

LA CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Oportunidad para alegarla.

(...) el no agotamiento de la conciliación extrajudicial, (...) debió alegarse en su debida oportunidad a través del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, sobre todo porque tal soslayo, (...) si bien podría considerarse una irregularidad procesal, de manera alguna invalida un proceso judicial. (...)

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO - El plazo extintivo de dos años para el asegurado, comienza desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.

(...) el artículo 1081 del Código de Comercio establece que la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro (...) podrá ser ordinaria o extraordinaria, (...) la primera será de dos años y empezará a correr desde el momento en que **el interesado** haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. (...)

(...) la sociedad demandada, tuvo conocimiento de las peticiones de la parte actora, mínimo, desde el veintiuno (21) de septiembre de dos mil quince (2015), motivo por el cual, los dos años para el oportuno ejercicio de la acción derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil corrían hasta el mismo día y mes del año 2017, lo que no sucedió sino hasta el veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018). (...) Por lo anterior, la acción (...) está prescrita. (...)

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – Presupuestos: Carga de la prueba.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – Solidaridad en el ejercicio de la actividad peligrosa de la conducción de vehículos: La responsabilidad recae en el guardián material de la actividad causante del daño.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – No es cualquier acuerdo de voluntades el que desvanece el rol de “guarda de la actividad” sino sólo aquel en virtud del cual, se demuestre la transferencia a otra persona de la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico.

(...) en principio, era la parte demandante quien debía demostrar que el rodante involucrado en el accidente era de propiedad de la sociedad demandada. Sin embargo, mediante el auto proferido por el Juzgado (...) invirtió dicha carga, para que no sean los actores, sino la sociedad demandada quien deba acreditar o en este caso, desvirtuar un determinado hecho. (...)

(...) la parte demandada no asumió en debida forma la carga probatoria que se radicó sobre ella, a fin de demostrar el fundamento de alguna de sus excepciones, como la basada en que no era la propietaria del vehículo involucrado en el accidente de marras. (...)

(...) ningún elemento probatorio se allegó al plenario con el objetivo de demostrar que TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA. para el día de los hechos, se había desprendido de su función de “guarda de la actividad”, por haber transferido a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico.

(...) aún a pesar de que se hubiere demostrado que para el día del accidente, el vehículo y conductor involucrados en él, estuvieran prestando un servicio para empresa distinta a la demandada, no se desacredita con contundencia la responsabilidad que radica en la empresa TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA. como guardiana de la actividad (...)

(...) existe el suficiente sustento jurisprudencial, legal, procesal y probatorio, para determinar la solidaridad que le asiste a la sociedad demandada en la indemnización de los perjuicios y por ende para ser sujeto de responsabilidad y de las condenas impuestas (...)

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – Culpa exclusiva de la víctima: No se configura.

(...) el artículo 58 del Código Nacional de Tránsito (...) no se aprecia que se imponga a los peatones unos horarios para sus desplazamientos por calles o carreteras del país. (...)

(...) el estudio del informe policial de accidentes de tránsito (...) donde aparece el croquis del accidente, imagen de la cual se observa que en el sector por donde transitaban existía berma, es decir, un lugar habilitado para el tránsito de peatones (...)

(...) no se observa que la demandante y su hijo, hayan faltado al deber objetivo de cuidado o se hayan expuesto de una manera imprudente al riesgo, más allá del común que todas las personas asumen al transitar por las vías y calles del país, sin que ello pueda ser tomado como fuente de

responsabilidad, o de culpa compartida por lo ocurrido. (...)

LUCRO CESANTE FUTURO A FAVOR DE MENORES DE EDAD: Al fallecer la víctima, no procede su reconocimiento.

(...) tanto la primera providencia en la cual se presentó el mencionado salvamento de voto, como el fallo SC9193-2017 en donde se adoptó la nueva posición respecto del reconocimiento del lucro cesante futuro a favor de menores de edad que no estaban laborando para la fecha del insuceso, **tienen un factor común**, cual es que el niño, niña o adolescente, sobrevivió al hecho dañoso, quedando con graves lesiones que a futuro le impedirían desempeñar una actividad laboral, la cual, en circunstancias normales, habría desarrollado a fin de garantizar su subsistencia. (...)

(...) el fundamento fáctico analizado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia *sub examine*, no corresponde o no se identifica con los hechos que ocupan a esta Sala, en donde se solicita el reconocimiento de un lucro cesante futuro a favor de los padres de la víctima directa de los hechos, quien lamentablemente falleció, de ahí que los argumentos utilizados en el antecedente jurisprudencial, no son de aplicación al presente asunto. (...)

JURAMENTO ESTIMATORIO – Sanción por exceso en la suma fijada.

(...) resulta evidente que la suma estimada por los demandantes supero el 50% de la cantidad que se probó, dándose entonces los presupuestos exigidos para la aplicación de la sanción establecida en el artículo 206 *sub examine*. (...)



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL GUILLERMO ORTIZ NARVÁEZ

Referencia: Apelación de sentencia en proceso declarativo verbal
Proceso No.: 2017 - 00244 - 01 (618-01)
Demandante: OMAIRA DEL CARMEN OCAÑA y otros.
Demandados: TRANSCOMERINTER y otros.

Pasto, dieciocho (18) de septiembre dos mil veinte (2020).

Procede la Sala a emitir por escrito, el fallo mediante el cual se resuelven los recursos de alzada interpuestos por las partes, frente a la sentencia calendada el seis (6) de agosto de dos mil

diecinueve (2019), proferida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto en el marco del proceso verbal de la referencia, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. La demanda, pretensiones y fundamento fáctico:

a. OMAIRA DEL CARMEN OCAÑA RUBIO, CLAUDIA ALEJANDRA OCAÑA OCAÑA, MARGARITA RUBIO DE OCAÑA, CLAUDIO ARTURO OCAÑA COLLAZOS y JESUS ARTURO, a través de su apoderado judicial interpusieron demanda en contra de la EMPRESA DE TRANSPORTE Y COMERCIO INTERNACIONAL – TRANSCOMERINTER CIA. LTDA., en adelante TRANSCOMERINTER, y OSCAR WILDE NARVÁEZ GUZMAN.

b. Dicho libelo se presentó con el fin de que previos los trámites del proceso declarativo verbal, se conceda su pretensión principal de que los demandados sean declarados solidaria, civil y extracontractualmente responsables por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión del accidente de tránsito en que resultó fallecido el niño CCCO.

c. Respecto del anotado insuceso, relató la parte actora que tuvo ocurrencia el día veintiocho (28) de marzo de dos mil trece (2013) a las diez de la noche (10:00 p.m.) aproximadamente, cuando la señora OMAIRA DEL CARMEN OCAÑA RUBIO, su compañero permanente Jefferson Prado Rojas (actualmente su esposo) y el niño CCC (hijo de la demandante) se desplazaban como peatones por el Km 30 más 980m, sector de La Humeadora, sobre la vía que de Pasto conduce a la ciudad Ipiales, momento en que son arrollados por el vehículo tracto-camión de propiedad de la empresa TRANSCOMERINTER y conducido por el señor OSCAR WILDE NARVÁEZ GUZMAN.

d. Comentó la parte actora que en ese momento y lugar, el vehículo de placas PXU 0066 con tráiler PR 0328 de color amarillo, sin carga y con exceso de velocidad, sobrepasó la línea blanca de borde, invadió la berma y golpeó al niño CCCO, quien caminaba en medio de las personas adultas ya mencionadas, causándole graves lesiones en su cabeza que le produjeron la muerte de manera instantánea.

e. Luego de ocurrido el accidente, el vehículo involucrado continuó su camino sin detenerse, motivo por el cual el señor Jefferson Prado Rojas quien memorizó el número de placa del Trailer del tracto-camión, denunció los hechos a la Policía de Tránsito y Transporte de Nariño quien atendió el caso. Como consecuencia, el automotor fue detenido en la estación de Puerto Remolino, identificando e individualizando a su conductor.

f. Poco más de cuatro años después, el cuatro (4) de julio de dos mil diecisiete (2017), la Fiscalía General de la Nación allegó la copia del acta de preacuerdo suscrita por el señor OSCAR WILDE NARVÁEZ GUZMAN, en la cual se declaraba como responsable del delito endilgado, a cambio de recibir como único beneficio el reconocimiento de las circunstancias del artículo 56 del Código Penal, siendo condenado a una pena de veinticuatro (24) meses de prisión, inhabilidad para ejercer la conducción de automotores por el mismo tiempo y multa equivalente a 10 smlmv. Dicho preacuerdo fue aprobado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales el día 6 del mismo mes y año.

g. Finalmente, como consecuencia del accidente, la parte actora manifestó que la madre del niño fallecido y su núcleo familiar se

han visto afectados en su estado de ánimo, razón por la cual buscan la indemnización de los perjuicios materiales e inmateriales padecidos.

f. Con fundamento en lo anterior, la parte actora solicitó que los integrantes del extremo demandado sean condenados al pago de los perjuicios por lucro cesante, daño emergente y perjuicio moral, tal como se especifica con mayor detalle en el folio 204 del cuaderno principal 2.

2. Contestación de la demanda

Agotados los trámites relativos a la notificación de los demandados y posterior reforma del libelo, sólo la empresa TRANSCOMERINTER dio contestación a la demanda, pronunciándose sobre cada uno de los hechos, manifestando que la mayoría no le constaban, objetó el juramento estimatorio, y propuso las excepciones de mérito que denominó:

Falta de presupuestos para presentar la demanda, requisito de procedibilidad de la conciliación: Apoyada en que la notificación de la conciliación prejudicial como la de la presente demanda se dejó de enviar al domicilio de la empresa demandada que se encuentra registrado en Colombia; Falta de competencia y falta de identificación del demandado: Sustentada en que el juez competente para conocer del presente asunto era el Circuito de Ipiales en razón del domicilio de los demandados, o en su defecto el de Túquerres por ser el lugar más cercano a donde acontecieron los hechos; Prescripción: Sustentada en que las acciones derivadas del contrato de transporte prescriben en dos años; y Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno imputable a los progenitores del adolescente occiso, responsabilidad compartida, culpa exclusiva de un tercero,

conurrencia de culpas, inexistencia de culpabilidad, y finalmente, la innominada.

Por lo demás y en escrito separado, realizó el llamamiento en garantía a SBS SEGUROS COLOMBIA S.A., persona jurídica que una vez notificada dio contestación a dicho llamado, tal como puede verificarse en el respectivo cuaderno identificado con el No. 2 del expediente. Igualmente, realizó un pronunciamiento expreso frente al libelo, tal como se legajó a folios 263 a 309 del Cuaderno Principal 2.

3. Trámite de primera instancia.

Luego de admitirse la demanda y tenerla por contestada por los integrantes de la pasiva como se describió anteriormente, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto en providencia de nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019), convocó a las partes a fin de que asistan a la audiencia inicial de la que trata el artículo 372 del Código General del Proceso, misma que se llevó a cabo el veintinueve (29) de mayo de dicho año. Luego en la misma fecha se convocó a las partes para que asistieran al acto procesal de instrucción y juzgamiento, el cual tuvo lugar el seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

4. La sentencia objeto de apelación.

El día seis (6) de agosto de los cursantes, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto profirió, al interior del presente asunto, la sentencia de primera instancia en la cual resolvió: Declarar que los demandados eran solidaria y civilmente responsables por los daños y perjuicios, materiales y morales ocasionados a los demandantes. Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por los demandados, pero sí

la invocada por el llamado en garantía, relativa a la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; condenó a los demandados a pagar a los integrantes de la parte actora las siguientes sumas de dinero:

Para OMAIRA DEL CARMEN OCAÑA RUBIO, madre del niño fallecido, la suma de NUEVE MILLONES VEINTE MIL PESOS (\$9.020.000.00) por concepto de daño emergente y a título de perjuicios morales la suma de SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (72.000.000.00).

Para CLAUDIA OCAÑA OCAÑA, hermana del niño fallecido, la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$36.000.000.00) a título de perjuicios morales.

Para MARGARITA RUBIO DE OCAÑA, abuela materna del niño fallecido, la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS (\$15.000.000.00) a título de perjuicios morales.

Para CLAUDIO ARTURO OCAÑA COLLAZOS, Abuelo materno del niño fallecido, la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS (\$15.000.000.00) a título de perjuicios morales.

Para JESUS ARTURO OCAÑA RUBIO, tío materno del niño fallecido, la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00) a título de perjuicios morales.

Todas las sumas anteriormente mencionadas debidamente indexadas a la fecha en que se realice el pago. Sin embargo, también se condenó a la parte demandante a pagar la sanción establecida en el artículo 206 del C. G. del P. por haberse objetado la estimación de los perjuicios, multa por un valor de

CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$52.237.350.00).

En contra de la anterior determinación los apoderados judiciales de las partes propusieron el recurso de alzada, mismo que fuera concedido a través del auto de quince (15) de agosto de dos mil diecinueve (2019), por haberse presentado por escrito y en su debida oportunidad los reparos concretos frente al fallo.

5. Trámite de segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido por esta Corporación en Sala Unitaria mediante providencia de veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020). Luego, en auto de dieciocho (18) de junio de los cursantes se ordenó que el presente asunto se tramite conforme a lo establecido en el artículo 14 del Decreto No. 806 de 2020.

Ejecutoriado lo anterior, en auto del pasado siete (7) de julio se corrió traslado a los apelantes para que sustenten los recursos interpuestos. Así, en la debida oportunidad los apoderados judiciales procedieron a ello de conformidad a lo que a continuación se resume:

Apoderado de TRANSCOMERINTER:

i) Que la sentencia de primera instancia se fundamenta en el fallo penal en contra del conductor del vehículo, sin detenerse a analizar los demás elementos de prueba sobre la ocurrencia del accidente, puesto que se demostró que el automotor implicado

en el insuceso estaba a cargo de otra empresa distinta a la demandada, denominada Sanchez Polo, sin que el *A quo* hiciera mención sobre la base jurídica de la solidaridad por la que TRANSCOMERINTER CIA LTDA. debe ser declarada responsable. **ii)** Que en el plenario no existe prueba que demuestre que el rodante de placas PXU-0066 y el tráiler PR-0328 estaba relacionado de alguna manera con TRANSCOMERINTER CIA LTDA, de ahí que se aplicaron unas presunciones sin tomar en cuenta que la sociedad demandada el día del accidente no estaba desarrollando ninguna actividad peligrosa, como fundamento de lo anterior invocó el artículo 991 del Código de Comercio. **iii)** Que el juez competente para el conocimiento del presente asunto, en virtud del domicilio de la demandada, era el Civil del Circuito de Ipiales, situación que se puso de presente desde la contestación de la demanda. **iv)** Que en el asunto de marras se ha configurado la prescripción de los dos años de la que habla el artículo 993 del Código de Comercio. **v)** De acuerdo a las normas que rigen el tránsito de peatones, se encontraba demostrada la culpa exclusiva de la víctima, pues la madre del niño fallecido faltó a su deber de cuidado al exponerlo a transitar por una vía pública intermunicipal a las once de la noche. **vi)** Que la citación para la conciliación extrajudicial, como la notificación de la demanda, no fueron dirigidas a la sede de la sociedad demandada en Colombia, específicamente en la ciudad de Ipiales donde radica su domicilio, ello sumado a que la empresa utilizada para la entrega de los citatorios no era de correo certificado. Y **vii)** Que en virtud de lo anterior, no puede entenderse que a partir de la indebida citación para conciliación extrajudicial, deben iniciarse a contar los términos para hacer la reclamación ante la aseguradora, de ahí que la acción derivada del contrato de seguro no estaba prescrita.

Apoderado de la parte demandante:

i) Sobre la negación al reconocimiento del lucro cesante a favor de la parte actora, invocó el cambio de criterio expuesto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 29 de marzo de 2017, razón por la cual dicha pretensión debía concederse. **ii)** Respecto de la valoración del daño moral, manifestó que a pesar de la presunción existente en la materia, al interior del asunto se demostró a través de medios de convicción las secuelas de por vida que presentan los demandantes, de donde se entiende que solicita una indemnización en dinero más alta. Y finalmente, **iii)** mostró su desacuerdo en la imposición de la multa de la que habla el artículo 206 del C. G. del P.

II. CONSIDERACIONES

De acuerdo con los motivos de reproche expuestos anteriormente, corresponde entonces dar respuesta a los siguientes cuestionamientos jurídicos:

¿Se encuentran presentes los presupuestos probatorios y jurisprudenciales para declarar que la sociedad TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA es civil, extracontractual y solidariamente responsable por el fallecimiento del niño CCCO?

¿La tasación del perjuicio moral a favor de los demandantes, y la ausencia de condena por concepto de lucro cesante, se ajusta a los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con dicha materia?

¿En el presente asunto resulta jurídicamente viable imponer la sanción de la que habla el artículo 206 del C. G. del P. a cargo de los demandantes?

Así, para encontrar respuesta a los problemas jurídicos planteados y con el fin de dar orden y estructura a la parte considerativa del presente fallo, se iniciará abordando los reparos expuestos por la parte demandada, especialmente los relacionados con motivos de nulidad de lo actuado.

1. Según la parte demandada en tres de los reparos expuestos frente a la sentencia de primera instancia, se dice que desde la contestación de la demanda se puso de presente que el domicilio de la empresa TRANSCOMERINTER & Cía Ltda. era la ciudad de Ipiales, sede a la cual no llegó la citación para la conciliación extrajudicial ni la notificación del auto admisorio. A partir de ello, considera que se derivan varias consecuencias jurídicas, cuales son: el no agotamiento del requisito de procedibilidad, que el juez competente para el conocimiento del presente asunto era el civil del circuito de Ipiales, y que no podían contarse los términos para la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, a partir de la fecha en que se llevó a cabo la audiencia de conciliación fallida.

Sobre los tópicos planteados, en primer lugar, respecto del supuesto no agotamiento de la conciliación extrajudicial, debe ponerse de presente que debió alegarse en su debida oportunidad a través del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, sobre todo porque tal soslayo, en palabras de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, si bien podría considerarse una irregularidad procesal, de manera alguna invalida un proceso judicial. Así lo explicó la

mencionada corporación en sede de amparo constitucional:

“pues lo cierto es que para la Corte, la supuesta falta del requisito de procedibilidad de la audiencia de conciliación, no genera causal de nulidad que afecte la actuación; al respecto, no se puede dejar de lado que la misma ley prevé otra consecuencia muy distinta, en los casos en que necesariamente debe cumplirse dicha exigencia, concretamente, el rechazo de la demandada, luego le correspondía a la demandada, si ese era su criterio, recurrir la decisión que le imprimió trámite al asunto”¹.

Bajo ese entendido, llama la atención de la Sala que la ausencia del requisito de procedibilidad se alegue en la contestación de la demanda como uno de los sustentos de las excepciones de mérito, y luego, como motivo de impugnación frente al fallo de primera instancia, cuando se observa que tales oportunidades no son las previstas para controvertir la ausencia del debido agotamiento de la conciliación extrajudicial.

Ahora, en lo atañadero al juez competente para el conocimiento de la acción, el artículo 28 del Código General del Proceso regula la competencia por el factor territorial y en su numeral primero precisa, como regla general, que en los procesos contenciosos es competente el juez del domicilio del demandado. Sin embargo, si el demandado tiene varios

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de mayo de 2008. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. T. No. 7611 22 13 000 2008 00081 -01.

domicilios, lo es el de cualquiera de ellos a elección del demandante, y en caso de que el extremo pasivo carezca de domicilio o residencia en el país, o esta se desconozca, lo será el del domicilio o residencia del demandante.

Así, según lo escuchado en el fallo de primera instancia, el *A quo* se basó en el último de los supuestos mencionados para descartar la procedencia de la excepción de fondo que se propuso, relacionada con su falta de competencia por el factor territorial, ya que, entendiendo que la parte demandada tenía su domicilio en Ecuador, el juez competente sería el del domicilio de los demandantes ubicado en la ciudad de Pasto.

Al respecto, nuevamente llama la atención de la Sala que tal situación se haya promovido como excepción de mérito y ahora como reparo en contra del fallo de primera instancia, en la medida que dicho supuesto hubiera podido solicitarse en su debida oportunidad a fin de que en caso de ser declarada, se remitiera el asunto al Juez competente, derivándose por ejemplo las consecuencias de las que habla el artículo 16 o del numeral 1° del artículo 132 del C. G. del P.

Ahora, a propósito del artículo 16 *ibidem*, bien claro se establece que la competencia no es prorrogable únicamente por los factores subjetivo y funcional, de ahí que la que se determina por el factor territorial sí lo es. En consecuencia, por no haberlo alegado en su debida oportunidad y a través de los mecanismos idóneos, la competencia atribuida por la parte actora al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto se entiende prorrogada.

En adición, el fallador *A quo* en cumplimiento de lo establecido en el artículo 132 del C. G. del P., al interior de la audiencia de instrucción y juzgamiento realizó el control de legalidad, otorgando a las partes el uso de la palabra para que advirtieran la existencia de irregularidades o vicios que pudieran afectar el trámite, oportunidad frente a la cual el apoderado de la demandada no realizó pronunciamiento alguno, de ahí que tales hechos no pueden ser alegados en etapa posterior, como lo es el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia.

Ahora, de la revisión de la prueba documental relativa al domicilio, existencia y representación legal de la sociedad demandada, véase que como anexo de la demanda aparece el respectivo certificado expedido en la ciudad de Ipiates, donde consta que el domicilio principal de la sociedad TRANSCOMERINTER LTDA es la Cr. 2 Norte No. 15 Este – 181 de la ciudad de Ipiates, correspondiendo también dicha dirección a la de notificaciones judiciales².

Sin embargo, al interior del acto del que habla el artículo 273 del C. G. del P., el apoderado judicial de la parte demandada presentó la escritura pública de constitución de poder especial No. 20191701055P01726 de la Notaría 55 del Cantón de Quito – Ecuador, documento en donde puede observarse que el poderdante, quien actúa como representante legal de la sociedad demanda, Sr. SANDRO MAURICIO IBARRA SARMIENTO, reside en la capital de la república ecuatoriana, anexándose a la respectiva carpeta el instrumento que así lo acredita, expedido por el Registrador Mercantil de dicha ciudad, en donde consta que el domicilio de TRANSCOMERINTER CIA.

² Fl. 251 – C. Principal 2.

LTDA. es la ciudadela Carcelen Industrial, parroquia Cotocallao, cantón Quito, Provincia Pichincha de Ecuador³.

En adición, a la contestación de la demanda se anexó también el respectivo poder especial otorgado por el Sr. SANDRO MAURICIO IBARRA SARMIENTO a favor de DIEGO ROBERTO IBARRA SARMIENTO, con el fin de que este último represente a la empresa en todos los actos, administrativos, comerciales y judiciales en los cuales deba intervenir en la República de Colombia⁴.

De lo anterior se desprenden varias cosas; la primera, que el representante legal y quien concedió poder especial para la representación judicial de la sociedad demandada al interior de este proceso, reside en la ciudad de Quito – Ecuador, lugar en donde también está domiciliada TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA, de ahí dicho integrante del extremo pasivo de esta *Litis* tendría los dos domicilios, uno en la ciudad de Ipiales y otro en la capital del vecino país, con dos representantes legalmente constituidos.

La segunda, que no resulta acertado invocar lo establecido en el artículo 291 del C. G. del P. para manifestar que no existió notificación personal de la demanda, puesto que según el auto de quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018) el Juzgado *A quo* determinó no tener en cuenta las diligencias efectuadas por la parte actora para lograr la notificación personal de la sociedad, requiriéndola para que realice las citaciones

³ Fl. 446 y siguientes C. Principal 2.

⁴ Fl. 175 – C. Principal. 1.

nuevamente⁵. Sin embargo, el día en que dicha orden fue publicada en estados, llegó la contestación de TRANSCOMERINTER CIA LTDA.⁶, motivo por el cual se la entendió notificada por conducta concluyente, tal como fue declarado en providencia de veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018)⁷.

La tercera, ya se dijo que esta no es la oportunidad de discutir cuestiones referidas a la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, cuya ausencia únicamente podía alegarse como recurso de reposición contra el auto que admite la demanda. Ahora, si lo anterior es así, tal como lo explicó la Corte Suprema de Justicia en el fallo atrás citado, menos podrían considerarse en este momento las cuestiones relativas a la citación a dicho acto prejudicial, de ahí que si se cumplió o no con lo dispuesto en la Resolución No. 193 del 13 de mayo de 2015 expedida por la Alcaldía Municipal de Pasto, y si la empresa SERVIENTREGA está o no certificada en Ecuador, no son argumentos que puedan tener buen recibo a fin de buscar la revocatoria del fallo de primera instancia.

2. Ahora, respecto de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, se recuerda que el artículo 1081 del Código de Comercio establece que la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria, destacándose que la primera será de dos años y empezará a correr desde el momento en que **el interesado** haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

⁵ Fl. 153 – C. Principal 1.

⁶ Fl. 155 – C. Principal 1. Agosto 16 de 2018.

⁷ Fl. 196 – C. Principal 1.

Por su parte y de manera más específica sobre el contrato de seguro de responsabilidad civil, el artículo 1131 del mismo código establece: En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.

Al respecto, la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha decantado lo siguiente:

“Así las cosas, el artículo 1131 del Código de Comercio con la modificación realizada por el precitado artículo, señala que "En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial" (resaltado adrede), de donde al día de hoy y para el seguro de responsabilidad civil, afloran indiscutibles e insoslayables a propósito de la prescripción, dos sub-reglas absolutamente diferenciadas: (i) para la víctima el lapso extintivo discurre desde el hecho externo que estructura el siniestro; y (ii) para la aseguradora a partir de que se le formula la petición judicial o extrajudicial de indemnización por la situación o circunstancia lesiva al tercero”⁸.

En atención a las normas y extracto jurisprudencial acabados de mencionar, se contempla entonces que el plazo extintivo de dos años para el asegurado, comienza su decurso desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial, entonces, ¿en qué momento la señora OMAIRA DEL CARMEN OCAÑA y sus familiares le presentaron la reclamación a la

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC17161 de 14 de diciembre de 2015. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Radicación n° 1500131030022006-00343-0.

empresa TRANSCOMERINTER CÍA LTDA. por el fallecimiento del niño CCCO?

Sobre el tema, conforme lo alega el demandado y con fundamento en la Resolución No. 193 del 13 de mayo de 2015 expedida por la Alcaldía Municipal de Pasto, resulta comprensible que la citación para asistir a la audiencia de conciliación extrajudicial deba cumplir con ciertas formalidades, como por ejemplo, dirigirse al domicilio o residencia de quien deba comparecer, a través de correo certificado. No obstante, la petición extrajudicial a la que se refiere el artículo 1131 del Código de Comercio para solicitar la indemnización por la situación o circunstancia lesiva, no tiene formalidad exigida por la ley.

En este punto, vale mencionar la diferencia que existe entre la simple petición y la reclamación propiamente dicha, a la cual hace referencia la profesora Hilda Esperanza Zornosa Prieto en su artículo denominado *“El seguro de responsabilidad civil, su evolución normativa y jurisprudencia en Colombia”* cuando refiere: *“No obstante, cabe aclarar que nuestra legislación distingue entre el aviso de siniestro y el reclamo del mismo y no impone formalidad alguna para la realización del primero”*, lo cual tiene además la siguiente razón de ser:

“En la práctica lo que ocurre es que, como la ley no consagró ningún mecanismo para que las víctimas o sus derecho habientes conozcan que el causante del daño ha contratado una póliza de seguro de responsabilidad civil, si desconocen la existencia del seguro, mal podría el asegurador deducirle a las víctimas, los perjuicios ocasionados con la omisión”.

Por lo anterior, la petición que la víctima del siniestro hace al causante del mismo para que asuma la respectiva indemnización, no goce de ninguna formalidad como por ejemplo la de ser remitida a través de empresa de correo certificado, entre otras. Bajo ese entendido, indistintamente de las consideraciones que sobre lo anterior puedan realizarse, lo cierto es que la sociedad demandada tuvo conocimiento de la petición que los demandantes le estaban realizando, a más tardar, desde el veintiuno (21) de septiembre de dos mil quince (2015), fecha en la cual se expidió la constancia de no comparecencia a la audiencia de conciliación, documento obrante a folios 113 y siguientes del cuaderno principal 1, en donde puede leerse:

*“Parte solicitada: TRANSCOMERINTER ECUADOR, ubicado en la calle 40 E 572 y avenida Eloy Alfaro (Ecuador)
(...)”*

CITACIÓN

La correspondiente citación fue entregada a la parte solicitante de manera personal por el (la) conciliador (a), quien la remitió la parte solicitada por medio de correo certificado con número de factura de la empresa de servicios SERVIENTREGA ECUADOR 041-001-000196001 y 041-001-000196002”.

Como puede observarse, la comunicación fue enviada a la misma ubicación que aparece en el registro mercantil de la sociedad ecuatoriana, de donde puede referirse que la mencionada constancia sirve como prueba para verificar que la sociedad demandada domiciliada en el país limítrofe, tuvo conocimiento de las peticiones de la parte actora, mínimo, desde el veintiuno (21) de septiembre de dos mil quince (2015), motivo por el cual, los dos años para el oportuno ejercicio de la acción derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil corrían

hasta el mismo día y mes del año 2017, lo que no sucedió sino hasta el veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Por lo anterior, tal como lo consideró el fallador de segunda instancia, la acción derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil en el presente asunto está prescrita.

3. Ahora, de los reproches realizados por la parte demandada, se encuentra uno relacionado con que el Juez de primera instancia en ninguna parte había fundamentado o dado justificación a la solidaridad por la cual la empresa TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA. debía responder por la aceptación de responsabilidad penal que hiciera el señor OSCAR WILDE NARVÁEZ, máxime cuando no había prueba alguna que relacionara al vehículo involucrado en el accidente con la empresa TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA.

Sobre el tema, es cierto que el *A quo*, en ningún aparte de la sentencia, refirió argumento que sustente la solidaridad que le asiste a TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA., en relación con la aceptación de responsabilidad que hizo el conductor del vehículo implicado en el accidente que dio lugar a la interposición de la demanda. Sin embargo, la Corte Constitucional ha reiterado cuál es la fuente de la mencionada solidaridad, la que en el ejercicio de la actividad peligrosa de la conducción de vehículos, ata al conductor, al propietario y a la empresa a la cual se encuentra afiliado. Así lo explica la Corporación en cita:

“Natural corolario que se sigue de todo cuanto queda expuesto es que, siendo una de las situaciones que justifica la aplicación del artículo 2356 del Código Civil el hecho de

servirse de una cosa inanimada al punto de convertirse en fuente de potenciales peligros para terceros, requiérese en cada caso establecer a quién le son atribuibles las consecuencias de acciones de esa naturaleza, cuestión esta para cuya respuesta, siguiendo las definiciones adelantadas, ha de tenerse presente que sin duda la responsabilidad en estudio recae en el guardián material de la actividad causante del daño, es decir la persona física o moral que, al momento del percance, tuviere sobre el instrumento generador del daño un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, sea o no dueño, y siempre que en virtud de alguna circunstancia de hecho no se encontrare imposibilitado para ejercitar ese poder, de donde se desprende, que en términos de principio y para llevar a la práctica el régimen del que se viene hablando, tienen esa condición: (I) El propietario, si no se ha desprendido voluntariamente de la tenencia o si, contra su voluntad y sin mediar culpa alguna de su parte, la perdió, razón por la cual enseña la doctrina jurisprudencial que "...la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmese tener...", agregándose a renglón seguido que esa presunción, la inherente a la "guarda de la actividad", "puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, (...) o que fue despojado inculpablemente de la misma como en el caso de haberle sido robada o hurtada..." (G.J. Tomo CXLII, pág. 188). (II) Por ende, son también responsables los poseedores materiales y los tenedores legítimos de la cosa con facultad de uso, goce y demás, cual ocurre con los arrendatarios, comodatarios, administradores, acreedores con tenencia anticrética, acreedores pignoratícios en el supuesto de prenda manual, usufructuarios y los llamados tenedores desinteresados (mandatarios y depositarios). (III) Y en fin, se predica que son "guardianes" los detentadores ilegítimos y viciosos, usurpadores en general que sin consideración a la ilicitud de los antecedentes que a eso llevaron, asumen de hecho un poder autónomo de control, dirección y gobierno que, obstaculizando o inhibiendo obviamente el ejercicio del que pertenece a los legítimos titulares, a la vez constituye factor de imputación que resultaría chocante e injusto hacer de lado. En síntesis, en esta materia para nada importa saber si la situación del guardián frente a la actividad dañosa, cuenta o no con la aprobación del derecho; el concepto de guarda, relevante como queda apuntado para individualizar

a la persona que -en tanto tiene a la mano los medios para cumplirlo- le compete el deber de tomar todas las precauciones necesarias en orden a evitar que la actividad llegue a ocasionar daños, no ha sido elaborado, entonces, para atribuirle enojosas prebendas a esa persona, sino para imponerle prestaciones específicas de carácter resarcitorio frente a terceros damnificados por una culpa suya, real o presunta, que por lo general queda elocuentemente caracterizada por la sola ocurrencia del perjuicio derivado del ejercicio de dicha actividad”⁹.

Ahora, con el objetivo de acreditar la propiedad del vehículo automotor tipo tracto-camión, marca HINO, color Amarillo, con placas No. PXU – 0066 con unidad de carga propia No. PR-0328, y demás características especificadas en la demanda, la parte actora solicitó al Juzgado que se oficie a la sociedad demandada, con el fin de que adjunte al proceso el certificado de libertad y tradición del mencionado rodante.

Respecto de dicha prueba, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito se refirió a ella al interior de la audiencia inicial llevada a cabo el veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019), en la cual decretó:

“ORDENAR a la EMPRESA DE TRANSPORTE Y COMERCIO INTERNACIONAL “TRANSCOMERINTER CÍA. LTDA.” del Ecuador, que en el término de 5 días siguientes a la notificación de la presente decisión, allegue al despacho y por cuenta del presente asunto la certificación solicitada por la parte demandante en el escrito de reforma de la demanda (fol. 205 C1), de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 84 del C. G. del P.”

Sin embargo, pese a tan claro precepto judicial, la sociedad demandada no lo acató dentro de los cinco días otorgados, ni

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC4345 de 22 de febrero de 1995. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

con posterioridad a ellos. Al respecto, debe advertirse qué con el decreto del mencionado medio de convicción, en la forma en que lo hizo el Juzgado A quo, se invirtió la carga de la prueba.

Vale considerar que en principio, era la parte demandante quien debía demostrar que el rodante involucrado en el accidente era de propiedad de la sociedad demandada. Sin embargo, mediante el auto proferido por el Juzgado el pasado veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019), invirtió dicha carga, para que no sean los actores, sino la sociedad demandada quien deba acreditar o en este caso, desvirtuar un determinado hecho.

Al respecto, el artículo 167 del Código General del proceso en su inciso segundo, impera que según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. Se agrega que la parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio o por tener en su poder el objeto de la prueba, entre otros eventos que se ejemplifican en la norma.

En este mismo orden de ideas, se insiste en que la parte actora solicitó que dicho certificado de libertad y tradición sea aportado por la parte demandada, desde el mismo escrito de la demanda, y al respecto, el inciso final del artículo 96 ibídem, pregona que la contestación de la demanda deberá acompañarse, entre otros, por los documentos que estén en su

poder y que hayan sido solicitados por el demandante, o la manifestación de que no los tiene.

Así, de la lectura de la contestación de la demanda, en ningún aparte se observa la manifestación de que el documento solicitado por su contraparte no se encontraba en su poder, además, no lo aportó al proceso dentro de la oportunidad otorgada por el Juez, ni con posterioridad a ella antes de emitirse el fallo de primera instancia, pese a encontrarse en una situación más favorable para aportar la evidencia, ya sea por tenerla bajo su dominio o, en cualquier caso, por gozar de mayor cercanía con el material probatorio solicitado.

Lo anterior, determina que la parte demandada no asumió en debida forma la carga probatoria que se radicó sobre ella, a fin de demostrar el fundamento de alguna de sus excepciones, como la basada en que no era la propietaria del vehículo involucrado en el accidente de marras.

En el mismo sentido, son varias las oportunidades en las cuales la parte demandada manifestó que, para la fecha del accidente, el automotor estaba prestando sus servicios para una empresa denominada Sánchez Polo. Sin embargo, estando en la posibilidad de demostrar tal fundamento fáctico, ningún elemento probatorio se allegó al plenario con el objetivo de demostrar que TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA. para el día de los hechos, veintiocho (28) de marzo de dos mil trece (2013), se había desprendido de su función de "*guarda de la actividad*", por haber transferido a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico.

Adicionalmente, aún a pesar de que, para el momento de ocurrencia del accidente, los automotores estuvieran prestando un servicio para empresa distinta de la que se demandó como propietaria, ello ubicaría la discusión en el campo de la coautoría en la conducta generadora del daño, concepto que la guardiana de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil ha explicado en los siguientes términos:

“Finalmente, procede advertir que el estatuto de responsabilidad a que se viene refiriendo la Corte, no excluye en modo alguno lo que se ha denominado, sin mayor exactitud por cierto, la coautoría en la conducta generadora del daño, expresión esta última empleada de ordinario, como es bien sabido, para referirse a aquellos eventos de variada estirpe en que concurren varios sujetos a los cuales la ley, atendiendo a causas jurídicas eficientes plenamente separables entre sí, les atribuye de manera múltiple la obligación de reparar”.

Agregando más adelante:

“Cuando hay de por medio varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, lo que quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, según lo preceptúa el artículo 2344 del Código Civil en armonía con el 1571. El que realiza el pago se subroga en la acción contra el otro u otros responsables, según el artículo 1579 y siguientes (...) siendo pues solidaria la responsabilidad, la parte demandante podía demandar el resarcimiento del daño contra todos los responsables o contra cualquiera de ellos...”

En ese orden de ideas, aún a pesar de que se hubiere demostrado que para el día del accidente, el vehículo y conductor involucrados en él, estuvieran prestando un servicio para empresa distinta a la demandada, no se desacredita con contundencia la responsabilidad que radica en la empresa

TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA. como guardiana de la actividad, posición que no desvirtuó a pesar de tener radicada en ella la carga de la prueba.

Ahora, las anteriores consideraciones se realizan en virtud de que, como resultado de la práctica de las pruebas decretadas oficiosamente por el Juez, los señores Eduardo Aldemar Melo Benavides y Eriberto Peñafiel Álvarez, manifestaron al unísono que para la noche de los acontecimientos, en compañía del señor OSCAR WILDE NARVÁEZ, realizaban un viaje para la empresa Sánchez Polo.

Al respecto, destaca la Sala que los señores Eduardo Aldemar Melo Benavides y Eriberto Peñafiel Álvarez se reportaron al plenario en calidad de testigos, en virtud del llamado oficioso que les hizo el Juzgado *A quo* con el objeto de esclarecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el accidente de tránsito producto del cual falleció el niño CCC.

Sin embargo, los mencionados deponentes manifestaron no saber nada al respecto, más allá de explicar que efectivamente el día veintiocho (28) de marzo de dos mil trece (2013), conducían sendos tracto-camiones que habían partido desde la ciudad fronteriza de Tulcán, aproximadamente a las 7:30 de la noche, con destino a la ciudad de Cali, en una caravana liderada por el señor OSCAR WILDE NARVÁEZ, seguido por el rodante conducido por Eduardo Melo y que finalizaba con el vehículo timoneado por Eriberto Peñafiel Álvarez.

Agregaron que realizaron su recorrido, llegando aproximadamente a la media noche al sector de la vía conocido como El Remolino, lugar donde fueron detenidos junto con otros vehículos del mismo tipo por las autoridades de Policía de Carreteras, con el fin de realizar una inspección minuciosa a cada uno de los rodantes, todo en virtud de que según comentaban los oficiales, se había denunciado el accidente de tránsito en el que había fallecido un menor de edad. Así, realizado el procedimiento y por no encontrar nada sospechoso, los dejaron continuar el trayecto casi después de transcurrida una hora.

Relataron los testigos que dicho viaje se hacía para la empresa Sanchez Polo, pero en igual sentido, manifestaron que tanto ellos, como el señor OSCAR WILDE NARVÁEZ, para la fecha de los acontecimientos funestos, trabajaban para la empresa TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA.

Sobre el tema, observa la Sala que la manifestación de los testigos, cuando afirman que el viaje se hacía para la empresa Sanchez Polo, no desvirtúa la posición de “*guarda de la actividad*” radicada en la sociedad demandada, puesto que los relatos no son certeros en determinar bajo qué modalidad de contrato se estaba realizando la actividad de transporte, información que no es menor, puesto que las consecuencias podrían ser unas u otras, dependiendo de la naturaleza, cláusulas o regulación legal del acuerdo de voluntades, que en este caso aparece difuso.

Se insiste entonces, que la carga probatoria de desvirtuar tal posición de garante reposaba sobre la sociedad demandada,

quien fácilmente podría presentar los medios de prueba para tal fin. Y es que sobre el punto, pone de relieve esta Corporación que no es cualquier acuerdo de voluntades el que desvanece el rol de “*guarda de la actividad*” sino sólo aquel en virtud del cual, se demuestre la transferencia a otra persona de la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, según se explicó con fundamento jurisprudencial antes citado.

Por otra parte, sí está demostrado que el señor OSCAR WILDE NARVÁEZ, persona que conducía el tracto-camión implicado en estos hechos, para el día veintiocho (28) de marzo de dos mil trece (2013) trabajaba para la empresa TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA; que dicha sociedad tiene como objeto social “*el transporte de carga por carretera, incluido en camionetas de: troncos, ganado, transporte refrigerado, carga pesada, carga a granel, incluido el transporte en camiones cisterna, automóviles, desperdicios y materiales de desecho, sin recogida ni eliminación*”¹⁰, de ahí que se lucraba de dicha actividad.

Además, que la sociedad TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA fue la empresa que aseguró al vehículo marca HINO, placa PXU0066, color amarillo, tipo Cabezal T y tráiler, según consta en el aparte de la póliza obrante a folio 6 del cuaderno de llamamiento en garantía.

Igualmente, que el señor OSCAR WILDE NARVÁEZ aceptó la responsabilidad penal derivada de la ocurrencia de los hechos en que resultó fallecido el niño CCC, cuando el demandado conducía el vehículo tracto-camión de placas y características detalladas en la demanda, lo cual fue

¹⁰ Fl. 454 reverso – C. Principal 2. Registro mercantil del Cantón Quito.

considerado en el fallo de seis (6) de julio de dos mil diecisiete (2017) proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiiales¹¹, con el fin de imponerle pena privativa de la libertad por el delito de homicidio culposo.

Así, como corolario de todo lo expuesto hasta aquí y contrario a lo dicho por el alzado, considera la Sala que existe el suficiente sustento jurisprudencial, legal, procesal y probatorio, para determinar la solidaridad que le asiste a la sociedad demandada en la indemnización de los perjuicios y por ende para ser sujeto de responsabilidad y de las condenas impuestas en el fallo de primera instancia.

4. Por otra parte, el apoderado de la parte demandada expuso que en el presente asunto se ha configurado la prescripción de la que habla el artículo 993 del Código de Comercio. Al respecto, se recuerda que la norma en mención de manera literal impera:

“Prescripción de las acciones. Las acciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte prescriben en dos años. El término de prescripción correrá desde el día en que haya concluido o debido concluir la obligación de conducción”.

Al respecto, considera la Sala que el alzado incurre en una confusión, al interpretar que la expresión “*acciones directas e indirectas*” contenida en la norma citada, hace referencia a las acciones contractuales o extracontractuales, lo cual no es acertado como pasará a explicarse:

¹¹ Fls. 119 y 120 – C. Principal 1.

Se recuerda que en virtud del principio de la relatividad de los contratos, los acuerdos de voluntades únicamente surten efectos respecto de quienes los suscriben o intervienen en ellos. Sin embargo, esa regla general tiene sus excepciones, en la medida que, en no pocos casos, surge la posibilidad que dichos pactos también generen consecuencias para terceros que son ajenos a ellos.

En ese orden de ideas, aquellos terceros ajenos al contrato, pero que sufren consecuencias derivadas de él, acudirán ante la jurisdicción con fin de buscar la protección de sus derechos, y ejercerán obviamente una acción contractual, puesto que el origen de ésta es un acuerdo de voluntades, pero no será directa, en la medida que no son extremos negociales o partes en convenio.

Entonces, la expresión “*directas o indirectas*” contenida en el artículo 933 del Código de Comercio no es sinónima de “*contractuales o extracontractuales*”, pues véase cómo la expresión se refiere a las acciones directas e indirectas, pero “*provenientes del contrato de transporte*”.

Sobre el tema, la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha explicado:

*“Las precedentes reflexiones dejan claro que la “acción de responsabilidad civil extracontractual” que al amparo de lo previsto en el artículo 1006 del Código de Comercio pueden promover “los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte”, no se adecua al concepto de “acciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte” mencionadas en el precepto 993 ejusdem, **sino que se regula por el régimen común**, pues*

como quedó visto, su misma naturaleza “extracontractual” tiene su origen en el hecho que ocasiona el daño y, que para el caso debatido corresponde, como se infiere de la citada norma, a la muerte del viajero, es decir, que ese acontecimiento luctuoso es la causa del agravio con significación económica, mas no el incumplimiento del aludido acuerdo.

Cabe agregar, que las referidas “acciones directas” son las propias del negocio jurídico en mención y las “acciones indirectas” aquellas que acceden a ese convenio, verbi gratia, por razón del instituto jurídico de la subrogación”¹².

Así, el anterior extracto jurisprudencial, si bien no precisa un caso estrictamente análogo al que ocupa a esta Corporación, si es lo suficientemente ilustrativo para diferenciar las acciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte, de aquellas extracontractuales, como lo es la ejercida por los familiares del niño fallecido, CCC, a la cual le resulta aplicable el régimen común de prescripción, es decir, no el de dos años reclamado por el alzado, sino el de diez aplicado por el Juez A quo, descartándose entonces el reproche.

5. Finalmente, en lo relativo a los reparos del demandado, comentó que de acuerdo a las normas que rigen el tránsito de peatones, se encontraba demostrada la culpa exclusiva de la víctima, pues la madre del niño fallecido faltó a su deber de cuidado al exponerlo a transitar por una vía pública intermunicipal a las once de la noche, en pocas palabras, omitiendo su deber objetivo de cuidado, exponiéndose imprudentemente a un riesgo.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de cinco (5) de abril de dos mil once (2011). M. P. Ruth Marina Díaz Rueda. Ref: exp. 66001-3103-003-2006-00190-01.

Sobre el tema, es el artículo 58 del Código Nacional de Tránsito el que regula el tránsito de los peatones, ordenando un listado de prohibiciones, así:

Artículo 58. Prohibiciones a los peatones. Los peatones no podrán: Invasión la zona destinada al tránsito de vehículos, ni transitar en ésta en patines, monopatines, patinetas o similares. Llevar, sin las debidas precauciones, elementos que puedan obstaculizar o afectar el tránsito. Cruzar por sitios no permitidos o transitar sobre el guardavías del ferrocarril. Colocarse delante o detrás de un vehículo que tenga el motor encendido. Remolcarse de vehículos en movimiento. Actuar de manera que ponga en peligro su integridad física. Cruzar la vía atravesando el tráfico vehicular en lugares en donde existen pasos peatonales. Ocupar la zona de seguridad y protección de la vía férrea, la cual se establece a una distancia no menor de doce (12) metros a lado y lado del eje de la vía férrea. Subirse o bajarse de los vehículos, estando éstos en movimiento, cualquiera que sea la operación o maniobra que estén realizando. Transitar por los túneles, puentes y viaductos de las vías férreas. Parágrafo 1°. Además de las prohibiciones generales a los peatones, en relación con el STTMP, éstos no deben ocupar la zona de seguridad y corredores de tránsito de los vehículos del STTMP, fuera de los lugares expresamente autorizados y habilitados para ello. Parágrafo 2°. Los peatones que queden incurso en las anteriores prohibiciones se harán acreedores a una multa de un salario mínimo legal diario vigente, sin perjuicio de las demás acciones de carácter civil, penal y de policía que se deriven de su responsabilidad y conducta. Dentro del perímetro urbano, el cruce debe hacerse sólo por las zonas autorizadas, como los puentes peatonales, los pasos peatonales y las bocacalles.

De la lectura de la norma en cita, no se aprecia que se imponga a los peatones unos horarios para sus desplazamientos por calles o carreteras del país, aparte de indicar que no pueden transitar por donde existan pasos expresamente prohibidos o no permitidos. Sin embargo, recaba el apelante en el aparte que

imperata: *“Actuar de manera que ponga en peligro su integridad física”*.

Sobre el punto, ha de especificarse que, según las definiciones traídas al principio del mismo código, se establece que la berma, es la parte de la estructura de la vía, destinada al soporte lateral de la calzada para el tránsito de peatones, semovientes y ocasionalmente al estacionamiento de vehículos y tránsito de vehículos de emergencia.

Bajo ese entendido, la señora demandante manifestó que en el sector en que se produjo el accidente fatal, ella en compañía de su hijo y de su, en ese entonces, compañero permanente, realizaban el tránsito por la berma de la vía que de Pasto conduce a la ciudad de Ipiales, específicamente en el sector conocido como la Humeadora, situación que fue corroborada por el testigo presencial de los hechos Jeferson Fernando Prado Rojas.

Sobre lo dicho por el testigo, la parte alzadista considera que no puede dársele toda la credibilidad, en atención a su grado de parentesco y cercanía con la demandante y la víctima del insuceso, lo cual únicamente lo puso de presente en la sustentación de la apelación, más no lo hizo en su oportunidad, cual era antes de que el Juez emitiera su fallo como lo indica el artículo 211 del C. G. del P.

Pese a lo anterior, lo dicho por el señor Jeferson Fernando Prado Rojas e incluso lo manifestado por la señora demandante Omaira del Carmen Ocaña, puede ser corroborado con el estudio del informe policial de accidentes de tránsito obrante a

folio 80 del cuaderno principal 1, donde aparece el croquis del accidente, imagen de la cual se observa que en el sector por donde transitaban existía berma, es decir, un lugar habilitado para el tránsito de peatones, elemento vial que también es referido en el folio 48 correspondiente al informe de investigador de campo de la Fiscalía General de la Nación, al describir el lugar de los hechos como: *“curva, pendiente, con cuneta berma”*.

Igualmente, se observa que el autor del mencionado croquis graficó las señales de unas manchas de sangre, ubicándolas precisamente al interior de la berma. De la misma forma, las mismas manchas son referidas en la fotografía No. 4 correspondiente al álbum del accidente de tránsito obrante a folio 66 elaborado por Policía Judicial, servidor Cristian Camilo Rojas Henao, en el mismo lugar.

Por lo demás, testigos e informes no precisan que en el sector existiere prohibición para el tránsito de peatones.

De esta forma, claro resulta que la demandante en compañía de su hijo, actualmente fallecido, y del señor Jeferson Fernando Prado Rojas, no se desplazaban por un lugar que estuviere restringido para el tránsito de peatones, por el contrario, su tránsito se hizo por el lugar habilitado para ello, es decir, la berma de la que habla el material documental; lugar en donde precisamente quedaron los rastros mortales del accidente, con lo que se corrobora lo dicho por la demandante y testigo.

En ese entendido, no se observa que la demandante y su hijo, hayan faltado al deber objetivo de cuidado o se hayan expuesto de una manera imprudente al riesgo, más allá del común que

todas las personas asumen al transitar por las vías y calles del país, sin que ello pueda ser tomado como fuente de responsabilidad, o de culpa compartida por lo ocurrido.

Se descarta así el reproche bajo análisis, debiéndose entonces confirmar hasta este punto la sentencia de primera instancia en lo relativo a la declaración de responsabilidad civil en contra de los demandados y la exoneración de la sociedad aseguradora llamada en garantía.

6. Ahora, respecto de los reparos expuestos por el apoderado de la parte demandante, se iniciará por estudiar la posibilidad de condena por lucro cesante a favor de los actores, en relación con la aplicación de los preceptos contenidos en el fallo de 29 de marzo de 2017 proferido por la Corte Suprema de Justicia.

Así, de la revisión jurisprudencial que se relaciona directamente con la temática bajo análisis, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC-16690 de 17 de noviembre de 2016, consideró:

“La sola existencia de la persona humana, no permite aseverar que ella, en un momento dado de su vida, la mayoría de edad o cualquier otro, fuera a ser económicamente productiva y, mucho menos, calcular el monto de réditos que hubiera percibido. [...] Como ya se hizo anotar, en el escrito inaugural de la controversia, la única justificación que se dio en torno del lucro cesante solicitado para "XXX" fue que correspondía a "la pérdida de [su] [Sic] capacidad laboral productiva", mención de la que no se desprenden bases suficientes y, mucho menos concretas, para evaluar su factibilidad y, especialmente, su extensión económica. El comentado planteamiento, por ende, se acerca más a la formulación de un mero "sueño de ganancia", que por ser hipotético o eventual, no es

susceptible de resarcimiento, de lo que se sigue la improcedencia del analizado pedimento”¹³.

Argumento que sirvió a la Sala mayoritaria de la H. Alta Corporación, para sustentar la negación del reconocimiento del lucro cesante futuro de una persona menor de 18 años, que había perdido totalmente su capacidad para a futuro, realizar una actividad laboral, reiterando lo establecido en pasadas oportunidades en los fallos de 20 de noviembre de 1943, 12 de septiembre de 1996, 7 de septiembre de 2001 y 9 de septiembre de 2010 de la misma Corporación.

Sin embargo, tal posición no fue acogida por otros integrantes del cuerpo colegiado, quienes, en su salvamento de voto, consideraron:

“No es posible, por tanto, seguir asumiendo el criterio que esta Sala acogió en el pasado acerca de la improcedencia de conceder la indemnización por lucro cesante futuro a menores de edad por el simple hecho de no estar devengando un salario en la fecha de la ocurrencia del hecho dañoso; pues la indemnización integral, equitativa y efectiva de los daños no busca poner a la víctima en la situación exacta en que 'se hallaba' antes del daño, sino en la posición en que 'habría estado' de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso antijurídico. Es decir que la tasación de este rubro no se hace con base en "certezas" sino que hay que tener en cuenta la situación futura más probable a partir de la condición presente que se probó en el proceso”

Sin embargo, tales consideraciones que otrora fueron un salvamento de voto, se convirtieron en la posición acogida en fallos como el SC9193-2017 de veintiocho (28) de junio de dos

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 17 de noviembre de 2016. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Referencia: SC16690-2016. Radicación n.º 11001-31-03-008-2000-00196-01.

mil diecisiete (2017) con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez.

Al respecto, debe ponerse de relieve que tanto la primera providencia en la cual se presentó el mencionado salvamento de voto, como el fallo SC9193-2017 en donde se adoptó la nueva posición respecto del reconocimiento del lucro cesante futuro a favor de menores de edad que no estaban laborando para la fecha del insuceso, **tienen un factor común**, cual es que el niño, niña o adolescente, sobrevivió al hecho dañoso, quedando con graves lesiones que a futuro le impedirían desempeñar una actividad laboral, la cual, en circunstancias normales, habría desarrollado a fin de garantizar su subsistencia. Así lo explicó la Corte:

“Es posible que en la primera mitad del siglo anterior el futuro de las personas estuviera “envuelto por la densa niebla del misterio”, pero según la experiencia de hoy en día no hay nada de misterioso en anticipar con un alto grado de probabilidad que una persona a la que se le han cercenado por completo todas las posibilidades de valerse por sí misma no podrá desenvolverse en el mercado laboral cuando alcance su edad adulta, no podrá desempeñar ninguna actividad económica y no tendrá ninguna posibilidad de obtener por sí misma los ingresos necesarios para su congrua subsistencia.

*El único misterio que quedará latente en este caso **si no se concede la reparación de este perjuicio** consistirá en saber **cómo va a hacer la víctima directa del daño para solventar su subsistencia si llega a su adultez;** pues no existe ninguna razón para que los padres, familiares o terceras personas deban asumir una obligación dineraria que no están jurídicamente llamados a soportar, **como sí lo está la entidad generadora de las lesiones graves que sufrió el menor.** Y aún en caso de que los padres sufraguen los gastos que causó la conducta antijurídica de la demandada, **no es posible dejar el futuro del menor librado a la azarosa circunstancia***

de que los progenitores continúen con vida muchos años más y le sobrevivan”.

Como puede observarse, el caso abordado por la Alta Corporación corresponde con un menor de edad que para la fecha de ocurrencia del **hecho dañoso** no desempeñaba actividad laboral alguna, sobreviviendo a aquel, pero con complejas lesiones que a futuro le impedirán laborar, quedando su subsistencia totalmente a cargo de sus padres, y en caso de que estos fallezcan, al total azar y en últimas a la caridad o beneficencia. Por ello, es que el perjuicio de lucro cesante futuro se reconoció en la parte resolutive del fallo a favor de la “*víctima directa de los hechos*” no a favor de sus padres o familiares. Así se fundamentó entonces la estructura de la condena:

*“Dicho monto se pagará desde el 21 de junio de 2025 [fecha en que el niño cumple la mayoría de edad] en rentas periódicas mensuales **durante toda la vida de la víctima**, para cuya garantía la entidad demandada constituirá un patrimonio autónomo, cuenta fiduciaria o póliza que se encargará de pagar la renta periódica en la cuenta bancaria que señalen los padres de JSSZ”. (aparte entre llaves y resaltado ajenos al texto original de la providencia).*

Véase además, que en el asunto citado, a los padres de la víctima directa de los hechos, únicamente se les reconoció lo pertinente al perjuicio moral, sin que se extienda la condena por lucro cesante futuro a una época posterior a la muerte del niño.

Como puede observarse, el fundamento fáctico analizado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia *sub examine*, no corresponde o no se identifica con los hechos que ocupan a esta Sala, en donde se solicita el reconocimiento de un lucro cesante futuro a favor de los padres de la víctima directa de los hechos,

quien lamentablemente falleció, de ahí que los argumentos utilizados en el antecedente jurisprudencial, no son de aplicación al presente asunto.

7. Continuando con el análisis, reprochó la parte demandada la valoración del perjuicio moral a favor de los demandantes, señalando que si bien sobre el tema existe una presunción a favor de quien lo padece, aquí se allegaron suficientes medios de prueba que permiten una tasación más elevada.

Al respecto, de la revisión de la sentencia de primera instancia es posible apreciar que, el A quo, a pesar de la presunción a favor de los demandantes para el reconocimiento del daño moral, también analizó las pruebas obrantes en el plenario para su liquidación, valorando la actitud de los actores al momento de rendir su declaración de parte, como la historia clínica de psicología y psiquiatría de la señora OMAIRA DEL CARMEN OCAÑA RUBIO. Así, determinó que el daño moral para ella ascendía a un valor de SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$72.000.000.00), lo que para el año 2019, equivaldría a casi ochenta y siete salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Dicho valor, coincide exactamente con el reconocido por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, en reciente fallo proferido el diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), en el cual consideró:

“así fuese tomando la suma que como guía por entonces tenía la Corte establecida desde 2012 y que, frente a la indecible atrocidad de los eventos narrados y probados en este proceso ameritan –para este caso particular- una suma mayor a la que entonces tenía dispuesta (\$60,000,000.00) y que hoy reajusta a setenta y dos millones de pesos

(\$72,000,000.00) para el daño moral propio sufrido por los demandantes a raíz del fallecimiento de padres, hijos, esposos y compañeros permanentes, la mitad de ese valor para hermanos, abuelos y nietos y la cuarta parte para el resto de parientes, conservando de esa forma el criterio establecido por la sala de decisión civil del Tribunal en cuanto a que, las circunstancias modales que hubieron de sufrir los reclamantes fueron, en términos generales, las mismas y el parámetro de una tasación similar, en consecuencia, se impone”¹⁴.

Para el caso, las condenas por perjuicios morales se impusieron así:

OMAIRA DEL CARMEN OCAÑA RUBIO (madre de la víctima): la suma de 72.000.000.

CLAUDIA OCAÑA OCAÑA (hermana): la suma de 36.000.000.

MARGARITA RUBIO DE OCAÑA (abuela): la suma de 15.000.000.

CLAUDIO ARTURO OCAÑA COLLAZOS (abuelo): la suma de 15.000.000.

JESUS ARTURO OCAÑA RUBIO (tío): la suma de 10.000.000.

Así, bajo los criterios expuestos resulta procedente entonces incrementar los montos a indemnizar a favor de los abuelos de la víctima, MARGARITA RUBIO DE OCAÑA y CLAUDIO ARTURO OCAÑA COLLAZOS, para hacerlo equivalente a la suma reconocida a favor de CLAUDIA OCAÑA, es decir, ascenderá a un valor de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$36.000.000.00) para cada uno de ellos.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018). M.P. Margarita Cabello Blanco. Ref. SC5686-2018. Radicación n.º 05736 31 89 001 2004 00042 01.

De la misma forma se incrementará el valor reconocido a favor del señor JESUS ARTURO OCAÑA RUBIO, el cual ascenderá a DIECIOCHO MILLONES DE PESOS (\$18.000.000.00), equivalentes a la cuarta parte de lo concedido a favor de la madre de la víctima directa de los hechos, sin que exista lugar a realizar otras modificaciones.

8. Ahora, respecto del último de los reparos a analizar, se encuentra que la parte demandante no está de acuerdo con la sanción que se impuso en su contra, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 206 del C. G. del P., relacionada con el exceso en la suma fijada como juramento estimatorio.

Así, la norma en cita menciona en su aparte pertinente que, si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento 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, una suma equivalente al diez por ciento de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

Para el caso, debe tenerse en cuenta que tanto la parte demandada como la llamada en garantía, en sus respectivos escritos de contestación objetaron el juramento estimatorio realizado por los actores, motivo por el cual no existe duda respecto de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 206 bajo análisis.

En ese entendido, también debe recordarse que la norma *ibídem* señala que el juramento estimatorio no se aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales.

Para el caso, la parte actora fijó su juramento estimatorio en la suma de QUINIENTOS VEINTIUN MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL QUINIENTOS PESOS (\$521.923.500.00), cantidad de dinero que, en efecto, no incluyó lo correspondiente a los perjuicios morales. De lo anterior, lo único demostrado fue el monto correspondiente al daño emergente, por el valor de NUEVE MILLONES VEINTE MIL PESOS (\$9.020.000.00).

Por ello, resulta evidente que la suma estimada por los demandantes supero el 50% de la cantidad que se probó, dándose entonces los presupuestos exigidos para la aplicación de la sanción establecida en el artículo 206 *sub examine*, de ahí que tal disposición contenida en la sentencia de primera instancia deberá confirmarse.

Como corolario de lo expuesto se responde los problemas jurídicos planteados en los albores de este acápite considerativo, en el sentido de que se encuentran demostrados los presupuestos probatorios y jurisprudenciales para declarar que la sociedad TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA es civil, extracontractual y solidariamente responsable por el fallecimiento del niño CCCO. Que la tasación del perjuicio moral a favor de los demandantes deberá ser modificada parcialmente para ajustarla a los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con dicha materia, sin que haya adiciones respecto al lucro cesante futuro; y finalmente, que en el presente asunto resulta jurídicamente viable imponer la sanción de la que habla el artículo 206 del C. G. del P. a cargo de los demandantes.

Resueltos así los reparos expuestos por los extremos en litigio, se encuentra que ante la improsperidad del recurso de apelación de la parte demandada y la prosperidad, apenas parcial de la alzada promovida por los actores, no resulta adecuado imponer condena en costas a favor de ninguno de los extremos en litigio.

III. DECISION

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

Resuelve:

PRIMERO. MODIFICAR parcialmente el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, respecto del monto de la indemnización por perjuicios morales a favor de los demandantes MARGARITA RUBIO DE OCAÑA, CLAUDIO ARTURO OCAÑA COLLAZOS y JESUS ARTURO OCAÑA, disponiendo en consecuencia lo siguiente:

A MARGARITA RUBIO DE OCAÑA: A título de perjuicios morales, la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$36.000.000.00), que deberán indexarse hasta la fecha en que se realice su pago.

A CLAUDIO ARTURO OCAÑA COLLAZOS: A título de perjuicios morales, la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$36.000.000.00), que deberán indexarse hasta la fecha en que se realice su pago.

A JESUS ARTURO OCAÑA: A título de perjuicios morales, la suma de DIECIOCHO MILLONES DE PESOS (\$18.000.000.00), que deberán indexarse hasta la fecha en que se realice su pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación al interior del presente asunto, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto el pasado seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

TERCERO: SIN LUGAR a condenar en costas de segunda instancia a las partes del litigio por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

CUARTO. ORDENAR, una vez en firme la presente decisión, el envío del expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado



AÍDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrada



MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada