

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Mag. Ponente: Dra. ANA LUZ ESCOBAR LOZANO

ACTA No. 185

Cali, veinticinco (25) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

I. OBJETO.

Decidir los recursos de apelación formulados por los apoderados de la demandada **Seguros Generales Suramericana S.A.** y de la llamada en garantía **HDI Seguros S.A.** contra la **Sentencia del 7 de julio de 2023** proferida por el Juez Dieciséis Civil del Circuito de Cali, en el proceso de **responsabilidad civil contractual**, impetrado por el señor **John Alexander Díaz Cardona** en contra de **Andina Motors S. A.**, de **Daimler Colombia S.A.** y de la primera **apelante - Suramericana-** quien llamó en garantía a la segunda **-HDI Seguros S.A.-**.

II. ANTECEDENTES.

1.- El señor **Díaz Cardona** solicitó en su demanda lo siguiente: que se declare a **Andina Motors** y a **Daimler** contractual, y a **Suramericana** extracontractualmente responsables, de los perjuicios que le fueron causados, y consecuente con ello, se les condene a pagar solidariamente perjuicios materiales así: la suma de \$26.100.000,00 M/cte por depreciación del vehículo de su propiedad – *Placa IVO356-*; \$216.800.000,00 M/cte, por concepto de gastos de transporte –*alquiler de vehículo de la misma gama-* a razón de \$400.000,00 diarios de marzo de 2018 a septiembre 17 de 2019 fecha de presentación de la demanda, y los que se sigan causando hasta el pago total de los perjuicios; \$365.400 pagado por el SOAT del 2018 porque no ha gozado del vehículo: y \$40.050.000,00 M/cte. Por concepto de las cuotas del crédito del vehículo desde el 23 de marzo de 2018 cuando se generó el daño hasta la fecha de presentación de la demanda *-16 de septiembre de 2019-*, más las que se sigan causando a razón de \$2.225.000,00 mensuales hasta el pago total de la obligación.

Como soporte de sus pedimentos dice que compró el vehículo de placa IVO356, marca Mercedes Benz mod. 2016 al concesionario Andina Motors S.A. *-autorizado por el importador Daimler Colombia-* por \$105.900.000,00, donde también hacían los mantenimientos para conservar la garantía, que el 21 de marzo de 2018 lo llevó para tales efectos a la revisión de niveles, de soportes de suspensión, del encendedor y del escape –*Según Orden de Trabajo No. 042531-*, pero el 23 de marzo siguiente el vehículo cayó de un elevador, causándose daños mecánicos y en la estructura del mismo, que inconsultamente y sin autorización de su parte Andina Motor inició

trabajos de recambio de piezas y reparación de lo afectado¹, anotando que la cuna del motor resultó comprometida.

Posterior a la reparación del vehículo, en inspección técnica realizada por COLSERAUTO se indicó que el vehículo tenía reparadas las puertas trasera y delantera, el guardafangos y el estribo, todos del costado derecho, de lo que concluye, que bajo la custodia del concesionario el vehículo sufrió daños que implicaron la reparación o intervención de su estructura, generando una depreciación acelerada que no está en obligación de soportar, pero desconociendo eso, el concesionario solo ofreció pagarle los gastos de transporte en un monto de \$400.000 diarios², razón por la que no aceptó tal ofrecimiento.

El demandante tiene derecho a reclamar los perjuicios causados por la falla en la prestación del servicio de Andina Motor pues al momento de prestar el servicio de garantía por defectos mecánicos ocasionó un daño a su automotor estando bajo su custodia, por lo que debe responder contractualmente por ello como concesionario solidariamente con Daimler Colombia SA la importadora, y responde extracontractualmente la compañía que asegura a Andina Motors, Seguros Generales Suramericana SA.

Y bajo la gravedad del juramento estima los perjuicios en los montos solicitados.

2.1.- Andina Motors S.A. contesta oponiéndose a lo pedido por carecer de sustento factico, jurídico, legal y probatorio para declarar la responsabilidad contractual en su contra y la condena en los perjuicios reclamados, pues si bien el 23 de marzo de 2018 se presentó el percance que terminó con la caída del vehículo a una altura de 50 cm, no es cierto que haya tenido daños mecánicos ni que los arreglos, que solo eran de lámina y pintura, ni que hayan sido efectuados sin consentimiento del demandante, quien los autorizó verbalmente, además que no hay prueba de que se haya afectado la cuna del motor y en el peritaje Post Reparación del 25 de abril de 2018 se indicó que el vehículo estaba en buenas condiciones sin nada que corregir por lo que el 27 siguiente se le avisó al actor que podía pasar a recogerlo a lo que se negó argumentando depreciación.

Como excepción previa propone la de *Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales*, que se declaró no probada. Y como excepciones de fondo propone las siguientes:

INEXISTENCIA DEL DAÑO PARA DECLARAR LA RESPONSABILIDAD; INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD (...). MALA FE DEL DEMANDANTE, NO TOMAR MEDIDAS RAZONABLES PARA EVITAR LA EXTENSION DEL DAÑO porque reparado el vehículo y este en óptimas condiciones según peritajes de COLSERAUTO, el demandante se negó a recibirlo reclamando perjuicio por depreciación, imponiéndole la obligación de custodia y conservación del rodante, demorando además la

¹ Cambio de las siguientes piezas "bómpfer delantero, rejilla central del bómpfer, base derecha del radiador, revestimiento pasta central e inferior izquierda, pasta y tela, (...)" y reparadas por abolladuras las siguientes piezas "estribo derecho, puerta derecha y costado derecho"

² Del 23 de marzo al 27 de abril de 2018 y que asciende a un total de \$14.000.000.00.

formulación de esta demanda -enero de 2020- y su notificación -enero 2021-. Y la *GENÉRICA O INNOMINADA*.

2.2.- Seguros Generales Suramericana S. A. Se opone a lo pedido porque no existe prueba de la responsabilidad contractual de Andina Motors; tampoco para la declaratoria solidaria de responsabilidad con aquella y con Daimler Colombia SA porque el caso no refiere a fallas en la calidad, idoneidad, etc. del automotor; no procede responsabilidad extracontractual en su contra, sino de estar probada ella y los perjuicios, la contractual en virtud del contrato de seguro, al que remite en sus condiciones y términos. Y sobre los hechos recalca que los hechos ocurrieron mientras el vehículo estaba en custodia de Andina Motors, coexistiendo allí un contrato de prestación de servicio y de depósito gratuito que exige culpa grave al depositario para su responsabilidad, y que Andina Motors respondió por los perjuicios previsibles reparando los daños sufridos por el automotor y ofreció un monto por indemnización que no aceptó el demandante. Como excepciones de fondo formula las de *“INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE SEGUROS GENERALES SURAMERICANA DE SEGUROS GENERALES”*, *“FALTA DE COBERTURA DE LAS PRETENSIONES COMO FUERON SOLICITADAS”*, *“CARENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR A ANDINA MOTORS S.A.”*, *“CARENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR A DAIMLER COLOMBIA S.A.”*, *“AUSENCIA DEL DAÑO”*, *“ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”*, *“PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR”*; y la *“GENÉRICA O INNOMINADA”*., objetando además el juramento estimatorio.

Y hace **llamamiento en garantía a HDI Seguros de Colombia SA**, por cuanto en la póliza de seguro tomada por Andina Motors -*responsabilidad civil talleres*- fue pactado coaseguro con esta aseguradora, luego comparten el riesgo, la llamada en un 30% y suramericana con el 70% restante, por lo que HDI, de ser condenada, debe responder por su porcentaje.

2.3.- HDI Seguros S.A., se pronuncia respecto a la demanda principal oponiéndose a lo pedido contra los demandados porque no está probada la responsabilidad contractual y extracontractual deprecada frente a ellos luego no proceden las condenas, y excepciona porque *“NO SE ACREDITAN LOS ELEMENTOS ESTRUCTURANTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN CABEZA DE QUIENES INTEGRAN EL EXTREMO PASIVO DE LA LITIS”* “(.)”, “(.)”, *“ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.”*, y la *“GENÉRICA O INNOMINADA”*.

Al llamado en garantía responde aceptando la existencia del pacto de coaseguro, pero afirmando que suramericana no está legitimada para hacerle el llamado porque no es beneficiaria ni asegurada en la póliza y HDI debe amparar el patrimonio del asegurado, no de la coaseguradora, pues no son solidarios responsables, sino que tienen obligaciones conjuntas y cada una responde hasta el porcentaje del riesgo asumido. Excepciona *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA DE PARTE DE SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. PARA LLAMAR EN GARANTÍA A MI PROCURADA”*, *“INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE HDI SEGUROS S.A., POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL TALLERES NO. 0009821-1.”*, entre otros.

2.4.- Daimler Colombia S. A., pide denegar las pretensiones y excepciona entre otras, “*Falta de legitimación en la causa por pasiva frente a Daimler*”. Y **Llamó en garantía a Andina Motors** para en caso de prosperar las pretensiones en su contra, poniendo de presente la terminación del contrato de concesión que tenía con la llamada a partir del 8 de mayo de 2019.

3.- En la sentencia el Juez a quo declaró falta de legitimación en la causa por pasiva de Daimler Colombia S.A., negando las pretensiones en su contra y ordenando el levantamiento de medidas cautelares decretadas; declara probada la excepción de “*mala fe del demandante de no tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño*” propuesta por Andina Motors S.A. y denegar las demás excepciones formuladas; declaró civil y contractualmente responsable a Andina Motors S.A. de los daños causados al demandante en la suma de \$14.400.000,00 por concepto de movilidad del 23 de marzo al 27 de abril de 2018, y denegar todas las demás pretensiones de la demanda; condenar a Seguros Generales Suramericana S.A y a HDI Seguros a pagar al demandante la suma señalada, en proporción de 70% y 30%, respectivamente; declaró la terminación del proceso; condenó a Andina Motors S.A. en costas en favor de la parte demandante y al demandante en costas a favor de Daimler Colombia S.A.

Para ello refirió en primer lugar a la responsabilidad contractual deprecada frente a Andina Motors y Daimler Colombia y a los presupuestos necesarios para su configuración, encontrando legitimado en activa al demandante y por pasiva a Andina Motors por ser aquél quien se dice sufrió los daños y esta la que los causó. Pero no acreditada la legitimación pasiva en Daimler Colombia, importador del automotor, porque la acción ejercida no es de protección al consumidor- L.1480 de 2011³, pues refiere a la caída del vehículo en las instalaciones del concesionario mientras se le hacía una revisión.

Descendiendo a la responsabilidad contractual frente a Andina Motors, dice demostrada la relación contractual de esta con el demandante conforme a la orden de trabajo del 21 de marzo de 2021 suscrita por ambos para la realización de la revisión del automotor en lo que allí se describe, y como para ello era preciso la entrega del automotor a quien presta el servicio, que debe asumir su custodia y conservación, encuentra incumplida esa obligación por Andina Motors en razón al incidente -*caída del automotor* – que está plenamente probado, al igual que los daños según los informes aportados, la pericia realizada por Colserauto y los aceptados por Andina Motors- 1) *bómpfer delantero*; 2) *rejilla central de bómpfer*; 3) *base derecha del radiador*; 4) *revestimientos pastas central e inferior izquierdo, pasta y tela*; y 5) *corrección abolladuras leves en el estribo derecho, puerta derecha y costado derecho*, porque no existe prueba de la afectación mecánica en el automotor, daños aquellos que fueron reparados, reconociendo dicha entidad como otro perjuicio únicamente *los costos de movilidad* por \$ 400.000 diarios hasta la fecha en que puso el vehículo reparado a disposición del

³ Estatuto del Consumidor.

demandante, con lo que se demuestra, el hecho, el daño y la relación causal y con ello la responsabilidad contractual de dicha sociedad, que deberá indemnizar los perjuicios.

Pero respecto a los perjuicios reclamados, no están probados la *depreciación acelerada* del automotor, y en contrario, el peritaje aportado por Daimer Colombia, que no refuto el actor, concluye que no ocurrió tal depreciación.⁴

En cuanto a los costos de movilización, no están demostrados pero dice, se presumen según jurisprudencia del Consejo de Estado que acoge la Corte Suprema de Justicia, los generados desde el día del suceso -23 de marzo de 2018- hasta la fecha en que debió retirarse el vehículo reparado -abril 27 de 2018- y no lo recibió el actor, y por el monto pretendido de \$400.000 diarios- porque no la desconoció Andina Motors, que además propuso ese valor, pero solo hasta esa última fecha porque el demandante no evitó la agravación del daño, por lo que los días posteriores no los reconoce como perjuicio como los perjuicios consistentes en pagos de SOAT y de cuotas de crédito del automotor.

Y en cuanto a Suramericana que llamó en garantía a HDI Seguros, precisa que las pretensiones en su contra son de responsabilidad contractual y no extracontractual. Y con fundamento en la póliza de responsabilidad civil Talleres 0009821 – 1 tomada por Andina Motors S.A con tal aseguradora en la que se pactó coaseguro de ésta -70% - con HDI Seguros -30%- , en esos porcentajes deberán ellas indemnizar al propietario el perjuicio reconocido por concepto de gastos de movilización.

4.- Inconformes con tal decisión, los apoderados del demandante señor **Díaz Cardona**, de las demandadas **Andina Motors S.A.** y **Seguros Generales Suramericana SA**, así como de la llamada en garantía **HDI Seguros S.A.** apelan, pero por falta de sustentación en esta instancia, se declararon desiertos los recursos formulados por la parte actora y Andina Motors ⁵.

4.1- Los siguientes son los reparos y su sustento en las apelaciones formuladas por las aseguradoras, Seguros Generales Suramericana SA, demandada y HDI Seguros SA:

4.1.1.- Seguros Generales Suramericana SA:

-El daño es un presupuesto para la procedencia de la responsabilidad contractual, debe probarse, ser cierto y concreto y no meramente hipotético o eventual.

El señor juez condenó a los demandados a pagar los gastos de transporte en los que supuestamente incurrió el demandante por concepto de su movilidad mientras el vehículo estuvo en el taller, pero lo hizo sin la prueba de que aquél usó otros medios de transporte para movilizarse y de que hubiere asumido su pago, dando por acreditado el daño con una propuesta

⁴ “es un mecanismo técnico de cuantificación de un bien corpóreo (activo fijo) respecto de una mayor utilización del mismo”

⁵ Auto del 2 de julio de 2024, Doc.019 C-Tribunal.

de conciliación prejudicial realizada por Andina Motors al demandante, desconociendo que por mandato legal esas propuestas no pueden servir de prueba en el proceso.

-En la póliza se señalan los límites de las obligaciones a cargo del asegurador que son de apreciación restrictiva pues es inadmisibles una interpretación extensiva o analógica de su clausulado, por el desequilibrio en el conjunto de sus obligaciones a que puede dar lugar.

Por eso deben atenderse los riesgos cubiertos y la suma asegurada y en la póliza, el amparo de gastos de transporte está limitado hasta \$ 5.000.000 por los gastos de un (1) mes, y condicionado a la prueba por el damnificado de la ocurrencia del siniestro de ese amparo, de que los sufragó y de su cuantía, límite que desconoció la funcionaria, omitiendo la consideración de la excepción que al respecto propuso. Y en caso de declarar la responsabilidad de los demandados pide limitar la condena en dichos términos.

4.1.2.- A su turno **HDI Seguros S.A.** señala:

-No está acreditada la responsabilidad civil contractual de Andina Motors S.A., ni los perjuicios patrimoniales reclamados-, que de haberse causados derivan de la decisión caprichosa del demandante de abandonar jurídicamente el vehículo de placa IVO-365. Ello porque si bien está demostrada la existencia de un contrato válido de prestación de servicios según orden de trabajo aportada y en el contrato de depósito gratuito nacido de la necesidad de entrega del vehículo para realizar la revisión y la reparación del mismo, no lo está la culpa grave contractual, el daño ni el nexo causal entre este y el incumplimiento contractual.

-El despacho desconoció el artículo 1077 del C de Co, porque no existe prueba del siniestro, esto es, la responsabilidad contractual de Andina Motors, en razón a que los daños presuntamente irrogados a la parte actora no se revelan atribuibles a alguna conducta, acción, u omisión de aquella.

- Se desconoció el carácter indemnizatorio del seguro -*art. 1088 y 1127 del C. Co.*- enriqueciendo al demandante al acceder a pedimentos improcedentes y exorbitantes, porque no se probó que su asegurada hubiese generado un daño indemnizable ni tampoco su monto- \$400.000 diarios desde el 23 de marzo al 27 de abril de 2018.

- Y en el evento de confirmarse la sentencia, el juez incurrió en error al condenar a la aseguradora sin considerar el deducible, que se pactó en un 10% del valor de la pérdida, mínimo 3 SMMLV, que debe ser asumido por el asegurado Andina Motors.

5.- Surtido el traslado de rigor, sobre los reparos y su sustentación en estos términos se pronunció la apoderada de **Daimler Colombia S. A.** pidiendo se confirmen los numerales 1º, 2º, 3º y 12º de la sentencia que le favorecen.

Los demás extremos procesales guardaron silencio.

III.- CONSIDERACIONES.

1.- Se advierte de manera preliminar que la competencia del Tribunal se circunscribe a los reparos concretos formulados por los apelantes que habiendo sustentado oportunamente sus recursos estén pendientes de resolución, por lo que debe entenderse, que los demás son puntos, incluso los contenidos en las apelaciones desiertas, que escapan a la competencia de esta Corporación, conforme a lo preceptuado en el artículo 328⁶ del Código General del Proceso.

2.- Están reunidos los presupuestos procesales, no se observa configurada causal de nulidad que invalide lo actuado y tampoco existe objeción a la legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva en la demanda principal, toda vez que concurren al trámite, como demandante el propietario del vehículo de Placa IVO356⁷, usuario del servicio de mantenimiento prestado por la demandada Andina Motors S.A., a quien se le atribuye la responsabilidad por los perjuicios causados con ocasión al suceso ocurrido el 23 de marzo de 2018 y su aseguradora, por lo que se decidirá de fondo sobre los puntos objeto de apelación en tal controversia.

2.1.- Pero se echa de menos la legitimación activa y pasiva en el llamamiento en garantía que realizó Suramericana a HDI Seguros.

En efecto, según consta en la póliza *-seguro responsabilidad civil talleres-* número 000-9821-1 tomada por Andina Motors también asegurada con Suramericana, que con anuencia de aquella se pactó por Suramericana coaseguro entre ella -70% y la otrora Generali hoy HDI Seguros -30% *-artículo 1095 del C de Co-*, indicándose que las mismas no son solidarias, que el riesgo se distribuye entre ellas en dichos porcentajes y que *“ En los siniestros SURAMERICANA (..) pagará únicamente la participación porcentual señalada anteriormente (...) sin que en ningún momento se haga responsable de un porcentaje mayor de su participación(...)”*

Sobre el coaseguro señaló recientemente la Corte Suprema de Justicia⁸ *“El coaseguro es un mecanismo de dispersión o distribución horizontal de riesgos, en virtud del cual un número plural de compañías aseguradoras amparan a prorrata un mismo riesgo (o grupo de riesgos), creándose entre cada una de ellas y el tomador-asegurado un vínculo obligacional independiente. Cada coaseguradora*

⁶ CGP. Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

⁷ Según certificado visible en la pág. 136 del Doc 001 del cuaderno principal de la primera instancia.

⁸ SC 435-2024, 9 de abril de 2024, MP Luis Alonso Rico Puerta

participará de los derechos y deberes que surgen del contrato en proporción a su cuota, y esta constituirá, también, el límite de su responsabilidad individual.

Por consiguiente, las prestaciones recíprocas de las partes del coaseguro (tomador-asegurado y coaseguradoras) corresponden a la categoría de las obligaciones conjuntas o mancomunadas, que son aquellas en las que «cada uno de los deudores (...) es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores (...) sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito» (artículo 1568, Código Civil). Entre coaseguradoras, pues, no hay ningún tipo de solidaridad; por el contrario, adquieren con el tomador-asegurado débitos condicionales distintos, independientes de los demás, y restringidos a la respectiva participación en el coaseguro”

En los anteriores términos, como el coaseguro genera obligaciones independientes entre cada compañía coaseguradora y el tomador asegurado, no entre las coaseguradoras, Suramericana no estaba legitimada para llamar en garantía a la HDI Seguros pues este llamado precisa de la existencia de un derecho legal o contractual de exigir del otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso del pago que tuviere que hacer en razón de la sentencia proferida- artículo 64 CGP- , derecho que no tiene Suramericana, tratándose de coaseguro y según lo pactado, sino el tomador asegurado, que no lo ejerció.

Por lo expuesto, evidenciada la falta de legitimación de las partes en el llamado en garantía, lo que puso de manifiesto la llamada en su contestación alegándola como excepción, las pretensiones del llamado en contra de HDI Seguros debieron denegarse, y como así no sucedió, se revocará lo resuelto en su contra, y la Sala queda relevada del estudio de los reparos y su sustentación propuestos por aquella aseguradora contra la sentencia de primera instancia.

3.- Corresponde entonces el análisis de los reparos y su sustento formulados por Suramericana, debiendo la Sala definir si le asiste razón en ellos, en cuanto afirma que el Juez *a-quo* erró, **i)** al declarar civil y contractualmente responsable a su asegurada -Andina Motors S.A.- pues no se acreditaron los presupuestos de tal responsabilidad; **ii)** al cuantificar el perjuicio en \$14.400.000,00 por concepto de gastos de movilidad del actor entre el 23 de marzo y el 27 de abril de 2018 sin prueba de su monto, que es además exorbitante, sin prueba de que efectivamente hizo uso de medios de transporte remunerado y de que el demandante asumió su pago, y fundado en una conjetura realizada en conciliación prejudicial sobre dicha suma por Andina Motors; y **iii)** al emitir dicha condena sin tener en cuenta las condiciones de la Póliza como el límite del valor asegurado por gastos de transporte.

3.1.- Sobre el régimen de responsabilidad civil contractual, dice la jurisprudencia y la doctrina, que se requiere de la presencia de unos requisitos a saber: **i)** Contrato válido; **ii)** El hecho o comportamiento activo u omisivo del demandado; **iii)** La culpa: entendida doctrinariamente en un amplio sentido como el dolo, la imprudencia, impericia, negligencia o violación de reglamentos que

le impiden al deudor cumplir correctamente su obligación;⁹ iv) El daño, y; v) el Nexo causal entre el hecho culposo o doloso y el daño.

Al respecto ha indicado la Corte Suprema de Justicia: “Ahora bien, sabido es que la responsabilidad se estructura mediante los elementos de **incumplimiento de un deber contractual, un daño y una relación de causalidad entre éstos**. Lo primero indica la inejecución de las obligaciones contraídas en el contrato; lo segundo, vale decir, **el daño**, se concreta con la prueba de la lesión o detrimento que sufrió el actor en su patrimonio, porque no siempre el incumplimiento de uno de los extremos del contrato ocasiona perjuicios al otro, pues eventos se dan en que no se produce daño alguno, es por lo que precisado se tiene que cuando se demanda judicialmente el pago de los perjuicios, le incumbe al actor demostrar el daño cuya reparación solicita y su cuantía, debido este último aspecto a que la condena que por este tópico se haga, no puede ir más allá del detrimento patrimonial sufrido por la víctima, carga de la prueba en cabeza del demandante que la establece el artículo 1757 del Código Civil que dispone que incumbe probar las obligaciones a quien alega su existencia...”¹⁰. (Resaltado)

Y la misma Corporación enfatiza en la distinción entre el daño y el perjuicio porque se reitera, no siempre en presencia de un daño existen perjuicios de allí que afirme: “(...) el daño es la «vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio»¹¹.

El perjuicio, en cambio, es la consecuencia derivada del daño. Corresponde, en sentir de la Sala, al pago a la víctima del «perjuicio que el daño ocasionó»¹². Requiere para su reparación que sea inequívoco, real y directo, no eventual o hipotético, «porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo»¹³. En otras palabras, debe ser «cierto y no puramente conjetural (...), no basta afirmarlo, puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario»¹⁴.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998, establece que la «valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales».¹⁵

3.2. En el asunto bajo estudio, está claro que existe un contrato válido, instrumentado en la Orden de trabajo No. 042531 del 21 de marzo de 2018¹⁶ que además fue reconocido por la demandada Andina Motors, consistente en un contrato de prestación de servicios que supone la entrega del bien –automotor- para su revisión y reparación en los términos que constan en la orden; también se probó que se presentó un comportamiento omisivo de aquélla al faltar al deber de cuidado al que

⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I. Pág. 399 Ed. Legis.

¹⁰ Cas. Civ. Sent. marzo 14 de 1.996, M.P. Dr. Lafont Pianetta, Gaceta Jurisprudencial abril de 1.996, Pág. 23).

¹¹ CSJ. Civil. Sentencia de 6 de abril de 2001, radicado 05502.

¹² *Ibidem*.

¹³ CSJ SC G.J. T. LX, pág. 61.

¹⁴ CSJ. Civil SC 10297 de 2014.

¹⁵ SC5193-2020- 18 de diciembre de 2020 MP Luis Armando Tolosa Villabona

¹⁶ Visible en la Pág. 137 del Doc. 001 de cuaderno principal – Primera instancia

estaba sometida por el art. 18 -2 de la Ley 1480 de 2011, según el cual, recibido el bien -vehículo- para su revisión, asumía su custodia y conservación adecuada para mantener su integridad; se demuestra que tal omisión ocurrió por imprudencia, negligencia, descuido en la manipulación del automotor -culpa-, cuando el 23 de marzo de 2018 el rodante cayó de un elevador, según se dijo en la contestación, de una altura de 50 cm, pero como se observa en la comunicación que Andina Motors remitió a Star Seguros, fue de una altura de 1,80 mts, como aparece en las fotografías allí incluidas¹⁷, quedando en evidencia el incumplimiento de aquella entidad en las obligaciones contraídas en la prestación del servicio de revisión y mantenimiento del automotor que supone la entrega del mismo, entrega que no implica la estructuración de un contrato de depósito propiamente dicho y gratuito -artículos 2240 y s.s.CC-, que es el que exige culpa grave en el depositario para que responda; esta igualmente probado el daño, esto es, la lesión en el patrimonio del actor propietario del vehículo averiado que implicaron que no pudiera hacer uso de él mientras se reparaba; y el nexo causal pues es el incumplimiento de Andina Motors en sus obligaciones contraídas para con el actor en la ejecución del contrato de prestación del servicio de mantenimiento y reparación que imponía la entrega del bien lo que dio lugar a la lesión del patrimonio de actor y al perjuicio que se pretendió reparar.

3.3.-Ahora, atendiendo la distinción entre el daño y el perjuicio, corresponde determinar si están demostrados los perjuicios que el daño ocasionó, los cuales deben ser ciertos y directos, perjuicios que hizo consistir el actor en su demanda, en la depreciación del vehículo, el pago del SOAT año 2018, en las cuotas del crédito del automotor, y en los gastos de movilización del actor a partir del 23 de marzo de 2018. A estos se limitó el actor por cuanto el perjuicio probado consistente en las averías que sufrió el automotor con su caída ya fue asumido por el asegurado, según consta en la documentación aportada por suramericana- facturas de venta visibles en las pág. 49 a 52 -que dan cuenta de reparaciones y repuestos por un monto que ascendió a \$18.699.284.00, y de su pago el 22 de mayo de 2018, se infiere por Andina Motors, lo que ocurrió mucho antes de iniciarse esta acción.

.Y en cuanto a aquellos perjuicios reclamados por el actor, iniciamos destacando que el *a quo* los negó en su decisión, que no está cuestionada por ese aspecto en las apelaciones en estudio, por lo que nada hay que decir al respecto, lo que también sucede frente a las erogaciones por concepto de movilización -transporte del actor- generadas con posterioridad al 27 de abril de 2018, fecha en la que el señor Díaz Cardona se negó a recibir el vehículo, que igualmente y justamente por ello, el juzgador negó su reconocimiento sin objeción de los apelantes referidos.

3.4.- Así, la discusión queda solo en torno a la prueba de la existencia, determinación y cuantificación del perjuicio consistente en los gastos de movilización del actor entre el 23 de

¹⁷ Ver Pág. 39 del Doc. 004 ibídem

marzo y el 27 de abril de 2018, que fueron reconocidos en la sentencia de primera instancia porque aunque no se aportó prueba alguna al respecto, ese perjuicio dice el juez, se presume a favor del dueño del vehículo según sentencia del Consejo de Estado de fecha de 8 de junio de 1999, posición acogida por la Corte Suprema de Justicia en la STC 2737 de 2018, y su cuantía - \$400.000 diarios- no la desconoció el demandado, que además fue quien la propuso para gastos de movilidad del demandante.

Efectivamente, como lo reconoce el a quo, no obra en el plenario prueba alguna sobre tales gastos de movilidad más allá del dicho del actor y que lleven al convencimiento de que éste hubiere realizado algún tipo de contrato o negociación -v. gr. alquiler o arriendo de un vehículo supletorio -para transportarse, o contratación de una persona para que lo transportara durante el tiempo que el vehículo estuvo en proceso de reparación, como tampoco se aportaron recibos de pago, facturas u otro medio de prueba que permitan establecer erogaciones en tal sentido realizadas por aquel. Al contrario, en el informe Preliminar que la firma ajustadora presentó el 15 de mayo de 2018 a Suramericana, se indicó que “*El Apoderado [del demandante] manifestó que su poderdante ha hecho uso del vehículo de su esposa y, por lo tanto, carece de este documento.*”, información que no fue debatida ni desvirtuada.

La jurisprudencia y doctrina ha sido reiterativa en exigir la prueba del perjuicio y su cuantía. Así la Corte Suprema de Justicia ha indicado que: “*aunque el daño debe ser íntegramente indemnizado, ello no significa que la víctima esté liberada de probarlo y fijar su cuantía, pues la Corte tiene dicho que: [c]omo de conformidad con el principio de la necesidad de la prueba (art. 174 del C. de P. Civil), toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, el reconocimiento judicial de una pretensión que tenga como objeto la indemnización de un perjuicio, supone la demostración de todos y cada uno de los elementos que configuran la tutela jurídica de dicha pretensión, incluyendo, por supuesto, el daño, salvo aquellos eventos de presunción de culpa, de conformidad con la doctrina de la Corte, y la presunción de daños de acuerdo con la ley, como en los casos de los artículos 1599 y 1617 num. 2 del C. Civil. Sin embargo, una es la **prueba del daño**, o sea la de la lesión o menoscabo del interés jurídicamente tutelado, y otra, la **prueba de su intensidad, del quantum del perjuicio.** De ahí que la doctrina haga alusión al contenido patrimonial del daño para referirse a su intensidad, es decir, a su valor en moneda legal (dinero), como patrón de referencia para determinar la mensura, por cuanto considera que dada su simplicidad y universalidad, es el que más conviene al tráfico de las reparaciones, caso en el cual opera una reparación por equivalencia o propiamente indemnizatoria, por oposición a la reparación natural que implica ‘volver las cosas al estado que tendrían si no hubiera ocurrido el hecho dañoso’” (CSJ SC, 9 agos. 1999, Rad. 4897).” SC5142-2020¹⁸.*

El tratadista Carlos Ignacio Jaramillo J. sobre el particular apuntó que “*Importa destacar, además, que no basta que el perjuicio sea cierto y que, como tal exista o llegue a existir, sino que es indispensable*

¹⁸ M. P. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE, Rad. N° 08001-31-03-012-2010-00197-01, 16 de diciembre de 2020.

que se acredite en la esfera del proceso, pues, en caso contrario –como ya se acotó-, afloraría o se evidenciaría su incertidumbre, en tanto y en cuanto en ambos casos –daño eventual o hipotético y daño no acreditado o demostrado- el juez carecería de elementos fidedignos para comprobar su certeza y proceder a su valuación.”¹⁹.

Vale la pena señalar entonces que si bien puede inferirse que el propietario de un vehículo a quien se le quita la posibilidad de usarlo por el término que dure su reparación por quien le causó el daño está siendo perjudicado por ese hecho, lo cierto es que ello le impone probar al perjudicado no solo la existencia real y cierta del perjuicio que reclama sino también su extensión, como dice la Corte, el quantum del perjuicio, y ni lo uno ni lo otro está probado como lo admite el juez a-quo, quedando en evidencia el incumplimiento de esa carga probatoria por el actor según las normas del C.G.P.

3.5.- Ahora, para suplir esa falta de prueba de gastos de movilización del actor y de su monto acudió el juez a presumir el perjuicio según jurisprudencia y a establecer su cuantía en \$ 400.000 pesos diarios entre el 23 de marzo y el 27 de abril de 2018 porque ese monto fue propuesto por tal concepto por la demandada Andina Motors.

Pero según la decisión del Consejo de Estado -sentencia de 8 de junio de 1999²⁰- a que refiere la STC-2737 de 2018, lo que en estas se afirma es que se presume para el dueño de un vehículo un perjuicio consistente en la pérdida del uso y goce del bien durante el tiempo que dura la reparación de un automotor porque implica un capital inmovilizado, que se presume y puede tasarse conforme los rendimientos -*intereses*- sobre el capital, entendido como el valor del vehículo; esas decisiones no hacen relación entonces a una presunción del perjuicio consistente en gastos por concepto de movilización durante el tiempo de la reparación de un automotor, que es de lo que trata este asunto, para el que tal presunción no aplica aquí.

Por lo demás, tampoco es cierto que Andina Motors hubiere aceptado la suma de \$ 400.000 como gastos diarios de movilización del demandado, eso fue solo una conjetura realizada por aquella sobre el monto de la extensión del perjuicio en general para formularla como base de una *propuesta de conciliación* al señor Diaz. Así consta en el documento de fecha 1 de junio de 2018 que aquella entidad dirigió al actor, en el que se indica claramente que el pago de \$ 14.400.000 - \$400.000 diarios entre las fechas ya indicadas- es *con el fin de resarcir la situación presentada (...)* ***el mismo representa un resarcimiento, toda vez que usted no incurrió en gastos de alquiler de vehículo por lo cual este reconocimiento se puede entender bajo concepto de indemnización por los perjuicios ocasionados (...)***. Por tanto, Andina Motors no reconoció, ni la generación de

¹⁹ Derecho Privado, Tomo IV, Responsabilidad Civil Volumen 1. Pág. 169.

²⁰ Radicado 13540 Sección Tercera del CE., reiterada entre otras en la sentencia 16347 de diciembre 5 de 2006 CP Ruth Stella Correa Palacio, Sección Tercera.

gastos de movilización en el caso ni su monto por la suma señalada, por lo que tampoco podía ser ese el soporte para el reconocimiento de dicho perjuicio y su cuantía.

Así las cosas, no se presume el perjuicio consistente en los gastos de movilización mientras el vehículo estuvo en reparación como lo entendió el juez y tampoco fue probado el mismo y su extensión por el actor porque incumplió con la carga probatoria que le correspondía al tenor del artículo 167 del CGP²¹, máxime cuando ha sido reiterativa la jurisprudencia y doctrina frente a dicha carga.

4.- En conclusión, están demostrados los supuestos para la procedencia de la declaratoria de responsabilidad contractual de Andina Motors y no le asiste razón al apelante *-suramericana-* al cuestionar esa decisión, por lo que el numeral 6 de la sentencia será confirmado.

Pero se acogen sus cuestionamientos a la condena impuesta a la asegurada y demandada Andina Motors a pagar perjuicios por concepto de gastos de movilidad al demandante porque no se demostró ni la existencia ni la extensión del mismo, lo que da lugar a la revocatoria del numeral 7 del fallo apelado y de contera al numeral 9, por cuanto sin aquella condena nada ha de pagar la aseguradora Suramericana a su asegurada por dicho concepto con fundamento en la póliza – responsabilidad civil talleres número 00982-1-, como tampoco HDI Seguros, ésta por su falta de legitimación en el llamado en garantía que le hizo Suramericana, que impone la adición de la sentencia con la negativa de lo pedido frente a ella por su llamante ,y la imposición en costas de ambas instancias a Suramericana a su favor.- Y por sustracción de materia, no hay lugar a resolver sobre los reparos y su sustentación relacionados con los límites y condiciones de la póliza.

Suficiente lo expuesto para que esta Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVA:

PRIMERO: CONFIRMAR el numeral **SEXTO** y **REVOCAR** los numerales **SÉPTIMO** y **NOVENO** de la **SENTENCIA** proferida el **7 de julio de 2023** por el Juez Dieciséis Civil del Circuito de Cali, dentro de este proceso verbal de responsabilidad civil contractual impetrado por el señor **John Alexander Díaz Cardona** contra las sociedades **Andina Motors S. A., Daimler Colombia S. A. y Seguros Generales Suramericana S.A.**, esta que llamó en garantía **HDI Seguros S.A. por lo indicado en la parte motiva.**

ADICIONAR dicha decisión **NEGANDO** las pretensiones del llamamiento en garantía realizado a **HDI SEGUROS SA** por **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA SA**, por lo expuesto en

²¹ "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."

las consideraciones y con la **CONDENA** en costas de ambas instancias a esta última aseguradora a favor de HDSI Seguros SA. Líquidense en legal forma, considerando para esta instancia como agencias en derecho la suma de \$ 1.000.000.

SEGUNDO: Mantener en todo lo demás la providencia reseñada en el numeral anterior.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas de segunda instancia al apelante ante la prosperidad del recurso.

CUARTO: Surtida la actuación en esta instancia, devolver el expediente al juez del conocimiento para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE

Los Magistrados,


ANA LUZ ESCOBAR LOZANO


JORGE JARAMILLO VILLARREAL


CESAR EVARISTO LEÓN VERGARA

Rad. - 76001-31-03-016- 2020-00012 -02 (23-172)

Providencia aprobada en forma virtual por los dos magistrados que conforman esta Sala de Decisión.