

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CIVIL**

Magistrado Ponente: CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ

Santiago de Cali, dieciocho de octubre de dos mil veinticuatro.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Civil de Decisión, según acta No. 93 de la fecha.

Proceso: Verbal
Demandante: Héctor Julio Flórez Gil
Demandado: Azor Conjunto Residencial Etapa I y II y otros.
Radicación: 76001-31-03-001-2021-00312-01
Asunto: Apelación de Sentencia.

Sustentado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y vencido el respectivo término de traslado, en atención a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, procede el Tribunal a dictar sentencia escrita, a fin de resolver la alzada formulada contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, dentro del proceso verbal adelantado por Héctor Julio Flórez Gil contra Azor Conjunto Residencial Etapa I y II, Seguridad Shatter de Colombia Ltda. y La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. El actor pidió que se declare que las demandadas son solidariamente responsables de los perjuicios que sufrió con ocasión del hurto de que fue víctima en su residencia el 13 de junio de 2020, y que, en consecuencia, se les condene a pagar las

sumas indicadas en el libelo a título de daño emergente, perjuicio moral y daño a la vida en relación.

Como apoyo de esa pretensión, aseveró que en la fecha indicada, cuando se encontraba solo y durmiendo en la habitación principal de su residencia, ubicada dentro del Conjunto Residencial Azor del municipio de Jamundí, fue víctima de atraco perpetrado por 3 hombres encapuchados y con armas de fuego, quienes lo sometieron para que abriera su caja fuerte y les entregara el dinero en efectivo que ahí tenía, en cuantía de \$85.000.000, provenientes de 6 cheques girados a su favor de la cuenta corriente de su empresa Inversiones H. Flórez S. en C.S. También fue hurtado un computador marca Lenovo de propiedad del actor.

Según lo observado de las cámaras de seguridad de la copropiedad, los delincuentes ingresaron al inmueble por la portería del Conjunto en un vehículo cuya entrada se permitió sin cumplir el protocolo y las consignas de seguridad acordadas, como lo confirmó la compañía de Seguridad Shatter de Colombia en informe rendido el 15 de julio de 2020.

La citada empresa de seguridad suscribió contrato de prestación del servicio de vigilancia con Azor Conjunto Residencial Etapa I y II el 12 de octubre de 2018, “con el fin de disminuir y prevenir amenazas que afecten o puedan afectar bienes que estén bajo custodia del contratista”, vigente para el 13 de junio de 2020. Por los errores y omisiones operacionales de su personal debe responder por los perjuicios causados.

A su juicio, la copropiedad es responsable solidaria de la adecuada contratación y ejecución de los servicios de vigilancia, y

responde por los perjuicios que se causen a los propietarios o a terceros, al paso que La Previsora Seguros S.A., contrató con la empresa de vigilancia demandada el amparo de responsabilidad civil extracontractual, originada por los actos de sus vigilantes y personal de seguridad en el desempeño de sus funciones, contrato contenido en la póliza No 1007873, vigente para la fecha de los hechos, por lo que debe responder por los señalados perjuicios.

2. LAS CONTESTACIONES. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, compareció al proceso dando cuenta de la celebración del contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual No 1007873 donde funge como tomador y asegurado la empresa Seguridad Shatter de Colombia Ltda, que da lugar entre otras defensas, a la excepción de falta de cobertura contractual de la póliza de responsabilidad civil, por cuanto su objeto es “amparar al asegurado por el uso indebido de armas de fuego”, a más de la “falta de cobertura por exclusión expresa del amparo de responsabilidad civil contractual”, “ausencia de solidaridad entre la compañía aseguradora y su asegurado”.

El Conjunto Residencial Azor Etapas I y II, contestó la demanda con la formulación de las defensas que denominó: i) “Falta de legitimación en la causa por activa para demandar”, sobre la base de que el dinero que presuntamente fue hurtado corresponde a la cuentahabiente persona jurídica Inversiones H Flórez S en C S, de la cual el demandante es socio gestor, propietaria del establecimiento Motel Caricias. En declaración rendida en la Fiscalía el actor dijo que los cheques salieron a su nombre para pagar unos trabajadores del citado establecimiento, la calidad de socio gestor no lo habilita para cobrar a título personal daños y perjuicios que se le causen a la citada persona jurídica. ii) “Culpa exclusiva de la víctima”, que hace consistir

en que las personas ingresaron a un sitio que conocían, sabían de la existencia de la caja fuerte y del dinero en el inmueble. Señala imprudencia del demandante cuando para pagar trabajadores en junio de 2020, lo retiró del banco desde marzo, abril y mayo de 2020, cuando pudo dejarlo en el banco. iii) “Compensación de culpas”, iv) “Carencia de demostración de perjuicios patrimoniales”, en relación con la presencia del presunto dinero y el portátil en el inmueble, v) “Falta de identificación y prueba sobre el perjuicio moral que se demanda”, vi) “Inexistencia de culpa y nexo causal en el daño”, pues actuó con diligencia al contratar los servicios de vigilancia de la firma Seguridad Shatter de Colombia Ltda y fue su propio personal el que de manera negligente no acató el protocolo, en donde nada tuvo que ver el Conjunto Residencial, por lo que no existe la solidaridad demandada.

3. LOS LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA. El Conjunto Residencial demandado llamó en garantía a Axa Colpatria Seguros S.A. con base en contrato de seguro No 14106 suscrito para amparar los daños y perjuicios por responsabilidad civil extracontractual. De igual forma, llamó en garantía a la empresa Seguridad Shatter de Colombia Ltda, en razón a que con la citada suscribió contrato de prestación del servicio de vigilancia para disminuir y prevenir amenazas que afecten o puedan afectar los bienes que estén bajo custodia del contratista.

Axa Colpatria Seguros S.A., se opuso a la prosperidad de la demanda con la proposición de excepciones de fondo, que apuntan a la inexistencia del hecho, del daño y del nexo causal. Frente al llamamiento en garantía, sobre la base de que la empresa de vigilancia no está obligada a responder por dinero en efectivo, ni por bienes que no hayan sido entregados en custodia debidamente

inventariados, formuló la excepción de “inexistencia de cobertura, exclusión del amparo”, por cuanto la póliza No 14106 tiene los amparos de “predios, labores y operaciones zonas comunes”, y no tiene cobertura para las unidades privadas.

Seguridad Shatter de Colombia Ltda. llamó en garantía a Chubb Seguros de Colombia S.A., con quien dijo tener póliza de seguros de responsabilidad civil “para estos eventos específicos”. La convocada compareció a través de apoderado judicial para oponerse a las pretensiones de la demanda, con la formulación de las excepciones de “inexistencia de los elementos configurativos de la responsabilidad civil extracontractual que se persigue”, porque i) el hecho generador del daño (presunto hurto calificado) no se configuró, tal como concluyó la Fiscalía General de la Nación al archivar la investigación penal por atipicidad de la conducta y ii) no existe prueba del daño alegado, dado que el demandante no puede considerarse víctima de un tipo penal que no se estructuró; no existe prueba de que el actor tenía en custodia en su residencia la suma supuestamente hurtada; es cuestionable la permanencia del dinero en una caja fuerte por el término de casi 3 meses, cuando se adujo que sería empleado para unas supuestas remodelaciones y para pagar a los trabajadores del Motel Caricias. Si esto es así, no se explica cómo si el dinero empezó a ser retirado desde el 24 de marzo de 2020, permaneció supuestamente intacto durante casi 3 meses, lo que pone en duda el dicho del actor. Agregó que la factura con la que pretende acreditarse la compra del computador es ilegible, y resulta imposible acreditar la fecha de compra, el comprador etc.

Agregó las defensas de inexistencia de presupuestos necesarios para acceder al reconocimiento del daño a la vida de

relación y de perjuicios morales, pues estos deben probarse y no son presumibles.

Al llamamiento en garantía, la aseguradora tras reconocer la existencia y vigencia de la póliza de responsabilidad No 43067, en donde, dijo, no es cierto que hubiere amparado de manera genérica “estos eventos específicos” como señalara la convocante, pues para que opere es necesario que se acredite de manera fehaciente la responsabilidad civil extracontractual del asegurado, pasó a esgrimir las defensas de “inexistencia de obligación indemnizatoria a cargo de Chubb Seguros Colombia S.A. por la no realización del riesgo asegurado, en tanto no concurren los elementos configurativos de la responsabilidad civil extracontractual que se persigue”, “Causales de exclusión de la póliza de seguro de responsabilidad civil número 43067”, “límites y sublímites máximos de la eventual obligación indemnizatoria”, y que se pactó un deducible del 10% del valor de la pérdida, mínimo 3 SMLMV.

4. EL FALLO APELADO. Luego de verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales y abordar lo atinente a la legitimación en la causa, tanto por activa, como por pasiva, el juez *a quo* se ocupó en auscultar si se estructuran los elementos condicionantes de la responsabilidad deprecada, esto es, el daño, la imputación asociada a culpa y el nexo causal entre el daño y la conducta del agente, anticipando que el requisito del daño no se encuentra acreditado.

Al efecto, con base en el análisis conjunto de la prueba obrante a folios, estableció que está probado el hecho referente a que en horas de la noche del 13 de junio de 2020 ocurrió la intrusión irregular a la copropiedad de un vehículo, reconocido inicialmente por la

empresa de seguridad demandada en informe y comunicado a los residentes del Conjunto Azor, y por la administración de este.

Respecto de la ocurrencia del hurto de los bienes señalados en la demanda, señaló que el demandante instauró denuncia penal, que fue archivada por la Fiscalía General de la Nación en decisión del 30 de enero de 2021 sustentada en la atipicidad de la conducta, lo que implica que por los mismos hechos expuestos en este asunto civil, no se configuró finalmente un delito de hurto, o en su defecto, no se establecieron por la autoridad competente los elementos que estructuran esa conducta punible.

De la documental alusiva a los 6 cheques alegados en la demanda, estableció “el hecho concreto alusivo a que existe un dinero en cuantía de \$56.000.000 (4 cheques aportados al descorrer el traslado de objeción al juramento estimatorio) que responde a la cantidad recibida finalmente por el actor”, empero esa prueba “no determina la circunstancia de que ese dinero haya ingresado al patrimonio efectivo del demandante, puesto que debe tenerse en cuenta que la cuenta bancaria de donde son cargados los cheques aparece como titular una sociedad comercial y no aquel, aunque éste tenga participación en ella como socio gestor...a la par que su cuantía (\$56.000.000), no es la misma determinada con relación a ese elemento que se menciona hurtado en la demanda, pues allí se fijó en la suma de \$85.000.000.” Agregó que la factura allegada es ilegible para identificar el nombre del comprador y datos de identificación del computador relacionado en la demanda.

En relación con la prueba testimonial recogida a la compañera e hijos del actor, dijo que en sus narraciones no dan cuenta cierta de que los bienes (dinero y computador) se encontraran efectivamente

en la casa 34 del condominio Azor el día de los hechos. La testigo Paula Andrea Flórez no tuvo conocimiento preciso sobre la residencia de su padre en el condominio al señalar que residía en la casa 32 o 34, que no lo visitaba con frecuencia, y no evidenció que la suma de \$85.000.000 se encontrara efectivamente, pues solo “tenía fe de que se encontrara en la caja fuerte”, como tampoco supo describir las características del computador. El testigo Mateo Flórez señaló que por comentarios de su madre Martha Cecilia Flórez Castillo tiene conocimiento de que en una caja fuerte de la casa 34 donde residía su padre, para el mes de junio de 2020 se encontraba guardada la suma de \$85.000.000, residencia que solo vino a conocer en el mes de diciembre de ese año. Sobre la existencia de la caja fuerte, la conoció por una video llamada sostenida con el actor en fecha imprecisa, y tampoco observó de forma directa el dinero, pero sabía que su padre guardaba allí distintos montos de dinero. El computador dijo haberlo observado en una video llamada sin precisión de tiempo de ocurrencia o su descripción.

La señora Martha Cecilia Flórez Castillo narró que en unas 3 o 4 ocasiones ingresó a la casa 34 donde residía temporalmente su esposo, y que el conocimiento de los hechos lo tiene por comentario del actor en llamada telefónica en fecha indeterminada, no observó de manera directa la existencia de la caja fuerte, solo sabe que se encuentra en el closet de la habitación de Héctor Julio Flórez Gil por comentario hecho por él.

Finalmente, el juzgador de instancia, de la versión del demandante en el libelo y en interrogatorio rendido en el proceso, en cuanto que para la fecha de los hechos residía solo en la casa 34, reforzó la manera en que los señalados testigos adquirieron conocimiento de ellos de manera indirecta, “aunado a que el actor

mencionó en su declaración que el conocimiento de la caja fuerte solo la tenían sus hijos y la progenitora de éstos”.

De todo lo anterior, el *a quo* bajo el tamiz de la sana crítica y las reglas de la experiencia, concluyó que los testigos desconocen la existencia cierta de la suma de dinero en efectivo de \$85.000.000 en una caja fuerte existente en la casa 34 y que correspondiera a la suma mencionada en la demanda, tampoco dieron elementos de juicio suficientes sobre la descripción o identificación del computador, que tampoco se indica en la denuncia penal, la factura allegada es ilegible, solo indica el establecimiento comercial que la expidió (Alkosto), que no coincide con lo señalado por el demandante en interrogatorio de parte, en donde señaló un establecimiento diferente (Éxito).

Así las cosas, declaró probada la excepción propuesta por los demandados de falta de prueba del daño reclamado, como elemento concurrente para el establecimiento de la responsabilidad civil extracontractual.

5. LA APELACIÓN. La apoderada judicial del demandante mediante recurso de apelación elevó reparos a la decisión de primer grado, que sustentó en esta instancia señalando que:

i) Se omitió considerar los daños inmateriales alegados en la demanda cuya reparación se pretende. Aduce que se probó la intrusión violenta a la residencia del actor, por causas atribuibles a la empresa de seguridad demandada, y el juzgado se ocupó de analizar la existencia del daño material dejando de lado la existencia y prueba de los daños inmateriales, no precisamente por la sustracción material de sus bienes. Para la recurrente, la intrusión irregular a la vivienda violentando la puerta de entrada, intimidación,

amedrentamiento, sometimiento, retención ilegal y sustracción de bienes, ante las fallas del servicio de vigilancia, permite hablar de perjuicios inmateriales, “toda vez que por causa y razón de estos hechos, sufrió un agravio a sus íntimas afecciones.”

ii) Acusa una indebida valoración probatoria respecto de los daños materiales, en la medida que se argumentó arbitrariamente que como la investigación penal fue archivada por la Fiscalía General de la Nación por atipicidad de la conducta, no se configuró el hurto de los bienes y por ende no existe daño material, desconociendo que en el acta de archivo de diligencias del proceso penal, se consigna expresamente que es consecuencia de la no identificación de los presuntos responsables, lo que no quiere decir que los hechos reconocidos por la empresa de seguridad y la copropiedad no ocurrieron, “y mucho menos que los bienes cuya existencia se probó no existan o no hayan sido sustraídos en el violento acto.”

Los señalados reparos fueron objeto de réplica por parte de los convocados a este asunto, quienes se mantuvieron en sus posiciones iniciales abogando por la confirmación del fallo.

CONSIDERACIONES

1. Verificada la ausencia de irregularidades que impidan proferir decisión de fondo, anuncia la Sala que revocará el fallo apelado (para acceder parcialmente a las reclamaciones del actor), porque, como pasará a señalarse, si bien el conjunto de pruebas que integran el expediente, no acreditan de forma cabal la existencia de los daños materiales reclamados, sí dan cuenta de la afectación emocional padecida por el demandante a consecuencia de los hechos ocurridos el 13 de junio de 2020.

En ese sentido, el Tribunal ha de ocuparse en primera medida de exponer las razones por las cuales considera acertada la determinación del fallador de instancia de negar la reparación solicitada a título de daño emergente, y en seguida se ocupará de estudiar lo atinente al reconocimiento de los perjuicios extrapatrimoniales.

2. Ciertamente, cuando la fuente primaria de averiguación reside en la responsabilidad civil, el interesado no puede escapar al deber imperioso de acreditar los daños de que se dice víctima, principio probatorio conforme al cual, la reparación de los perjuicios procede “solo en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, **prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes**”, así como aquellas extraídas de “simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido. En otras palabras, toca al demandante darse a la tarea, exigente por antonomasia, de procurar establecer, por su propia iniciativa y con la mayor aproximación que sea factible según las circunstancias del caso, tanto los elementos de hecho que producen el menoscabo patrimonial del cual se queja como su magnitud, **siendo entendido que las deficiencias probatorias en estos aspectos de ordinario terminarán gravitando en contra de aquél con arreglo al art. 177 del C. de P.C.** [ahora artículo 167 del C. G. del P.]” (CSJ, sent. del 4 de marzo de 1998, exp.: 4921).

2.1 Precisado lo anterior, memora la Sala que, el actor centró su inconformidad frente al fallo de primera instancia, en lo que tiene que ver con los **daños materiales**, en la forma en que fue valorado el archivo de la investigación penal por parte de la Fiscalía General de la Nación, por atipicidad de la conducta, por desconocer que en el acta aportada se consigna que el archivo provisional es consecuencia de la no identificación de los presuntos responsables, lo que no quiere

decir que los hechos reconocidos por la empresa de seguridad y por la copropiedad no ocurrieron, “y mucho menos que los bienes cuya existencia se probó no existan o no hayan sido sustraídos en el violento acto”.

En relación con la citada actuación de archivo por parte de la Fiscalía General de la Nación¹, el *a quo* estimó que “implica necesariamente que en ese caso [atipicidad de la conducta] que alude a los mismos hechos expuestos en la demanda que origina este proceso civil, no se configuró finalmente un delito de hurto, o en su defecto, no se establecieron por la autoridad penal competente los elementos que estructuran esa conducta punible y cuya denuncia, se reitera, está relacionada con los bienes que se menciona en la demanda fueron hurtados al demandante”.

Tras agregar cita jurisprudencial sobre el tema penal, ninguna consideración extrajo de allí para negar la existencia de los hechos puestos en conocimiento del ente investigador, pasando a la valoración de las demás pruebas obrantes en el proceso, y al cabo de ese ejercicio, concluyó que los testimonios “no permiten demostrar con certeza los hechos planteados en la demanda, cuya deficiencia para asignarles mérito probatorio suficiente, en los términos del art. 228 del CGP, alude a que no arrojan una información certera sobre la ocurrencia de aquellos hechos, relacionados se itera con el hurto de los elementos descritos en la demanda y en su cuantía, que en caso del dinero correspondiera a la suma alegada de \$85.000.000, que además estuviera guardada en ese monto y en la caja fuerte existente en la casa 34 del condominio Azor, y para el elemento computador, igualmente, que se encontrara en aquella residencia, ambos elementos para el día 13 de junio de 2020...resulta evidente una deficiencia de los testigos en la percepción de esos hechos, lo cual es generado por la manera como adquirieron el conocimiento de éstos, que se insiste no es directo, y como lo reconocieron expresamente en sus declaraciones, por no haberlos observado directamente con sus sentidos, a pesar de ser personas cercanas por tener vínculos familiares estrechos con el actor...”.

¹ Dijo la Fiscalía General de la Nación que “consideramos que no se encuentra demostrada la tipicidad de la conducta como quiera que no se logra la identificación de los presuntos responsables.” Archivo 26 expediente digital.

Como queda explicitado, la decisión de archivo de las diligencias penales, ninguna incidencia cierta y concreta tuvo en la decisión de primer grado, la cual se sustenta en que “no se probó con certeza la existencia inequívoca del daño cierto alegado en la demanda ni su cuantificación...”.

2.2. Ahora bien, aterrizados en la “existencia del daño”, la recurrente señaló que respecto del computador se arrimó una tirilla o factura de compra que estaba en poder del reclamante, lo que prueba que existe, su marca, características allí detalladas y su costo, que según las demás pruebas estaba en su residencia y fue hurtado la noche de los hechos. Agregó que las grandes superficies como Alkosto no consignan en sus facturas el nombre del comprador y su exhibición es plena prueba de la propiedad de los bienes adquiridos, recalcando que el *a quo* concluyó que “la falta de prueba en contrario, permite asociar aquel documento con el bien relacionado en la demanda como hurtado por el demandante”.

La recurrente hace mención a la “plena prueba de la propiedad” del computador, que hace recaer en la tirilla de compra obrante a folios, en donde como dejó sentado el *a quo*, “los datos de su fecha y comprador resultan ilegibles”, al paso que en el hecho 5 de la demanda se menciona como hurtado “un computador marca Lenovo” por valor de \$1.589.538 sin agregar característica alguna.

Amén de la notoria deficiencia probatoria respecto de la titularidad del citado computador, pues en lado alguno se indica que el demandante fungiera como comprador del artículo al que se refiere la ilegible e incompleta factura de venta², de aceptarse en gracia de

² Véase que para efectos tributarios de las que son sujetos las grandes superficies, el artículo 617 del estatuto tributario señala como requisito de la factura de venta entre otros, apellidos y nombre o razón social y nit del adquirente de los bienes o servicios. Además, como lo

discusión que así fuera, ha de decirse que el hecho de que un establecimiento de comercio hubiese expedido una factura, es prueba, claro está, de que el bien se entregó a cambio de un precio, pero no del destino que el tenedor de la factura dio al mismo. En otras palabras, tal documento da cuenta de que en algún momento el actor tuvo en su poder dicho elemento, o como dijo el fallador se asocia con él, pero no demuestra, y menos con la contundencia que se requiere en estos eventos, que tal objeto se encontraba dentro de la residencia del actor, el día en que se produjo la intrusión por parte de desconocidos o por lo menos en fecha próxima.

Sobre este elemento la testigo Paula Flórez hija del demandante declaró que “del computador tengo conocimiento porque posterior como a la situación que se comentó, mi papá hizo mención que se habían llevado el computador que se encontraba dentro de la casa”, del que solamente informó su marca y ubicó en la habitación de su padre, al paso que su hermano Mateo Flórez sin describirlo declaró que este elemento “no tiene un lugar fijo en la casa”. La señora Martha Flórez madre de los citados y compañera del demandante, por comentario de este dijo haberse enterado del hurto sin poder especificar las características del computador, del que solo da cuenta que “una vez que estábamos conversando” estaba encima de la cama.

2.3. Respecto de la suma de dinero que afirma fue hurtada, la alzada remite a la prueba documental y testimonial. Remarca que la sociedad Inversiones H. Flórez S en C.S., emitió a favor de Héctor Julio Flórez Gil seis (6) cheques por valor total de \$85.000.000 que cobró entre marzo 24 y abril 17 de 2020, dinero que guardó en la caja fuerte ubicada en la casa del Conjunto Residencial Azor.

advirtió el a quo, el demandante en interrogatorio no supo identificar el comercio donde supuestamente adquirió el equipo, al señalar uno distinto al indicado en la tirilla arrimada al proceso.

En el escrito de demanda, además de referir que la citada suma en efectivo fue sustraída de la caja fuerte durante el atraco ocurrido el 13 de junio de 2020, se indicaron los cheques del Banco BBVA girados al demandante con los que se habría recaudado el dinero, y al descorrer el traslado de la objeción al juramento estimatorio se aportaron copias de 4 de ellos, al paso que “sobre el origen, monto, custodia y ubicación del dinero hurtado al demandante”, se pidió el testimonio de Paula Andrea Flórez Flórez, Mateo Flórez y Martha Cecilia Flórez Castillo, que como se dejó anunciado, son los hijos y compañera del actor.

Nótese como a lo largo de la alegación en primera instancia, y al sustentar la apelación, la apoderada del demandante antes que ocuparse en probar la existencia y ubicación de la suma indicada al interior de la casa 34 del Conjunto Residencial Azor el día de la intrusión a su vivienda, fue insistente en reclamar por las deficiencias en la aplicación del protocolo de seguridad establecido por la empresa de seguridad, y en remitirse al informe preliminar del 15/06/2020 y el comunicado que sobre tal infracción se hizo a los residentes del conjunto residencial el 18/06/20 de parte de su administración, que no resultan demostrativos en forma alguna de la presencia real y efectiva de la suma alegada en el sitio y fecha indicados en el libelo.

Ciertamente, la mencionada documental da cuenta de la ocurrencia de los hechos irregulares ocurridos en la copropiedad en la fecha indicada, pero no tiene el alcance para dar por probado la causación del daño que de manera específica se reclama en este asunto, pues solo da cuenta de errores y omisiones operacionales por parte del personal de vigilancia, sin que por ello se releve al interesado en acreditar la ocurrencia cierta del perjuicio y su cuantía.

Como se ve, la documental esgrimida no es suficiente para este menester.

Pasando al análisis de la prueba testimonial, conforme se solicitó, declaró la señorita Paula Andrea Flórez, abogada de profesión, hija del demandante, domiciliada en la ciudad de Cali, quien expuso que visita ocasionalmente la casa donde reside su padre en el Conjunto Residencial Azor en Jamundí, empero la identificó como la No 32 siendo la No 34. Sobre la suma de dinero objeto de hurto en la cuantía indicada en la demanda, dijo ser dinero proveniente de una negociación de un corretaje que hizo su papá por la venta de un lote con una constructora.

La versión de esta deponente pasa por afirmaciones contradictorias como las siguientes: En principio aseguró haber visto el dinero en la casa de su padre: “yo vi visualmente el dinero y el computador que se encontraba dentro de su casa.”, cuando se le preguntó por la fecha de ello, dijo que como se encontraba en tiempo de pandemia y la movilidad no podía ser muy seguida, solo aseveró que “Yo sabía que había un dinero que se estaba retirando y que se estaba depositando en la caja”, para de manera contundente sobre el punto concluir que “no vi toda la cantidad de los 85 millones, pero tenía fe de que ya había un dinero y parte del dinero se encontraba dentro de la caja y que se había igual girado y se sacaba el dinero por parte de mi papá.”

Por su parte, el testigo Mateo Flórez dijo encontrarse estudiando en la ciudad de Bogotá cuando sucedieron los hechos, de los que fue enterado por parte de su madre Martha Cecilia Flórez. Solo vino a conocer personalmente la casa 34 del Conjunto Azor en diciembre de 2020. Informó que por “múltiples llamadas” telefónicas su padre le había notificado de los retiros “para llegar al total de los 85 millones a caja fuerte”. No recordó las fechas, sin embargo aseveró que “fue en

un plazo desde marzo del 2020 hasta finales de mayo del mismo año”, y es de señalar que acorde con la prueba documental arrimada, los retiros sucedieron entre marzo y junio de esa calenda.

De otro lado, el deponente aseguró que los 85 millones fueron girados a la sociedad de la que es socio, por parte de la constructora Bolívar, y en interrogatorio de parte el demandante dijo haberlos recibido de parte del señor Jaime Ossa como comisión por la venta de un lote a la citada constructora. Pero lo que más llama la atención de la Sala, es la afirmación que en el mismo interrogatorio hiciera el actor al minuto 45:36 de la audiencia del 13 de diciembre de 2023³, cuando señaló que **“los 85 millones son pagos de comisiones que me hicieron antes de los hechos, los usé para adelantar trabajos de demolición y cambio de recepción y oficinas en el motel”**, originados por la construcción de la segunda calzada de la vía Cali-Candelaria al frente del citado establecimiento.⁴

La indeterminación se acrecienta cuando al minuto 1:05:14 el actor manifestó: “Voy a dejarle algo muy clarito... el arreglo del motel se empezó a hacer después de junio que era que yo recopilaba los 85 millones. ¿Por qué después de junio?, porque todavía estaba entablado conversaciones con la gobernación para saber exactamente cuanto me iban a pagar ellos, entonces no podía hacer remodelación antes de no saber exacto los planos y cuánto dinero me iban a ofrecer sobre ese negocio.” La pregunta que brota al rompe es, si el 13 de junio fueron hurtados los 85 millones, cómo es que los vino a utilizar en los trabajos de remodelación o adecuación del establecimiento Motel Caricias, si de otro lado, el contrato de compraventa de mejoras se suscribió con el ente estatal hasta el 2 de

³ Archivo 44 carpeta primera instancia.

⁴ Sobre el punto que se analiza, la Sala no encuentra valor probatorio al aportado contrato de compraventa de mejoras suscrito entre el Departamento del Valle del Cauca y la Sociedad Inversiones H. Flórez S. en C.S., del 2 de julio de 2020, en tanto obviamente, nada prueba acerca del origen o la preexistencia de los dineros que se dicen hurtados, en la casa 34 del Conjunto Azor.

julio de 2020 y su pago se haría solo pasados 30 días hábiles, conforme a su cláusula sexta.

Ahora bien, la afirmación del accionante en el sentido de que “no podía hacer remodelación antes de no saber exacto los planos y cuánto dinero me iban a ofrecer sobre ese negocio”, entra en contradicción con el hecho tercero de la demanda en donde se indica que los 85 millones girados a su favor eran “para aprovisionarse de los recursos necesarios para hacer la remodelación del inmueble donde funciona el Motel Caricias cuando se adelanten las obras de mantenimiento y rehabilitación de la vía Cali-Crucero Candelaria”, pues no resulta razonable que desde el mes de marzo se estuviera acopiando dineros, retirándolos de una entidad bancaria, para depositarlos en una caja fuerte, con el fin de acometer una obra cuyo comienzo a esa fecha era del todo incierta.

Otro elemento de prueba que desvirtúa el dicho del demandante, en cuanto al retiro de las sumas de dinero en efectivo del banco BBVA y su inmediato resguardo en la caja fuerte de la casa 34, es la certificación de la representante legal del Conjunto Residencial Azor anexo al libelo, según la cual, el señor Héctor Julio Flórez reside en ese Conjunto “desde el 13 de abril de 2020”, esto es, que los retiros del 24 de marzo y del 2 de abril de 2020 ocurrieron antes de que el aquí reclamante ocupara el señalado inmueble; no obstante, de manera contradictoria y conveniente aseguró en su interrogatorio que la construcción de la caja fuerte se hizo por “un trabajador como unos diez meses atrás”.⁵

A su turno, la señora Martha Cecilia Flórez Castillo, excompañera sentimental del demandante, informa que se enteró de los sucesos de la casa 34 por una empleada del motel, que el señor

⁵ Minuto 54:10.

Héctor Julio vivía allí solo, y que a ese lugar antes de junio de 2020 había ido unas 3 o 4 veces. Del dinero que se dice hurtado supo porque el actor se lo había comentado telefónicamente, empero no lo observó, como tampoco la caja fuerte porque “como tal nunca he llegado a la casa de Jamundí a buscar en los últimos rincones, siempre se que hay un closet que está cerrado, pero nunca me he tomado como un atrevimiento de decir voy a correr este closet y voy a mirar no, pero sé que en el closet estaba la caja fuerte, porque él siempre me había dicho...”

Con lo hasta aquí referenciado, la Sala avala las conclusiones a que las que llegó el funcionario de primer grado, en la medida que la prueba testimonial sobre la que se hizo descansar el monto, custodia y ubicación del dinero presuntamente hurtado, sin parar mientes en el grado de consanguinidad y parentesco de los deponentes con el actor, no demuestra de manera certera los hechos y circunstancias que pretende acreditar, en tanto la percepción de los testigos deviene de oídas. Cuando no es tangencial y contradictorio, su conocimiento es incompleto, sin ubicación en tiempo, modo y lugar, soportados más en la creencia o como se dijo, en actos de fe, de que lo afirmado por su padre y ex compañero como socio gestor, respecto de los movimientos de dinero de su empresa, es lo que en verdad sucedió. Todo lo anterior, esto es, el análisis individual y en conjunto de las pruebas, no permite llegar al convencimiento racional de la ocurrencia cierta del daño material cuya indemnización se depreca en este asunto.

3. En lo que dice relación con el reparo consistente en la no consideración en el fallo recurrido de daños inmateriales, estos se hacen derivar de la intrusión irregular a la vivienda violentando la puerta de entrada, intimidación, amedrentamiento, sometimiento, retención ilegal y sustracción de bienes, ante las fallas del servicio de

vigilancia, “toda vez que por causa y razón de estos hechos, sufrió un agravio a sus íntimas afecciones”.

La demanda pretende el reconocimiento de daño moral y daño a la vida de relación, producido al señor Héctor Julio Flórez Gil con ocasión del atraco sufrido la noche del 13 de junio de 2020.

El primero, por el hecho de ser atacado, sometido, golpeado, amenazado con armas de fuego, maniatado, encerrado y retenido contra su voluntad por hombres encapuchados, “generando en él impotencia, tristeza, conmoción, angustia, dolor, zozobra, miedo y abruptas alteraciones al recordar la violencia del atraco que aún persisten en su mente, como se documenta en la historia clínica psicológica del mismo que se allega como prueba, en la que se le diagnosticó reacción al estrés agudo”.

El segundo, “al ver afectada su esfera exterior de vida y sus relaciones interpersonales por los sobresaltos e interrupciones en sus ciclos de vigilia y sueño, por la marcada disminución del apetito ocasionados con los recuerdos gráficos del violento atraco en el que fue sometido, ultrajado, retenido contra su voluntad, que han disminuido su energía, afectando su vida laboral, social y familiar, como se prueba con su historia clínica psicológica y con las pruebas testimoniales”.

3.1. Nuestro Tribunal de Casación de antaño⁶, ha considerado que existen daños a la persona distintos de los estrictamente patrimoniales. Precisamente, uno de los rubros más comúnmente conocidos y desarrollados dentro de la amplia acepción de daños no patrimoniales ha sido aquel de los morales.

⁶ Cuando estableció en el Caso Villaveces que: «tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor». CSJ Sala de Negocios Generales- 21 de julio de 1922. G.J. 1515, pág. 220.

Esta clase de daño, se ha dicho, “incide en la órbita de los afectos, en el mundo de los sentimientos más íntimos, pues consiste en el pesar, en la aflicción que padece la víctima por el comportamiento doloso o culposo de otro sujeto, por cuanto sus efectos solamente se producen en la entraña o en el alma de quien lo padece...”⁷.

La valoración del daño moral, por su carácter inmaterial o extrapatrimonial, se ha confiado al discreto arbitrio de los falladores judiciales, de donde, lejos de autorizar interpretaciones antojadizas, impone el deber de actuar con prudencia, con sujeción a las particularidades de la situación litigiosa, valiéndose de los elementos de convicción que obren en el plenario y atendiendo la naturaleza del derecho afectado y la magnitud del daño.

En esta dirección, de acuerdo con el “informe preliminar intrusión casa 34”, suscrito por el coordinador de operaciones de Seguridad Shatter de Colombia Ltda, anexo al libelo, con apoyo de material fílmico y fotográfico se encuentra probado que en la noche del día 13 de junio de 2020, a través de un vehículo automotor se produjo el ingreso de personas desconocidas al Conjunto Residencial Azor, a quienes se permitió el paso “sin cumplir el protocolo de control de acceso”. En razón de lo anterior, conforme se observa de las fotografías aportadas, los desconocidos violentaron las chapas de las puertas de acceso y de la alcoba donde se encontraba el demandante, quien manifestó al personal de seguridad que fue intimidado con arma de fuego, golpeado en la cabeza y lo obligaron a abrir la caja fuerte de donde se llevaron la suma de 85 millones de pesos, que además fue amarrado y llevado hasta el baño de su habitación, para luego huir del lugar. Después de unos minutos logró soltarse para dar el aviso correspondiente.

⁷ CSJ Civil. S-454 de 6 de diciembre de 1989, exp. 0612.

En el citado informe se consignó que, aquella noche se sugirió al señor Flórez asistir a un centro médico para su atención, “a lo cual el señor dice que no es necesario, se le observan dos hematomas en la cabeza que aparentemente no revisten gravedad”.

La testigo Paula Flórez reseñó haber encontrado a su padre totalmente descompensado, triste, conmocionado y decepcionado, y su excompañera Martha Flórez refirió que, al encontrarlo esa noche estaba muy nervioso, le temblaban las manos, tenía sangre alrededor de la cabeza, entraron a la casa y pasaron a atenderlo, ella preparando un agua y su hija alcanzando una toalla. En el documento expedido por Mi Mente IPS SAS, con fecha 22 de junio de 2020, se da cuenta de consulta de psicología donde el actor dijo sentirse afectado por los citados hechos al temer por su vida con un diagnóstico de “reacción al estrés agudo” (sic).

En consulta del 27 de junio de 2020, se documentó que el paciente “manifiesta haberse sentido mejor luego de la primera sesión (menos ansioso), sin embargo, comenta que en el transcurso de esta semana algunos síntomas tales como sobresaltos e interrupciones en su ciclo de vigilia y sueño han aumentado su frecuencia” y ha empezado a aparecer una marcada disminución del apetito.

En la 3a sesión del 6 de julio de 2020, refirió el paciente que sus síntomas de ansiedad relacionados con los ciclos de vigilia y sueño han estado presentes luego del evento violento, y siente que esto le ha disminuido su energía y capacidad laboral, pues le da sueño durante el día y no lograr hacerlo en los momentos de descanso. No se documentó ninguna otra consulta, diagnóstico o tratamiento ordenado al demandante.

De lo dicho, la Sala infiere la afectación de la esfera moral del accionante, pues a no dudarlo, se acredita la ocurrencia de un hecho violento en su lugar de residencia en la forma referida en el informe de la empresa de seguridad, que conllevó ser amordazado, amenazado y golpeado, y comportó estados de aflicción, dolor, angustia y zozobra, señalados por los testigos y en la documental citada, que no conllevaron mayores vicisitudes físicas, pero que constituyó un sacrificio emocional que debe ser objeto de resarcimiento con una función principalmente satisfactoria, en la forma y términos que adelante se precisarán.

3.2. El daño a la vida de relación o perjuicio de agrado es otra variedad de daño extrapatrimonial. Sobre el particular, son abundantes los pronunciamientos de la jurisprudencia patria⁸. Se concibe como la imposibilidad del ejercicio regular de actividades ordinarias de recreo, sosiego o regocijo. Es, pues, la privación “de los placeres que la víctima podía esperar de una vida normal”.⁹ De manera concreta, el daño se presenta como la “carencia de las ventajas o disfrutes de una vida ordinaria o normal.”¹⁰ Esto es, sobre la vida de la víctima se impone “una disminución de los placeres y parabienes, por la dificultad o imposibilidad de entregarse a plurales actividades de gozo.”¹¹ En otras palabras, “es la mutilación de los placeres de la existencia.”¹²

Algunas características esbozadas por la jurisprudencia son las siguientes:

⁸ CSJ SSC del 18 de sept. de 2009, 9 de dic. de 2013, 28 de abril de 2014, 5 de agosto de 2014, 6 de mayo de 2016, 15 de junio de 2016, 17 de nov. de 2016, 28 de junio de 2017, 12 de dic. de 2017, dos fallos de 19 de dic. de 2017, 7 de dic. de 2018, 19 de dic. de 2018, 7 de marzo de 2019, 12 de nov. de 2019.

⁹ Carbonnier, Jean. Droit Civil. Thémis. París, 1985, pág. 366.

¹⁰ Viney, Genviève y Jourdain, Patrice. Les effets de la responsabilité. LGDJ. París, 2001, pág. 260.

¹¹ Viney. Genviève. Traité de Droit Civil. Les Obligations. La Responsabilité. LGDJ, París, 1982, pág. 325.

¹² Rochfeld, Judith. Les grandes notions du droit privé. Puf. París, 2011, pág. 512

- “Ha adquirido un carácter distintivo, ajustado a las particularidades de nuestra realidad social y normativa” (SC10297, 5 ag. 2014, rad. n.º 2003-00660-01).¹³
- Corresponde a la privación, disminución, “pérdida”¹⁴ del *agrado*¹⁵, causado por la imposibilidad de realización de actividades ordinarias.¹⁶
- Esta imposibilidad es, en principio, funcional¹⁷, empero, también podría ser física o psicológica¹⁸.
- Las más de las veces, el daño es *vitalicio*.

¹³ Sus fluctuaciones en el mundo han sido importantes. Actualmente, en varios países europeos ha sido englobado por otros institutos.

¹⁴ “*Pérdida del disfrute*”. Goode, Roy. Commercial law. Penguin. New York, 2004, pág. 119 O del “*empeoramiento de su situación existencial, objetivamente aplicable, aunque el propio afectado pueda no percibirlo*.” Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis. Tratado de derecho de daños. T.I. La Ley, Buenos Aires, 2019, pág. 424.

¹⁵ Agradar: “*Causar en el ánimo o los sentidos una impresión tal que el sujeto se siente bien con ella y desea que continúe*.” Moliner, María. Diccionario de uso del español. Gredos, Madrid, 1994, pág. 87. Agradar: “*Causar los objetos placer moderado por la correspondencia de sus cualidades con nuestro gusto*.” Cuervo, Rufino. Diccionario de Construcción y Régimen de la Lengua Castellana. T.I. Instituto Caro y Cuervo, Bogotá, 1953, pág. 257.

Se trata de la privación “*alegrías o disfrutes*”. Burrows, Andrew. Torts and breach of contract. Butterworths. Londres, 1994, p. 137.

Desde el análisis económico podría hablarse de las “*emociones positivas*”. Véase a: Frederickson, Barbara. The broaden and build theory of positive emotions. The Royal Society, 2004.

¹⁶ Corresponde a la “*privación de los placeres de la existencia (...) por ejemplo, el perjuicio de un niño privado de los juegos estivales infantiles*.” Stark. Boris. Obligations. Librairies Techniques. París, 1972, pág. 62.

A guisa de ejemplo podrían pensarse en las siguientes hipótesis. i) La víctima no puede “*establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas*” (SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-00114-01). ii) No puede “*desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad*” (SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-00114-01). iii) Para ella, las “*actividades muy simples se tornan complejas o difíciles*” (SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-00114-01). iv) Tampoco podría “*bañarse en piscinas, realizar actividades deportivas, tener relaciones sentimentales*” (SC5885 6 de mayo de 2016, rad. n.º 2004-00032-01). O “*acudir a tiendas protegidas con sensores electrónicos en su acceso, lugares de recreación e inclusive hasta tener un noviazgo o trato afectivo libre de preocupaciones subjetivas reales o presuntas con ocasión de la intervención quirúrgica que se le practicó, interesando su cuerpo y su estética corporal*” (SC5885, 6 may. 2016, rad. n.º 2004-00032-01). v) Esto es, no puede servirse o disfrutar de “*las actividades placenteras, lúdicas, recreativas, deportivas, entre otras*.” (SC22036-2017).

En definitiva, la víctima se privaría del placer que le reportaría “*caminar, hablar, comer, aprender, trabajar (...) jugar con otros, practicar un deporte, recibir educación formal, capacitarse, enamorarse o conformar una familia, situaciones que, entre otras muchas más, son las que hacen la vida placentera*” (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.º 2000-00196-01).

¹⁷ Por ejemplo, “*graves e irreversibles lesiones que se le provocaron al menor*” (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.º 2000-00196-01).

¹⁸ En efecto, “*se dice eso porque además de las consecuencias en la vida de relación tienen las lesiones físicas o psíquicas padecidas por la víctima*” (SC5686, 19 dic. 2018, rad. n.º 2004 00042 01). Por ejemplo, se ha dicho que el deudo -con respecto al disfrute común con una persona fenecida- no puede disfrutar de aquellas actividades “*que se dejaron de realizar con posterioridad a su fallecimiento*”(SC5050, 28 abril. 2014, rad. n.º 2009-00201-01).

- “Constituye una afectación a la esfera exterior de la persona” (SC-1997-09327-01, 13 may. 2008). Es decir, con él se comprometen los padecimientos de “la relación externa de la persona” (SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-00114-01).¹⁹
- Como acontece con el daño moral, su cálculo ha sido “confiado al discreto arbitrio de los funcionarios judiciales”. (SC-2003-0066001, 5 agos. 2014).
- Por tratarse de un daño extrapatrimonial, con respecto a él se ofrece “un mecanismo de satisfacción, por virtud del cual se procure al perjudicado, hasta donde sea factible, cierto grado de alivio, sosiego y bienestar que le permita hacer más llevadera su existencia”. (SC-1997-09327-01, 13 may. 2008).

Por lo demás, a nivel probatorio, el juez podrá apoyarse en “hechos notorios, los que -se resalta- deben examinarse en cada caso concreto por el funcionario judicial con miras a evitar su uso desbordado e injusto” (SC4803, 12 de dic. 2019, expediente 73001-31-03- 002-2009-00114-01).

En este asunto la parte actora dijo acreditar el señalado perjuicio con la historia clínica psicológica y con las pruebas testimoniales, empero bien pronto advierte la Sala que tal conato probatorio resulta infructuoso. En efecto, dirigida la atención a las deposiciones del grupo familiar del demandante, al preguntarse a Paula Flórez sobre “cambios en el comportamiento” de su padre, dijo que a veces de aislamiento, sin precisar detalles de su dicho, a lo que agregó su bajo apetito, dispersión cuando “tenemos oportunidad de compartir” y que sufre de insomnio.

¹⁹ Así las cosas -como una importante nota diferenciadora del *daño moral*-, este *perjuicio de agrado* se refiere a los padecimientos distintos de «*la aflicción, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padece la víctima* (SC10297, 5 ag. 2014, rad. n.º 2003-00660-01)». Es decir, «*no se refiere propiamente al dolor físico y moral* (SC22036-2017) ».

Por contraste, Mateo Flórez indagado sobre algún cambio en el comportamiento, estado anímico, o de la forma de interactuar con ellos, solo atinó a decir que a “Él le costaba ir a la casa a dormir. Solo digamos está con el hecho muy reciente. Preferiblemente evitaba ir allá pero inicialmente lo evitaba. Con el tiempo fue que ya empezó a superar las cosas. Obviamente nosotros le subimos el apoyo emocional y su cercanía, pero sí fue bastante difícil para él.” Y al preguntarle si “actualmente usted ha notado al señor Héctor que aún persiste alguno de esos cambios o alguna afectación que le haya sentido por el hecho de haber estado golpeado y amarrado”, de manera lapidaria contestó: “no señora, ya son muy leves como las réplicas por decir de una manera, pero ya el tema está en cuanto emocionalmente muy superado diría yo”.

La señora Martha Flórez frente al mismo cuestionamiento señaló que Héctor no concilia el sueño, no duerme, se levanta sudando asustado muy nervioso.

Si hemos de remitirnos nuevamente a la atención prestada en la IPS MiMente como lo pide la apoderada del actor, es de advertir que las tres consultas aportadas se produjeron en el lapso de junio 23 a julio 6 de 2020, en las sesiones que allí se documentaron el único diagnóstico realizado fue el de “reacción al estrés agudo” (sic), cuyo plan de tratamiento fue realizar dos sesiones de acompañamiento que facilitaran la elaboración del evento y “posteriormente se evaluará la pertinencia de ampliar el acompañamiento psicológico”, de lo cual nada se allegó. Por su parte, el mismo actor en declaración rendida en la misma calenda con los testigos (13 de diciembre de 2023), aseguró que abandonó el tratamiento psicológico desde hace un año y que “he estado con tratamiento de gotas” para el nerviosismo.

Observa la Sala que en la última de las consultas aportadas del 6 de julio de 2020 se dejó consignado que: “En esta sesión logra poner en palabras elementos de su vida emocional y relacional que de algún modo han sido impactadas al encontrarse justamente en un proceso de resolución marital y familiar. Sigue confrontado con lo acontecido pues el evento le cuestionó asuntos en desarrollo que aún no ha logrado dar el trámite que esperaba, a nivel familiar en su rol de padre.” Evidentemente, tales manifestaciones inherentes al proceso de separación de su pareja en nada corresponden con los hechos materia de esta litis.

Así las cosas, la aludida afectación de la esfera exterior de vida y relaciones interpersonales, como la afectación de la vida laboral, social y familiar del actor, se queda en la mera especulación retórica, en tanto brilla por su ausencia alguna caracterización que conlleve en el demandante, de manera actual y permanente, entre otras, la imposibilidad de realización de actividades ordinarias, la imposibilidad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, no poder desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana y habitual determinan su realidad, o que las actividades más simples se tornan complejas o difíciles, para citar solo algunas de la tipologías del perjuicio que aquí se analiza.

3.3. Ahora, como quiera que en el expediente quedó debidamente acreditado que el hecho dañoso, esto es, la intrusión por parte de desconocidos a la vivienda del actor produjo en éste sentimientos de tristeza, impotencia, conmoción, angustia, ansiedad, que le llevaron a recibir atención psicológica, donde se le diagnosticó “reacción al estrés agudo”, debe procederse a fijar el monto de la indemnización que se ha de reconocer. En ese sentido, considera la Sala que la suma de \$10'000.000 resulta ser un monto apropiado para la reparación de los daños producidos en la esfera interna del demandante.

4. Resta determinar quién debe responder por esa condena. Al respecto, ha de subrayarse que en la demanda se pidió declarar solidariamente responsables de los perjuicios reclamados a Azor Conjunto Residencial Etapa I y II, a Seguridad Shatter de Colombia Ltda. y a La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

Dispone el artículo 32 de la Ley 675 de 2001 que “la propiedad horizontal una vez constituida legalmente, da origen a una persona jurídica conformada por los propietarios de los bienes de dominio particular. **Su objeto será administrar correcta y eficazmente los bienes y servicios comunes**, manejar los asuntos de interés común de los propietarios de bienes privados y cumplir y hacer cumplir la ley y el reglamento de propiedad horizontal”. A su vez, el precepto 29 de la norma en cita establece que “los propietarios de los bienes privados de un edificio o conjunto estarán obligados a contribuir al pago de las expensas necesarias causadas por la administración y **la prestación de servicios comunes esenciales para la existencia, seguridad y conservación de los bienes comunes**, de acuerdo con el reglamento de propiedad horizontal.”

De los preceptos citados se colige que una de las funciones de la copropiedad es la de mantener la seguridad de los bienes comunes, y para el cumplimiento de tal cometido, en este caso, Azor Conjunto Residencial Etapa I y II, el 12 de octubre de 2018 suscribió un contrato de prestación “del servicio de vigilancia” con Seguridad Shatter de Colombia Ltda., cuyo objeto era el de “disminuir y prevenir amenazas que afecten o puedan afectar bienes que están bajo custodia del contratista”, y la principal obligación que en virtud de dicho convenio adquirió la empresa de seguridad fue la de “ejecutar los servicios de vigilancia contratados, ajustándose a las instrucciones dadas por el contratante”²⁰.

²⁰ Archivo 01LlamadoGarantiaAzorFrenteShatter (Cuaderno 4, páginas 3 a 10)

En dicho contrato, valga resaltar, no intervino directamente el acá demandante, pero lo cierto es que la copropiedad suscribió dicho convenio en procura de los intereses de la comunidad y para beneficio de los copropietarios y residentes del conjunto, de modo que al ser el actor, uno de los beneficiarios directos de dicho acuerdo contractual, bien puede reclamar por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de los términos del mismo.

Las instrucciones entregadas por la copropiedad a la empresa de seguridad, se encuentran en el documento denominado “consignas particulares: portería” –el mismo aparece firmado tanto por la copropiedad como por la empresa de seguridad-. Allí se estableció que en tratándose de “visitas vehiculares”, se debía proceder de la siguiente forma: “- Se le consulta al visitante el nombre completo, empresa de donde viene, y lugar hacia donde se dirige. - Se realiza la llamada al residente solicitado para confirmar ingreso. - Después de confirmado el ingreso se realiza el registro del visitante, mensajero, contratista... en la plataforma Bitacorapp”, y respecto al ingreso de los vehículos a la copropiedad la directriz que se impartió fue que “al ingresar un vehículo el guarda de portería debe verificar que sea un residente, que el residente baje la ventanilla y luego abrir la puerta”²¹.

A los autos se allegó el informe elaborado el 15 de junio de 2020 por el coordinador de operaciones Francisco Daza Benítez²², en el cual dio a conocer “el resultado de la investigación en el caso de intrusión en la casa 34”, donde sin atenuantes consignó que, “siendo las 22:23 horas del día 13 de junio de 2020, hace presencia en la portería vehicular del Conjunto Residencial Azor, un vehículo gris marca Renault de placas LEJ 649, conducido por un sujeto que viste camisa blanca, el vehículo hace el pare en la portería, el guarda Rivera Piamba Kevin, realiza la apertura de la puerta vehicular y les permite el ingreso a las instalaciones, sin cumplir el protocolo de acceso.” Más

²¹ Archivo 003 AnexosDemanda

²² Archivo 003 AnexosDemanda.

adelante agregó que, “se puede evidenciar que el guarda de turno no realizó el control de acceso de este vehículo, toda vez que el vehículo debe ser anunciado, autorizado y registrado en la plataforma de control de acceso.”

Del contenido de dicho documento fácil se colige que la empresa de seguridad desconoció de forma injustificada las consignas a que se hizo referencia en los párrafos anteriores, y por ende el contrato de prestación de servicios de vigilancia, en tanto que el portero de turno no indagó a los desconocidos sobre su nombre ni el lugar al que se dirigían, como tampoco anunció tal visita a alguno de los residentes y menos realizó el registro en Bitacorapp. Al permitirles el ingreso a la copropiedad, los intrusos pudieron acceder fácilmente a la residencia del actor y violentar la puerta de ingreso, causándole los daños que acá se está ordenando reparar.

Obviamente que ante un incumplimiento tal, se abre paso la declaratoria de responsabilidad contractual pedida en la demanda en contra de la empresa de seguridad.

No ocurre lo mismo con el conjunto residencial demandado, a quien no se puede declarar civilmente responsable de los daños sufridos por el señor Flórez Gil, porque, como se vio, en cumplimiento de sus funciones para con la copropiedad suscribió un contrato de prestación de servicios con la empresa de seguridad, en virtud del cual esta última se comprometió a ejercer la vigilancia del conjunto. La obligación que con la firma de dicho convenio adquirió la propiedad horizontal fue la de pagar la remuneración mensual, y acá nada se viene alegando sobre el incumplimiento de la misma, lo que se reprocha es el incumplimiento de los protocolos de seguridad para el ingreso a la copropiedad, y el cumplimiento de los mismos estaba a cargo de Seguridad Shatter de Colombia Ltda.

Es por ello que, a juicio del Tribunal, la copropiedad no está legitimada en la causa para resistir las pretensiones del actor, tema que, si bien no se abordó expresamente en las excepciones formuladas por el conjunto residencial, debe ser estudiado de oficio, por tratarse de uno de los presupuestos de la pretensión.

Asimismo, tampoco está legitimada en la causa por pasiva La Previsora S.A. Compañía de Seguros, porque, la póliza que la empresa de seguridad tomó con esta aseguradora solo ampara los riesgos “por el uso indebido de armas de fuego u otros elementos de vigilancia”, y es de verse que en el caso objeto de análisis, nada se está alegando en torno a la utilización de tales elementos por parte del personal de vigilancia.

5. Establecido entonces que es la empresa de seguridad la llamada a responder por los perjuicios morales causados al actor, al haber facilitado la intrusión violenta por parte de desconocidos a su sitio de residencia, pasa el Tribunal a pronunciarse en torno a las excepciones formuladas por dicha litigante, para enseguida estudiar lo referente al llamamiento en garantía.

5.1 En su escrito de contestación de demanda, Seguridad Shatter de Colombia Ltda. formuló como excepciones las que denominó: “ausencia de responsabilidad civil extracontractual de la demandada”; “cobro de lo no debido”; “prescripción extintiva” y “ausencia de prueba de la configuración del daño”.

Como sustento de la primera excepción, la empresa de seguridad alegó que, de vieja data, la jurisprudencia ha establecido que en este tipo de casos la responsabilidad aplicable es la “contractual por extensión”, para cuya estructuración se requieren unos

presupuestos distintos a los de la responsabilidad aquiliana, por lo que en virtud del principio de congruencia, no puede el fallador declarar la responsabilidad contractual, cuando lo solicitado es la extracontractual.

Sobre el punto, la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “cuando una pretensión se soporta en una causa petendi (hechos) que puede encuadrarse en una responsabilidad contractual, el carácter único de la indemnización no puede negarse bajo la excusa de que el actor se equivocó al señalar que escogía la acción de responsabilidad extracontractual, calificación jurídica del instituto que lo regula...”²³.

En idéntico sentido sostuvo que “el juez tiene el deber de desentrañar el verdadero y más equitativo sentido de la demanda, por supuesto, sin distorsionarla, labor en cuya realización puede acontecer que el demandante, descuidada o ambiguamente sitúe su petición en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pero al exponer el objeto de su reclamación o la causa para expedir evidencie con nitidez lo contrario, es decir que su pedimento se afinca en la responsabilidad derivada del incumplimiento negocial, pues en esa hipótesis deberá el juzgador emprender el ejercicio intelectual pertinente, enderezado a establecer el genuino sentido de dicho libelo, sin que necesaria e ineludiblemente deba atenerse a la denominación que al desgaire le hubiere imprimido el accionante” (Sentencia de 16 de julio de 2008, Rad. 1997-00457).

En este evento, si bien en el encabezado de la demanda y en el escrito mediante el cual se confirió el poder, se hizo alusión a una responsabilidad de tipo extracontractual, la pretensión formulada fue, llanamente, la de “declarar solidariamente responsables” al conjunto residencial, a la empresa de seguridad y a la aseguradora, sin

²³Sentencia STC6507-2017

precisar la vía mediante la cual se buscaba tal declaración (contractual o extracontractual).

En la formulación de los fundamentos fácticos, el demandante hizo alusión expresa a la existencia del contrato de prestación del servicio de vigilancia suscrito entre la copropiedad y la empresa de seguridad, hecho que fue admitido como cierto por Seguridad Shatter de Colombia Ltda. en su escrito de contestación de demanda.

Más adelante, en los fundamentos de derecho del libelo incoativo, tras citar algunas normas del Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada, el apoderado actor anotó que en este trámite “se procederá a demostrar el incumplimiento de la empresa de SEGURIDAD SHATTER DE COLOMBIA LTDA, respecto de las obligaciones asumidas en virtud del contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad suscrito el 12 de octubre de 2018 con el CONJUNTO RESIDENCIAL AZOR y, así como los perjuicios sufridos por el señor HECTOR JULIO FLÓREZ GIL con ocasión de los hechos que nos ocupan”.

De ese modo, al realizar una interpretación armónica de los hechos de la demanda y las pretensiones, así como sus fundamentos de derecho, lo que se puede colegir es que la reclamación se sustenta por la vía contractual, en tanto que en los fundamentos de hecho se hizo alusión expresa a la existencia del contrato de prestación de servicios de vigilancia; en los fundamentos de derecho, se indicó que en el trámite se demostraría el incumplimiento de los términos de dicho convenio y al formular la pretensión, no se hizo escogencia alguna, sino que se pidió solamente la declaratoria de responsabilidad solidaria para las convocadas a juicio.

Por lo anterior, al declarar civilmente responsable a la empresa de seguridad por el incumplimiento del contrato de prestación de

servicios de vigilancia, no se está contrariando el principio de congruencia, porque de la lectura del libelo incoativo se puede inferir razonablemente que la acción incoada ciertamente es contractual. Adicional a ello, tampoco se está vulnerando los derechos de defensa y debido proceso de las convocadas a juicio, por cuanto la existencia y acatamiento de las obligaciones derivadas de dicho convenio siempre estuvieron en el centro de la discusión –en la demanda, en las contestaciones y en el llamamiento en garantía efectuado por la copropiedad-.

Para fundamentar su excepción de “cobro de lo no debido”, la convocada a juicio planteó vagamente la inexistencia del nexo causal y el acaecimiento de circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito. Tal defensa debe despacharse desfavorablemente, porque amén de que ninguna prueba se arrimó para acreditar la existencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, en el expediente se encuentra plenamente acreditado que los daños que aquí se está ordenando reparar son consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la empresa de seguridad, al permitir el ingreso a los desconocidos sin el cumplimiento de las “consignas particulares” de la portería.

Ahora, la excepción de prescripción extintiva tampoco tiene vocación de prosperidad, en tanto que el término establecido en el artículo 2536 del Código Civil para la configuración de ese fenómeno es de diez años, y en este evento, los hechos materia del litigio tuvieron ocurrencia el 13 de junio de 2020 y la demanda en estudio se formuló el 19 de noviembre de 2021, es decir, el reclamo indemnizatorio se radicó muchos antes de que se cumpliera el plazo consagrado en la norma citada.

Finalmente, frente a la defensa denominada “ausencia de prueba de la configuración del daño” ha de indicarse que en este evento, el actor no logró acreditar plenamente la existencia de los daños materiales reclamados, pero sí se encuentra probada la causación de los daños morales a raíz del hecho dañoso, lo cual impone el reconocimiento de la respectiva indemnización.

5.2 Seguridad Shatter de Colombia Ltda. llamó en garantía a Chubb Seguros de Colombia S.A., para lo cual aportó copia de la póliza 43067, la cual tiene como fecha de vigencia el 15 de diciembre de 2019 al 15 de diciembre de 2020 y ampara “la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada, en las modalidades de vigilancia fija y móvil”, con un límite de cobertura de \$1.000'000.000 y un deducible del “10% de la pérdida” y un mínimo de 3 salarios mínimos.

En este caso, el hecho dañoso ocurrió en vigencia de dicha póliza y devino del incumplimiento contractual de la empresa de seguridad, al no acatar los protocolos de ingreso a la copropiedad, esto es, se encuentra dentro de los riesgos amparados, por lo que la referida aseguradora está llamada a responder por la condena impuesta a su asegurada, claro está, aplicando el deducible pactado.

5.3 Como quiera que dicha aseguradora se opuso tanto a las pretensiones como al llamamiento en garantía, es preciso proveer sobre las defensas que planteó. En ese sentido se tiene que la primera excepción que formuló fue la de “inexistencia de los elementos configurativos de la responsabilidad civil extracontractual que se persigue”, alegando que el hecho generador del daño (presunto hurto calificado) no se configuró, en tanto que la Fiscalía General de la Nación archivó la actuación por atipicidad de la conducta y que no existe prueba del daño alegado.

Al respecto ha de indicarse que la actuación de archivo por parte de la Fiscalía General de la Nación solo demuestra que no fue posible identificar a los responsables del ilícito, pero la misma no desvirtúa la existencia del hecho generador del daño, porque, se reitera, lo relativo a la intrusión de los desconocidos a la residencia del actor, quedó plenamente acreditado en el plenario con el documento suscrito el 15 de junio de 2020, por el coordinador de operaciones de Seguridad Shatter de Colombia Ltda.

En punto a la prueba de los daños, debe decirse que si bien los elementos de juicio recaudados resultan insuficientes para establecer cuáles fueron los bienes hurtados, lo cierto es que sí quedó demostrado que el hecho dañoso causó alteraciones en la esfera íntima del actor, y que por ello es menester el reconocimiento de la indemnización por daños morales.

Frente a la excepción denominada “inexistencia de presupuestos necesarios para acceder al reconocimiento del daño a la vida de relación”, en los párrafos anteriores se consignaron las razones por las cuales no se accederá al reconocimiento de ese tipo de perjuicio, por lo que no se requieren pronunciamientos adicionales.

Respecto a la defensa denominada “enriquecimiento sin causa”, basta reiterar que en el expediente quedó suficientemente acreditado que el hecho dañoso ocasionó un daño moral al actor, que es preciso reparar, sin que se pueda considerar que la suma concedida a título de indemnización constituye un enriquecimiento injusto a favor de este.

Ahora, en torno a las excepciones formuladas frente al llamamiento en garantía se tiene que la relativa a la “inexistencia de obligación indemnizatoria a cargo de Chubb Seguros Colombia S.A. por la no realización del riesgo asegurado, en tanto no concurren los elementos configurativos de la responsabilidad civil extracontractual que se persigue”, se tiene que en este evento quedó plenamente acreditada la existencia del vínculo contractual entre la empresa de seguridad y la propiedad horizontal (quien obró en nombre y beneficio de los copropietarios y residentes), el incumplimiento por parte de la empresa de vigilancia de los términos de ese contrato y el daño generado al actor como consecuencia de la desatención de los protocolos de ingreso a la copropiedad.

Respecto a las “causales de exclusión de cobertura de la póliza de seguro de responsabilidad civil número 43067”, se tiene que el daño que acá se ocasionó deriva del incumplimiento contractual de la empresa de seguridad, y no de la responsabilidad profesional de alguno de sus empleados; asimismo, en este evento la condena no se está imponiendo por el hurto de las pertenencias del actor, porque, se itera, ello no se logró probar en el expediente, sino por la intrusión violenta de los desconocidos a la residencia del actor, que fue lo que generó los perjuicios morales que acá se está ordenando indemnizar.

En punto a los límites y deducibles de la póliza, se tiene que el monto de la condena no supera el límite del amparo y que al momento de efectuar el pago, la aseguradora deberá aplicar el deducible pactado.

6. Finalmente, en punto a las costas se tiene que dada la revocatoria de la sentencia de primera instancia, las de primera y segunda instancia, al tenor de lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 365 del Código General del Proceso, deben ser asumidas por

la empresa de seguridad y su aseguradora (Chubb Seguros de Colombia S.A.).

Como quiera que en este evento se determinó que Azor Conjunto Residencial Etapa I y II y La Previsora S.A. Compañía de Seguros no están legitimados en la causa por pasiva para resistir las pretensiones planteadas en la demanda, el actor deberá pagar las costas en que incurrieron dichas litigantes.

Azor Conjunto Residencial Etapa I y II deberá asumir las costas de su llamada en garantía Axa Colpatria Seguros S.A.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Revocar el fallo apelado y, en su lugar se dispone:

PRIMERO: Declarar que Azor Conjunto Residencial Etapa I y II y La Previsora S.A. Compañía de Seguros no están legitimadas por pasiva para resistir las pretensiones del actor, por lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: Declarar civilmente responsable a Seguridad Shatter de Colombia Ltda. por los daños inmateriales causados a Héctor Julio Flórez Gil con ocasión a los hechos ocurridos en su residencia el 13 de junio de 2020.

TERCERO: Denegar la indemnización reclamada por concepto de daño emergente.

CUARTO: Condenar a Seguridad Shatter de Colombia Ltda. a pagar a Héctor Julio Flórez Gil la suma de \$10'000.000 por concepto de daños morales.

QUINTO: Ordenar a la Chubb Seguros de Colombia S.A. que concorra al pago de la indemnización otorgada al demandante, en los términos del contrato de Seguro suscrito con Seguridad Shatter de Colombia Ltda.

SEXTO: Condenar a Chubb Seguros de Colombia S.A. a reconocer y pagar sobre el valor de la condena, los intereses moratorios de que trata el artículo 1080 del Código de Comercio (interés corriente bancario certificado por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad, sin exceder el límite de usura) a partir de la ejecutoria de esta providencia.

SÉPTIMO: Condenar en costas de ambas instancias a Seguridad Shatter de Colombia Ltda. y a Chubb Seguros de Colombia S.A. Como agencias en derecho de la segunda instancia, el Magistrado Sustanciador fija la suma de \$1'300.000.

OCTAVO: Condenar en costas al demandante a favor de Azor Conjunto Residencial Etapa I y II y La Previsora S.A. El valor de las agencias en derecho deberá ser fijada por el juez *a quo*.

NOVENO: Condenar en costas a Azor Conjunto Residencial Etapa I y II a favor de Axa Colpatria Seguros S.A. El valor de las agencias en derecho deberá ser fijada por el juez *a quo*.

DÉCIMO: Devolver el expediente a la oficina de origen.

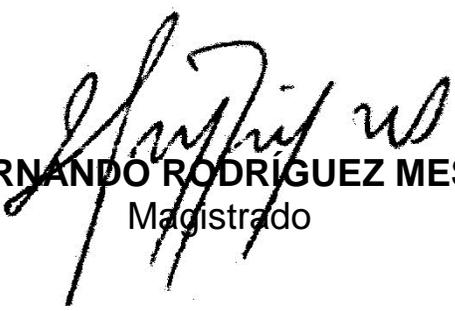
NOTIFÍQUESE,



CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ
Magistrado Ponente



HOMERO MORA INSUASTY
Magistrado



HERNANDO RODRÍGUEZ MESA
Magistrado