El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 21 de septiembre de 2017

Proceso: Ordinario – Revoca decisión del a quo y niega las pretensiones

Radicación Nro. : 2011-00121-01

Demandante: RUTH HENAO OROZCO Y OTROS

Demandado: MARIO ALEJANDRO HERRERA CASTRILLÓN Y OTROS

Magistrado Ponente: DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas:**  **RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL / TRANSPORTE DE PASAJEROS / AUSENCIA DE ELEMENTOS PROBATORIOS.** Al descender en autos, escasa luce la tarea probatoria de la parte actora, a quien le incumbía ese débito para demostrar los elementos de la responsabilidad contractual (Artículo 177, CPC), con la salvedad de la culpa, presumida como ya se anotara. La gran mayoría del material documental reposa en copia simple, prescindiendo de las formalidades del artículo 254, CPC, que avala la misma Alta Colegiatura de esta especialidad (2017). (…) Según las alegaciones de la demanda y la defensa, concuerdan en la preexistencia de una afectación física en la espalda (Dolor dorsal y cervical) de la perjudicada Ruth Henao Orozco. En parecer de la actora, solo se trataba de un “dolor” sin incidencia en la lesión ocasionada en el accidente de tránsito por el cual ahora reclama (Folio 283, de este cuaderno), pero para la demandada trátase de una lesión antigua, tipo fractura (Folio 8, de este cuaderno). Y desde luego es de capital importancia saber si esa dolencia incidió en la afectación reclamada por razón de los hechos aquí indagados o si fue inane, en otros términos: (i) resultó concausal la situación de la víctima directa; (ii) ninguna participación causal tuvo; o, (iii) fue causa exclusiva, al grado de liberar de responsabilidad con fundamento en el artículo 1003-3º, parte final, del CCo; estos interrogantes, al versar sobre cuestiones médicas, se ubican en el plano de lo científico y qué mejor probanza que una de linaje pericial, preferente según se explicó, sin caer en la tarifación legal, como se anunciara líneas atrás. Tampoco hay idoneidad en la pericia forense aparejada sin autenticación (Como para incorporarla de oficio), porque su motivación no especifica la particular incidencia de la lesión anterior, de todas formas refiere “fractura antigua”, según radiología (Folios 24 y 25, cuaderno No.1). Y se añade, en refuerzo, que el mismo 14-11-2009, según escrito de radiología obrante a folio 12 (En copia simple), aparejado con la demanda, da cuenta de la existencia de una fractura “antigua”. Como el resultado que pudiera arrojar la peritación, adviene inidóneo para vislumbrar un viraje en la decisión absolutoria, innecesario se muestra echar mano de los poderes oficiosos, pues en palabras de la misma CSJ: “*(…) inclusive en la hipótesis de superarse la irregularidad encontrada, la conclusión seguiría siendo la misma.*”.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO PEREIRA

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

Asunto : Sentencia de segundo grado – Comercial

Tipo de proceso : Ordinario – Responsabilidad transporte pasajeros

Demandante : Ruth Henao Orozco y otros

Demandados : Mario A. Herrera Castrillón, Promasivo SA y otra

Procedencia : Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira, R.

Radicación : 2011-00121-01 (Interna 9326)

Temas : Legitimación – Causalidad – Prueba de oficio - Peritaje

Mag. Sustanciador : Duberney Grisales Herrera

Aprobada en sesión : 491 de 21-09-2017

Pereira, R., veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

## El asunto por decidir

El recurso vertical que propusiera la parte demandante contra el fallo expedido el 01-10-2014, para finiquitar la primera instancia en el proceso mencionado, luego de los raciocinios jurídicos, que a continuación se plantean.

## La síntesis de la demanda

* 1. Los supuestos fácticos relevantes
     1. Cuando la señora Henao Orozco se transportaba en el bus de placas WHL-895 de Promasivo SA, el día 14-11-2009 al cruzar el segundo resalto del Centro Comercial Unicentro de esta ciudad, el conductor (Señor Mario Alejandro Herrera C.), no disminuyó la velocidad, por lo que cayó de su silla y ello le produjo un dolor intenso en su espalda; el mismo conductor la trasladó para que recibiera atención médica.
     2. Valorada por medicina forense, es dictaminada con perturbación del órgano de sostén osteomuscular de manera permanente y 45 días de incapacidad. También fue atendida por médico especialista, quien concluyó que hubo fractura T12 en accidente de tránsito.
     3. La lesión ha provocado tristeza y angustia en la señora Ruth, por el intenso dolor padecido; así mismo, la señora Teresita Henao Orozco y el señor Juan Bodker Henao, hermana y sobrino, respectivamente, damnificados porque conviven con la señora Ruth.
     4. La víctima directa es pensionada y desde su casa comercializaba manualidades y artículos de bisutería, cuyos ingresos ascendían a $1.030.000, al mes; y en razón a la afectación, dejó de recibir.
  2. Las pretensiones
     1. Declarar solidariamente responsables al conductor del vehículo, Mario A. Herrera C., a Promasivo SA y a la compañía Liberty Seguros SA, por los hechos donde fue lesionada la señora Ruth Henao Orozco y afectados los otros demandantes.
     2. Declarar responsables en forma solidaria, a los demandados, por los perjuicios morales, daño a la vida de relación y los del tipo material causados a los demandantes.
     3. Condenar en costas a la parte demandada (Sic).

## La sinopsis de la crónica procesal

La demanda fue repartida el 25-04-2011 y el Despacho, previa inadmisión, la admitió el 23-05-2011 (Folio 96, cuaderno No.1). La parte demandada fue notificada: Promasivo SA (Folio 133, cuaderno No.1), Liberty Seguros SA (Folio 132, cuaderno No.1) y el señor Mario A. Herrera C., a través de curador ad litem (Folio 110, *ibídem*); todos contestaron la demanda en tiempo. La compañía de seguros también fue llamada en garantía (Cuaderno No.2), cuyo enteramiento se produjo el 18-09-2012 (Folio 12, cuaderno No.2), y en el plazo para contestar allegó el respectivo escrito (Folios 13 a 78, cuaderno No.2).

La audiencia preliminar del artículo 101 del CPC, fue realizada el 20-02-2013, sin lograr conciliación, luego se pospuso en dos ocasiones, para continuarse el 05-08-2013, con el agotamiento de las etapas correspondientes, entre ellas el decreto de pruebas (Folios 198 a 207, cuaderno No.1). Con proveído del 06-12-2013 se corrió traslado para alegaciones finales (Folio 219, cuaderno No.1), y el 01-10-2014 se sentenció el asunto en forma desfavorable a la parte demandante (Folios 250 a 271, cuaderno No.1.), y apelada por la parte actora, se concedió la alzada ante este Tribunal, con auto del 29-10-2014 (Folio 288, *ibídem*).

En esta superioridad, con proveído del 03-12-2014 se admitió (Folio 4, de este cuaderno), para después dar el traslado (Folio 6, de este cuaderno), y pasar a Despacho el 28-01-2015 (Folio 29, de este cuaderno); con decisión del 29-06-2016 se prorrogó el plazo para fallar (Folio 32, *ibídem*).

1. El resumen de la sentencia apelada

En la resolutiva se declaró: (i) Probada la excepción de inexistencia de responsabilidad civil; y, (ii) Condenó en costas a la parte demandante, a favor de las demandadas. Como sustento de la decisión, estimó que faltó probar la culpa en la conducción del vehículo automotor, así como el nexo causal. Valoró la prueba documental y concluyó que la víctima directa tenía una lesión antigua, además comprendió que faltaba legitimación en la causa en Promasivo SA por no haber demostrado la propiedad en cabeza de tal sociedad (Folios 250 a 271, cuaderno No.1).

1. La síntesis de la apelación

Se expuso, en un escrito denso y harto farragoso, que obra en el plenario “dictamen” del médico especialista, Carlos Alfonso Téllez (Folios 279 y 284, cuaderno No.1), quien afirma con claridad la existencia de la fractura y que se produjo como resultado del trauma del 14-11-2009, día del accidente de tránsito, parecer que fue reiterado en los diversos controles médicos hechos a la señora Ruth Henao O., de igual manera, invoca la peritación de medicina legal, demostrativa de la fractura sufrida luego del episodio. Así entonces, mal pudo el fallador de instancia desconocer estos medios de prueba, idóneos en acreditación de que la causa tuvo origen en el accidente de tránsito.

Alega el recurrente que hay vínculo de causalidad como quiera que la obligación contractual del transportador, consistente en llevar sana y salva a la pasajera, fue incumplida y ello es imputable a negligencia del conductor al rebasar un resalto, sin reducir la velocidad, lo que ocasionó la caída que generó la fractura que no tenía la señora Henao Orozco. La falta de legitimación en la causa no debió declararse, puesto que el vehículo sí pertenece a Promasivo SA, porque la sociedad guardó silencio en este aspecto y “*(…) no es un secreto que para la fecha de la ocurrencia de los hechos era la empresa Promasivo SA (…)*”; se probó con la demanda y su contestación (Folio 281, cuaderno No.1).

Insiste el vocero judicial en que se pretermitió tasar el dictamen del médico, quien en cada control ratificó su conclusión sobre el origen de la fractura, pues si bien padecía la víctima directa dolores dorsales y cervicales, ello no significa como puede verse en la historia clínica, que sea una fractura. Relieva una sentencia de la CSJ (26-06-2003, No.064) sobre la presunción de culpa que opera a favor del pasajero, a quien le basta aseverar el incumplimiento, por tratarse de una obligación de seguridad, surgida del contrato de transporte (Folios 273 a 287, ibídem).

1. La fundamentación jurídica para decidir
   1. La competencia en segundo grado. La tiene esta Sala en consideración al factor funcional, superior jerárquico del Juzgado 1º Civil del Circuito de esta ciudad, quien expidió el fallo apelado.
   2. Los presupuestos de validez y eficacia. Ningún reparo se advierte, con entidad suficiente como para estructurar causal alguna de invalidación; y, a pesar de alguna ambigüedades en la demanda, se califica de idónea, así mismo, las partes tiene la condición de sujetos de derecho.
   3. La legitimación en la causa. El examen de este aspecto es oficioso[[1]](#footnote-1)-[[2]](#footnote-2), es decir, se revisa con prescindencia de que lo hayan discutido las partes; así sostiene la CSJ[[3]](#footnote-3) (2016), en criterio pacífico, acogido por este Tribunal[[4]](#footnote-4).

Esclarecida está la posibilidad procesal de acumular pretensiones[[5]](#footnote-5), contractuales y extracontractuales, criterio también prohijado por la literatura especializada, por ejemplo, el profesor Velásquez Posada[[6]](#footnote-6) (Nótese el avenimiento al artículo 82, CPC); y que quienes son ajenos al contrato de transporte pueden sufrir daños, tienen habilitación en la súplica extracontractual o aquiliana[[7]](#footnote-7) o delictual, así fue la voluntad del legislador, como fácil se lee en las actas de la Comisión revisora del Código de Comercio de 1971[[8]](#footnote-8).

Incontrastable fluye de una desprevenida lectura de la pieza promotora de la acción (Hechos y aspiraciones), que ningún planteamiento se hace para comprender razonablemente que las pretensiones se enderezaron en tal forma, y por contera, colegir sin vacilaciones que el querer irrefragable era acumular una pretensión contractual (Pasajera) a una extra-negocial (Víctimas indirectas o secundarias). Más bien refulge con meridiana claridad, la invocación única de la contractual, que se corrobora al examinar el encabezado del libelo introductor y poder mismo (Folios 1 y 86, cuaderno No.1), nada se dijo en las súplicas sobre este aspecto, son inexistentes.

En efecto, respecto a la pretensión contractual la tiene por activa (No hubo estudio en primer grado, apenas unas líneas descaminadas), al afirmar haber padecido perjuicios en sus intereses legítimos[[9]](#footnote-9)-[[10]](#footnote-10) (Artículos 2341 y 2342, CC), susceptibles de tutela judicial, en su condición de contratante (Pasajera), la señora Ruth Henao Orozco; empero no acontece igual con las demás personas que integran esta parte, pues resultan ser víctimas indirectas “*de rebote o contragolpe*” (La hermana y el sobrino), que ninguna participación tuvieron en aquel contrato de transporte terrestre de pasajeros celebrado entre la señora Ruth y Promasivo SA, frente a tal relación jurídica son terceros.

En suma, ante la ausencia de legitimación en la causa evidenciada en cabeza de los co-demandantes Teresita Henao Orozco y el señor Juan Bodker Henao, hermana y sobrino, respectivamente, se imponía absolver los condignos pedimentos con estribo en estas motivaciones.

Sigue a continuación concentrar la atención en el extremo pasivo, y al efecto, de entrada amerita reproche entender que el conductor Mario Alejandro Herrera C., sea demandado, puesto que con miras en que la pretensión es negocial, clara emerge su condición de *tercero* en tal relación, impropio luce que su participación en la ejecución material u operativa del convenio reseñado lo haga parte en sentido jurídico, apenas actuó como “*agente del transportador*” para emplear la terminología de la CSJ[[11]](#footnote-11), por esa gestión operativa jamás será transportista o transportador, porque entre otras cosas, trátase de un servicio público que requiere autorización estatal.

Así las cosas, ante la ausencia de legitimación del señor Herrera Castrillón para resistir la pretensión enrostrada en la demanda, se impone adicionar la sentencia para así disponerlo, sin que sea menester verificar su vocación de triunfo en virtud a que no fue apelado el fallo en este aspecto.

Ahora, también integra la parte demandada Promasivo SA, excluida en primer grado por no tener aptitud para soportar la aspiración; cabe decir que en el hecho No.1 de la demanda se dijo que la buseta era de su propiedad, ello en manera alguna se reduce a que necesariamente tenga esa calidad, la teoría de la guarda predica que puede ser (i) material, (ii) de provecho, o en la especie (iii) *jurídica*[[12]](#footnote-12), explicada de tiempo atrás por la CSJ[[13]](#footnote-13), y conservada para estos días. Esto para deducir que con una de tales modalidades puede acreditarse la categoría de parte calificada para enfrentar la súplica reparatoria por responsabilidad civil.

En este asunto el fallo impugnado descartó la legitimación de la sociedad transportadora al echar de menos la prueba del dominio, sin parar mientes en la doctrina de la guarda, y para tal cometido, si bien fue palmaria la precaria gestión probatoria de la parte demandante, escrutado el expediente, hállase en el cuaderno No.2, del llamamiento en garantía, copia simple de la póliza con Liberty Seguros SA (Válida porque no es documento de terceros, sino de una de las partes), útil para inferir la guarda jurídica en cabeza de Promasivo SA, pues no de otra forma es explicable que asegure una buseta que ningún riesgo le genera. En consecuencia, suficiente lo razonado, para tener probada su aptitud para afrontar el litigio.

Corolario de lo expuesto, se concluye el desatino de la providencia de primer nivel en este aspecto, que como hace parte de la pretensión impugnaticia de la parte demandante, tórnase tangible para esta Sala y hace procedente la revisión de la fundabilidad de las súplicas, además como quiera que la llamada en garantía concurre al proceso por razón del vínculo que la ata a esta parte, habrá de esperarse el desenlace de lo que frente a aquella se decida, para examinar la prosperidad del respectivo pedimento.

No huelga anotar que en tratándose de demostrar el dominio sobre vehículos automotores, la prueba, en la especialidad civil como comercial, conforme al artículo 47, Ley 769 (Declarada exequible por la CC[[14]](#footnote-14)), y el artículo 922, CCo, es la inscripción en la oficina de tránsito. En este sentido la CSJ[[15]](#footnote-15) como precedente vertical vinculante, y como criterios auxiliares el CE[[16]](#footnote-16) y en doctrina nacional: los profesores Tamayo Lombana[[17]](#footnote-17) y Bonivento Fernández[[18]](#footnote-18). En esta Sala existe precedente en este último sentido[[19]](#footnote-19).

Por último, resta examinar la pretensión también contractual, relacionada con la póliza No.1277, frente a la compañía Liberty seguros SA, de manera directa y no como llamada en garantía. Para tal fin, y por expresa disposición normativa (Artículos 1127 y 1133, CCo), los damnificados se autorizan para reclamar los perjuicios irrogados por el asegurado (Promasivo SA), por consiguiente como anejo al expediente se halla el aludido contrato, impera derivar legitimación en ambos extremos, incluso de los señores Teresita Henao O. y Bodker Henao. Tanto la aseguradora como el asegurado, son partes de tal convención y, por ende, con capacidad para participar del debate.

En síntesis: (i) Se coincide con la desestimación de las pretensiones del contrato de transporte terrestre de personas, pero por falta de legitimación en la causa en el extremo pasivo del conductor (Al ser un tercero), mas no de Promasivo SA, que está habilitado para resistir la demanda y su condición fue materia de apelación; subsigue estudiar el mérito de la pretensión reparatoria; (ii) Las súplicas extracontractuales, deben descartarse por inexistentes; y, (iii) Existe legitimación, por activa y pasiva, en todas las personas trabadas en la litis, respecto al contrato de seguro por responsabilidad civil contractual.

* 1. El problema jurídico para resolver. ¿Debe ser revocada, modificada o confirmada la decisión desestimatoria del Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira, R., a voces de la argumentación de la parte actora, y delimitado que la controversia se reduce las pretensiones de la póliza No.1277, hechas por todas las víctimas?

1. La solución al problema jurídico

Debe relievarse que la cuestión en esta sede se circunscribe a los disensos enunciados en el recurso[[20]](#footnote-20), por mandato del artículo 357 del CPC, cuyas salvedades no se dan en este evento; esto en aplicación del principio dispositivo que gobierna el proceso civil.

No pasa por alto esta Magistratura, resaltar la escasa motivación de la providencia en revisión, pues en su mayoría se dedica a “transcribir” la demanda y su contestación, relegando los aspectos analíticos de orden jurídico (Procesal, probatorio y sustantivo) a las conclusiones, sin mayor profundización en las premisas de sustento; todo en detrimento del debido proceso, y en particular, con compromiso del derecho de defensa de los justiciables.

* 1. La responsabilidad contractual en el transporte terrestre de personas

El análisis que enseguida se emprende, tiene como eje central determinar la ocurrencia del siniestro, esto es, la verificación de la responsabilidad civil a cargo de Promasivo SA, con ocasión del episodio relatado en la demanda, a efectos de fundar su estimación en esta sede, pues como se disertara atrás, el tema fue motivo de alzada y se halló legitimado; tal estudio es útil para verificar también la responsabilidad que le quepa a la aseguradora como demandada directa.

Esta tipología de negocios jurídicos, en específico tratándose del transporte terrestre de personas, figura regulada por el ordenamiento mercantil entre los artículos 1000 y 1007, del CCo, de manera especial, y de forma general aplican también las prescripciones normativas de los artículos 981 a 999, de la citada obra. Esta modalidad contractual se caracteriza por ser consensual (Artículo 981-2º, CCo.), y por lo tanto, su prueba puede ser a través de cualesquiera de los medios autorizados por el Estatuto Adjetivo Civil; por ejemplo, el billete o tiquete del transporte, da cuenta de su celebración, explica el profesor Arrubla Paucar[[21]](#footnote-21) en su libro.

Indiscutido que la pretensión esgrimida es de estirpe contractual, por lo que, sin mayores reflexiones, el tema de prueba[[22]](#footnote-22) lo constituye: “*(…) la existencia del contrato de transporte terrestre, el incumplimiento imputable al transportador, el daño y la relación de causalidad entre dicho daño y la culpa contractual del deudor.*”. Pertinente adicionar la doctrina jurisprudencial sobre la específica calificación de obligación de seguridad en estos contratos (Reiterada 2015[[23]](#footnote-23)) y la presunción de culpa que opera, en los siguientes términos, de la mano de la CSJ[[24]](#footnote-24):

3.- El artículo 982, numeral 2º del Código de Comercio, modificado por el artículo 2º del decreto 01 de 1990, impone al transportador, en el "*transporte de personas*", la obligación de "*conducirlas sanas y salvas al lugar de destino*", lo que comporta también, según el artículo 1003, *ibídem*, la obligación de responder de "*todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste*".

Es lo que la doctrina ha denominado "*obligación de seguridad*", en consideración a que el contrato de transporte origina obligaciones de resultado. Esto implica que en caso de incumplimiento, al pasajero le basta afirmarlo, sin que tenga que probar la culpa del transportador, pues ésta se presume. Como se explicó en la sentencia citada, tratándose de "*responsabilidad contractual que implique al propio tiempo el ejercicio de actividad peligrosa, la exoneración de la carga de probar la culpa depende no de la presunción prevista en el artículo 2356 del C. C., sino de que la obligación allí asumida sea de resultado, tal como lo dispone el artículo 1604* ibídem". La sublínea está puesta a propósito por esta Sala.

Por su parte, tiene dicho la CSJ[[25]](#footnote-25) que en la tarea de probar esa existencia, es viable inferirlo de la afirmación de la parte, es decir, basta su manifestación de que se transportaba en el vehículo, siempre que no haya sido controvertido, como efectivamente aquí sucede; todo, muy a pesar de que en el *sub lite*, la contestación de la demanda se abstuviera de admitir algún hecho y tampoco en la fase de fijación de litigio se propugnó por ello; es también verdad inconcusa que ninguna expresión de repulsa se hizo sobre este aspecto.

En auxilio de lo anterior, válido apoyarse en la declaración del señor José Herney Quintero Castaño (Folios 6 a 9, cuaderno No.2, pruebas de la parte demandante), quien viajaba en el mismo autobús y atestiguó la presencia de la demandante en el rodante. Oportuno memorar las palabras textuales de la Corporación sobre el tema en comento:

Entonces, si la demandante iba en el bus afiliado a la demandada cuando sufrió el percance, hecho que hasta el Tribunal acepta y es punto pacífico, hay que concluir, por fuerza de las circunstancias del caso, que la víctima tenía la calidad de pasajera de dicha empresa, no del conductor aisladamente considerado, ya que si una persona toma un bus de servicio público para ser transportada de un lugar a otro, con la aquiescencia de quien lo conduce, no contra su consentimiento, ni en forma clandestina, es natural derivar que ello ocurre en un escenario contractual con la empresa que explota el vehículo, porque ese contrato, valga recordarlo, es consensual, y como tal, se perfecciona por el sólo acuerdo de las partes (solus consensus obligat) y puede probarse conforme a las reglas generales (art. 981 C.Co).

Al descender en autos, escasa luce la tarea probatoria de la parte actora, a quien le incumbía ese débito para demostrar los elementos de la responsabilidad contractual (Artículo 177, CPC), con la salvedad de la culpa, presumida como ya se anotara. La gran mayoría del material documental reposa en copia simple, prescindiendo de las formalidades del artículo 254, CPC, que avala la misma Alta Colegiatura de esta especialidad[[26]](#footnote-26)(2017). En la demanda se aparejó documental y se pidió testimonial, esta última se limitó al perjuicio, en manera alguna a los demás hechos tema de prueba; así se decretaron, complementadas de oficio, con más documentales, ningún otro pedimento de este talante se aprecia en el decurso procesal.

De forma insistente, la impugnación se duele de haberse preterido sopesar el “dictamen” del médico especialista, Carlos Alfonso Téllez (Folios 279 y 284, cuaderno No.1) y la peritación de medicina legal (Folios 24 y 25, cuaderno No.1), pero ha obviado el recurrente que las atenciones médicas que recibiera la señora Ruth en manera alguna pueden estimarse como peritaciones, sin ahondar en disquisiciones técnicas, basta remitirse a la naturaleza y formalidades propias de esa probanza (Artículos 233 a 242, CPC), para concluir con llaneza, que no responde a tales exigencias, es que ni siquiera se pidió su práctica.

Lo apuntado, sin contar que como es un documento allegado en copia y proviene de terceros en el proceso, requería las formalidades normativas (254, CPC), ya destacadas. Por partida doble se diluye su entidad suasoria, fracasa en sus elementos de validez, menos puede subseguirse a la tasación.

A propósito de la peritación, para esta Sala lucía imprescindible contar en la foliatura con ese medio de convicción, en pos de acreditar la causalidad, el otro presupuesto axiomático de toda responsabilidad patrimonial. Más adelante se discernirá su cardinal trascendencia para el asunto.

La pericia médico-legal también se incorporó en un ejemplar sin las solemnidades legales (254, CPC), por ende, sin valor; aunque inexorable admitir su auténtica condición de prueba pericial. En todo caso, se derrumba su eficacia por las motivaciones antes explicitadas.

Ahora, respecto al daño y el respectivo perjuicio, la dogmática de la responsabilidad patrimonial[[27]](#footnote-27), tienen como postulado general la necesidad de su demostración, no es susceptible de presunción, con unas excepciones, acá inaplicables (Ejecución de obligaciones - artículos 1594, 1600, 1617, CC); así entonces, se aprecian de índole legal y jurisprudencial, por vía de nuestro órgano de cierre[[28]](#footnote-28), de tiempo atrás, en postura aún en vigente en la CSJ[[29]](#footnote-29); súmense algunos eventos de lucro cesante, como las amas de casa[[30]](#footnote-30). Se reitera: la regla general es que necesita ser probado.

El daño y su perjuicio, no están sometidos a solemnidad alguna, aunque se reconoce en la disciplina probatoria que sí existen medios probatorios con mayor idoneidad que otros, para tal fines, como son los originados en responsabilidad sanitaria, donde prepondera la peritación médica. Tampoco se está afirmando que sean únicos, solo que tienen más entidad probática, pues en todo caso la ponderación compete hacerla con todo el cúmulo acopiado en el debate de instancia, como manda el artículo 187, CPC (Que se conserva idéntico en el CGP).

Entonces, como no es dato presumido el daño, en afán de hallar su debida acreditación, y revisado el material militante en el trámite procedimental, apenas se tienen las declaraciones de los señores Nidia Romero T. y José Herney Quintero C., quienes expresaron haber visto aquejada de salud a la señora Ruth, según su percepción directa, por haberse entrevistado con ella. Estas versiones, escasamente dan cuenta de afecciones en la integridad física de la mentada víctima, pues sobre las incapacidades y en concreto las lesiones sufridas son opiniones las que brindaron, en verdad una prueba de mayor entidad crediticia sería la pericial. En gracia de discusión, téngase por probado así el daño.

Ante las coruscantes deficiencias probatorias advertidas en el *sub lite,* acaso pudiera pensarse en emplear los poderes oficiosos para recolectar las piezas suficientes que permitan fundar con solvencia la decisión final, sin embargo, insoslayable fluye comprender la teleología de tales potestades judiciales, y qué mejor que la decantada doctrina del órgano de cierre, constitutiva de precedente, para ilustrar con autoridad[[31]](#footnote-31): *“En su ordenación los falladores deben observar, en lo que al caso de esta especie interesa, que la adopción de la misma no sea un mecanismo para combatir o encubrir la potestad de la parte en asumir su carga probatoria, es decir, que no se erija como la forma de alentar la inercia o descuido del interesado.”.*

Y para sellar con actualidad, la premisa asentada respecto a los deberes oficiosos de los jueces, en providencia reciente la CSJ (2016[[32]](#footnote-32)), persistió en la tesis precitada, y señaló: *“(…) no puede perderse de vista que hay casos en los cuales la actitud pasiva u omisiva del litigante que tiene la carga de demostrar determinada circunstancia fáctica, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones ora de sus defensas, por haber menospreciado su compromiso en el interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador… (CSJ SC, 14. Feb. 1995, Rad. 4373, reiterada en CSJ SC, 14. Oct. 2010, Rad. 2002-00024-01).”.*

Por manera que el ejercicio de esos deberes probatorios no entraña suplir la desidia de las partes en su quehacer particular, se trata de que, ante el avistamiento de la eficacia de un medio pretermitido, procurar su incorporación para despejar la incertidumbre, razona la CSJ en la sentencia precitada:

*Ahora bien, la posibilidad de decretar pruebas de oficio que asiste al juez, y que la jurisprudencia ha erigido en un verdadero deber, denota que se trata de una actividad las más de las veces necesaria, pero que no se puede tomar como una herramienta para forzar una hipótesis de hecho que se niega a tomar cuerpo. Así, no resulta admisible decretar toda serie de pruebas, sin cuenta ni medida, para averiguar la posible existencia de una información, si nada se puede anticipar sobre su eventual contenido y sus posibles efectos; por ello, es menester que sea plausible, así sea a manera de hipótesis, el juicio en torno a la trascendencia que la prueba tendría sobre el sentido de la decisión esperada.*

*No puede perderse de vista que el decreto de pruebas de oficio es un precioso instituto a ser usado de modo forzoso por el juez, cuando en el contexto del caso particularmente analizado esa actividad permita superar una zona de penumbra, o sea, que debe existir un grado de certeza previa indicativo de que al superar ese estado de ignorancia sobre una inferencia concreta y determinada, se esclarecerá una verdad que permitirá decidir con sujeción a los dictados de la justicia. Por lo mismo, no representa una actividad heurística despojada de norte, tiempo y medida, sino del hallazgo de un elemento de juicio que ex ante se vislumbra como necesario, y cuyo contenido sea capaz, por sí, para cambiar el curso de la decisión, todo en procura de lograr el restablecimiento del derecho objetivo, reparar el agravio recibido por las partes y hacer efectivo el derecho sustancial, como manda la Constitución en sus artículos 2º y 228.* Sublínea y versalitas propias de esta Sala.

A tono con los parámetros reseñados en el precedente, refulge contundente que en el caso ventilado, no era propicio usar los aludidos deberes probatorios, so capa de subsanar las falencias probatorias y remediar la apatía de la parte demandante en la tarea asignada, cuando ninguna justificación se resaltó, para pensar siquiera en circunstancias ajenas, que imposibilitaran acatar aquella carga procesal.

Aquí resulta pertinente retomar lo anticipado sobre el nexo de causalidad, ingrediente sustantivo en la declaración de responsabilidad aquí querida, para asentar que es un juicio diferenciable de la culpabilidad, factor de imputación, son conceptos autónomos, aunque relacionados íntimamente. La culpabilidad como fundamento, se refiere a la valoración subjetiva de una conducta[[33]](#footnote-33)-[[34]](#footnote-34), mientras que la causalidad es la constatación objetiva de una relación natural de causa-efecto, no admite presunciones, siempre debe probarse[[35]](#footnote-35)-[[36]](#footnote-36); por su parte la culpabilidad si las tiene, y, desde luego, relevan de su acreditación (Artículos 2353 y 2356, CC; 982 y 1003, CCo, entre otras).

Según las alegaciones de la demanda y la defensa, concuerdan en la preexistencia de una afectación física en la espalda (Dolor dorsal y cervical) de la perjudicada Ruth Henao Orozco. En parecer de la actora, solo se trataba de un “dolor” sin incidencia en la lesión ocasionada en el accidente de tránsito por el cual ahora reclama (Folio 283, de este cuaderno), pero para la demandada trátase de una lesión antigua, tipo fractura (Folio 8, de este cuaderno).

Y desde luego es de capital importancia saber si esa dolencia incidió en la afectación reclamada por razón de los hechos aquí indagados o si fue inane, en otros términos: (i) resultó concausal la situación de la víctima directa; (ii) ninguna participación causal tuvo; o, (iii) fue causa exclusiva, al grado de liberar de responsabilidad con fundamento en el artículo 1003-3º, parte final, del CCo; estos interrogantes, al versar sobre cuestiones médicas, se ubican en el plano de lo científico y qué mejor probanza que una de linaje pericial, preferente según se explicó, sin caer en la tarifación legal, como se anunciara líneas atrás.

Tampoco hay idoneidad en la pericia forense aparejada sin autenticación (Como para incorporarla de oficio), porque su motivación no especifica la particular incidencia de la lesión anterior, de todas formas refiere “fractura antigua”, según radiología (Folios 24 y 25, cuaderno No.1). Y se añade, en refuerzo, que el mismo 14-11-2009, según escrito de radiología obrante a folio 12 (En copia simple), aparejado con la demanda, da cuenta de la existencia de una fractura “antigua”.

Como el resultado que pudiera arrojar la peritación, adviene inidóneo para vislumbrar un viraje en la decisión absolutoria, innecesario se muestra echar mano de los poderes oficiosos, pues en palabras de la misma CSJ[[37]](#footnote-37): “*(…) inclusive en la hipótesis de superarse la irregularidad encontrada, la conclusión seguiría siendo la misma.*”.

Lo que simplemente acontece, en este proceso, es la falta de una mayor gestión probática, por lo que conforme a lo razonado en los párrafos anteriores, sobreviene sin más, admitir la derrota de las súplicas resarcitorias frente a Promasivo SA, y por ahí mismo se colige que inexistente el siniestro, cuestión basilar en la póliza otorgada por Liberty seguros SA, demeritadas quedan las peticiones postuladas contra la aseguradora.

Imprescindible mencionar que denegados los pedimentos de la demanda, innecesario es estudiar las excepciones, consideración diáfana de la doctrina judicial de la CSJ[[38]](#footnote-38): “*(…) Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, (…), en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad (…) De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido “y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen (…)”*.

1. Las decisiones finales

Con las premisas enunciadas se desechará la apelación de la parte demandante y, en consecuencia, se revocará el ordinal primero para negar las pretensiones y se confirmará el numeral 2º; se adicionará para negar las pretensiones frente al co-demandado Mario A. Herrera C., por ausencia de legitimación en la causa. Se condenará en costas en esta instancia, al recurrente, y a favor de la demandada por fracasar la alzada (Artículo 366, CGP).

La liquidación de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP y la fijación de las agencias en derecho en esta sede, será con auto posterior, al variar la posición de esta Sala, con asidero en la CSJ[[39]](#footnote-39), que ahora ha cambiado[[40]](#footnote-40).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de decisión civil familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F a l l a,

1. REVOCAR el numeral 1º del fallo emitido el 01-10-2014 por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira, para en su lugar NEGAR las pretensiones.
2. CONFIRMAR el ordinal 2º de la mencionada sentencia.
3. ADICIONAR la providencia apelada para ABSOLVER al señor Mario Alejandro Herrera Castrillón por falta del presupuesto sustancial de legitimación en la causa por pasiva.
4. CONDENAR en costas en esta instancia, a la parte demandante y a favor de la parte demandada. Se liquidarán en primera instancia y la fijación de las agencias correspondientes a esta sede, se hará en auto posterior.
5. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen, en firme esta providencia.

Notifíquese,

DGH / 2017

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

LA SENTENCIA ANTERIOR SE NOTIFICA

POR FIJACIÓN EN **ESTADO** DEL DÍA

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

JAÍR DE JESÚS HENAO MOLINA

S E C R E T A R I O

1. CSJ, Civil. Sentencias: (i) 14-03-2002, MP: Castillo R.; (ii) 23-04-2007, MP: Díaz R.; No.1999-00125-01; (iii) 13-10-2011, MP: Namén V., No. 2002-00083-01. [↑](#footnote-ref-1)
2. TS PEREIRA, Sala Civil – Familia. Sentencia del 29-03-2017; MP: Grisales H., No.2012-00101-01. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ, Civil. SC1182-2016. [↑](#footnote-ref-3)
4. TSP, Civil-Familia. Sentencias del 14-06-2017; MP: Grisales H., Nos.2010-00184-01, 2010-00306-01, 2012-00032-01 y 2012-00262-01; MP: Arcila R., No.2012-00011-01; y, (iii) 19-12-2014; MP: Saraza N., No.2010-00059-02. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ, Civil. Sentencia 18-10-2005, MP: Munar Cadena, No.14.491. [↑](#footnote-ref-5)
6. VELÁSQUEZ P., Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual, 2ª edición, Bogotá DC, Universidad de La Sabana - Temis, 2013, p.79. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ, Civil. Sentencia 21-05-1983,”GJ” t. CLXXII, núm.2411, p.76, citada por el profesor SANTOS B., Jorge, ob. cit., p.263. [↑](#footnote-ref-7)
8. QUINTERO DE P., Beatriz. Teoría básica de la indemnización, Medellín, A., editorial Leyer, 2001, p.33. [↑](#footnote-ref-8)
9. HENAO P., Juan C. El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, reimpresión, Bogotá DC, Universidad Externado de Colombia, 1999, p.95. [↑](#footnote-ref-9)
10. VELÁSQUEZ P., Obdulio. Revista “Responsabilidad civil y del estado”, No.16, del daño moral y el perjuicio a la vida de relación hacia una teoría general de daños extramatrimoniales. Medellín, A., Instituto Antioqueño de Responsabilidad y del Estado. 2004, p.63. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ, Civil. Sentencia del 17-10-2006; MP: Villamil P., No.1997-11277-01. [↑](#footnote-ref-11)
12. PARRA G., Mario F. Responsabilidad civil, ediciones doctrina y Ley Ltda., Bogotá DC, 2010, p.235; y VELÁSQUEZ P., Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual, 2ª edición, Bogotá DC, Universidad de La Sabana - Temis, 2013, p.574. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ, Civil. Sentencias (i) 26-05-1989, t. CXCVI, núm.2435, p.153; y (ii) 04-06-1992, t. CCXVI, núm.2455, p.506; y, (iii) SC5885-2016. [↑](#footnote-ref-13)
14. C-532 de 2003. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ, Civil. Sentencia del 10-03-2005, MP: Jaime A. Arrubla P., No.1998-0681-02. [↑](#footnote-ref-15)
16. CE, Sección Tercera. Sentencia del 26-02-2014; CP: Jaime O. Santofimio G., No.27.957. [↑](#footnote-ref-16)
17. TAMAYO L., Alberto. El contrato de compraventa, su régimen civil y comercial, ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004, Bogotá DC, p.31. [↑](#footnote-ref-17)
18. BONIVENTO F., José A. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, 19ª edición, Bogotá DC, Ediciones Librería del Profesional, 2015, p.34-38. [↑](#footnote-ref-18)
19. TSP, Civil-Familia. Sentencias del 03-05-2017; MP: Grisales H., No.2008-00653-01. [↑](#footnote-ref-19)
20. CSJ, Civil. Sentencia del 08-09-2009; MP: Villamil P., No. 2001-00585-01. [↑](#footnote-ref-20)
21. ARRUBLA P., Jaime A. Contratos mercantiles, contratos típicos, reimpresión 2013, 12ª edición, Pontificia Universidad Javeriana y Legis, Bogotá DC, 2012, p.73. [↑](#footnote-ref-21)
22. CSJ, Civil. Sentencia del 19-04-1993. [↑](#footnote-ref-22)
23. CSJ, Civil. Sentencia SC13594-2015. [↑](#footnote-ref-23)
24. CSJ, Civil. Sentencia del 26-06-2003; MP: Ramírez G., No.C-5906. [↑](#footnote-ref-24)
25. CSJ, Civil. Sentencia del 17-10-2006; MP: Villamil P., No.1997-11277-01. [↑](#footnote-ref-25)
26. CSJ, Civil. SC3526-2017, reitera la SC15029-2014. [↑](#footnote-ref-26)
27. HENAO P., Juan C. Ob. cit., p.39; (ii) ROJAS Q., Sergio. Ob. cit., p.45; y (iii) SANTOS B., Jorge. Ob. cit., p.362. [↑](#footnote-ref-27)
28. CSJ, Civil. Sentencia del 04-04-1968, MP: Hinestrosa. [↑](#footnote-ref-28)
29. CSJ, Civil. Sentencia del 18-12-2008; MP: Solarte R., No.2005-00031-01. Reiterada el 17-11-2011. [↑](#footnote-ref-29)
30. CSJ, Civil. Sentencia del 05-10-2004, No.6975. [↑](#footnote-ref-30)
31. CSJ, Civil. Sentencia del 27-08-2012; MP: Cabello Blanco, No.2006-007121-01. [↑](#footnote-ref-31)
32. CSJ, Civil. SC8456-2016. [↑](#footnote-ref-32)
33. SANTOS B., Jorge. Ob. cit., p.423. [↑](#footnote-ref-33)
34. PATIÑO, Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual, Revista de la Universidad Externado de Colombia, No.20, Colombia [En línea]. 2011 [Visitado el 2017-05-10]. Disponible en internet: www.revistas.uexternado.edu.co › Inicio › Núm. 20 (2011) › Patiño. [↑](#footnote-ref-34)
35. CSJ, Civil. Sentencias: (i) 17-05-1982; “G.J”, t.CLXV, núm.2406, p.98; y, (ii) 23-06-2005, No.058-95. [↑](#footnote-ref-35)
36. PATIÑO, Héctor. Ob. cit., p.375. [↑](#footnote-ref-36)
37. CSJ. SC10880-2015. [↑](#footnote-ref-37)
38. CSJ. SC4574-2014. [↑](#footnote-ref-38)
39. CSJ. STC3172-2017 [↑](#footnote-ref-39)
40. CSJ. STC8528 y STC6952-2017 [↑](#footnote-ref-40)