó el vehículo, en la ampliación de los hechos de dicho informe el funcionario dejó consignado que "el vehículo clase camioneta pierde el control saliéndose de la vía y atropellando al señor Gilberto Hincapié quien se encontraba sobre el andén resultando lesionado y trasladado al Hospital José Cayetano Vásquez"... debe probarse que el señor José Jairo Fraile Segura se encontraba bajo el influjo de bebidas embriagantes al momento de la ocurrencia del siniestro

Se opuso a cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda, por carecer de fundamentos legales en los montos reclamados (las horas extras ordinarias y festivas son una expectativa cuando no se han causado) (el daño moral sin saber en qué consistió, no hay lugar a reclamarlo) la operación financiera donde me indique de donde salieron las cuantías del daño moral reclamado y su fundamento legal no fueron aportados) y se adolece prueba fehaciente que den certeza de la culpa que el señor José Jairo Fraile Segura como conductor del vehículo sea el culpable del accidente en el cual salió lesionado el señor Gilberto Hincapié Rúa.

- MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A.S. adujo de manera anticipada que como se demostrará dentro del trámite procesal, en los hechos no existió responsabilidad de la empresa Constructora y Arrendadora MEXCOL S.A.S. por lo que no existe la obligación por parte de la llamada en garantía en reparar el presunto daño reclamado por la parte actora; aclaro que se deben tener en cuenta al momento de fallar las condiciones particulares y generales, exclusiones y deducibles pactados dentro del contrato de seguros y adicionalmente se debe demostrar la responsabilidad en cabeza de nuestro asegurado empresa MEXCOL que como se ha dicho no existió.

Propuso como excepciones las de límite del valor asegurado, de conformidad con el artículo 1047 del Código de Comercio; deducible puesto que la póliza que fue anexada con el llamamiento en garantía, indica que se ha contratado un deducible conforme quedó establecida en la misma. Es decir que a la suma asumida como valor asegurado por mi poderdante debe descontarse el deducible pactado con el asegurado en el evento de sentencia condenatoria en firme; ausencia de imputación fáctica y jurídica de nuestro asegurado Empresa Constructora y Arrendadora MEXCOL S.A.S. atendiendo a que la mera existencia del contrato de seguro no genera la obligación del asegurador de indemnizar. Ha de demostrarse la culpa del asegurado para que prospere la acción del demandante y de ello derivar obligación de efectuar algún desembolso por parte del asegurador. En el caso que nos ocupa como se demostrará en el curso del proceso, no existió responsabilidad extracontractual en cabeza de la empresa MEXCOL S.A.S. como se manifestará al dar contestación a la demanda y como lo dio a conocer nuestro asegurado empresa MEXCOL al dar contestación al libelo demandatorio; e inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de los elementos de la responsabilidad

Se opuso a todas las pretensiones y condenas solicitadas por la parte actora que se hagan en contra del asegurado MEXCOL y consecuentemente a la aseguradora por carecer la demanda de fundamentos fácticos y de derecho como se demostró al momento de contestar cada uno de los hechos y de las pretensiones planteadas con la presente demanda, con las defensas exceptivas, con las pruebas documental obrante al proceso y el material probatorio que se recopilará a lo largo del proceso.

De acuerdo a lo manifestado por MEXCOL el señor Fraile Segura actuó dolosamente al sustraer de manera fraudulenta el vehículo de placa MJY403 marca Mahindra de propiedad de nuestro asegurado MEXCOL.

También, pidió se declare probada la excepción de ausencia de responsabilidad en cabeza de nuestro asegurado empresa Constructora y Arrendadora MEXCOL S.A.S. por no reunirse los requisitos para configurarse la responsabilidad civil extracontractual; la de inexistencia absoluta de responsabilidad contractual de seguros debido a la ausencia de amparo y cobertura bajo la póliza citada por ausencia de responsabilidad en cabeza de nuestro asegurado empresa MEXCOL; condenar a la parte demandante

dentro del proceso de la referencia al pago de costas del proceso; y se opuso a la solicitud de pago de los perjuicios materiales por concepto de lucro cesante, por no tener razón o fundamentación fáctica y jurídica el demandante, teniendo en consideración la ausencia de responsabilidad de nuestro asegurado MEXCOL y al pago por concepto de perjuicios morales, por no tener razón o fundamentación fáctica y jurídica el demandante, teniendo en consideración la ausencia de responsabilidad de MEXCOL. Propuso como medios exceptivos los de inexistencia de amparo solicitado por ausencia de responsabilidad de nuestro asegurado MEXCOL S.A.S.: el amparo solicitado no es procedente en virtud de la ausencia de responsabilidad frente al tomador y beneficiario de la póliza y en consecuencia no se dan los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual; Inexistencia de nexo causal: según lo previsto en el artículo 2356 del Código Civil le corresponde demostrar al peticionario "el daño padecido y la relación de causalidad entre el daño y el proceder de MEXCOL", los hechos causados por el actuar doloso del señor Fraile Segura quien sustrajo de manera fraudulenta del vehículo de placa MJY403 de propiedad de MEXCOL; culpa exclusiva de un tercero: el señor José Jairo Fraile Segura sustrajo el automotor de manera fraudulenta y que el demandante debe demostrar la responsabilidad en cabeza de mi mandante para que prospere la acción indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual, pues es necesario que se presenten cuatro (4) elementos a saber, el hecho, la culpa, el daño y el nexo causal.

También la de límite del valor asegurado: artículo 1047 del Código de Comercio; inexistencia de acuerdo expreso para cubrir perjuicios morales y lucro cesante: la póliza que pretende afectarse no tiene cobertura para el pago de lucro cesante y daños morales conforme lo establecido por el artículo 1088 del Código de Comercio, aquellos deberán ser objeto de un acuerdo expreso; deducible: la póliza que se anexa indica que se ha contratado un deducible, conforme quedó establecido en la póliza, es decir que a la suma asumida como valor asegurado por mi mandante debe descontarse el deducible pactado con el asegurado; ausencia de comprobación de responsabilidad del asegurado frente al demandante y la magnitud del daño a el irrogado: la mera existencia del contrato de seguro no genera la obligación del asegurador de indemnizar; inexistencia de la obligación de indemnizar: no existe responsabilidad en cabeza del asegurado MEXCOL, en consecuencia no existe obligación de indemnizar el

daño; exageradas pretensiones: la indemnización deberá estimarse razonadamente bajo juramento.

Fallo de primer nivel

El Juez de primera instancia, luego de declarar la responsabilidad civil extracontractual solidaria de los demandados José Jairo Fraile Segura y la Constructora y Arrendadora MEXCOL S.A.S., por los daños sufridos por los demandantes, condenó a los accionados al pago de los siguientes rubros: por perjuicios materiales la suma total de cinco millones doscientos setenta y seis mil trescientos sesenta y nueve pesos; por daños morales la suma de veinte millones de pesos para Gilberto Hincapié Rúa, trece millones de pesos para Aleida Balaguera, ocho millones de pesos para Cristian Marcelo y Diana Milena Hincapié Balaguera, diez millones de pesos para Eder Gilberto y Leonardo Esteban Hincapié Balaguera. Coetáneamente, condenó a la entidad llamada en garantía MAPFRE al pago de las condenas impuestas a la entidad Constructora y Arrendadora MEXCOL S.A.S. según la póliza de seguros.

Declaró no prósperas las excepciones planteadas por las entidades demandadas y llamada en garantía; y prospera la excepción de cobro excesivo de perjuicios planteada por las demandadas.

Condenó en costas a la demandada Constructora y Arrendadora MEXCOL S.A.S. y a la llamada en garantía a MAPFRE, en favor de los demandantes, fijándose las agencias en derecho en la suma de SEIS MILLONES DE PESOS (\$6.000.000,00).

Impugnación

✓ MEXCOL S.A.S. alegó que el a quo no tuvo en cuenta la excepción de mérito denominada "hecho exclusivo de un tercero".

Señaló que de acuerdo a los testimonios practicados, se estableció que el señor José Jairo Fraile Segura sustrajo el vehículo del parqueadero de la empresa, a pesar que no se encontraba ni desempeñando las funciones para las cuales había sido contratada, ni estaba dentro de su horario de trabajo. Lo anterior estima excluye la responsabilidad de su representada.

También se omitió por parte del Juzgador de primer nivel, analizar el requisito referente a que el daño debe ser causado bajo el cuidado o la vigilancia del empleador. En el presente asunto quedó demostrado que el señor José Jairo de manera deliberada sustrajo el vehículo del lugar en donde se encontraba custodiado, lo que a su consideración, rompe el nexo de causalidad entre MEXCOL y el señor Fraile Segura. Así se rompe el nexo causal con su representada, al desplazarse la guarda del vehículo.

Estimó que no se hizo un análisis integral del acervo probatorio, insistiendo en el tópico de la vigilancia del empleador sobre su empleado en horarios fuera del trabajo; por último, pidió se apliquen las sentencia SP3285 de 2014 de la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, radicado 42256, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero; la 4637 de 15 de marzo de 1996 de la Sala de Casación Civil y la 6171 de siete (7) de septiembre de 2001, Magistrado Silvio Fernando Trejos.

✓ La Aseguradora MAPFRE, coadyuvó los planteamientos del apoderado de la demandada MEXCOL; manifestó que no se tuvo el eximente de responsabilidad extracontractual respecto del hecho de un tercero, que no existió nexo de causalidad entre la conducta desplegada por el señor José Jairo Fraile Segura y MEXCOL; que de acuerdo con las pruebas documentales y testimoniales el señor José Jairo bajo el influjo del alcohol y de manera arbitraria, dolosa y delictual sustrajo el automotor de propiedad de MEXCOL. Y señaló que la tasación de los perjuicios morales fue excesiva, pese a la facultad discrecional que le asiste al Juzgador de conocimiento, que no guardan relación con la sentencia SC780 de 2020.

En particular, dijo que José Fraile con su actuar fue despedido y que en declaración vertida por el señor Miguel Medina dio a conocer que el parqueadero tiene un cerramiento y que está vigilado constantemente y que tanto los rodantes como las llaves siempre estaban al cuidado de la constructora, quien tomaba todas las medidas de seguridad y extrema diligencia en la guarda del automotor empero fue despojada inculpablemente de ella.

Así mismo, informó que el a quo desatendió los argumentos de defensa exceptivos en la contestación de la demanda y en el llamamiento en garantía. Pidió fueran revisados.

CONSIDERACIONES

Mediante el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, el Gobierno Nacional dispuso la modificación transitoria de algunos artículos del Código General del Proceso y estableció en su canon 14, la forma como se debe surtir el recurso de apelación de sentencias en materia civil - familia; precisándose que en aquellos eventos en que no sea necesaria la práctica de pruebas, el fallo se proferirá por escrito, tal como aquí ocurre.

Ahora, con abrigo a los límites impuestos sobre competencia del Superior en el artículo 328 del Código General del Proceso, es del caso realizar un estudio detallado de la pretensión impugnativa.

Se parte entonces de la censura a la sentencia de primer grado en tanto condenó solidariamente a José Jairo Fraile Segura y la Constructora y Arrendadora MEXCOL S.A.S., por los perjuicios irrogados a Gilberto Hincapié Rúa, tras el accidente de tránsito acaecido el 22 de noviembre de 2015 en la municipalidad de Puerto Boyacá, Boyacá. Para los impugnantes, no se puede imputar el daño a MEXCOL porque José Jairo Fraile no estaba ejerciendo labores para la empresa, desvaneciéndose por tanto la supervisión debida a aquél, quien sustrajo inconsultamente y de forma abusiva el automotor con el que finalmente ocasionó el daño, despojando de la guarda del vehículo al propietario, lo cual brota del material probatorio recaudado, estimando una indebida valoración probatoria del Juez de instancia. De mantenerse lo anterior, aprecian una la tasación de perjuicios morales exagerada.

Para el adecuado abordaje del problema jurídico, y en la medida que existen puntos en común, de forma conjunta se irán despachando las inconformidades planteadas.

La guarda de la actividad peligrosa: Un factor de imputación

Se considera una actividad peligrosa aquella que tienen una mayor

potencialidad de daño, que sin ser ilícita, son permitidas en beneficio del desarrollo de la sociedad, ya que traducen una mayor eficiencia en las labores cotidianas, pero esa permisibilidad también engendra la probabilidad de generar daño a terceros que en ocasiones se tornan inevitables, dejando de lado el azar propio de la actividad humana. En otras palabras, constituyen actividades peligrosas las que “debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene[n] la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario- despliega una persona respecto de otra” (CSJ SC, 23 oct. 2001, rad. 6315). Ejemplos de ello son el uso de armas de fuego, los servicios de energía eléctrica, y la conducción de vehículos o maquinarias.

Bajo la anterior premisa, y en abrigo de lo enseñado por la jurisprudencia nacional, claro es que:

- (i) Quien persigue la indemnización debe demostrar que el ejercicio o ejecución de la actividad peligrosa fue requisito sine qua non para la producción del daño.
- (ii) Existe una presunción de culpa en cabeza de quien causa el daño mientras despliega la actividad.
- (iii) El guardián de la actividad es aquel que tiene el poder intelectual de dirección, control y dominio sobre la actividad o el poder de hecho para comandarla.

En este caso no es discutido por los litigantes, ni que se trataba de una actividad peligrosa la desplegada por el señor José Jairo Fraile Segura, último que conducía el automotor de placas MJY403 que envistió al señor Gilberto Hincapié Rúa, ni el juicio de imputación del hecho dañoso al aludido Fraile Segura.

Lo que sí es motivo de debate ahora en esta Sede es el ejercicio de imputación efectuado en la primera instancia, para atribuirle responsabilidad a Mexcol en razón a la propiedad que detentaba sobre el citado vehículo. En sentir de los impugnantes, debe exonerárseles a sus representadas por configurarse una causa extraña, en particular, el hecho de un tercero, lo cual rompe la atribución endilgada.

Lo expuesto conlleva a detenerse en el concepto de guarda, a explicarlo con más amplitud, ya que allí descansa la resolución al litigio suscitado.

Dígase que en el ordenamiento patrio no hay una regla general de responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas. Sin embargo, la jurisprudencia ha llevado la tarea de construir nociones que permiten dar solución a eventos problemáticos, partiendo de una exégesis normativa amplia pero propia, sin dejar las cosas a la deriva. De allí ha nacido la categoría de guarda de la actividad peligrosa. En ese sentido, ha adoctrinado la H. Corte Suprema de Justicia que:

«[S]iendo en sí misma la actividad peligrosa la base que justifica en derecho la aplicación del artículo 2356 del Código Civil, preciso es establecer en cada caso a quién le son atribuibles las consecuencias de su ejercicio, lesivas para la persona, el alma o los bienes de terceros, cuestión ésta para cuya respuesta es común acudir a la noción de 'guardián de la actividad', refiriéndose con tal expresión a quienes en ese ámbito tengan un poder efectivo de uso, control o aprovechamiento respecto del artefacto mediante el cual se realiza dicha actividad (cfr. Casación Civil de 26 de mayo de 1989, aún no publicada), debiendo por consiguiente hacerse de lado dos ideas que, quizás a diferencia de lo que pudiera sostenerse sobre el tema en otras latitudes, en nuestro ordenamiento y a la luz del precepto legal recién citado, resultan desprovistas de suficiente sustento legal, a saber: la primera es que el responsable por el perjuicio causado sea necesaria y exclusivamente el mero detentador físico de la cosa empleada para desplegar la actividad riesgosa –toda vez que la simple circunstancia de que esa cosa se halle al momento del accidente en manos de un subordinado y no del principal, no es obstáculo para que apoyo en el artículo 2356 del Código Civil la obligación resarcitoria pueda imputársele al segundo directamente–, mientras que la segunda, por cierto acogida a la ligera con inusitada frecuencia, es que la responsabilidad en estudio tenga que estar ligada, de alguna forma, a la titularidad de un derecho sobre la cosa» (SC4750-2018).

En línea con lo anterior, la guarda de la actividad peligrosa permite atribuir jurídicamente un hecho dañoso a quien detenta su custodia intelectual. De allí que se acuñe que "el evento causante del daño (...) es predicable, por lo mismo (...) de quien en ese ámbito tenga o ejerza 'la dirección, control y manejo'" de la actividad (CSJ SC de 20 de junio de 2005, MP Julio Cesar Valencia Copete).

El fundamento normativo no es otro que el artículo 2536 del Código Civil. Es que deben verse las cosas simples, si el elemento preponderante en la causación del daño es una de las llamadas actividades peligrosas –conducción de automotores–, debe ubicarse allí el hecho para analizar la responsabilidad y no en ningún otro instituto, a guisa de ejemplo, las posiciones que los recurrentes nutrieron para perseverar en el litigio como los regímenes de culpa in eligendo o culpa in vigilando, propios claro está, en la responsabilidad del dependiente o, mejor sea dicho, una responsabilidad

indirecta. Por este camino, se entiende que tratándose de una actividad peligrosa, que existe un guardián de la actividad en el entendido jurídico, no material, la responsabilidad no es por el hecho ajeno sino por el propio, pese a que el agente material del daño sea otro, porque dicha figura permite entrelazar las causas para tal cometido.

La anterior posición se suma a lo dicho recientemente por la Corte Suprema de Justicia, que en asuntos de contornos similares ha enseñado que:

“Para mejor decirlo: si uno de los individuos caracterizados en los cánones 2347 a 2349 del estatuto sustantivo civil causa un daño en ejercicio de una acción riesgosa, y –en adición– esa actividad estaba en custodia de quien ejercía autoridad efectiva sobre el agente directo del daño, se podría asignar el evento lesivo al primero por dos vías distintas: la responsabilidad (indirecta) por el hecho ajeno, y la responsabilidad (directa) derivada de la guarda de las actividades peligrosas.

“2.7. En síntesis, frente a quien ejerce la guarda tantas veces expuesta, la causalidad se estructura alrededor del vínculo entre la actividad peligrosa y el daño (no entre la cosa y el daño); por ende, es absolutamente imprescindible averiguar por el control intelectual de esa acción riesgosa, y no lo es tanto determinar quien ostenta el dominio –u otro título jurídico asimilable– de la cosa con la que aquella se desarrolla.” (SC4649-2019).

Sobre lo dicho, la Corte aclaró que el dominio, la posesión o la tenencia no sean importantes en esos casos, puesto que “a partir de ellos puede edificarse una presunción de guarda. Pero la relación jurídica entre una persona y una cosa –con la que se ejerce una actividad peligrosa– tiene esa sola función, la de servir como hecho indicativo de la guarda, mas no sirve al propósito de estructurarla definitivamente” (SC4649-2019).

Puestas en sitio las cosas, y descendiendo al caso que atrae la atención de la Sala, probado está que el vehículo de placa MJY403, artefacto con el que se causó el daño a Gilberto Hincapié Rúa, es propiedad de MEXCOL SAS, según brota de la licencia de tránsito 10008475955 expedida por el Ministerio de Transporte¹. Lo cual conlleva a tener liminarmente como guardián de la actividad a la citada empresa.

Ahora, sin discusiones de la responsabilidad del señor José Jairo Fraile Segura y como consecuencia de la presunción de culpa que sobre este gravitó, no basta al guardián de la cosa demostrar que actuó con prudencia y diligencia, sino que deberá señalar la existencia de una causa extraña (culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor, caso fortuito o culpa

¹ Fl. 160, c.1.

exclusiva de un tercero) para exonerarse de responsabilidad. La causa exonerativa se fundó en el hecho del tercero, ya que el citado Fraile Segura abusó de su cargo y sustrajo el automotor, lo cual, de demostrarse, desplazaría la guardianía de la actividad de forma exclusiva en éste, y por ende, excluiría de responsabilidad a aquella.

En el anterior sentido, de los autos dimana que:

✚ La Constructora y Arrendadora Mexcol SAS suscribió con el señor Jaime Augusto Ramírez Zuluaga, contrato de arrendamiento de un lote de terreno rural denominado Parque Industrial PSI, ubicado en la vereda saca mujeres, lugar donde además de funcionar las oficinas de la entidad, se permite aparcar la maquinaria y automotores de la compañía.

✚ El día 22 de noviembre de 2015, el señor José Jairo Fraile Segura salió en el vehículo ubicado en el parqueadero de Mexcol.

✚ Carta de terminación de contrato de trabajo de 25 de noviembre de 2015 dirigida al señor José Jairo Fraile Segura por parte de la empresa Mexcol, con ocasión a las faltas contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo, artículos 60² y 62³ num 2 y 3⁴.

En cuanto a las condiciones de seguridad del parqueadero, según declaraciones vertidas por Miguel Enrique Medina Romero y Jaime Augusto Ramírez Zuluaga, indicaron que contaban con una malla de dos y medio metros, eslabonada, con vigas de dos pulgadas, la cual cerca un 50% del lote mientras que en el restante existen construcciones, cuenta con una sola entrada, cuya portada es en el mismo material que cerca el lugar y con candado, contando con vigilancia 24 horas del día. Además, frente a las guardas de los vehículos, se dijo que existían sólo dos llaves, una, a cargo de Daniel Tovar o Darcy Pinilla, la otra, custodiada por el señor Mario Humberto Patiño Manrique, conforme aseveró el señor Medina Romero.

Bajo esas circunstancias de seguridad, se alude por la Constructora que José Jairo Fraile Segura ejerció engaño frente al celador del lugar, de forma inconsulta tomó el automotor y salió en él en dirección a la municipalidad

² Se prohíbe a los trabajadores: (...) 2. Presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes.

³ Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: (...) 3. Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del {empleador}, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores.

⁴ Fl. 158, c.1.

de Puerto Boyacá. Para probar sus dichos, los apelantes se abrigan en las declaraciones de Jaime Augusto Ramírez Zuluaga que reseñó las condiciones de seguridad con las que cuenta el lugar donde se encontraba el vehículo ya descritas líneas atrás; Mario Humberto Patiño Manrique, representante legal de Constructora y Arrendadora Mexcol Sas, quien aludió que José Jairo Fraile Segura retiró el vehículo sin autorización, por fuera del horario laboral, sin ser una función a su cargo y bajo maniobras engañosas, por lo que en últimas resultó despedido por abuso de confianza. De forma particular explicó que habló días después con Fraile Segura, quien manifestó se le "fueron las luces", que la "había embarrado", pero no dio explicaciones concretas. Por su parte, Gilberto Hincapié Rua, manifestó que habló con José Jairo Fraile, quien le indicó que la "había embarrado", que había sacado el carro de la empresa sin permiso y se había puesto a tomar.

También testificó con relevancia para este asunto, Miguel Enrique Medina Romero quien reveló que el día de los hechos se desempeñaba como mecánico de maquinaria pesada, programó el mantenimiento de unos equipos que se encontraban en los patios de Mexcol, y otros a siete kilómetros, labor que empezó a las siete de la mañana en el lugar. Que a eso de las 10 u 11 terminó, llamó a Mario Humberto Patiño quien lo autorizó para recoger una camioneta y desplazarse donde estaba la otra maquinaria, procediendo Daniel Tovar, encargado de la seguridad, a entregarle las llaves del vehículo, momento en el cual vio tomando a José Jairo Fraile. A su regreso a los patios de Mexcol, ya no se encontraba José Jairo, devolvió las llaves a Daniel, quien las guardó en la oficina. Dijo además que salió como a las tres o cuatro de la tarde, y la puerta estaba sin candado ni nada, dejándola así para partir a su casa. Contó que la encargada de las llaves de las camionetas y maquinaria era Darcy Pinilla pero ese día no estaba, por lo que las tenía Daniel, las cuales se guardaban bajo candado.

Del análisis de las anteriores declaraciones, en línea con la documental aportada, no es discutido que los vehículos a cargo de Mexcol se encontraban bajo su custodia en las instalaciones de la empresa. En otras palabras, no hay duda que la guarda radicaba en la compañía, quien tenía bajo su poder y control los vehículos con los que se ejecutaban las labores a ellos encomendadas, entre ellos, la camioneta de placas MJY-403. En cuanto a la desposesión del bien por las maniobras efectuadas por

José Jairo Fraile, en aras de romper la imputación jurídica efectuada por el a quo, las mismas no se encuentran acreditadas.

En primer lugar, nunca se concretaron los engaños, artimañas o argucias de las que se valió José Jairo Fraile para retirar el vehículo de las instalaciones de Mexcol. El señor Mario Humberto Patiño Manrique tan sólo atinó a decir que realizó maniobras engañosas, últimas que jamás determinó. La necesidad de contar cuál fue precisamente la astucia, no sólo para obtener las llaves, sino para escapar en el vehículo sin resistencia alguna de quien ejercía la vigilancia, resultaba necesaria para evaluar si la misma es suficiente como para despojarse de la guardianía de un bien. Es que sorprende la pasividad de la vigilancia, si es que la había, que ante sus ojos ve un empleado que no era el encargado de maniobrar esos vehículos, un día extraño supuestamente a su horario laboral, en estado de embriaguez, y no ejecuta la más mínima labor de detenerlo siendo que fue el trabajador de la misma dependencia, señor Miguel Enrique Medina Romero quien dijo haberlo visto tomar desde tempranas horas de la mañana.

En segundo punto, las seguridades con las que contaba las instalaciones no eran suficientes. De un lado, las llaves de los carros se encontraban, en dichos de los demandados "bajo llave", siendo los encargados de su cuidado Darcy Pinilla o Daniel Tovar, empleados de la compañía, empero resultaron en manos de José Jairo sin razón alguna; no relució por el representante de la empresa la manipulación o violencia sobre las puertas, cerraduras, candados o chapas para acceder a ellas. De otro lado, ese día la puerta principal se encontraba sin candado, según dijo Miguel Enrique Medina Romero, lo que facilitaría la salida de la camioneta. Súmese que quien ejercía la vigilancia jamás dio aviso de situaciones irregulares.

Toda esta situación, lleva a aceptar que ante el actuar del conductor, el guarda permaneció impasible y permitió el egreso del vehículo sobre el que ejercía custodia la Constructora, porque de lo contrario y sin un permiso de por medio, simplemente una reja impediría dar un paso de más para lograr la supuesta sustracción del bien. La vigilancia se establece para prevenir y disuadir, actividades que se olvidaron aquel día ante la irregularidad demandada por Mexcol.

En tercer lugar, el despido de José Jairo Fraile obedeció porque para el día

de los hechos condujo en estado de embriaguez, provocando el accidente reprochado, en el que resultó lesionado Gilberto Hincapié Rúa, lo cual va en línea con lo estipulado en el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 60 y 62 numerales 2 y 3 invocados. De la carta de terminación laboral no se leen o atribuyen al despido ni al conductor circunstancias como el abuso de confianza o el eventual hurto del automotor⁵.

Finalmente, que el empleado José Jairo Fraile no se encontraba en sus funciones, que sacó el carro sin autorización de Mexcol, aval que debía darse por Mario Humberto Patiño Manrique, no es una situación de relevancia bajo el instituto estudiado. Insístase, acá la responsabilidad se edifica como un hecho propio por la guarda de la actividad peligrosa, no como un hecho impropio por la responsabilidad de los dependientes, según se explicará líneas atrás. En vano resultaría cualquier discusión; a más que no puede resultar que sus dichos sean acogidos como una confesión porque se trata de un hecho que beneficia a la parte, sino necesario su tratamiento como testimonio, debiéndose corroborar con otros medios demostrativos para darle fuerza a los dichos.

Y si bien, fue el señor Gilberto Hincapié Rúa quien depuso que en conversación sostenida con el conductor José Fraile, fue éste quien le informó que el carro lo había sacado de la empresa sin permiso, sus referencias de oídas le restan poder de persuasión. Es que la información que suministró dice haberla escuchado de uno de los demandados, lo que trata entonces es de una fuente indirecta de conocimiento, lo que a voces de la H. Corte Suprema de Justicia resulta ser un testigo de oídas, cuyo valor de persuasión decae frente a las demás pruebas.

En el panorama anterior, necesario es destacar que es deber de Mexcol responder del daño causado por el señor José Jairo Fraile Segura, puesto que no probó la edificación de una causa extraña. No basta acá la diligencia, porque tratándose de una actividad peligrosa, aunado a que la presunción de culpa se comunica con quien ejerce la guarda de la cosa, sólo puede exonerarse por fuerza mayor o caso fortuito externos a la actividad, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima, sin que ninguno de ellos se configurara.

La empresa constructora era quien tenía la maquinaria y vehículos en el

⁵ Fl. 158, c.1.

inmueble que le fuera alquilado, de ahí que era el guardián material del bien, de las cosas con las cuales ejecuta las actividades propias de su objeto social, a lo que se agrega su poder efectivo de dirección y control. El representante de la compañía era el encargado de autorizar el egreso de las cosas, que por demás, tuvo que haber sido consentido, por lo que no pudo haber salido del predio sin previa venia, máxime si permanecía regularmente en vigilancia y sobre candado. Luego entonces, resulta inconcebible sostener una hipótesis en donde la empresa demandada se haya desprendido de la guarda del vehículo, puesto que, por ese mismo poder y protección que desarrollaba la empresa, el señor Faile Segura mal podía sacar de manera inconsulta el auto del parqueadero, ni mucho menos sustraer las llaves sin permiso de un lugar en donde permanecían aseguradas y custodiadas por los encargados de ello. Jamás se probó que José Fraile evadiera los sistemas de seguridad dispuestos por la empresa. De este modo, la presunción de guardianía nunca se desvaneció.

De tal forma, la guarda no puede despojarse de manera inmediata y directa de la sociedad demandada en pos de exonerarse de la responsabilidad demandada, máxime cuando en esta litis no obra un elemento de juicio que lleve a considerar que la contradictora no ostentara la dirección y manejo acerca de la actividad desplegada por el automóvil, ni mucho menos el hecho exclusivo de un tercero que la exima de responsabilidad. En suma, la aseveración de las interesadas resulta carente de prueba e irrelevante de cara a la forma en que debieron acreditar que Mexcol no ejercía la guarda del vehículo, en armonía con los supuestos que quedaron demostrados.

Se impone acotar a propósito la posición adoptada por la H. Corte Suprema de Justicia al indicar que "esta responsabilidad se produce no como responsabilidad "refleja" por los daños provenientes de los hechos de quienes "estuvieron a su cuidado", sino producto de que "en línea de principio, respecto de entes jurídicos, (...) acorde con el estado actual de la jurisprudencia, éstos se gobiernan por la responsabilidad directa, en cuanto se considera que las acciones u omisiones de sus agentes, cuando obran en ejercicio o con ocasión de sus funciones, son atribuibles, con las consecuencias inherentes, a la persona jurídica misma"⁶⁶.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar, Bogotá, D. C., sentencia del seis (6) de septiembre de dos mil once (2011). Referencia: C-0500131030092002-00445-01.

Ya en cuanto a las sentencias traídas por el apelante con el fin de soportar su tesis defensiva, no son ajenas a lo discurredo. Las providencias dictadas por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil son claras en establecer que no puede condenarse a la propietaria de un vehículo por ese simple hecho, ser propietaria, siendo necesario probar el poder de control y dirección sobre la cosa, en fin, que ha sido despojado inculpablemente de ella, exégesis de la cual se partió en este evento para el análisis del debate acá propuesto.

Y si bien se trajo a colación la sentencia de primero de octubre de 2014 proferida por la Sala de Casación Penal de la Alta Corporación, la misma no es aplicable al caso en concreto puesto que el análisis del cual parte la especialidad de lo penal es diversa a la civil, aunque claro está, puedan tener puntos en común, lo que no acaece en el presente asunto.

Las reflexiones precedentes sirven de estribo a esta Corporación para concluir que carecen de soporte jurídico y probatorio los reparos planteados por la parte censurante, habida cuenta que, de manera indisputable, la constructora interesada no logró acreditar que perdió la guarda sobre el automotor que, según relaciones jurídicas acreditadas en debida forma y no contrarrestadas, nunca desplazó a terceros. En tal virtud, resulta probada la relación entre el hecho y el daño, es decir, que existió nexo causal, encontrándose probada de forma infranqueable la responsabilidad de las lesiones sufridas por los actores al actuar imprudente del conductor del vehículo sobre el que Mexcol era su dueña y guardiana, sin que ésta última pueda eximirse de los cargos por una causa extraña, un hecho de un tercero, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima. Luego, al incumplirse los últimos supuestos para habilitar una decisión favorable a la parte demandada, debe responder de manera solidaria y en este preciso evento, por la obligación de indemnizar y los actos generados por los bienes que se encontraban bajo su custodia.

De la solidaridad

Es factible entablar reclamación indemnizatoria en contra del causante del daño, como el conductor de un auto, el propietario del bien con el que se ejecutó el hecho dañoso y, en fin, quien lo tenga bajo su guardia y

custodia, dando lugar a la aparición de la solidaridad que se impone en relación con los perjuicios causados, conforme se infiere del artículo 2344 del Código Civil.

El canon precitado a propósito estatuye que si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355. En suma, la víctima queda entonces facultada para exigir la totalidad de la indemnización respecto de todos los deudores solidarios en conjunto, o también contra cualquiera de ellos, a su arbitrio, sin que los deudores puedan oponerle el beneficio de división, según la regla contenida a su turno en el artículo 1571.

En el anterior sentido, la condena se efectúa de forma solidaria, que no conjunta, la cual deviene de imperativo legal, en resguardo propio de los intereses del lesionado.

Ahora, si lo pretendido es que se ordene el pago proporcional, ello es más bien propio de una concurrencia de culpas, pero que en el caso de autos no se trató, porque todo trata de la responsabilidad del hecho del dependiente y el poder de dirección del bien sobre el cual se ejerce la guarda, instituciones disimiles a la pretendida.

De la excesiva tasación del perjuicio inmaterial

En cuanto concierne al examen de los montos de las condenas impuestas a título de indemnización por los perjuicios morales, se aprecia que la aseguradora recurrente ha cuestionado la suma impuesta. Pues bien, los detrimentos reconocidos obedecen a la órbita subjetiva, esto es, las afecciones psicológicas causadas con el hecho generador; no obstante, dado su carácter de inmateriales su tasación depende de la discrecionalidad del funcionario judicial acudiendo a los principios de equidad y justicia.

De cara al daño moral, debía ser reconocido, por cuanto es indudable la angustia y congoja que al demandante, su esposa e hijos les produjo y aun produce la secuela dejada por el actuar imprudente del conductor del vehículo de propiedad de Mexcol, consistente en las afectaciones en su

salud mental, angustia recurrente, insomnio, intranquilidad, inseguridad, alteración en el estado de ánimo, temor a la muerte, estrés postraumático, el haber dejado de bailar, de ir a fiestas y de jugar fútbol debido al dolor y los miedos que le embargan, el cambio de ánimo y de carácter, la disminución de las actividades laborales debido al bajo rendimiento físico para desarrollar actividades consuetudinarias y que, con apoyo en las reglas de la experiencia, constituyen no solo una barrera considerable para los quehaceres de la vida diaria, sino que genera la aflicción de un ser humano que, por lógica, anhela tener habilidades, lo cual conlleva al quebrantamiento de invaluable derechos de la personalidad y autoestima; aunado a los problemas sexuales con la pareja puesto que su capacidad de sostener una relación disminuyó, circunstancia incómoda que sin duda alguna se extiende de manera directa a su compañera Diana Milena Hincapié Balaguera, en cuanto debe soportar los rechazos de su pareja, las tristezas sufridas por éste, el mal humor, el alejamiento de la familia y la falta de ingresos para la colaboración a nivel económico con los gastos del hogar; por su parte, a los demás miembros de la familia se les generó afectación laboral, emocional, ansiedad puesto que el progenitor era quien sostenía el hogar, a más de que se les creó manifestaciones de llanto y de tristeza, depresión, preocupación de perder a la figura paterna y el apoyo económico que tenían; de ahí que fueron bastantes los elementos materiales probatorios para demostrar la irrigación del menoscabo, si se pondera además con el lazo profundo y constante en la relación familiar.

En innumerables providencias lo ha sentado la H. Corte Suprema de Justicia, este tipo de perjuicio no instituye un "regalo u obsequio", puesto que su fin único es el de resarcir, conforme las particularidades del caso y con el ponderado *arbitrio iudicis*, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en pos de una justa y eficiente impartición de justicia. De modo que bajo esa perspectiva se considera atinada la tasación porcentual que se realizó por el Juzgador de primer grado.

Por demás, la cuantificación en este aspecto debe apreciarse sopesando las condiciones personales del demandante y su núcleo familiar, la intensidad de las lesiones, la duración del perjuicio y otras particularidades que el juzgador debe advertir en cada caso para la determinación equitativa del monto del resarcimiento; luego, deriva irrefutable que el incidente les produjo un perjuicio, merced a que a partir del suceso no le ha

sido posible efectuar algunas actividades que otrora hacían agradable su existencia y la relación en familia, tales como salir a caminar, jugar fútbol y compartir esos momentos que generan placer y alegría; ámbitos en los cuales no ha podido comportarse en forma normal y consuetudinaria, afectando de manera paralela prerrogativas de estirpe superior como la recreación, familia y el deporte.

De los límites asegurables

En virtud de la póliza de automóviles No. 3421114000315 de cinco (5) de diciembre de 2014 tomada por la empresa Mexcol S.A.S. a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., con vigencia de cinco (5) de diciembre de 2014 a cuatro (4) de diciembre de 2015, en la que se asegurada el vehículo de placa MJY-403, causante del siniestro y en la que se amparaba por *"1.1 responsabilidad civil extracontractual"* por *"muerte o lesiones a una persona"*, por valor de trescientos ochenta y dos millones de pesos (\$382.000.000.00), es que corresponde condenar a la aseguradora al pago a que fue condenada la entidad asegurada del reseñado convenio, y sin deducible alguno, puesto que tal y como se extrae del documento obrante a folio 191 del cuaderno principal para este ítem "no aplica".

Corolario: Con fundamento en lo expuesto la Sala convalidará el fallo confutado, con la subsecuente condena en costas en esta sede a favor de la parte actora y con cargo de la Constructora y Arrendadora Mexcol SAS y la aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., en razón de la improsperidad de la pretensión recursiva, las mismas serán liquidadas ante el a quo en la forma contemplada en el artículo 366 CGP. Eso sí, se advierte que la Sala para los efectos de lo dispuesto en el artículo 280 del Código General del Proceso no encuentra indicios adicionales deducibles a partir de la conducta procesal de las partes, más allá de lo valorado con anterioridad.

Por lo expuesto, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en Sala de Decisión Civil-Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de julio de 2020 por el Juzgado Civil del Circuito de Puerto Boyacá, Boyacá, en el proceso verbal de responsabilidad civil extracontractual promovido por los señores Gilberto Hincapié Rúa, Diana Milena Hincapié Balaguera, Eder Gilberto Hincapié Balaguera, Leonardo Esteban Hincapié Balaguera, Cristian Marcelo Hincapié Balaguera y Aleida Balaguera Duarte en contra de la Constructora y Arrendadora Mexcol SAS y el señor José Jairo Fraile Segura; trámite al que fue llamada en garantía Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.

Segundo: **CONDENAR** en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y a cargo de la Constructora y Arrendadora Mexcol S.A.S. y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. Una vez se liquiden las agencias en derecho por el Magistrado Sustanciador conforme al artículo 366 del C.G.P. se devolverá el dossier al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ HOOVER CARDONA MONTOYA



RAMÓN ALFREDO CORREA OSPINA



SANDRA JAIDIVE FAJARDO ROMERO
MAGISTRADA

SANDRA JAIDIVE FAJARDO ROMERO