

+



República de Colombia
Departamento del Valle del Cauca
Rama Judicial del Poder Público
DISTRITO JUDICIAL DE CALI
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Magistrado Ponente Dr. **HERNANDO RODRÍGUEZ MESA**

REFERENCIA	76001-31-03-002-2017-00077-01
PROCESO:	Verbal sobre Responsabilidad Civil Extracontractual.
DEMANDANTE:	Gustavo Alfredo Maje, Carlos Andrés Flórez Polindara, Phanor Alfredo Maje Polindara y Carolina Maje Polindara
DEMANDADOS:	Unidad Residencial La Portada de la Hacienda; Tecnisama Ltda., y Alpha Seguridad Privada Ltda.
ASUNTO:	Apelación Sentencia

Santiago de Cali, siete (7) de diciembre dos mil veinte (2020)

Proyecto discutido y aprobado en Sala Civil de decisión, según acta No. 123 de la fecha.

Adelantada la audiencia de que trata el artículo 327 del C. G. del P., el día 2 de diciembre de 2020, escuchadas las alegaciones de las partes, se determinó proferir sentencia de manera escrita; en consecuencia se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado y acorde con el sentido del fallo anunciado.

1. SÍNTESIS DEL LITIGIO

La pretensión principal de la acción *aquiliana* que ahora contiene la atención de la Sala, es la declaratoria de responsabilidad civil de **Unidad Residencial La Portada de la Hacienda, Tecnisema Ltda., y Alpha Seguridad Privada Ltda.**, como consecuencia, los demandantes , Gustavo Alfredo Maje, Carlos Andrés Flórez Polindara, Phanor Alfredo Maje Polindara y Carolina Maje Polindara – esposo e hijos de la víctima – aspiran al resarcimiento del perjuicios material y

moral que la inesperada e infortunada muerte de la pariente les infligió, amén de la condena en costas del proceso.

Tanto la pretensión principal de declaración de responsabilidad, como la secular de reparación pecuniaria, tiene como soporte fáctico, la muerte violenta de la señora Graciela Polindara Polindara, doloroso suceso que en sentir del extremo activo se produjo por la falta de previsión, seguridad y cuidado de los demandados, al no intuir el riesgo en que se encontraba – laboraba como empleada doméstica en el Apto. 102 de la Torre 7 cuando se produjo el hecho luctuoso – dado que el homicida, fungía como empleado de servicios generales en la propiedad horizontal – aseador y/o jardinero – y podía cometer algún ilícito como en efecto ocurrió, cuando entró subrepticamente a la propiedad privada –Apto 102 – con el ánimo de hurtar y decidiera asesinar a doña Graciela; acusa de irregulares los protocolos de seguridad aplicados en la P.H., ya que, el autor de las conductas criminales abandonó la escena del crimen sin que fuera impedido por los vigilantes de la Unidad; dicen los demandantes, que la inesperada y lamentable pérdida de la consanguínea, supone una afección de orden material – al contribuir a la manutención del hogar – moral y psicológico cuya reparación se pide en esta acción civil.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda¹, los demandados se notificaron y contestaron el libelo así:

i) Alpha Seguridad Privada Ltda. – fl. 174 –, partió de la aceptación del hecho de la muerte de la señora Graciela Polindara Polindara, explica que no recibió instrucciones en punto del personal de aseo de

¹ Ver folio 143

la P.H. y que el deber de seguridad está limitado a las zonas comunes; señala que nunca existió poder de subordinación con quien cometió el crimen y que tampoco tenía potestad para retener personas; que le resulta imposible vigilar el andar de un sujeto en un espacio de 11000 Mts²; que sus obligaciones las cumplió fiel a la ley y al contrato firmado con la propiedad horizontal; plantea excepciones de fondo. – fls. 175 a 182 –.

ii) Tecnisemac Ltda.; dice que si bien el causante del homicidio era su empleado al momento del hecho, el obrar delictivo es ajeno y extraño a los deberes para los cuales fue contratado; anota que el susodicho sujeto no tenía asignada las labores de aseo de la Torre 7 y que el estar en ese sector debió ser objeto de exhortación por la empresa de vigilancia; censura el que la empresa de vigilancia haya permitido el retiro de la Unidad del homicida; propugna por la estimación de varias excepciones de mérito que enlista – fls. 270 a 278 –.

iii) Conjunto Residencial La Portada de la Hacienda, destacó que el laborío de la persona que perpetró el crimen de la ilustre ciudadana, era coordinado y supervisado por la empresa de aseo de la que pendía, amén de la circulación dentro de la Unidad; desdice de la prohibición de salir de la Unidad al personal de aseo y dice no constarle los pormenores contractuales de la señora fallecida con su patrono; enfatiza que el crimen lo cometió el empleado de la empresa de aseo pero no en función de tal sino como hecho propio y volitivo y que por lo mismo no puede achacársele responsabilidad alguna; plantea varias excepciones de fondo en defensa de su tesis – fls. 288 a 293 –.

La copropiedad demandada llamó en garantía a la empresa de vigilancia y a la de servicios generales, quienes notificados legalmente, no respondieron la convocatoria. – fls. 1 a 4, Cdno. 2. –

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

Por falta de legitimación en la causa por pasiva, el *a quo* descartó la acción aquiliana en contra de la Propiedad Horizontal ya que en sentir, tal persona jurídica no tenía la obligación de vigilancia y seguridad al trasladar tal carga a la compañía Alpha Seguridad con quien contrató tal servicio; a renglón seguido pasó a analizar el caso contra los restantes demandados – empresa de seguridad y de aseo – para lo cual, explicó el tipo de acción civil asido por los demandantes y los presupuestos necesarios para su procedencia, daño, culpa y nexos causal entre estos; partiendo de la existencia cierta del daño, es decir, la muerte de doña Graciela Polindara, pasó a estudiar si de los elementos probatorios obrantes en el expediente, es posible ligar la gravosa situación a alguna acción u omisión del pasivo; en ese sentido, tomando como norte la responsabilidad indirecta o del hecho ajeno, halló que el homicida actuó por cuenta propia en la comisión del ilícito y tal conducta no responde al objeto fabril de su patrono; añade que no se probó la negligencia de la empresa de aseo en el réprobo comportamiento del delincuente en punto de la vigilancia o supervisión de ese empleado en función de su labor; en lo que concierne a la empresa de seguridad, anotó que actuó conforme al contrato firmado con la Unidad Residencial sin que se haya probado en el expediente desidia o negligencia que hubiese sido determinantes en el hecho delictivo; en definitiva, explicó que al no probarse la culpa, ni el nexo de causalidad, no hay manera de declarar la responsabilidad pretendida, por lo que negó las pretensiones de la demanda.

4. DE LA APELACIÓN.

La apoderada judicial de la parte demandante, oportunamente, apeló la decisión de instancia, para i) insistir en la responsabilidad de la empresa de aseo, por ser la persona jurídica bajo cuyo mando estaba el homicida, máxime que con ocasión de ese trabajo, aquél ingreso a la Unidad Residencial; señala que contrario a lo indicado por el juzgador, la empresa tenía la obligación de elegir y vigilar a su empleado precisamente para evitar situaciones penosas como la presente; acota que bajo el régimen de responsabilidad indirecta no es necesario probar la culpa al estar presuntamente en cabeza del empleador por ser quien tiene la subordinación del empleado; ii) reprochar la exculpación de la propiedad horizontal porque al contratar la empresa de aseo y la de seguridad, implícitamente la cobijaba cualquier situación anómala dentro de la copropiedad.

5. CONSIDERACIONES:

Concurren al presente asunto los presupuestos procesales que permiten decidir el fondo de la controversia, esto es los requisitos necesarios que regulan la constitución y desarrollo formal y válido de la relación jurídico procesal. De otra parte, no se avizora la existencia de vicio alguno con entidad de estructurar nulidad procesal no saneable.

Tampoco merece reparo el presupuesto material de la pretensión atinente a la legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva.

6. PROBLEMA JURÍDICO

El contexto fáctico del expediente, permite plantear los siguientes problemas jurídicos: a) ¿Obra en el proceso el suficiente material probatorio para asignar responsabilidad en cabeza del extremo pasivo tal como lo acotó la apoderada de la parte demandante?.; b) ¿Es dable asignar responsabilidad civil por el hecho ajeno a la empresa de aseo en los términos del artículo 2347 del C.C., por un hecho delictivo y volitivo de su empleado?.; c) ¿ En el caso particular, frente a la copropiedad y la empresa de vigilancia es jurídicamente acertado invocar la responsabilidad civil indirecta?; d) ¿Qué papel cumple la propiedad horizontal en la función de seguridad de los copropietarios y al verificarse una falla de tal elemento supone su responsabilidad?.

7. CASO SUB EXAMINE

El tráfico de las relaciones interpersonales se rige básicamente por un mandato *supralegal*, “...*Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios...*”² ya que de no ajustar la conducta y/o comportamiento a dicho precepto, eventualmente podría causar un menoscabo o daño del que dimana la *obligación* de reparar o restaurar. Podría decirse sin temor a equívocos, que la realización del canon constitucional en mientes, al menos desde la óptica del derecho privado, está en la escuela de la *responsabilidad civil*, contenida en el título XXXIV del Código Civil Colombiano, cuyo artículo 2341, manda a quien ha cometido “...*un delito o culpa, que ha inferido daño a otro...*”, a salir a su resarcimiento, dado que, “...*cuando se ha infligido daño a una persona nace el deber indemnizatorio...*”³.

² Numeral 1º del Artículo 95 Constitucional.

³ Sentencia de Casación Civil SC4405-2020 del 17 de Noviembre de 2020, M.P. Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

El célebre tratadista *Arturo Alessandri Rodríguez*⁴ sobre el punto destacó que, “...*Pero en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento, que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para su autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar un daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede, pues, definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra...*”.

La cotidianidad del diario vivir implica *per se*, en el ejercicio de la propia libertad del ser, estar expuesto, ya a contravenir de manera *culposa* una regla de conducta sobre la que se yergue un daño o menoscabo a un tercero, o quizá, porque no, a ser víctima de esa misma situación; el hecho cierto y concreto es que la coexistencia de la persona, trae aparejada en sí misma, un riesgo que pendiendo de la posición en que se halle, puede ser menor o mayor. En todo caso, es imprescindible que se sepa que todo perjuicio o daño *ipso iure* ha de ser restaurado o reparado.

La H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil⁵, explicó lo siguiente:

“...Al efecto la Corporación tiene por establecido que, “solo el reconocimiento de aquélla permite que el daño sufrido por la víctima dé lugar a una acción reparatoria en contra de la persona que lo produjo. De ahí que en los sistemas de derecho occidentales cada

⁴ “*De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*”, Imprenta Universitaria, Estado 63, Santiago de Chile 1943, Pág. 11.

⁵ Sentencia Casación del 15 de septiembre de 2016, M P. Dra. MARGARITA CABELLO BLANCO, Rad. 25290 31 03 002 2010 00111 01; SC12994-2016.

quien deba responder por el daño que produzca, a menos que haya una razón jurídica para atribuirlo a una causa extraña o a un tercero.

Las libertades permiten a cada quien desarrollar su propio plan de vida, y en la medida en que una persona se beneficia de la convivencia deberá soportar recíprocamente los costos que surgen de esas relaciones, es decir que tendrá que reparar los daños que ocasiona. Luego, no es por cualquier consecuencia imprevisible o incontrolable que se deriva de nuestros actos por lo que estamos llamados a responder, sino únicamente por aquéllos que realizamos con culpa o negligencia.

(...) Es por ello, precisamente, por lo que en nuestra tradición jurídica solo es responsable de un daño la persona que lo causa con culpa o dolo, es decir con infracción a un deber de cuidado; lo cual supone siempre una valoración de la acción del demandado por no haber observado los estándares de conducta debida que de él pueden esperarse según las circunstancias en que se encontraba. (...). (CSJ SC Sent. Dic 18 de 2012, radicación n. 2006-00094)....”

Nuestro código civil, en consonancia con lo recientemente explicado, a partir del artículo 2341 y hasta el artículo 2359, estableció varios matices en punto de la infracción al deber objetivo de cuidado ya por dolo, ora por culpa, v.g., la responsabilidad por ebriedad; por el hecho ajeno; aquellas de los padres frente a sus hijos; la que inexorablemente debe atenderse cuando se tiene a alguien bajo subordinación o dependencia, etc.; en el asunto que ahora tiene la atención de la Sala, la parte demandante promueve acción de responsabilidad civil por el hecho ajeno en la finalidad de obtener la reparación del daño padecido por la penosa, lamentable e inesperada

muerte de la señora Graciela Polindara Polindara, quien en cumplimiento de su rutina como empleada doméstica en el Apto. 102 de la Torre 7 del Conjunto Residencial demandado, fue asesinada por la persona que en ese momento fungía como jardinero o aseo de la copropiedad; entiende ésta instancia que se intentó la demanda civil apoyada en el artículo 2347 del C.C. – huelga decir al respecto que tal circunstancia quedó asentada tanto en la demanda como en los escritos de réplica y esencialmente, el señor Juez en la fijación del litigio así lo declaró al punto de encauzar la valoración probatoria y raciocinio del fallo sobre tal aspecto – , fundamentalmente, porque el homicida – hoy día a buen recaudo de la justicia, fl. 127, Cdno. 1 – era empleado de la Sociedad Tecnisema Ltda., cuando se produce el infausto suceso, por lo que, bajo esa circunstancia, tal persona moral está llamada a responder por el hecho dañoso.

Es importante anotar que en el régimen de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas – Título XXXIV del Código Civil –, hay una serie de supuestos que eventualmente pueden tener cabida en el mundo fenomenológico, cada uno con particularidades propias pero todos con dos elementos comunes, la existencia cierta y real del daño y el nexo de causalidad; en algunos casos, hay presunción de culpa, lo que aliviana la carga de la víctima cual es el caso de las actividades peligrosas – art. 2356 –, el del animal fiero – art. 2354 – ; en la responsabilidad por el hecho ajeno – art. 2347 –, existe un auxilio probatorio o ayuda en favor de la persona afectada que se exterioriza en la no exigencia demostrativa de la relación de dependencia o subordinación; en suma, dependiendo del acontecer fáctico que sirva de respaldo a la pretensión declarativa de responsabilidad, hay una serie de requisitos y demostraciones necesarias para el buen éxito de

la misma; pero en todas, como se anotó, es común el daño y la relación de causalidad.

Para el caso *sub examine*, se pidió en la demanda de manera expresa la declaración de responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas que aquí intervinieron por el hecho de la muerte de doña Graciela Polindara Polindara a manos de un sujeto que, en ese instante, desempeñaba la labor de conserje adscrito a la sociedad Tecnisema Ltda.; no fue materia de discusión en la causa, la vinculación laboral del convicto con esa empresa, la prestación del servicio de aseo general en la propiedad horizontal por parte de aquella, ni menos la autoría del hecho criminal – además, tales cuestiones están absolutamente probadas en el expediente, entre otros con los documentos obrante a folios, 21 a 93; 107 a 127; 277 a 280 no tachados, ni redargüidos de falso –; lo que si fue objeto de debate judicial es si la circunstancia de la relación laboral del condenado con la compañía de aseo y el hecho concreto del delito cometido y juzgado por la especialidad penal – según sentencia de allanamiento a los cargos imputados obrante a folio 127 – hace responsable indirectamente al empleador; para el Juez de primera instancia no hay manera de imputar responsabilidad por el hecho ajeno por la simple razón que el empleado actuó por cuenta propia en el delito desapegado completamente de la labor para la cual fue contratado.

Lo primero que encuentra la Sala es la imprecisión de la subsunción del asunto por parte del Juez en la norma sustantiva, ya que se asió de la responsabilidad por el hecho ajeno contenida en el artículo 2347 del C.C., cuando lo correcto, era encauzar el caso por la regla general del 2341 *ibídem*; la razón es de suyo fácil de entender: las personas

jurídicas en general es un ente abstracto y ficticio – art. 633 del C.C. – que por sí sola no puede obrar y por ello, indefectiblemente necesita de la acción del hombre para realizar la finalidad para la que fue creada; en ese camino bien puede suceder que ocurra alguna situación que suponga la perpetración de un daño con visos de ser reparado, en cuyo caso, por supuesto, la que tiene la obligación de resarcir es la persona moral y no natural, pues esta actúa a nombre de aquella; por ello, independiente del vínculo o relación que una a la empresa con su agente, si éste en el cumplimiento de su deber para con aquella, inflige un daño a alguien, ésta debe aprestarse a asumir tal situación con la reparación del caso.

El asunto es explicado prolijamente por la H. Corte Suprema de Justicia de la siguiente manera⁶:

“..., los entes morales responden directamente por los actos culposos y dolosos de sus agentes que causan un daño resarcible a terceros en razón y con ocasión de sus funciones o prevalidos de la posición que ocupan en la organización. De ahí que resulte absolutamente innecesario tratar de demostrar que la persona jurídica demandada tenía o no el deber de vigilancia y control sobre el sacerdote, pues tratándose, como se trata, de un tipo de responsabilidad directa, no se requiere en absoluto la prueba de tal situación fáctica...”

En renglones siguientes, la Alta Corporación amplió el espectro de la tesis en comentario así:

“... En punto a la responsabilidad extracontractual, la corriente

⁶ Sentencia SC 13630-2015 del 7 de octubre de 2015, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

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

De esta responsabilidad no han estado exentas las personas jurídicas o entes morales, frente a quienes en un principio se concibió que podían responder civilmente, de manera indirecta, con apoyo en los conceptos de culpa 'in eligendo' e 'in vigilando'; pues se estimaba que era la mala elección o la falta de vigilancia lo que permitía proyectar sobre la persona moral el daño que, por negligencia u otro factor de culpabilidad, causarían sus dependientes o aquellos que le estuvieran subordinados...

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

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

de la organización. En concreto sostuvo:

Al amparo de la doctrina de la responsabilidad directa que por su vigor jurídico la Corte conserva y reitera hoy, procede afirmar pues, que cuando se demanda a una persona moral para el pago de los perjuicios ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, ejecutado en ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, no se demanda al ente jurídico como tercero obligado a responder de los actos de sus dependientes, sino a él como directamente responsable del daño.

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

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

Si ello es así, como en efecto lo es, es claro que para la resolución del caso presente, la senda sustantiva es la que marca el artículo 2341 del C.C., y no la del artículo 2347, entre otras cosas, porque distinto a lo que anotó el respetado fallador de instancia, si la conducta reprochable deviene del cumplimiento misional de la compañía es ésta *directamente* quien responde por tal acción al ser la beneficiaria de la operación de su agente, ya que, “...*basta que el hecho sea ejecutado por razón del servicio que se haya encomendado al individuo que sirve a un empresario, pues, en todas las operaciones de su cargo tienen la condición de dependiente de aquél...*”⁷; dicho de otra forma, la dicotomía que entendió la primera instancia surgir del artículo 2347 del C.C., es de suyo inexistente o irreal, pues en rigor, jurídicamente es impreciso hablar de *responsabilidad indirecta* – para el caso – ya que lo contemplado en ese precepto sustantivo, es una forma de asumir la responsabilidad por la persona moral *directamente* ante la comprobación de una circunstancia particular: la ejecución de la labor que comprende el objeto social por parte del agente.

Dicho lo anterior, los elementos axiológicos para el éxito de la responsabilidad *aquiliana* vienen a ser los mismos, daño, culpa y nexo causal entre aquellos dos; si se está en el escenario de buscar la responsabilidad de la empresa por acción u omisión de un trabajador o dependiente suyo – art. 2347 – existe una presunción de subordinación o dependencia a favor de la víctima según la jurisprudencia antes citada, ello por supuesto, redundando en beneficio del afectado; pero en todo caso, insístase, la responsabilidad es *directa* por las anotaciones ya consignadas en extenso en ésta providencia y la regla sustantiva que la regenta es como se explicó, la general del artículo 2341; en el caso que ahora ocupa la atención de

⁷ “Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano”, Don Fernando Vélez, Tomo IX, 2da Edición, pág. 18.

éste juez *ad quem*, se tiene certeza plena acerca que efectivamente la persona que dio muerte a doña Graciela Polindara Polindara es la persona que desarrollaba labores de servicios generales al interior de la Unidad Residencial - al respecto ver interrogatorios de parte de los representantes legales de Tecnisema Ltda., y la Copropiedad, además de la prueba documental obrante a folios 21 a 93; 107 a 127; 277 a 280 – en principio, pudiera pensarse que un hecho delictivo como el concernido en el que medió la inexcusable voluntariedad del sujeto activo, exculpa a su empleador por la simple razón que allí no intervino el desarrollo de la labor u objeto de trabajo; dicho de forma más clara, la causa eficiente del daño es una manifestación propia e inmanente del trabajador pero no en función de su rol en la empresa, sino como exteriorización de un desdoblamiento mental producto de la adicción a sustancias alucinógenas – ver la declaración del condenado ante la Fiscalía General de la Nación, fls. 82 a 87, Cdno- 1 – y por ello, al no existir incidencia de la empresa, ni estar en sintonía con los deberes que esta le impuso al empleado *prima facie* no tendría por qué responder por el penoso deceso de la señora Polindara Polindara; es más, el consumo de estupefacientes responde a una decisión personalísima incluso permitida por la ley – memorar la dosis personal, literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986 y la emblemática Sentencia C – 221 de 1994 que la despenalizó – luego tal circunstancia *per se* no es fuente de daño alguno para la comunidad, ni podría ser reprimido por el patrono o para el caso, por la administración de la copropiedad salvo lo que al respecto se haya estipulado en el manual de convivencia de ésta o contrato de trabajo con aquella.

En sentir de la Sala la equivocación de la sociedad Tecnisema Ltda., empleadora del sujeto que cometió el ilícito, es no acreditar en el

expediente un estrecho, juicioso y suficiente campo de vigilancia sobre tal persona, pues no basta con afirmar de manera superficial y perfunctoria que el acto – delito –es ajeno a la función social de la empresa, sumado al desobedecimiento del señor Sánchez Pasaje de desplazarse a la torre 7 de la Unidad, sin tenerla asignada para la labor de aseo o jardinería; el asunto no pasa por achacar el deber de vigilancia a la empresa de seguridad ya que, la subordinación – aspecto probado en el expediente y que además no fue objeto de discusión – por razón del vínculo laboral – tampoco fue objeto de debate tal situación, es más, en la contestación de la demanda de Tecnisema Ltda., se afirma tal hecho, fls. 270 a 278 – supone *dependencia* y ello lleva implícito el deber de vigilancia, porque “...*el empleador tiene la suficiente autoridad para regular, ordenar y controlar los actos de sus dependientes, evitando así que estos se comporten en forma ilícita causándole daños a terceros. Es pues únicamente la subordinación y la obligación de vigilancia que ella conlleva lo que genera la responsabilidad del empleador...*”⁸, máxime si tal como está plenamente probado en el expediente con los varios documentos tales como, la minuta de portería – allegada por Alpha Seguridad –, las declaraciones a instancia de parte de los representantes legales de la Copropiedad, empresa de seguridad y la de aseo – dvd., fl. 326 –, que dan cuenta que el hecho delictivo se produjo en horas laborales – entre las 11.30 y 11.50 a.m. – es decir, fácil es presuponer que el presidiario, prevalido de su condición de aseo y de ganarse cierto nivel de confianza al interior de la Unidad, tomó la repudiable decisión de irrumpir en el Apto. 102 de la Torre 7 para hurtar – como él mismo lo confiesa, ver declaración folios 82 a 87 –, con tan mala fortuna de verse sorprendido por doña Graciela

⁸ “Tratado de Responsabilidad Civil”, Tomo I, Javier Tamayo Jaramillo, Ed. Legis, 2007, pág. 750.

Polindara que optó por propinarle un golpe en la cabeza de tal magnitud que le produjo la muerte.

El contexto fáctico y probatorio del expediente, da cuenta sin lugar a equívocos, que el indeseable deceso de la señora Polindara Polindara – hecho que sin duda llena de luto y dolor a sus parientes y que por supuesto la Sala lamenta profundamente –, se dio por una acción volitiva del sujeto activo de la conducta criminal – penetrar subrepticamente en propiedad privada para hurtar – y si bien tal circunstancia no tiene nada que ver con las labores de aseo o jardinero, si se sirvió de tal función para perpetrar la acción típica, más si fue en horas laborales; por ello, la sociedad demandada Tecnisema Ltda., debe responder directamente por esa acción ya que insístase, el empleado estaba bajo su mando y vigilancia virtud a la subordinación ínsita en toda relación laboral.

Un importante tratadista del derecho de la responsabilidad civil hizo la siguiente explicación sobre el punto⁹:

“...Pero la presunción opera en principio por el simple hecho de que el daño se cause durante el tiempo en que el dependiente está bajo las órdenes y al servicio del empleador. No hay lugar a distinguir entre daños causados en el ejercicio de las funciones o con ocasión de las mismas...En conclusión, y con la excepción anotada, podemos decir que en el derecho colombiano la presunción de culpa del artículo 2347, aplicable a las personas naturales por el hecho de sus dependientes, opera siempre que el acto o comportamiento ilícito del dependiente se produzca durante el tiempo en que éste se encuentre al servicio del patrono, poco importa que la conducta ilícita esté o no

⁹ Cita en 7.

en relación con las funciones que le han sido encomendadas. Lo que interesa es la vigilancia que durante las horas de trabajo debe tener el empleador sobre su dependiente...Pero, desde el punto de vista de la causalidad jurídica la falta de salirse de la función ejercitada (culpa en la creación de la situación) y la de no vigilar suficientemente al dependiente, se produjeron en el ejercicio de la función, lo que genera la responsabilidad del civilmente responsable o de la persona jurídica. En consecuencia, lo que se le reprocha al demandado es que la culpa en que incurrió el órgano o dependiente al salirse de la función cuando la estaba ejecutando se produjo justamente en el ejercicio de ella. Además, casi siempre está el hecho de que esa falta es imputable a la persona que tenía la posibilidad de evitar que ese desvío se produjese. Por tanto, desde que la conducta del agente se torne culposa por desviarse de la función hacia un comportamiento ilícito y ajeno cuando la estaba ejecutando, fácil es concluir que el daño tiene relación directa con el ejercicio de la función, poco importa que la conducta realizada ya por fuera de la función (culpa en el desarrollo de la situación), físicamente no tenga que ver con esta. De todas formas, la falta inicial que desencadenó todo el fenómeno causal se produjo en el ejercicio de la función...". (Subraya fuera de texto original).

La H. Corte Suprema de Justicia en una decisión que podría considerarse punto arquimédico sobre lo discurrido, en la que trató una temática sumamente inquietante – la responsabilidad de la Iglesia Católica y la Diócesis del Líbano – Honda (Tolima) por el abuso sexual de que fueron objeto varios menores por parte de clérigos o sacerdotes – anotó lo siguiente¹⁰:

“...En el punto 1º se reiteró la posición de la jurisprudencia

¹⁰ Fallo citado en 5.

respecto a que las personas jurídicas no responden indirectamente por el hecho de sus agentes, sino que el tipo de responsabilidad que se les atribuye por tales situaciones es la directa que consagra el artículo 2341.

Esta tesis trae una consecuencia que favorece a la víctima del perjuicio, puesto que amplía el término de prescripción de la acción y atenúa la carga probatoria, toda vez que los requisitos de la responsabilidad por el hecho propio son menos que los que exige la figura de la responsabilidad indirecta, porque al actor no se le exige demostrar la relación de dependencia o subordinación del autor del daño respecto del ente moral ni el deber de vigilancia de éste frente a aquél.

Hay que destacar, sin embargo, que los entes morales no responden civilmente por cualquier tipo de daño cometido por sus agentes, sino, exclusivamente, de los que éstos realizan en razón o con ocasión de sus funciones, o prevalidos de tal condición; es decir, cuando causan una lesión a terceros dentro del ejercicio normal de las tareas que deben cumplir dentro de la organización, o cuando abusan o incumplen la labor que están llamados a desempeñar.

En ese orden, para endilgar responsabilidad civil a la persona jurídica el demandante debe probar la existencia del daño; que éste fue cometido por un agente de aquélla en razón o con ocasión de sus funciones, o prevalido de su condición dentro de la organización; y la culpa o el dolo del infractor. En tanto que el ente moral sólo se exime de responsabilidad si demuestra que el hecho lesivo no existió; que no fue cometido por uno de sus

agentes sino que se debió a fuerza mayor, caso fortuito, o culpa exclusiva de la víctima; que no se produjo ningún daño; o que no fue realizado en razón o con ocasión de la función...”. (Subraya la Sala).

Entonces, si tal como está probado en el expediente, hay una sensible falla al deber de vigilancia por parte de la Sociedad Tecnisema Ltda, según lo expuesto en precedencia, independiente que el hecho delictivo del empleado sea ajeno o extraño a la función de conserjería, le es asignable a aquella de manera irrefragable responsabilidad directa por el hecho dañoso de la muerte de la señora Graciela Polindara Polindara, por cuanto que, el subordinado en horas laborales y valiéndose de su cargo, cometió el atroz y execrable crimen de la ciudadana; de esa manera, concurren todos los elementos axiológicos para la prosperidad de la acción aquiliana – daño, representado en la muerte de la empleada doméstica; culpa, el hecho delictivo cometido por el empleado de aseo extensible a su empleador, esto es, compañía Tecnisema Ltda., con ocasión del vínculo laboral que existió y nexo de causalidad, en el entendido que la muerte fue con ocasión del ilícito aquí tantas veces señalado y que mereció la fustigación en lo penal por parte de la especialidad del ramo, ver fallo a folio 127 –.

El panorama es distinto tanto para la Copropiedad, como para la empresa de seguridad, ya que por una parte, no tenían poder de vigilancia sobre el homicida en el entendido que no era un subordinado suyo y por otro, porque en el expediente frente a este par de personas jurídicas, no hay prueba que permita colegir o ligar el hecho del crimen de doña Graciela con alguna acción u omisión de su parte; insístase, realmente la función de vigilancia por parte de la

Unidad Residencial y la empresa de seguridad que contrató está restringida en lo fundamental a las zonas comunes no tanto en la prevención del delito, sino en la garantía del bienestar y sana convivencia de los condóminos; por ello, resultaría reprehensible achacarles algún tipo de responsabilidad a sabiendas que el hecho dañoso no tuvo lugar en alguna zona común, sino al interior de un espacio particular en el que, por un lado, no existe legalmente obligación de celaduría por parte de aquellas y por otro, esa potestad está exclusivamente en cabeza del propietario o tenedor de la unidad privada, según sea el caso; súmese que no obra en el expediente prueba indicativa que con antelación, el aseo que cometió el crimen, haya comportado una conducta sospechosa o anormal al interior de la propiedad horizontal y que haya merecido algún tipo de advertencia o admonición por parte del personal de seguridad o de la administración en cuyo caso, por existir el antecedente y no haberse tomado medidas preventivas, posiblemente estarían avocadas a responder por el menoscabo aquí analizado; por el contrario, se tiene que el ingreso del conserje a la Unidad Residencial fue una situación recurrente y admitida – por la administración de la propiedad horizontal y por la empresa de vigilancia –precisamente con ocasión de su trabajo, aspecto que como está suficiente demostrado, tuvo la aquiescencia y gestión de la sociedad prestadora del servicio de aseo; en suma, no hay evidencia, que el doloroso hecho sea producto de una marcada desidia y negligencia de estos sujetos procesales y por lo mismo no les cabe responsabilidad alguna, tal como lo señaló el *a quo*.

Las anteriores razones permiten a la Sala estimar parcialmente la apelación de la apoderada de los demandantes, únicamente en contra de la Sociedad Tecnisema Ltda., por lo ampliamente dicho, por lo que

se infirmará la decisión de primera instancia; las mismas argumentaciones anotadas para tener por probada la responsabilidad de la persona moral son suficientes para no acoger las excepciones de mérito que con ánimo liberatorio propuso – fls. 272 –.

Probada la responsabilidad de la Sociedad Tecnisema Ltda., según consideración hecha en precedencia, debe la Sala entrar a determinar lo atinente a los perjuicios solicitados en el libelo a lo cual se encauza en los siguientes términos

En punto del *daño*, el maestro Arturo Alessandri Rodríguez¹¹ lo concibió así:

“...Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son indiferentes; la ley no las considera...”

En el *sub lite*, por supuesto, está debidamente acreditado el daño del que fueron víctimas los demandantes y no es otro que el deceso de la pariente – esposa y madre – con ocasión del crimen cometido por quien en su momento trabajaba en la Unidad Residencial como conserje que dicho sea de paso, hoy día está purgando su pena – ver folios 12, 20 a 127 –.; sobre tal situación la parte actora pretende el reconocimiento de perjuicios materiales en su modalidad de lucro

¹¹ *“De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno”*, Imprenta Universitaria, Estado 63, Santiago de Chile 1943, Pág. 210

cesante pasado y futuro fundado en el hecho que la occisa laboraba como empleada doméstica y devengaba un salario mínimo; se sabe que el artículo 167 del C.G.P., en consonancia con el artículo 1757 del C.C., impone en éste caso, el deber ser de acreditar ese pedimento, ya que, **“...Cuando se busca la indemnización de perjuicios patrimoniales en el rubro de lucro cesante, el afectado tiene la doble carga de llevar al convencimiento, por un lado, de que éstos ocurrieron ante la disminución o interrupción de unos ingresos que se tornaban ciertos y, del otro, de cómo cuantificarlos, bajo la premisa de que su propósito es netamente de reparación integral, sin que pueda constituirse en fuente de enriquecimiento...”**¹², infortunadamente en el proceso no se probó la realidad de la dependencia económica de los hijos y esposo frente a la madre fallecida, más allá que en las declaraciones recaudadas – interrogatorio de parte a los demandantes y testimonios – se puede constatar que efectivamente la señora era empleada doméstica y aún en la presunción de que devengara por tal labor el salario mínimo para la época, era indispensable acreditar con más rigor y precisión que ese estipendio era el sostén pecuniario de la familia; es más algunos de los familiares de doña Graciela Polindara narraron que conformaron unidades familiares independientes, lo que permite inferir que no existía una dependencia económica marcada; es importante recabar, a propósito del *lucro cesante*, que **“...se concreta en la afectación de un interés lícito del damnificado a percibir una ganancia, provecho o beneficio de tipo económico, que ya devengaba o que habría obtenido según el curso normal u ordinario de los acontecimientos...”**¹³, si ello es así, como realmente es, era

¹² Sentencia de Casación Civil SC 20950-2017 del 12 de diciembre de 2017, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, 28 de febrero de 2013, M.P. ARTURO SOLARTE RODRIGUEZ, Ref.: 11001-3103-004-2002-01011-01

necesario por el extremo activo probar más allá de toda duda razonable, la ganancia, provecho o beneficio económico que percibían de doña Graciela, al no estar demostrada tal circunstancia, no puede ser objeto de condena y por lo mismo, no habrá orden en dicho sentido.

En punto del *daño moral* es importante explicar que consiste en aquella afectación de índole psicológica y emocional, producto de la aflicción, zozobra y dolor que genera la materialización de una lesión; sobre el punto, además de su cuantificación, la Corte Suprema de Justicia¹⁴, ha dicho lo siguiente:

“...la Sala señaló que esta especie de daño “incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece”, que para su valuación, “(...) ‘existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal’ (...) (G.J. Tomo LX, pág. 290)” y que su cuantificación “no es asunto que la ley hubiese atribuido al antojo judicial, como algunos erróneamente han querido verlo, equivocación que lamentablemente ha desembocado en una injustificada mengua de su importancia, habida cuenta que al pretender asentarlo sobre la veleidad del juez, se le despoja de su carácter técnico y acaba teniéndose como una merced ligada a criterios extrajurídicos como la

¹⁴Sentencia citada en 12.

compasión o la lástima”, pues, “[p]or el contrario, en la medida en que la indemnización del perjuicio moral sea examinada en su verdadera entidad y se advierta en ella la satisfacción de un daño real y cierto, podrá el sentenciador calcular adecuadamente su monto...”.

Siguiendo el *arbitrium judicis*, como bastión del cálculo del daño extrapatrimonial y partiendo de la presunción del dolor y aflicción que produjo en la persona de los demandantes la desafortunada muerte de la señora Graciela – se constata tal congoja y padecimiento con las declaraciones de los propios actores y los testimonios de José David Borja, Larry Andrés Bojorce Ruíz y Ana Patricia Gómez Jaramillo quienes son unívocos en asentir el dolor que aún embarga a los parientes por la inesperada muerte de la ciudadana, ver declaraciones en dvd.,fl. 326 – la Sala estima como prudente señalar por éste concepto para Don Gustavo Alfredo Maje – ex cónyuge de la fallecida – la suma de \$ 20.000.000.oo. y para cada uno de sus hijos Carlos Andrés Flórez Polindara, Phanor Alfredo Maje Polindara y Carolina Maje Polindara, la suma de \$ 40.000.000.oo. a cada uno, en consideración a su nivel de afección psíquica según el parentesco – sobre la acreditación de la consanguinidad ver folios, 15, 16 y 17 –.; esta condena deberá ser pagada exclusivamente por la Sociedad Tecnisema Ltda., dentro de los ocho (8) días siguientes a la ejecutoria ésta decisión.

Según expresa previsión del numeral 4º del artículo 365 del C.G.P., la Sociedad Tecnisema Ltda., deberá pagar las costas procesales de ambas instancias y así se dispondrá en la parte resolutive como sigue a continuación.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la Sentencia # 056 proferida el 12 de noviembre de 2019 por el Juzgado Segundo Civil de Circuito de Cali, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR civilmente responsable únicamente del daño moral causado en la persona de los demandantes, exclusivamente a la Sociedad demandada Tecnisema Ltda., con ocasión de las consideraciones vertidas anteriormente.

TERCERO. RECONOCER a favor de la parte actora y a cargo de la sociedad demandada Tecnisema Ltda., el pago de las siguientes sumas de dinero que compila lo atinente al perjuicio extrapatrimonial:

DAÑO MORAL.

Para Don Gustavo Alfredo Maje – ex cónyuge de la fallecida – la suma de **\$ 20.000.000.00.** y, para cada uno de sus hijos, Carlos Andrés Flórez Polindara, Phanor Alfredo Maje Polindara y Carolina Maje Polindara, la suma de **\$ 40.000.000.00.**, que deberán ser pagados dentro de los ocho (8) días siguientes a la ejecutoria de ésta decisión

CUARTO: Negar el pago del daño patrimonial a raíz de lo consignado en la parte argumentativa de éste fallo.

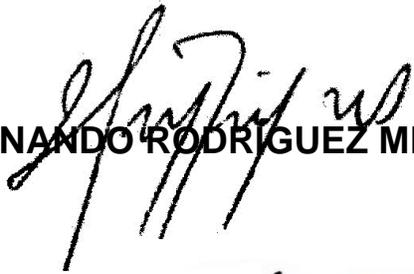
QUINTO. CONDENAR a la Sociedad demandada Tecnisema Ltda., al pago de las costas procesales de ambas instancias – numeral 4º del artículo 365 del C.G.P. –; por concepto de agencias en derecho de esta instancia, se fija la suma de **\$1.500.000**. Liquídense.

SEXTO. Confirmar la negación de pretensiones frente al Conjunto Residencial la Portada de la Hacienda y Alpha Seguridad Privada Ltda., pero por los razonamientos hechos en ésta decisión judicial.-

SÉPTIMO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,


HERNANDO RODRÍGUEZ MESA


CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ


HOMERO MORA INSUASTY