Pereira, septiembre 24 de 2020

**SALVAMENTO DE VOTO**

Magistrado Ponente: Edder Jimmy Sánchez Calambás

Proceso: Responsabilidad civil extracontractual

Demandante: Carl Alexander Merkt Zappe y/o

Demandada: Industrias Metálicas Los Pinos S.A.

Expediente No.: 050001-31-03-002-2011-00444-01

A continuación expongo las razones por las que me aparté de la sentencia proferida por esta Sala, el 22 de los corrientes, que confirmó la decisión de primera instancia, dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Itaguí, en el proceso de la referencia, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

1. A mi juicio, el fallo objeto de revisión ha debido ser revocado para declarar la responsabilidad reclamada, como paso a explicarlo de manera breve.

Dice el artículo 2341 del Código Civil: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido”*. A partir de esa disposición, la doctrina y la jurisprudencia han diseñado los tres elementos que configuran la responsabilidad aquiliana: un hecho generador del daño; la culpa o dolo del sujeto a quien se le endilga responsabilidad y la relación de causalidad necesaria entre uno y otro. Esos tres elementos se encuentran probados en el proceso.

En efecto, el hecho generador del daño quedó probado en el plenario con la confesión del representante legal de la sociedad demandada, tal como se explicó la sentencia de esta Sala. Pero además, considero, debió agregarse, con la providencia que dictó la Inspección Urbana de Policía San Fernando Comuna Cuatro, de Itaguí, el 1º de diciembre de 2009[[1]](#footnote-1), que así lo declaró y ordenó al representante legal de la sociedad demandada volver las cosas al estado en que se encontraban antes de producirse el acto perturbador, so pena de incurrir en multa; la que fue confirmada por el Juzgado Departamental de Policía de la Gobernación de Antioquía mediante providencia del 23 de diciembre de 2010[[2]](#footnote-2).

Esa conducta puede considerarse culposa, pues sin autorización alguna, la sociedad demandada precedió a ejecutarla con total desconocimiento de los derechos que a la servidumbre tenían los demandantes.

Además se demostró el daño. La mayoría de mis compañeros consideró lo contrario y ese fue el fundamento para negar las pretensiones, pero a esa conclusión se llegó sin analizar pruebas que fueron practicadas para demostrarlo, concretamente las siguientes:

El testimonio de la señora Aliria Medina Arcila, quien laboró al servicio de la sociedad Prefabricados Color Concreto. Dijo ella que con el cierre de la servidumbre se causó la quiebra a esa empresa, al construir un muro y cerrar las puertas, pues en tal forma no podían ingresar los productos, no habían producciones grandes; se impidió el desarrollo de su labor y la empresa que daba buenas utilidades hasta cuando se produjo aquel hecho, dejó de hacerlo.

La declaración del señor Julio Alberto Viana Sanín, quien expresó que con la perturbación a la servidumbre se impidió el acceso de los camiones que entraban a la empresa Prefaricados Color Concreto para entregar la materia prima, no había acceso ni salida para los productos al por mayor, se dificultó la compra en grandes cantidades de cemento y varilla de diferentes calibres porque los carros no alcanzaban a ingresar debido la estrechez de la servidumbre y las ventas anuales que eran de $400.000.000 se redujeron a $60.000.000 o $70.000.000, lo que produjo una iliquidez grande, la compañía está en liquidación y mensualmente arroja pérdidas, de todo lo cual se ha dado cuenta como asesor contable de la referida empresa.

Con esos testimonios, considero, se demostró, al menos parcialmente el daño reclamado, pues los testigos, por las circunstancias indicadas, se percataron, no solo de la existencia del hecho causante del daño, la perturbación de la servidumbre por parte de la sociedad demandada, sino del daño que sufrió la sociedad Prefabricados Color Concreto, al ver seriamente comprometidos sus ingresos y de esa manera puede decirse que se demostró además el nexo causal, al menos en relación con aquel perjuicio.

En la sentencia de la que me aparto, no fueron objeto de análisis los testimonios referidos.

En esa providencia se enlistaron cada uno de daños cuya indemnización se reclaman, pero, insisto, no se analizó prueba alguna para establecer si estaban demostrados y sin más, se llegó a la conclusión de que no se estableció su monto. En tal forma se confundieron el daño y su cuantía que son diferentes y si era sobre esto último que no existía prueba suficiente, han debido decretarse pruebas de oficio para cuantificarlo.

En conclusión, como se encontraban demostrados todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, ha debido revocarse el fallo producido en primera instancia y condenar a la parte demandada a pagar los perjuicios causados a la sociedad demandante, a título de lucro cesante, mientras duró la perturbación a la servidumbre.

2. Tampoco comparto los argumentos que contiene la providencia aprobada por mayoría, respecto del análisis del dictamen pericial practicado en el curso del proceso para determinar el referido perjuicio, pues se dijo que no estaba sustentado en documento alguno y por eso, se le negó valor demostrativo.

Sin embargo, en su trabajo dijo la experta que se trasladó a las instalaciones de la empresa y fue atendida por el señor Julio Alberto Viana, quien puso a su disposición todos los documentos y libros contables necesarios de los años 2009 hasta el año 2013; además, que en la elaboración de su trabajo se atiende lo preceptuado por el Decreto 2469 de 1993, “Reglamento General de la Contabilidad”; revisó los libros de contabilidad y para cada año fiscal, los ingresos operacionales; la relación de ventas, apoyada en soportes contables (facturas). Así, concluyó que con posterioridad al año 2009, la producción disminuyó en un 87% comparada con la que se venía recibiendo desde 2006.

Adujo que pudo confirmar con proveedores de la empresa que no se les permitía ingresar vehículos para descargar materiales; debían dejarlos afuera de la fábrica; no se podía vender a granel sino que todo debía ser empacado, lo que generaba más costos y así no podían competir en el mercado.

Concluyó la perito, luego de realizar el promedio de las ventas que se realizaban antes de la perturbación a la servidumbre, con las que se hacían después, que lo dejado de percibir por la sociedad demandante en los últimos cuatro años, asciende a $499.865.000.

Nuevamente afirmó que su examen lo realizó con fundamento en los documentos que reposaban en las instalaciones de la compañía Color Concreto Ltda., así como la que reposa en el expediente, tuvo a su disposición personal suficiente para realizar el examen, la verificación sobre facturación oficial física, así como los libros de contabilidad.

Con motivo de unas aclaraciones y complementaciones solicitadas por el apoderado de la parte demandada, luego de definir la experta los términos costos de producción y costos indirectos de producción, explicó el procedimiento para establecer la utilidad bruta promedio o utilidad de producción, para lo cual, al total de ventas netas le restó los costos de producción, así obtuvo la utilidad neta antes de impuestos, a la que deduce el impuesto neto de renta y obtiene la utilidad neta después de impuestos.

Ese procedimiento lo aplicó para liquidar esa última utilidad entre 2006 y 2009 y entre 2010 y 2013.

Luego reiteró que el valor dejado de producir en los últimos cuatro años ascendió a $499.865.000 y aplicando los porcentajes atrás explicados a esa suma, obtiene como utilidades netas la suma de $142.750.000 entre 2006 y 2009 y $558.000 entre 2010 y 2013.

El dictamen fue objetado por la parte demandada, pero la única prueba que solicitó para demostrar la objeción, se negó. En consecuencia, puede decirse que no se probó la objeción propuesta y así ha debido decidirse en la providencia aprobada por mayoría.

De esa manera las cosas, la prueba de que se trata ha debido ser apreciada, pues contrario a lo afirmado en la sentencia de este Tribunal, se fundamentó en los documentos contables de la sociedad demandante, y con fundamento en ella, establecer el monto de las indemnizaciones reclamadas por la sociedad demandante a título de lucro cesante, mientras duró la perturbación a la servidumbre, teniendo en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos.

3. En conclusión, como se encontraban demostrados todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, ha debido revocarse el fallo producido en primera instancia y condenar a la parte demandada a pagar los perjuicios causados a la sociedad demandante, a título de lucro cesante, mientras duró la perturbación a la servidumbre.

4. Aunque anuncié que salvaría el voto, lo hago solo de manera parcial, pues los demás accionantes no demostraron los daños reclamados, ya que ninguna prueba se aportó o practicó para demostrarlos y eso es lo que ha debido decirse en la sentencia de la que me aparto, en la que, reitero, se obvió el análisis del daño como elemento de responsabilidad y se pasó a establecer si estaba o no demostrada su cuantía, como lo mencionara en otro aparte de este escrito.

5. De otro lado, aunque estimo que la sociedad demandante no ha debido ser condenada a pagar las costas causadas, pues sus pretensiones estaban llamadas a prosperar, han debido tasarse las agencias en derecho en el fallo porque así lo dispone el numeral 2º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el 19 de la ley 1395 de 2010, y liquidarse las costas en esta sede, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 393 de la misma obra, aunque en la actualidad esté vigente el Código General del Proceso que ya no manda hacerlo así y con fundamento en las reglas sobre la aplicación de la ley procesal en el tiempo.

En efecto, como el recurso de apelación contra la providencia proferida en primera instancia se interpuso en vigencia del Código de Procedimiento Civil, es ese estatuto el que debe aplicarse durante todo el trámite de la alzada de acuerdo con el artículo 40 de la ley 153 de 1887, modificado por el 624 del Código General del Proceso, que dice:

*“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

*Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.*

*La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.*

De acuerdo con esa disposición, las normas procesales son de aplicación inmediata, aun respecto de los procesos pendientes, pero esa regla general admite algunas excepciones, concretamente aquellas que enlista en el inciso 2º, dentro de las cuales se incluye, para hacer referencia al caso concreto, la de los recursos interpuestos, que se rigen por la ley vigente para la fecha en que se propusieron.

Esa excepción ordena entonces aplicar la ultractividad de la ley antigua respecto de los recursos interpuestos bajo su imperio. En esas condiciones, como el de apelación que formuló la parte demandante lo fue en vigencia del Código de Procedimiento Civil y no se había desatado cuando entró a regir el Código General del Proceso, su trámite ha de terminar regulado por el primero, lo que permite obtener un orden procesal.

Y es que el trámite del recurso finaliza con la ejecutoria de la providencia que lo defina, pero si se impone condena en costas, lo será con la del auto que apruebe su liquidación, pues el numeral 1º del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, atrás citado, ordena liquidarlas al Tribunal o juzgado de la respectiva instancia o recurso, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que las imponga.

En conclusión, no podía aplicarse el Código General del Proceso en la propia sentencia que desató el recurso, pues el trámite de este no había terminado.

En relación con ese tránsito legislativo, dijo la Corte Suprema de Justicia:

*“1.- Cuestión de primer orden es precisar el referente adjetivo al que se acudirá, en lo que fuere pertinente, habida cuenta que mientras que este litigio comenzó con el Código de Procedimiento Civil (julio de 2014), en la fase del recurso extraordinario cobró vigencia integral el General del Proceso, producto de la expedición por el Consejo Superior de la Judicatura del Acuerdo No. PSAA15-10392 de 1° de octubre de 2015, que en su artículo 1° dispone: “El Código General del Proceso entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país el día 1º de enero del año 2016, íntegramente”.*

*La sucesión temporal o tránsito legislativo luego de la iniciación de un juicio apareja interrogantes complejos y, por lo mismo, en ocasiones, de difícil solución. En el campo teórico, esa problemática puede resolverse de tres formas: (i) aplicando la ley anterior hasta la definición del pleito; (ii) incorporando la nueva a todos los actos posteriores a su vigencia; o (iii) empleando para unas actuaciones la novel normativa y para otras la que le precedió.*

*La Ley 1564 de 2012 sigue, en los artículos 624 y 625, que son los que tratan puntualmente el asunto, un sistema mixto.*

*En efecto, el primer canon, modificatorio del artículo 40 de la ley 153 de 1887, trae una regla general sobre la aplicación inmediata de la ley procesal, con ciertas salvedades relativas a la ultractividad, taxativamente señaladas a saber: “los* recursos interpuestos*, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones”.*

*El segundo, apartándose del postulado general, ofrece unas orientaciones específicas destinadas a preservar la vigencia temporal y excepcional de la norma derogada, no en todos los procesos, sino en los ordinarios, abreviados, verbales y ejecutivos, y sólo hasta determinadas etapas. Y, también aquí, el legislador se cuidó de repetir las salvedades del 624 en lo concerniente a recursos interpuestos, pruebas decretadas, audiencias convocadas, diligencias iniciadas, términos que estén corriendo, incidentes en curso y notificaciones que se estén surtiendo.*

*En ese orden de ideas, el funcionario judicial frente a un caso de sucesión o tránsito de legislación, debe preguntarse, en primer término, la clase de proceso que se está tramitando, luego la etapa que se está surtiendo y después cotejarla o compararla con las pautas del 625 id.*

*Acá, por ejemplo, se trata de un juicio ordinario que cuenta con fallos de primera y segunda instancia, de manera que ese precepto indica en el numeral 1, literal c), que “proferida la sentencia, el proceso se tramitará conforme a la nueva legislación”. Sería, entonces, el Código General del Proceso el llamado a gobernar las actuaciones postreras al veredicto, lo que finalmente no ocurre, en atención a que la excepción legislativa, inserta en ese canon y en el 624, determina que cuando se ha interpuesto un recurso (no se precisa cual, luego ello cobija ordinarios y extraordinarios), la preceptiva aplicable será la del tiempo de su formulación, que aquí es el C. de P. C., atendiendo que la impugnación extraordinaria se planteó el 8 de junio de 2012.*

*Consecuencia necesaria y natural de la precitada inferencia, es la de que al transitar esta casación por el camino del Código de Procedimiento Civil, todo lo que se derive de su discurrir y resolución, incluso la expedición de copias o certificaciones, el reconocimientos de personería, la condena en costas y su tasación, el decreto y práctica de pruebas (si ello se ordena previa sentencia sustitutiva), cumple rituarlo con esa codificación.*

*Lo contrario implicaría mezclar en un mismo escenario y con alternancia, dos codificaciones procesales, lo que atentaría con el mínimo de seguridad o certeza jurídica que debe acompañar la sustanciación de los litigios. Para los usuarios del sistema de administración de justicia, que buscan la tutela efectiva de sus derechos, debe ofrecerse una hermenéutica que les provea certidumbre sobre* *las normas que regulan el conflicto jurídico respecto del cual se solicita la decisión...” [[3]](#footnote-3)*

Y no es ese un criterio aislado. Lo mismo dijo en sentencia del 26 de octubre de 2016: *“Resulta pertinente precisar, que de acuerdo con el artículo 624 del Código General del Proceso, modificatorio del precepto 40 de la Ley 153 de 1887, para resolver el recurso se tomarán en cuenta las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, al hallarse este vigente para cuando comenzó su trámite…” [[4]](#footnote-4)* En esa providencia también fijó las agencias en derecho y ordenó liquidar las costas con sujeción al artículo 393 del Código de Procedimiento Civil. En la misma forma procedió el 11 de noviembre del año citado[[5]](#footnote-5), el 18 de abril de 2017[[6]](#footnote-6), el 13 de diciembre de este último año[[7]](#footnote-7), el 6[[8]](#footnote-8), el 13[[9]](#footnote-9), y el 23 de agosto del año pasado[[10]](#footnote-10).

Dejo así consignados los argumentos por los que me separo parcialmente de la sentencia proferida en segunda instancia.

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

Magistrada

1. Folios 92 a 101, cuaderno No. 1 digitalizado [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 49 a 91 del mismo cuaderno. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sala de Casación Civil del 26 de abril de 2016, MP. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez, sentencia SC-8845-2016, expediente 6600131030032010-00207-01. [↑](#footnote-ref-3)
4. #  MP. Dr. Luis Alonso Rico Puerta, sentencia SC13400-2016, expediente 08001-3103-013-2001-00093-01

 [↑](#footnote-ref-4)
5. MP. Dr. Ariel Salazar Ramírez, sentencia SC16283-2016, Radicación n° 11001-02-03-000-2012-02237-00 [↑](#footnote-ref-5)
6. MP. Dr. Luis Alfonso Rico Puerta, sentencia SC5208-2017, radicación No. 11001-02-03-000-2013-01881-00 [↑](#footnote-ref-6)
7. MP. Dra. Margarita Cabello Blanco, sentencia SC21078-2017, radicación 11001-02-03-000-2012-00663-00 [↑](#footnote-ref-7)
8. MP. Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque, sentencia SC3017-2019, expediente 76147-31-10-002-2011-00027-02 [↑](#footnote-ref-8)
9. MP. Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, sentencia SC3140-2019, expediente 05-001-31-10-009-2008-00867-01 [↑](#footnote-ref-9)
10. MP. Álvaro Fernando García Restrepo, sentencia SC3404-2019, expediente 11001-31-10-008-2011 [↑](#footnote-ref-10)