TATIANA MARÍA ACUÑA GALLEGO
Abogada

Bogotá, D.C., junio 16 de 2020

Señor
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
E. S. D.

RAD: 110001310303820170034000
DTE: EDGARD CENDÁLES SÁNCHEZ
DDO: DAM INVERSIONES INMOBILIARIAS S.A.S.
(Hoy CORPFIANZAS S.A.)
ASUNTO: Sustentación recurso de apelación.

Estimado señor Magistrado,

Sea lo primero extenderle un cordial saludo. En mi reconocida condición de apoderada judicial de la sociedad demandada en la causa relacionada en la referencia, mediante el presente escrito allego SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN con el fin de que se verifique la razón en los argumentos expuesto en el medio interpuesto a favor de la defensa de mi representado.

De esta manera, a continuación relaciono el sustento fáctico y jurídico que soporta los medios de impugnación referidos en el presente escrito:

I. SUSTENTO FÁCTICO

De conformidad con lo confesado por el demandante en la audiencia celebrada el 09 de diciembre del 2019, el señor Cendales se encuentra habitando el inmueble ubicado en Bogotá, en la dirección carrera 14 # 103 – 78, apartamento 506 y cuyo objeto fue el acta de conciliación que obra como título ejecutivo con el que se inició la acción que hoy se debate.

De esta manera, también se confesó por parte del demandante en la citada audiencia que este no paga ninguna contraprestación por el uso y goce del inmueble que habita desde hace más de 5 años.

II. SUSTENTO JURÍDICO

2.1. Enriquecimiento sin justa causa:

Básicamente como complementación al sustento jurídico y fáctico relacionado en la audiencia de 9 de diciembre de 2019 se resalta que el enriquecimiento sin justa causa es una

institución jurídica que actúa como remedio del detrimento injustificado de un patrimonio, por lo tanto, atendiendo el desarrollo jurisprudencial en materia civil, se puede subrayar que la pérdida económica en los activos de un patrimonio no hace caso a un fenómeno de extinción, sino de transferencia, por lo que toda pérdida económica debe tener un correlativo enriquecimiento en el patrimonio de otro sujeto. Y tal situación es la que se presenta en el caso que nos ocupa, porque tal como se relaciona en el sustento fáctico, queda claro que el patrimonio del demandante ha encontrado un enriquecimiento con el uso y goce del inmueble en el que habita el señor cendales, toda vez que no ha pagado ni un solo céntimo por ese aprovechamiento, mientras que se encuentra en la presente causa requiriendo judicialmente el dinero entregado como parte del precio del inmueble. Por lo tanto, en contraposición se puede observar que el patrimonio del demandado se ha visto empobrecido por ese hecho, tal y como se revela en el estado de pago de la acreencia.

En este orden, no existe fundamento jurídico por el que el demandante continúe con el inmueble y de esta manera empobreciendo el patrimonio del demando.

Del señor Juez, cordialmente:

TATIANA MARÍA ACUÑA GALLEGO
T.P. 113.515 del C. S de la J.

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
MAGISTRADA Dra. Martha Isabel García Serrano
E. S. D.

Ref: Expediente 11001319900320180159301
MADIAUTOS S.A.S. Vs ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA

LUZ PIEDAD RUGELES ARDILA, mayor de edad, identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderada judicial de la sociedad DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMÓVILES MADIAUTOS S.A.S. (en adelante, "MADIAUTOS"), según consta en el expediente, actuando dentro de la oportunidad procesal correspondiente, mediante el presente escrito sustento el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de agosto de 2019 dictada por la Superintendencia Financiera de Colombia, en los términos siguientes:

1. FUNDAMENTO FÁCTICO

1.1. La sociedad MADIAUTOS ejerció ante la Superintendencia Financiera de Colombia la Acción de Protección al Consumidor Financiero (ley 1480 de 2011) en contra de ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, con las siguientes pretensiones:

1.1.1. Que se declarara a la demandada contractualmente responsable por haber retenido indebidamente trescientas setenta y nueve mil setecientas cuarenta y seis (379.746) acciones ordinarias de GRUPO AVAL S.A. de propiedad de MADIAUTOS S.A.S. e impedir su transferencia a otro depositante directo, de acuerdo con las instrucciones que al respecto le impartió mi poderdante.

1.1.2. Que se declarara a ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA contractualmente responsable por haber retenido indebidamente los dividendos correspondientes a las trescientas setenta y nueve mil setecientas cuarenta y seis (379.746) acciones ordinarias de GRUPO AVAL S.A. de propiedad de MADIAUTOS S.A.S. anteriormente referidas.

1.1.3. Que se condenara a ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA a pagarle a MADIAUTOS S.A.S. intereses de mora hasta el 31 de enero de

2018, sobre el valor de los dividendos pagados por GRUPO AVAL S.A. con posterioridad al 18 de enero de 2006, correspondientes a las trescientas setenta y nueve mil setecientas cuarenta y seis (379.746) acciones en cita.

1.1.4. Que se condenara a ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA a pagarle a MADIAUTOS S.A.S., a título de daño emergente, la suma de CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TRES MIL PESOS ($175.403.000).

La suma anteriormente referida correspondía a la diferencia entre el precio al cual mi poderdante habría podido vender en septiembre de 2010 las acciones de GRUPO AVAL de su propiedad si no hubiesen sido objeto de retención indebida por parte de ADCAP COLOMBIA S.A., y el precio al que habría podido venderlas cuando dejaron de ser retenidas por la comisionista, actualizada con la corrección monetaria.

1.1.5. Que se condenara a ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA a pagarle a MADIAUTOS S.A.S., a título de lucro cesante, intereses corrientes desde el 1º de octubre de 2010 y hasta el 31 de enero de 2018 sobre la suma de seiscientos tres millones setecientos noventa y seis mil ciento cuarenta pesos ($603.796.140), que habría sido el valor en que mi poderdante habría podido vender en septiembre de 2010 las acciones de GRUPO AVAL de su propiedad, de no haber sido objeto de retención indebida por parte de ADCAP COLOMBIA S.A.

1.2. En la sentencia de fecha 13 de agosto de 2019 proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia, el juez A-quo dejó por sentado lo siguiente:

1.2.1. La sociedad ASESORES EN VALORES S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, actualmente ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, en desarrollo de un contrato de comisión, compró el día 18 de enero de 2006, por conducto de la Bolsa de Valores de Colombia, trescientas setenta y nueve mil setecientas cuarenta y seis (379.746) acciones ordinarias de la sociedad GRUPO AVAL S.A., en nombre propio y por cuenta de la sociedad DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMÓVILES MADIAUTOS S.A.S., en adelante, MADIAUTOS S.A.S., por un precio por acción de setecientos noventa pesos ($790).

El precio de tales acciones fue debidamente pagado por MADIAUTOS S.A.S.

1.2.2. Las trescientas setenta y nueve mil setecientas cuarenta y seis (379.746) acciones ordinarias de la sociedad GRUPO AVAL S.A. anteriormente

referidas (en adelante, LAS ACCIONES), en su condición de acciones desmaterializadas, quedaron en depósito en el Depósito Centralizado de Valores administrado por DECEVAL S.A. en la cuenta de ASESORES EN VALORES S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, actualmente ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, como Depositante Directo de las mismas, siendo su Depositante Indirecto mi poderdante.

1.2.3. El contrato de mandato entre mi poderdante y ADCAP COLOMBIA S.A. en virtud del cual dicha comisionista obró como depositante ante Deceval de las referidas acciones, estuvo vigente hasta el 3 de julio de 2018, fecha en la cual se cambió el depositante directo de la mismas por la sociedad Casa de Bolsa S.A.

1.2.4. ADCAP COLOMBIA S.A. **retuvo injustificadamente LAS ACCIONES y sus dividendos por más de diez (10) años,** entre el 16 de julio de 2008 y el 31 de enero de 2018, incumpliendo de esta forma con sus obligaciones contractuales como mandatario de mi poderdante para la administración de estos valores, así como sus deberes como depositante directo de los mismos ante DECEVAL. Literalmente, el A-quo expresó en la sentencia que se apela, que ADCAP COLOMBIA S.A. *"...dispuso de unas acciones de la sociedad actora, sin que las mismas pudieran servir de garantía en términos del derecho de retención de la operación cuestionada y pendiente de cumplimiento sobre la (sic) especie (sic) ETB y Fabricato conllevando a un incumplimiento del mandato que para ese momento estaba ejecutando, esto es, el de Administración de Valores..."* (Se subraya)

1.2.5. Las acciones de GRUPO AVAL adquirieron su máximo precio de cotización en bolsa en diciembre de 2010 ($1.770). En tanto que, para la fecha en que dejaron de ser retenidas por ADCAP COLOMBIA S.A., habían bajado a un precio de cotización en bolsa de $1.185 por acción.

1.2.6. Aunque el juez A-quo concluyó en la sentencia apelada que la demandada no tenía derecho alguno a retener LAS ACCIONES y sus dividendos, no la condenó a reparar el daño derivado de esta retención ilegítima. En efecto, el juez A-quo concluyó que el daño alegado por MADIAUTOS corresponde a una *"hipotética pérdida de oportunidad de haber podido vender las acciones de Grupo Aval sin que hubiese mediado de su parte algún acto tendiente a emitir una orden para su venta. Para que se produjera el daño era necesaria una orden de venta, como no hubo, el daño no se materializó."*

1.2.7. En cuanto a los intereses moratorios solicitados en relación con las sumas pagadas por GRUPO AVAL por concepto de los dividendos correspondientes a LAS ACCIONES, que igualmente fueron materia de retención por parte de

la demandada, el Juez A-quo tampoco los consideró pertinentes bajo el argumento de que no se llevó a cabo el requerimiento necesario para la constitución en mora de ADCAP COLOMBIA S.A.

2. FUNDAMENTO JURÍDICO

El siguiente análisis demuestra que el A-quo, al expedir la sentencia apelada, incurrió en indebida interpretación y/o falta de aplicación de las normas aplicables al caso y, en consecuencia, procede su modificación por parte de esa superioridad jurisdiccional, en tanto la misma no resulta admisible en un Estado Constitucional y Legal de Derecho como el nuestro.

2.1. Se desconoció que la demandada le ocasionó un daño a MADIAUTOS con la retención indebida de LAS ACCIONES.

2.1.1. De acuerdo con el artículo 58 de la Constitución Política, en Colombia se garantiza la Propiedad Privada, conforme a la cual el titular de un bien tiene poder jurídico sobre él y derecho a usarlo, gozarlo y disfrutarlo, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en Sentencia C-189 de 2006, en los términos siguientes:

> *"Al derecho de propiedad se le atribuyen varias características, entre las cuales, se pueden destacar las siguientes: (i) Es un derecho pleno porque le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; (ii) Es un derecho exclusivo en la medida en que, por regla general, el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero en su ejercicio; (iii) Es un derecho perpetuo en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio, y además, no se extingue -en principio- por su falta de uso; (iv) Es un derecho autónomo al no depender su existencia de la continuidad de un derecho principal; (v) Es un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende por lo general de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, y finalmente; (vi) Es un derecho real teniendo en cuenta que se trata de un poder jurídico que se otorga sobre una cosa, con el deber correlativo de ser respetado por todas las personas.*
>
> *"En cuanto a sus atribuciones, las mismas persisten desde el derecho romano y se resumen en los actos materiales y jurídicos que permiten a su titular el aprovechamiento de su derecho, en concreto, a través de los*

beneficios del uso, el fruto y la disposición. En cuanto al primero, reconocido como el ***ius utendi, se limita a consagrar la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir****. Por su parte, el segundo, que recibe el nombre de* ***ius fruendi o fructus, se manifiesta en la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación****. Finalmente, el tercero, que se denomina* ***ius abutendi, consiste en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien****."*[1] *(Subraya y negrilla fuera de texto)*

Ahora bien, el derecho real de dominio o de propiedad es definido en el artículo 669 del Código Civil en los términos siguientes:

"Art. 669. CONCEPTO DE DOMINIO. El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno." (Subrayo)

2.1.2. El capital social de las sociedades anónimas se encuentra representado en acciones, las cuales confieren a sus propietarios, entre otros, los siguientes derechos conforme a lo previsto en el artículo 379 del Código de Comercio:

"2. Recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o los estatutos.

"3. Negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad, de los accionistas o de ambos."

La parte proporcional de los beneficios sociales a que tienen derecho los propietarios de acciones, son los dividendos. La sociedad GRUPO AVAL, durante el tiempo en que ADCAP COLOMBIA S.A. tuvo retenidas LAS ACCIONES, decretó y pagó dividendos a sus accionistas.

En la medida en que las acciones de GRUPO AVAL son desmaterializadas, el pago de los dividendos se lleva a cabo mediante transferencia electrónica a la cuenta de depósito para administración de valores abierta por DECEVAL en el sistema de cuentas de depósito del Banco de la República, como se

[1] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia del 15 de marzo de 2006, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-5948.

establece en el artículo 55 del Reglamento de Operaciones de esta entidad. DECEVAL procede a abonarle a los titulares de las acciones los pagos recibidos por ella por concepto de dividendos a través de los Depositantes Directos, quienes tienen la obligación de canalizar a los Depositantes Indirectos las sumas que reciban por concepto de dividendos, el mismo día en que los reciban de DECEVAL.

En el caso de LAS ACCIONES, las sumas de dinero correspondientes a los pagos recibidos por DECEVAL por concepto de dividendos de LAS ACCIONES, le fueron entregadas a ADCAP COLOMBIA S.A., en su condición de Depositante Directo de las mismas. Sin embargo, la sociedad demandada se abstuvo de canalizar al Depositante Indirecto de LAS ACCIONES, esto es, a MADIAUTOS, las sumas que recibió de DECEVAL por concepto del pago de dividendos de GRUPO AVAL, amparada en el ejercicio del derecho de retención.

Por otra parte, las acciones inscritas en bolsa, como es el caso de las acciones de GRUPO AVAL, son libremente negociables de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 407 del Código de Comercio. Esto significa que MADIAUTOS habría podido enajenarlas en cualquier momento con total libertad.

No obstante lo anterior, en la medida en que ADCAP COLOMBIA S.A. retuvo abusivamente LAS ACCIONES durante más de diez (10) años mediante la anotación "BLOQUEADAS BLOQUEO GARANTÍA POR BOLSA" en el aplicativo de DECEVAL, la sociedad demandada le impidió a mi poderdante ejercer su derecho a disponer de LAS ACCIONES, pues tal como lo certificó DECEVAL en comunicaciones del 19 de julio y 8 de agosto de 2019, aportadas al proceso de primera instancia y que obran en el expediente, en virtud de dicha anotación LAS ACCIONES no podían ser "*transadas*" ni "*cedidas*".

Por lo tanto, es evidente que durante más de diez (10) años ADCAP COLOMBIA S.A. no le permitió a MADIAUTOS ejercer los derechos que tenía a gozar y disponer de LAS ACCIONES en su condición de propietaria de las mismas, en abierta violación de los artículos 58 de la Constitución Política y 379 del Código de Comercio.

2.1.3. Pese a todo lo anterior, el juez A-quo concluyó en la sentencia objeto de apelación, que ADCAP COLOMBIA S.A. no está obligada a tener que resarcirle a MADIAUTOS S.A. daño alguno, por cuanto lo que se presentó fue

una "*hipotética pérdida de oportunidad*" para mi poderdante, de haber podido vender LAS ACCIONES, ya que no medió de su parte "*...algún acto tendiente a emitir una orden para su venta*". Sostiene el juez de primera instancia, que "*...para que se produjera el daño era necesaria una orden de venta, como no hubo, el daño no se materializó.*"

Al respecto, conviene traer a colación la siguiente definición de "daño" propuesta por el Dr. Juan Carlos Henao:

> *"La postura aquí defendida supone que hay tres etapas del daño cierto: la primera va desde el momento en el que inicia la perturbación o alteración del goce pacífico del derecho o interés, sin que aún se haya iniciado la lesión definitiva; la segunda va desde el momento en el que inicia la lesión definitiva del derecho y sigue presentándose, lo cual se define en doctrina como daño continuado, y la tercera supone que el derecho ya fue lesionado definitiva y totalmente. Desde esta perspectiva, el no daño lo constituye el goce pacífico del derecho."*[2] (Se subraya)

Esta definición de daño coincide con la hecha por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de agosto de 2014, según la cual, "*...desde el punto de vista jurídico, significa 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.*"[3]

En este orden de ideas, es evidente que ADCAP COLOMBIA S.A. le produjo a MADIAUTOS un daño cierto, en la medida en que vulneró su derecho a la propiedad privada, al impedirle disponer y gozar pacíficamente, durante más de 10 años, de LAS ACCIONES.

Esto es así, pues el "BLOQUEO" de LAS ACCIONES que llevó a cabo la sociedad demandada en el aplicativo de DECEVAL, y que mantuvo por más de 10 años, configuraba un impedimento para que mi poderdante pudiera

---

[2] Artículo del Dr. Juan Carlos Henao *"Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.° 28, enero-junio de 2015, pp. 277-366. DOI: 10.18601/01234366.n28.10

[3] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL, Sentencia del 5 de agosto del 2014, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez. S.C. 10297-2014 Rad. 11001310300320030066O1.

enajenarlas, a pesar de que, como propietario de las mismas, tenía el derecho legal de negociarlas libremente. Adicionalmente, la demandada no hizo entrega a MADIAUTOS, durante ese mismo lapso, de las sumas que recibió por concepto del pago de dividendos de LAS ACCIONES.

Así las cosas, craso error cometió el juez de primera instancia al estimar que en el caso de marras la demandada no le ocasionó a MADIAUTOS ningún daño, por cuanto mi poderdante no impartió una orden de venta de LAS ACCIONES durante el tiempo en que fueron objeto de retención. Al contrario, el daño sí se produjo, y consistió en la violación por más de 10 años del derecho de dominio que tenía MADIAUTOS respecto de LAS ACCIONES, al impedirle la sociedad demandada disponer y gozar de ellas durante ese lapso.

Por lo demás, sorprende que el juez de primera instancia eche de menos una orden de venta que no habría producido efecto alguno, pues se repite, la anotación "*BLOQUEADAS BLOQUEO GARANTÍA POR BOLSA*" en el aplicativo de DECEVAL, que realizó la demandada respecto de LAS ACCIONES, impedía que pudiera ser "*transadas*" y/o "*cedidas*", tal como lo certificó DECEVAL. Luego, carecía de sentido librar una orden de venta de LAS ACCIONES mientras estuvieran "BLOQUEADAS".

2.2. **No se ordenó la reparación del daño causado por ADCAP COLOMBIA**

2.2.1. En procura de obtener la reparación del daño que ADCAP COLOMBIA S.A. le ocasionó al impedirle gozar y disponer de LAS ACCIONES por más de 10 años, mi poderdante le solicitó a la Superintendencia Financiera de Colombia, en ejercicio de la Acción de Protección al Consumidor Financiero, que condenara a la comisionista a tener que indemnizarlo, tomando como criterios para ello el daño emergente y el lucro cesante.

En relación con este aspecto, es pertinente anotar que sobre la obligación que tiene quien infringe un daño de repararlo, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia C-189 de 2006 anteriormente referida, expresó lo siguiente:

> ***"...el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 señala que 'dentro de** cualquier proceso **que se surta ante la administración de justicia, 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'; sin que la citada disposición introduzca diferencias en la indemnización en razón de la fuente que dio origen al perjuicio (se resalta).***
>
> *"Ello significa que el juez tendrá que ordenar al responsable del daño la reparación plena del mismo, que en materia contractual se traduce en el deber de colocar al deudor en la misma situación en que se habría hallado si el convenio se hubiera cumplido a cabalidad, lo cual supone restablecer tanto las condiciones económicas como las personalísimas que resulten afectadas con el incumplimiento." (Se subraya)*

Ahora bien, para efectos de establecer el valor de las pretensiones, se partió de la premisa de que las inversiones en acciones que realizan personas como MADIAUTOS de sus excedentes de liquidez, en sociedades que no guardan ninguna relación con las actividades de las cuales provienen sus ingresos, evidentemente son efectuadas sin ánimo de permanencia y con el objeto de obtener rentabilidad mediante su venta a un precio superior al que fueron compradas. Por lo tanto, tales inversiones se liquidan cuando el precio de cotización de la acción alcanza un valor considerablemente superior a aquél en que se efectuó su compra, obteniéndose con ello una ganancia.

Ahora bien, en el proceso de primera instancia quedó probado el precio de cotización en bolsa de las acciones de GRUPO AVAL durante todo el tiempo en que la sociedad demandada retuvo indebidamente LAS ACCIONES. Así mismo, el juez A-quo reconoció que el representante legal de MADIAUTOS es una persona conocedora del mercado de valores, de lo cual se infiere que indudablemente habría aprovechado para efectuar la venta de LAS ACCIONES cuando su precio de cotización en bolsa le hubiese permitido obtener una rentabilidad importante a su representada.

Luego, de no haber sido retenidas LAS ACCIONES por parte de la sociedad demandada, es evidente que MADIAUTOS no habría esperado hasta finales de enero de 2018 (cuando cesó la retención) para llevar a cabo su venta, sino que la habría efectuado mucho antes, ya que el precio de cotización en bolsa de las acciones de la especie GRUPO AVAL se incrementó sustancialmente antes de esta fecha con respecto al precio al cual mi poderdante compró LAS ACCIONES, tal como lo acreditó la Bolsa de Valores de Colombia S.A. en el proceso de primera instancia, lo cual le habría permitido a mi poderdante

doblar o triplicar el valor de su inversión. Especialmente, llamó la atención respecto al hecho de que en el último trimestre de 2010 y el primer trimestre de 2011, el precio de cotización en bolsa de las acciones de GRUPO AVAL fluctuó entre los $1.315 y los $1.770.

Lo anteriormente expuesto adquiere aún mayor validez si se tiene que el representante legal de MADIAUTOS es una persona conocedora del mercado de valores, tal como se reconoce en la sentencia apelada.

Adicionalmente, mi poderdante habría podido no solo obtener una ganancia mediante la venta de LAS ACCIONES en el periodo en comento, sino también mediante la realización de otra clase de inversiones con el producto de la venta.

2.2.2. Lo que indudablemente no puede ocurrir en un Estado Social de Derecho como el colombiano, y de manera particular en el mercado de valores, el cual está basado en la confianza de los inversionistas en los profesionales que en él intermedian, es que las sociedades comisionistas de bolsa puedan retener arbitrariamente los valores por ellas administrados junto con sus rendimientos y/o dividendos, impidiéndole a sus titulares disponer de los valores y de su uso, goce y disfrute, sin que tengan obligación alguna de indemnizarlos por esta conducta indebida.

2.2.3. Por lo tanto, en la medida en que MADIAUTOS sufrió un daño cierto, consistente en no haber podido gozar y disponer de LAS ACCIONES durante más de diez (10) años, tiempo este en que fueron retenidas de manera abusiva por la sociedad demandada, es evidente que el juez A-quo debió condenar a ADCAP COLOMBIA, como responsable de este daño, a su reparación plena, colocando a MADIAUTOS en la misma situación económica en que se habría hallado si la demandada hubiera cumplido a cabalidad con sus obligaciones como Depositante Directo de LAS ACCIONES.

2.2.4. Ahora bien, si a juicio del juez de primera instancia, la forma en que se cuantificaron las pretensiones por concepto de daño emergente y lucro cesante no fue la adecuada, la ley lo facultaba para resolver sobre las mismas de otra manera, a la luz de lo previsto en el numeral 9º del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, el cual establece lo siguiente:

> *"9. Al adoptar la decisión definitiva, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio (para el caso, la Superintendencia Financiera de Colombia) resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y*

ultrapetita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir".

Lo que desde luego resulta inadmisible, es que el A-quo reconozca que fue indebida la retención que por más de 10 años ejerció el demandado respecto de LAS ACCIONES de propiedad de MADIAUTOS y de sus dividendos, pero que se abstenga de condenarlo a tener que reparar a mi poderdante, bajo el argumento de que no hubo daño alguno para MADIAUTOS al no haber *"...mediado de su parte algún acto tendiente a emitir una orden para su venta".*

O sea, para el juez de primera instancia, es posible privar de manera ilegítima a una persona del derecho a gozar y disponer de un bien de su propiedad, sin que el retenedor tenga que indemnizarla por tal privación, a menos que el propietario del bien demuestre que tenía la intención de venderlo durante el tiempo que duró la retención. Indudablemente esto no es así. El daño que debe ser resarcido por quien retiene en forma ilegítima un bien, no es otro que la privación sufrida por el propietario del mismo de sus derechos de disposición, uso, goce y disfrute de dicho bien durante todo el tiempo en que fue retenido.

2.3. **Se desconoció la mora automática.**

Las acciones de GRUPO AVAL se encuentran en custodia y administración del Depósito Centralizado de Valores que administra DECEVAL S.A. Las relaciones entre DECEVAL, los Depositantes Directos y los Depositantes Indirectos se encuentran reguladas en el Reglamento de Operaciones de DECEVAL, aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia y, por ende, de total conocimiento de esta entidad de supervisión.

En efecto, en el artículo 3º del citado Reglamento se establece lo siguiente:

"Artículo 3.- Objeto del reglamento El presente reglamento regula las relaciones que surjan entre la Sociedad y sus Depositantes Directos, Depositantes Indirectos y otros depósitos centralizados de valores locales o internacionales, con los sistemas de negociación o registro y otros sistemas de compensación y liquidación, con motivo de los contratos que se celebren en desarrollo de su objeto social vinculados a los servicios de custodia, administración, compensación, liquidación y las funciones de certificación sobre los valores anotados en cuenta."

Los Depositantes Directos y los Depositantes Indirectos se encuentran definidos en el Glosario de Términos del Reglamento de Operaciones, así:

> *"Depositantes Directos Son las entidades, que de acuerdo con el reglamento de operaciones de la Sociedad aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia pueden acceder directamente a los servicios del Depósito de Valores y que han suscrito el Contrato de Depósito de Valores o de emisión, bien sea a nombre y por cuenta propia y/o en nombre y por cuenta de terceros. Los Depositantes Directos que cumplan con las calidades establecidas en este reglamento también podrán ser Depositantes Directos del sistema de compensación y liquidación administrado por la sociedad.*
>
> *"Depositantes Indirectos Son todas las personas jurídicas y naturales que no pueden acceder directamente a los servicios del Depósito, pero que en virtud de un contrato de mandato encomiendan a un Depositante Directo en términos de las normas vigentes y dentro de su competencia, la administración de recursos, valores y fondos, ante la Sociedad. A los Depositantes Indirectos se les asignará una subcuenta que se utilizará en el ámbito nacional. La identificación de la subcuenta estará en función de la titularidad única, conjunta o solidaria que tenga el Depositante Indirecto en el Depósito."*

La administración de las acciones de GRUPO AVAL, de propiedad de MADIAUTOS, a que se refiere el proceso de marras, fue encomendada al Depositante Directo ADCAP COLOMBIA S.A. en virtud de un contrato de mandato, siendo su Depositante Indirecto MADIAUTOS.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 del Reglamento de Operaciones, las sociedades emisoras de valores en depósito efectúan el pago de los derechos patrimoniales correspondientes a tales valores en una cuenta de DECEVAL, quien se encarga de abonarle tales pagos a los titulares de los valores a través de los Depositantes Directos. Veamos:

> *"Artículo 55.- Pago de los Derechos Patrimoniales y Negociación de los valores en proceso de administración valores.*
>
> *"55.1. Pago de los Derechos Patrimoniales Las entidades emisoras efectuarán el pago de los derechos patrimoniales mediante transferencia electrónica de fondos a la cuenta de depósito para administración de valores abierta por la Sociedad en el sistema de cuentas de depósito del Banco de la República, bien sea directamente o a través de un Banco Liquidador y que representen rendimientos, dividendos o capital. Dichas*

sumas se pondrán a disposición de la Sociedad a más tardar el mismo día del vencimiento, antes del cierre bancario en los términos que reglamente para el efecto el Banco de la República y/o la Sociedad.

"La Sociedad adelantará bajo los procedimientos establecidos en el reglamento, los pagos mediante abono a los tenedores de valores emitidos por el respectivo emisor a través de los Depositantes Directos. En el evento que por situaciones ajenas a la Sociedad no se pudieran trasladar los recursos dentro de los términos aquí señalados y no fuera posible la entrega de los recursos el mismo día del vencimiento por hechos imputables al emisor, el costo de los recursos deberá ser asumido por éste.

"En todo caso será obligación de la Sociedad actuar con la debida diligencia en el proceso de administración de valores y cumplir el procedimiento establecido en el reglamento de operaciones y manuales que lo desarrollen. El abono de las sumas correspondientes al ejercicio de los derechos bajo su administración, en las cuentas de liquidación de los respectivos Depositantes Directos, respecto de los cuales hubiere adelantado su cobro se deberá realizar en la fecha de su recaudo, o a más tardar al día siguiente. Los pagos a los Depositantes Indirectos se canalizarán por intermedio de los Depositantes Directos o en las cuentas de los depositantes indirectos que indique el Depositante Directo en los términos que se señale en el Banco de la República y la Sociedad. ***El Depositante Directo deberá efectuar la transferencia de los Fondos el mismo día en que fueren recibidos."*** (Subraya y Negrilla fuera de texto)

Por consiguiente, DECEVAL recibió de GRUPO AVAL los pagos correspondientes a los dividendos de LAS ACCIONES y, en la misma fecha de su recaudo, o a más al día siguiente, le abonó a ADCAP COLOMBIA S.A. las sumas recibidas por este concepto para que se las transfiriera a MADIAUTOS. De acuerdo con lo previsto en el artículo 55 del Reglamento de Operaciones anteriormente transcrito, dicha transferencia debió ser efectuada por ADCAP COLOMBIA S.A. **el mismo día en que recibió de DECEVAL las sumas correspondiente al pago de dividendos**.

Sin embargo, esto no fue así, pues ADCAP COLOMBIA S.A. decidió retener arbitrariamente las sumas que recibió de DECEVAL por concepto del pago de dividendos de LAS ACCIONES, durante los más de 10 años que retuvo las acciones de GRUPO AVAL de propiedad de mi poderdante.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55.1 del Reglamento de Operaciones de DECEVAL, aprobado por la Superintendencia Financiera, en concordancia con lo

establecido en el artículo 25.2 de este mismo Reglamento, ADCAP COLOMBIA S.A. debió abonarle a MADIAUTOS en su cuenta bancaria los recursos recaudados por DECEVAL por concepto de los mencionados dividendos, el mismo día en que fueron recibidos por la comisionista.

Por consiguiente, en la medida en que existía un plazo para que la comisionista le entregara a mi poderdante los fondos que le entregó DECEVAL por concepto de dividendos de LAS ACCIONES (esto es, *"...el mismo día en que fueron recibidos"*), a partir del vencimiento de dicho plazo la sociedad demandada incurrió en mora automática conforme a lo previsto en el artículo 1.608 del Código Civil, sin necesidad de requerimiento judicial.

Sobre la interpretación de este articulo la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente:

> *"El Código Civil consagró en su artículo 1617 las reglas para la indemnización de perjuicios por mora en las obligaciones dinerarias. Ubicando este artículo dentro del sistema que constituye el Código Civil, se observa como dentro del mimo Título XII del libro IV se encuentra el artículo 1608 que regula lo referente a la constitución en mora por parte del deudor así:*
>
> *"El deudor está en mora:*
> *"1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.*
> *"2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.*
> *"3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor."*
>
> *"Lo anterior implica que, como es conocido, la mora, en sentido estricto, no se genera de manera inmediata con el incumplimiento de una obligación, sino que cuando no hay un término estipulado para el cumplimiento de la misma y no se trate de una obligación que sólo podía ser ejecutada dentro de cierto tiempo, se requiere de reconvención judicial para la constitución en mora, excepto en obligaciones dinerarias.*
>
> *"Para determinar la manera de fijar los perjuicios por mora en obligaciones dinerarias el artículo 1617 del Código Civil estableció que:*

'Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:
' 1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.
'El interés legal se fija en seis por ciento anual.
'2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo.
'3. Los intereses atrasados no producen interés.
4. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas' (el resaltado es nuestro)

"La mora, como título jurídico para hacer efectivo el cobro de perjuicios en obligaciones dinerarias, se constituye desde el momento en que la persona que tiene a su cargo tal tipo de obligación, incumple con el pago de la misma de acuerdo con el plazo estipulado. Se trata de un retardo sin reconvención. El perjuicio que se cobra es aquél que el legislador ha presumido; se trata de un perjuicio que al no poder ser dividido claramente entre lucro cesante y daño emergente se ha tasado acorde con la propiedad del dinero, la cual es producir más dinero. En esa medida, el sólo retardo en ese cumplimiento, es indicio claro de perjuicio, que por producirse en una obligación dineraria, genera intereses de mora.

"Téngase en cuenta que frente a las obligaciones dinerarias, el momento de constitución en mora es claramente precisable si se tiene en cuenta que la mora se da cuando se incumple con la obligación de acuerdo con el plazo establecido. Lo anterior es fácilmente aplicable a obligaciones dinerarias derivadas de la responsabilidad civil contractual puesto que las partes pueden fijar una fecha cierta en la cual deba ser cumplida la obligación dineraria."[4]

De acuerdo con lo anterior, en la medida en que el Reglamento de Operaciones de DECEVAL, que regula el cual las relaciones entre DECEVAL, sus Depositantes Directos y Depositantes Indirectos, establece que los Depositantes Directos deben abonarle a los titulares de los valores en depósito (Depositantes Indirectos) las sumas que reciban de DECEVAL por concepto de los pagos de los derechos

[4] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia del 24 de octubre de 2002, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente T-614051.

patrimoniales correspondientes a tales valores, **el mismo día en que los reciban**, es indudable que existe un término para el cumplimiento de esta obligación.

Por lo tanto, si el Depositante Directo no le transfiere al Depositante Indirecto los dineros que le abone DECEVAL, el mismo día en que los reciba, queda constituido en mora, sin que se requiera de reconvención judicial.

En el caso de marras esto fue lo que ocurrió, puesto que ADCAP COLOMBIA S.A. incumplió con su obligación de transferirle a mi poderdante, el mismo día en que los recibió, los dineros que le abonó DECEVAL por concepto de los pagos de dividendos correspondientes a LAS ACCIONES. Así las cosas, incurrió en mora desde que incumplió con la obligación de efectuar tales transferencias dentro del plazo señalado, por lo cual le adeuda a mi poderdante intereses moratorios sobre las sumas que le abonó DECEVAL por el concepto en mención.

No obstante lo anterior, el juez de primera instancia se abstuvo de condenar a ADCAP COLOMBIA S.A. al pago de intereses sobre las sumas correspondientes a los dividendos de LAS ACCIONES materia de retención, por no haber mediado requerimiento para su constitución en mora, desconociendo con ello lo previsto en el artículo 1.608 del Código Civil.

PETICIÓN

Con fundamento en los argumentos esgrimidos a lo largo del presente libelo, dejo debidamente **SUSTENTADO** el **RECURSO DE APELACIÓN** impetrado en contra de la sentencia de fecha trece (13) de agosto de 2019 de la Superintendencia Financiera de Colombia, de los cuales se colige el sustento fáctico y legal de la pretensión de que la sentencia recurrida sea modificada, en el sentido de que se condene a ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA a tener que repararle a MADIAUTOS en forma íntegra, oportuna y adecuada los perjuicios que le ocasionó con el incumplimiento de sus obligaciones contractuales como Depositante Directo de LAS ACCIONES, al retenerlas injustificadamente por más de diez (10) años, junto con los dividendos correspondientes a las mismas.

En tal sentido, respetuosamente solicito que se condene a la demandada a reconocerle intereses de mora a mi poderdante sobre las sumas que le retuvo correspondientes al pago de dividendos de LAS ACCIONES, y a indemnizarlo por impedirle gozar y disponer de LAS ACCIONES por más de 10 años, tomando como criterios para ello el daño emergente y el lucro cesante.

Expediente 11001319900320180159301
MADIAUTOS Vs ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA
Sustentación Recurso de Apelación

NOTIFICACIONES

A mi representada y a la suscrita se nos puede notificar en la Secretaría del Despacho del Honorable Tribunal o en la carrera 14 No 93B-32, Oficina 305, de la ciudad de Bogotá D.C., teléfono 7431940 (correo electrónico: ***rugelesaociados@gmail.com)***.

De la Honorable Magistrada, con el debido respeto,

Luz Piedad Rugeles Ardila
C.C. 51.826.495 de Bogotá
T.P. 51.775 del C.S.J.
Apoderada de MADIAUTOS S.A.S.

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
MAGISTRADA Dra. Martha Isabel García Serrano
E. S. D.

Ref: Expediente 11001319900320180159301
MADIAUTOS S.A.S. Vs ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA

LUZ PIEDAD RUGELES ARDILA, mayor de edad, identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderada judicial de la sociedad DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMÓVILES MADIAUTOS S.A.S. (en adelante, "MADIAUTOS"), según consta en el expediente, actuando dentro de la oportunidad procesal correspondiente, mediante el presente escrito sustento el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de agosto de 2019 dictada por la Superintendencia Financiera de Colombia, en los términos siguientes:

1. FUNDAMENTO FÁCTICO

1.1. La sociedad MADIAUTOS ejerció ante la Superintendencia Financiera de Colombia la Acción de Protección al Consumidor Financiero (ley 1480 de 2011) en contra de ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, con las siguientes pretensiones:

1.1.1. Que se declarara a la demandada contractualmente responsable por haber retenido indebidamente trescientas setenta y nueve mil setecientas cuarenta y seis (379.746) acciones ordinarias de GRUPO AVAL S.A. de propiedad de MADIAUTOS S.A.S. e impedir su transferencia a otro depositante directo, de acuerdo con las instrucciones que al respecto le impartió mi poderdante.

1.1.2. Que se declarara a ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA contractualmente responsable por haber retenido indebidamente los dividendos correspondientes a las trescientas setenta y nueve mil setecientas cuarenta y seis (379.746) acciones ordinarias de GRUPO AVAL S.A. de propiedad de MADIAUTOS S.A.S. anteriormente referidas.

1.1.3. Que se condenara a ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA a pagarle a MADIAUTOS S.A.S. intereses de mora hasta el 31 de enero de

2018, sobre el valor de los dividendos pagados por GRUPO AVAL S.A. con posterioridad al 18 de enero de 2006, correspondientes a las trescientas setenta y nueve mil setecientas cuarenta y seis (379.746) acciones en cita.

1.1.4. Que se condenara a ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA a pagarle a MADIAUTOS S.A.S., a título de daño emergente, la suma de CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TRES MIL PESOS ($175.403.000).

La suma anteriormente referida correspondía a la diferencia entre el precio al cual mi poderdante habría podido vender en septiembre de 2010 las acciones de GRUPO AVAL de su propiedad si no hubiesen sido objeto de retención indebida por parte de ADCAP COLOMBIA S.A., y el precio al que habría podido venderlas cuando dejaron de ser retenidas por la comisionista, actualizada con la corrección monetaria.

1.1.5. Que se condenara a ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA a pagarle a MADIAUTOS S.A.S., a título de lucro cesante, intereses corrientes desde el 1º de octubre de 2010 y hasta el 31 de enero de 2018 sobre la suma de seiscientos tres millones setecientos noventa y seis mil ciento cuarenta pesos ($603.796.140), que habría sido el valor en que mi poderdante habría podido vender en septiembre de 2010 las acciones de GRUPO AVAL de su propiedad, de no haber sido objeto de retención indebida por parte de ADCAP COLOMBIA S.A.

1.2. En la sentencia de fecha 13 de agosto de 2019 proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia, el juez A-quo dejó por sentado lo siguiente:

1.2.1. La sociedad ASESORES EN VALORES S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, actualmente ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, en desarrollo de un contrato de comisión, compró el día 18 de enero de 2006, por conducto de la Bolsa de Valores de Colombia, trescientas setenta y nueve mil setecientas cuarenta y seis (379.746) acciones ordinarias de la sociedad GRUPO AVAL S.A., en nombre propio y por cuenta de la sociedad DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMÓVILES MADIAUTOS S.A.S., en adelante, MADIAUTOS S.A.S., por un precio por acción de setecientos noventa pesos ($790).

El precio de tales acciones fue debidamente pagado por MADIAUTOS S.A.S.

1.2.2. Las trescientas setenta y nueve mil setecientas cuarenta y seis (379.746) acciones ordinarias de la sociedad GRUPO AVAL S.A. anteriormente

referidas (en adelante, LAS ACCIONES), en su condición de acciones desmaterializadas, quedaron en depósito en el Depósito Centralizado de Valores administrado por DECEVAL S.A. en la cuenta de ASESORES EN VALORES S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, actualmente ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, como Depositante Directo de las mismas, siendo su Depositante Indirecto mi poderdante.

1.2.3. El contrato de mandato entre mi poderdante y ADCAP COLOMBIA S.A. en virtud del cual dicha comisionista obró como depositante ante Deceval de las referidas acciones, estuvo vigente hasta el 3 de julio de 2018, fecha en la cual se cambió el depositante directo de la mismas por la sociedad Casa de Bolsa S.A.

1.2.4. ADCAP COLOMBIA S.A. **retuvo injustificadamente LAS ACCIONES y sus dividendos por más de diez (10) años,** entre el 16 de julio de 2008 y el 31 de enero de 2018, incumpliendo de esta forma con sus obligaciones contractuales como mandatario de mi poderdante para la administración de estos valores, así como sus deberes como depositante directo de los mismos ante DECEVAL. Literalmente, el A-quo expresó en la sentencia que se apela, que ADCAP COLOMBIA S.A. *"...dispuso de unas acciones de la sociedad actora, sin que las mismas pudieran servir de garantía en términos del derecho de retención de la operación cuestionada y pendiente de cumplimiento sobre la (sic) especie (sic) ETB y Fabricato conllevando a un incumplimiento del mandato que para ese momento estaba ejecutando, esto es, el de Administración de Valores..."* (Se subraya)

1.2.5. Las acciones de GRUPO AVAL adquirieron su máximo precio de cotización en bolsa en diciembre de 2010 ($1.770). En tanto que, para la fecha en que dejaron de ser retenidas por ADCAP COLOMBIA S.A., habían bajado a un precio de cotización en bolsa de $1.185 por acción.

1.2.6. Aunque el juez A-quo concluyó en la sentencia apelada que la demandada no tenía derecho alguno a retener LAS ACCIONES y sus dividendos, no la condenó a reparar el daño derivado de esta retención ilegítima. En efecto, el juez A-quo concluyó que el daño alegado por MADIAUTOS corresponde a una *"hipotética pérdida de oportunidad de haber podido vender las acciones de Grupo Aval sin que hubiese mediado de su parte algún acto tendiente a emitir una orden para su venta. Para que se produjera el daño era necesaria una orden de venta, como no hubo, el daño no se materializó."*

1.2.7. En cuanto a los intereses moratorios solicitados en relación con las sumas pagadas por GRUPO AVAL por concepto de los dividendos correspondientes a LAS ACCIONES, que igualmente fueron materia de retención por parte de

la demandada, el Juez A-quo tampoco los consideró pertinentes bajo el argumento de que no se llevó a cabo el requerimiento necesario para la constitución en mora de ADCAP COLOMBIA S.A.

2. FUNDAMENTO JURÍDICO

El siguiente análisis demuestra que el A-quo, al expedir la sentencia apelada, incurrió en indebida interpretación y/o falta de aplicación de las normas aplicables al caso y, en consecuencia, procede su modificación por parte de esa superioridad jurisdiccional, en tanto la misma no resulta admisible en un Estado Constitucional y Legal de Derecho como el nuestro.

2.1. Se desconoció que la demandada le ocasionó un daño a MADIAUTOS con la retención indebida de LAS ACCIONES.

2.1.1. De acuerdo con el artículo 58 de la Constitución Política, en Colombia se garantiza la Propiedad Privada, conforme a la cual el titular de un bien tiene poder jurídico sobre él y derecho a usarlo, gozarlo y disfrutarlo, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en Sentencia C-189 de 2006, en los términos siguientes:

> *"Al derecho de propiedad se le atribuyen varias características, entre las cuales, se pueden destacar las siguientes: (i) Es un derecho pleno porque le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; (ii) Es un derecho exclusivo en la medida en que, por regla general, el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero en su ejercicio; (iii) Es un derecho perpetuo en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio, y además, no se extingue -en principio- por su falta de uso; (iv) Es un derecho autónomo al no depender su existencia de la continuidad de un derecho principal; (v) Es un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende por lo general de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, y finalmente; (vi) Es un derecho real teniendo en cuenta que se trata de un poder jurídico que se otorga sobre una cosa, con el deber correlativo de ser respetado por todas las personas.*
>
> *"En cuanto a sus atribuciones, las mismas persisten desde el derecho romano y se resumen en los actos materiales y jurídicos que permiten a su titular el aprovechamiento de su derecho, en concreto, a través de los*

beneficios del uso, el fruto y la disposición. En cuanto al primero, reconocido como el ***ius utendi, se limita a consagrar la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir****. Por su parte, el segundo, que recibe el nombre de* ***ius fruendi o fructus, se manifiesta en la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación****. Finalmente, el tercero, que se denomina* ***ius abutendi, consiste en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien****."*[1] *(Subraya y negrilla fuera de texto)*

Ahora bien, el derecho real de dominio o de propiedad es definido en el artículo 669 del Código Civil en los términos siguientes:

"Art. 669. CONCEPTO DE DOMINIO. El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno." (Subrayo)

2.1.2. El capital social de las sociedades anónimas se encuentra representado en acciones, las cuales confieren a sus propietarios, entre otros, los siguientes derechos conforme a lo previsto en el artículo 379 del Código de Comercio:

"2. Recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o los estatutos.

"3. Negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad, de los accionistas o de ambos."

La parte proporcional de los beneficios sociales a que tienen derecho los propietarios de acciones, son los dividendos. La sociedad GRUPO AVAL, durante el tiempo en que ADCAP COLOMBIA S.A. tuvo retenidas LAS ACCIONES, decretó y pagó dividendos a sus accionistas.

En la medida en que las acciones de GRUPO AVAL son desmaterializadas, el pago de los dividendos se lleva a cabo mediante transferencia electrónica a la cuenta de depósito para administración de valores abierta por DECEVAL en el sistema de cuentas de depósito del Banco de la República, como se

[1] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia del 15 de marzo de 2006, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-5948.

establece en el artículo 55 del Reglamento de Operaciones de esta entidad. DECEVAL procede a abonarle a los titulares de las acciones los pagos recibidos por ella por concepto de dividendos a través de los Depositantes Directos, quienes tienen la obligación de canalizar a los Depositantes Indirectos las sumas que reciban por concepto de dividendos, el mismo día en que los reciban de DECEVAL.

En el caso de LAS ACCIONES, las sumas de dinero correspondientes a los pagos recibidos por DECEVAL por concepto de dividendos de LAS ACCIONES, le fueron entregadas a ADCAP COLOMBIA S.A., en su condición de Depositante Directo de las mismas. Sin embargo, la sociedad demandada se abstuvo de canalizar al Depositante Indirecto de LAS ACCIONES, esto es, a MADIAUTOS, las sumas que recibió de DECEVAL por concepto del pago de dividendos de GRUPO AVAL, amparada en el ejercicio del derecho de retención.

Por otra parte, las acciones inscritas en bolsa, como es el caso de las acciones de GRUPO AVAL, son libremente negociables de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 407 del Código de Comercio. Esto significa que MADIAUTOS habría podido enajenarlas en cualquier momento con total libertad.

No obstante lo anterior, en la medida en que ADCAP COLOMBIA S.A. retuvo abusivamente LAS ACCIONES durante más de diez (10) años mediante la anotación "BLOQUEADAS BLOQUEO GARANTÍA POR BOLSA" en el aplicativo de DECEVAL, la sociedad demandada le impidió a mi poderdante ejercer su derecho a disponer de LAS ACCIONES, pues tal como lo certificó DECEVAL en comunicaciones del 19 de julio y 8 de agosto de 2019, aportadas al proceso de primera instancia y que obran en el expediente, en virtud de dicha anotación LAS ACCIONES no podían ser "*transadas*" ni "*cedidas*".

Por lo tanto, es evidente que durante más de diez (10) años ADCAP COLOMBIA S.A. no le permitió a MADIAUTOS ejercer los derechos que tenía a gozar y disponer de LAS ACCIONES en su condición de propietaria de las mismas, en abierta violación de los artículos 58 de la Constitución Política y 379 del Código de Comercio.

2.1.3. Pese a todo lo anterior, el juez A-quo concluyó en la sentencia objeto de apelación, que ADCAP COLOMBIA S.A. no está obligada a tener que resarcirle a MADIAUTOS S.A. daño alguno, por cuanto lo que se presentó fue

una "*hipotética pérdida de oportunidad*" para mi poderdante, de haber podido vender LAS ACCIONES, ya que no medió de su parte "*...algún acto tendiente a emitir una orden para su venta*". Sostiene el juez de primera instancia, que "*...para que se produjera el daño era necesaria una orden de venta, como no hubo, el daño no se materializó.*"

Al respecto, conviene traer a colación la siguiente definición de "daño" propuesta por el Dr. Juan Carlos Henao:

> *"La postura aquí defendida supone que hay tres etapas del daño cierto: la primera va desde el momento en el que inicia la perturbación o alteración del goce pacífico del derecho o interés, sin que aún se haya iniciado la lesión definitiva; la segunda va desde el momento en el que inicia la lesión definitiva del derecho y sigue presentándose, lo cual se define en doctrina como daño continuado, y la tercera supone que el derecho ya fue lesionado definitiva y totalmente. Desde esta perspectiva, el no daño lo constituye el goce pacífico del derecho."*[2] (Se subraya)

Esta definición de daño coincide con la hecha por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de agosto de 2014, según la cual, "*...desde el punto de vista jurídico, significa 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.*"[3]

En este orden de ideas, es evidente que ADCAP COLOMBIA S.A. le produjo a MADIAUTOS un daño cierto, en la medida en que vulneró su derecho a la propiedad privada, al impedirle disponer y gozar pacíficamente, durante más de 10 años, de LAS ACCIONES.

Esto es así, pues el "BLOQUEO" de LAS ACCIONES que llevó a cabo la sociedad demandada en el aplicativo de DECEVAL, y que mantuvo por más de 10 años, configuraba un impedimento para que mi poderdante pudiera

---

[2] Artículo del Dr. Juan Carlos Henao *"Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.° 28, enero-junio de 2015, pp. 277-366. DOI: 10.18601/01234366.n28.10

[3] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL, Sentencia del 5 de agosto del 2014, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez. S.C. 10297-2014 Rad. 11001310300320030066O1.

enajenarlas, a pesar de que, como propietario de las mismas, tenía el derecho legal de negociarlas libremente. Adicionalmente, la demandada no hizo entrega a MADIAUTOS, durante ese mismo lapso, de las sumas que recibió por concepto del pago de dividendos de LAS ACCIONES.

Así las cosas, craso error cometió el juez de primera instancia al estimar que en el caso de marras la demandada no le ocasionó a MADIAUTOS ningún daño, por cuanto mi poderdante no impartió una orden de venta de LAS ACCIONES durante el tiempo en que fueron objeto de retención. Al contrario, el daño sí se produjo, y consistió en la violación por más de 10 años del derecho de dominio que tenía MADIAUTOS respecto de LAS ACCIONES, al impedirle la sociedad demandada disponer y gozar de ellas durante ese lapso.

Por lo demás, sorprende que el juez de primera instancia eche de menos una orden de venta que no habría producido efecto alguno, pues se repite, la anotación "*BLOQUEADAS BLOQUEO GARANTÍA POR BOLSA*" en el aplicativo de DECEVAL, que realizó la demandada respecto de LAS ACCIONES, impedía que pudiera ser "*transadas*" y/o "*cedidas*", tal como lo certificó DECEVAL. Luego, carecía de sentido librar una orden de venta de LAS ACCIONES mientras estuvieran "BLOQUEADAS".

2.2. **No se ordenó la reparación del daño causado por ADCAP COLOMBIA**

2.2.1. En procura de obtener la reparación del daño que ADCAP COLOMBIA S.A. le ocasionó al impedirle gozar y disponer de LAS ACCIONES por más de 10 años, mi poderdante le solicitó a la Superintendencia Financiera de Colombia, en ejercicio de la Acción de Protección al Consumidor Financiero, que condenara a la comisionista a tener que indemnizarlo, tomando como criterios para ello el daño emergente y el lucro cesante.

En relación con este aspecto, es pertinente anotar que sobre la obligación que tiene quien infringe un daño de repararlo, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia C-189 de 2006 anteriormente referida, expresó lo siguiente:

> ***"...el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 señala que 'dentro de** cualquier proceso **que se surta ante la administración de justicia, 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'; sin que la citada disposición introduzca diferencias en la indemnización en razón de la fuente que dio origen al perjuicio (se resalta).***
>
> *"Ello significa que el juez tendrá que ordenar al responsable del daño la reparación plena del mismo, que en materia contractual se traduce en el deber de colocar al deudor en la misma situación en que se habría hallado si el convenio se hubiera cumplido a cabalidad, lo cual supone restablecer tanto las condiciones económicas como las personalísimas que resulten afectadas con el incumplimiento." (Se subraya)*

Ahora bien, para efectos de establecer el valor de las pretensiones, se partió de la premisa de que las inversiones en acciones que realizan personas como MADIAUTOS de sus excedentes de liquidez, en sociedades que no guardan ninguna relación con las actividades de las cuales provienen sus ingresos, evidentemente son efectuadas sin ánimo de permanencia y con el objeto de obtener rentabilidad mediante su venta a un precio superior al que fueron compradas. Por lo tanto, tales inversiones se liquidan cuando el precio de cotización de la acción alcanza un valor considerablemente superior a aquél en que se efectuó su compra, obteniéndose con ello una ganancia.

Ahora bien, en el proceso de primera instancia quedó probado el precio de cotización en bolsa de las acciones de GRUPO AVAL durante todo el tiempo en que la sociedad demandada retuvo indebidamente LAS ACCIONES. Así mismo, el juez A-quo reconoció que el representante legal de MADIAUTOS es una persona conocedora del mercado de valores, de lo cual se infiere que indudablemente habría aprovechado para efectuar la venta de LAS ACCIONES cuando su precio de cotización en bolsa le hubiese permitido obtener una rentabilidad importante a su representada.

Luego, de no haber sido retenidas LAS ACCIONES por parte de la sociedad demandada, es evidente que MADIAUTOS no habría esperado hasta finales de enero de 2018 (cuando cesó la retención) para llevar a cabo su venta, sino que la habría efectuado mucho antes, ya que el precio de cotización en bolsa de las acciones de la especie GRUPO AVAL se incrementó sustancialmente antes de esta fecha con respecto al precio al cual mi poderdante compró LAS ACCIONES, tal como lo acreditó la Bolsa de Valores de Colombia S.A. en el proceso de primera instancia, lo cual le habría permitido a mi poderdante

doblar o triplicar el valor de su inversión. Especialmente, llamó la atención respecto al hecho de que en el último trimestre de 2010 y el primer trimestre de 2011, el precio de cotización en bolsa de las acciones de GRUPO AVAL fluctuó entre los $1.315 y los $1.770.

Lo anteriormente expuesto adquiere aún mayor validez si se tiene que el representante legal de MADIAUTOS es una persona conocedora del mercado de valores, tal como se reconoce en la sentencia apelada.

Adicionalmente, mi poderdante habría podido no solo obtener una ganancia mediante la venta de LAS ACCIONES en el periodo en comento, sino también mediante la realización de otra clase de inversiones con el producto de la venta.

2.2.2. Lo que indudablemente no puede ocurrir en un Estado Social de Derecho como el colombiano, y de manera particular en el mercado de valores, el cual está basado en la confianza de los inversionistas en los profesionales que en él intermedian, es que las sociedades comisionistas de bolsa puedan retener arbitrariamente los valores por ellas administrados junto con sus rendimientos y/o dividendos, impidiéndole a sus titulares disponer de los valores y de su uso, goce y disfrute, sin que tengan obligación alguna de indemnizarlos por esta conducta indebida.

2.2.3. Por lo tanto, en la medida en que MADIAUTOS sufrió un daño cierto, consistente en no haber podido gozar y disponer de LAS ACCIONES durante más de diez (10) años, tiempo este en que fueron retenidas de manera abusiva por la sociedad demandada, es evidente que el juez A-quo debió condenar a ADCAP COLOMBIA, como responsable de este daño, a su reparación plena, colocando a MADIAUTOS en la misma situación económica en que se habría hallado si la demandada hubiera cumplido a cabalidad con sus obligaciones como Depositante Directo de LAS ACCIONES.

2.2.4. Ahora bien, si a juicio del juez de primera instancia, la forma en que se cuantificaron las pretensiones por concepto de daño emergente y lucro cesante no fue la adecuada, la ley lo facultaba para resolver sobre las mismas de otra manera, a la luz de lo previsto en el numeral 9º del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, el cual establece lo siguiente:

> *"9. Al adoptar la decisión definitiva, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio (para el caso, la Superintendencia Financiera de Colombia) resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y*

ultrapetita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir".

Lo que desde luego resulta inadmisible, es que el A-quo reconozca que fue indebida la retención que por más de 10 años ejerció el demandado respecto de LAS ACCIONES de propiedad de MADIAUTOS y de sus dividendos, pero que se abstenga de condenarlo a tener que reparar a mi poderdante, bajo el argumento de que no hubo daño alguno para MADIAUTOS al no haber *"...mediado de su parte algún acto tendiente a emitir una orden para su venta".*

O sea, para el juez de primera instancia, es posible privar de manera ilegítima a una persona del derecho a gozar y disponer de un bien de su propiedad, sin que el retenedor tenga que indemnizarla por tal privación, a menos que el propietario del bien demuestre que tenía la intención de venderlo durante el tiempo que duró la retención. Indudablemente esto no es así. El daño que debe ser resarcido por quien retiene en forma ilegítima un bien, no es otro que la privación sufrida por el propietario del mismo de sus derechos de disposición, uso, goce y disfrute de dicho bien durante todo el tiempo en que fue retenido.

2.3. **Se desconoció la mora automática.**

Las acciones de GRUPO AVAL se encuentran en custodia y administración del Depósito Centralizado de Valores que administra DECEVAL S.A. Las relaciones entre DECEVAL, los Depositantes Directos y los Depositantes Indirectos se encuentran reguladas en el Reglamento de Operaciones de DECEVAL, aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia y, por ende, de total conocimiento de esta entidad de supervisión.

En efecto, en el artículo 3º del citado Reglamento se establece lo siguiente:

"Artículo 3.- Objeto del reglamento El presente reglamento regula las relaciones que surjan entre la Sociedad y sus Depositantes Directos, Depositantes Indirectos y otros depósitos centralizados de valores locales o internacionales, con los sistemas de negociación o registro y otros sistemas de compensación y liquidación, con motivo de los contratos que se celebren en desarrollo de su objeto social vinculados a los servicios de custodia, administración, compensación, liquidación y las funciones de certificación sobre los valores anotados en cuenta."

Los Depositantes Directos y los Depositantes Indirectos se encuentran definidos en el Glosario de Términos del Reglamento de Operaciones, así:

> *"Depositantes Directos Son las entidades, que de acuerdo con el reglamento de operaciones de la Sociedad aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia pueden acceder directamente a los servicios del Depósito de Valores y que han suscrito el Contrato de Depósito de Valores o de emisión, bien sea a nombre y por cuenta propia y/o en nombre y por cuenta de terceros. Los Depositantes Directos que cumplan con las calidades establecidas en este reglamento también podrán ser Depositantes Directos del sistema de compensación y liquidación administrado por la sociedad.*
>
> *"Depositantes Indirectos Son todas las personas jurídicas y naturales que no pueden acceder directamente a los servicios del Depósito, pero que en virtud de un contrato de mandato encomiendan a un Depositante Directo en términos de las normas vigentes y dentro de su competencia, la administración de recursos, valores y fondos, ante la Sociedad. A los Depositantes Indirectos se les asignará una subcuenta que se utilizará en el ámbito nacional. La identificación de la subcuenta estará en función de la titularidad única, conjunta o solidaria que tenga el Depositante Indirecto en el Depósito."*

La administración de las acciones de GRUPO AVAL, de propiedad de MADIAUTOS, a que se refiere el proceso de marras, fue encomendada al Depositante Directo ADCAP COLOMBIA S.A. en virtud de un contrato de mandato, siendo su Depositante Indirecto MADIAUTOS.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 del Reglamento de Operaciones, las sociedades emisoras de valores en depósito efectúan el pago de los derechos patrimoniales correspondientes a tales valores en una cuenta de DECEVAL, quien se encarga de abonarle tales pagos a los titulares de los valores a través de los Depositantes Directos. Veamos:

> *"Artículo 55.- Pago de los Derechos Patrimoniales y Negociación de los valores en proceso de administración valores.*
>
> *"55.1. Pago de los Derechos Patrimoniales Las entidades emisoras efectuarán el pago de los derechos patrimoniales mediante transferencia electrónica de fondos a la cuenta de depósito para administración de valores abierta por la Sociedad en el sistema de cuentas de depósito del Banco de la República, bien sea directamente o a través de un Banco Liquidador y que representen rendimientos, dividendos o capital. Dichas*

sumas se pondrán a disposición de la Sociedad a más tardar el mismo día del vencimiento, antes del cierre bancario en los términos que reglamente para el efecto el Banco de la República y/o la Sociedad.

"La Sociedad adelantará bajo los procedimientos establecidos en el reglamento, los pagos mediante abono a los tenedores de valores emitidos por el respectivo emisor a través de los Depositantes Directos. En el evento que por situaciones ajenas a la Sociedad no se pudieran trasladar los recursos dentro de los términos aquí señalados y no fuera posible la entrega de los recursos el mismo día del vencimiento por hechos imputables al emisor, el costo de los recursos deberá ser asumido por éste.

"En todo caso será obligación de la Sociedad actuar con la debida diligencia en el proceso de administración de valores y cumplir el procedimiento establecido en el reglamento de operaciones y manuales que lo desarrollen. El abono de las sumas correspondientes al ejercicio de los derechos bajo su administración, en las cuentas de liquidación de los respectivos Depositantes Directos, respecto de los cuales hubiere adelantado su cobro se deberá realizar en la fecha de su recaudo, o a más tardar al día siguiente. Los pagos a los Depositantes Indirectos se canalizarán por intermedio de los Depositantes Directos o en las cuentas de los depositantes indirectos que indique el Depositante Directo en los términos que se señale en el Banco de la República y la Sociedad. ***El Depositante Directo deberá efectuar la transferencia de los Fondos el mismo día en que fueren recibidos."*** (Subraya y Negrilla fuera de texto)

Por consiguiente, DECEVAL recibió de GRUPO AVAL los pagos correspondientes a los dividendos de LAS ACCIONES y, en la misma fecha de su recaudo, o a más al día siguiente, le abonó a ADCAP COLOMBIA S.A. las sumas recibidas por este concepto para que se las transfiriera a MADIAUTOS. De acuerdo con lo previsto en el artículo 55 del Reglamento de Operaciones anteriormente transcrito, dicha transferencia debió ser efectuada por ADCAP COLOMBIA S.A. **el mismo día en que recibió de DECEVAL las sumas correspondiente al pago de dividendos**.

Sin embargo, esto no fue así, pues ADCAP COLOMBIA S.A. decidió retener arbitrariamente las sumas que recibió de DECEVAL por concepto del pago de dividendos de LAS ACCIONES, durante los más de 10 años que retuvo las acciones de GRUPO AVAL de propiedad de mi poderdante.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55.1 del Reglamento de Operaciones de DECEVAL, aprobado por la Superintendencia Financiera, en concordancia con lo

establecido en el artículo 25.2 de este mismo Reglamento, ADCAP COLOMBIA S.A. debió abonarle a MADIAUTOS en su cuenta bancaria los recursos recaudados por DECEVAL por concepto de los mencionados dividendos, el mismo día en que fueron recibidos por la comisionista.

Por consiguiente, en la medida en que existía un plazo para que la comisionista le entregara a mi poderdante los fondos que le entregó DECEVAL por concepto de dividendos de LAS ACCIONES (esto es, *"...el mismo día en que fueron recibidos"*), a partir del vencimiento de dicho plazo la sociedad demandada incurrió en mora automática conforme a lo previsto en el artículo 1.608 del Código Civil, sin necesidad de requerimiento judicial.

Sobre la interpretación de este articulo la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente:

> *"El Código Civil consagró en su artículo 1617 las reglas para la indemnización de perjuicios por mora en las obligaciones dinerarias. Ubicando este artículo dentro del sistema que constituye el Código Civil, se observa como dentro del mimo Título XII del libro IV se encuentra el artículo 1608 que regula lo referente a la constitución en mora por parte del deudor así:*
>
> *"El deudor está en mora:*
> *"1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.*
> *"2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.*
> *"3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor."*
>
> *"Lo anterior implica que, como es conocido, la mora, en sentido estricto, no se genera de manera inmediata con el incumplimiento de una obligación, sino que cuando no hay un término estipulado para el cumplimiento de la misma y no se trate de una obligación que sólo podía ser ejecutada dentro de cierto tiempo, se requiere de reconvención judicial para la constitución en mora, excepto en obligaciones dinerarias.*
>
> *"Para determinar la manera de fijar los perjuicios por mora en obligaciones dinerarias el artículo 1617 del Código Civil estableció que:*

'Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:
' 1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.
'El interés legal se fija en seis por ciento anual.
'2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo.
'3. Los intereses atrasados no producen interés.
4. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas' (el resaltado es nuestro)

"La mora, como título jurídico para hacer efectivo el cobro de perjuicios en obligaciones dinerarias, se constituye desde el momento en que la persona que tiene a su cargo tal tipo de obligación, incumple con el pago de la misma de acuerdo con el plazo estipulado. Se trata de un retardo sin reconvención. El perjuicio que se cobra es aquél que el legislador ha presumido; se trata de un perjuicio que al no poder ser dividido claramente entre lucro cesante y daño emergente se ha tasado acorde con la propiedad del dinero, la cual es producir más dinero. En esa medida, el sólo retardo en ese cumplimiento, es indicio claro de perjuicio, que por producirse en una obligación dineraria, genera intereses de mora.

"Téngase en cuenta que frente a las obligaciones dinerarias, el momento de constitución en mora es claramente precisable si se tiene en cuenta que la mora se da cuando se incumple con la obligación de acuerdo con el plazo establecido. Lo anterior es fácilmente aplicable a obligaciones dinerarias derivadas de la responsabilidad civil contractual puesto que las partes pueden fijar una fecha cierta en la cual deba ser cumplida la obligación dineraria."[4]

De acuerdo con lo anterior, en la medida en que el Reglamento de Operaciones de DECEVAL, que regula el cual las relaciones entre DECEVAL, sus Depositantes Directos y Depositantes Indirectos, establece que los Depositantes Directos deben abonarle a los titulares de los valores en depósito (Depositantes Indirectos) las sumas que reciban de DECEVAL por concepto de los pagos de los derechos

[4] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia del 24 de octubre de 2002, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente T-614051.

patrimoniales correspondientes a tales valores, **el mismo día en que los reciban**, es indudable que existe un término para el cumplimiento de esta obligación.

Por lo tanto, si el Depositante Directo no le transfiere al Depositante Indirecto los dineros que le abone DECEVAL, el mismo día en que los reciba, queda constituido en mora, sin que se requiera de reconvención judicial.

En el caso de marras esto fue lo que ocurrió, puesto que ADCAP COLOMBIA S.A. incumplió con su obligación de transferirle a mi poderdante, el mismo día en que los recibió, los dineros que le abonó DECEVAL por concepto de los pagos de dividendos correspondientes a LAS ACCIONES. Así las cosas, incurrió en mora desde que incumplió con la obligación de efectuar tales transferencias dentro del plazo señalado, por lo cual le adeuda a mi poderdante intereses moratorios sobre las sumas que le abonó DECEVAL por el concepto en mención.

No obstante lo anterior, el juez de primera instancia se abstuvo de condenar a ADCAP COLOMBIA S.A. al pago de intereses sobre las sumas correspondientes a los dividendos de LAS ACCIONES materia de retención, por no haber mediado requerimiento para su constitución en mora, desconociendo con ello lo previsto en el artículo 1.608 del Código Civil.

PETICIÓN

Con fundamento en los argumentos esgrimidos a lo largo del presente libelo, dejo debidamente **SUSTENTADO** el **RECURSO DE APELACIÓN** impetrado en contra de la sentencia de fecha trece (13) de agosto de 2019 de la Superintendencia Financiera de Colombia, de los cuales se colige el sustento fáctico y legal de la pretensión de que la sentencia recurrida sea modificada, en el sentido de que se condene a ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA a tener que repararle a MADIAUTOS en forma íntegra, oportuna y adecuada los perjuicios que le ocasionó con el incumplimiento de sus obligaciones contractuales como Depositante Directo de LAS ACCIONES, al retenerlas injustificadamente por más de diez (10) años, junto con los dividendos correspondientes a las mismas.

En tal sentido, respetuosamente solicito que se condene a la demandada a reconocerle intereses de mora a mi poderdante sobre las sumas que le retuvo correspondientes al pago de dividendos de LAS ACCIONES, y a indemnizarlo por impedirle gozar y disponer de LAS ACCIONES por más de 10 años, tomando como criterios para ello el daño emergente y el lucro cesante.

Expediente 11001319900320180159301
MADIAUTOS Vs ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA
Sustentación Recurso de Apelación

NOTIFICACIONES

A mi representada y a la suscrita se nos puede notificar en la Secretaría del Despacho del Honorable Tribunal o en la carrera 14 No 93B-32, Oficina 305, de la ciudad de Bogotá D.C., teléfono 7431940 (correo electrónico: ***rugelesaociados@gmail.com)***.

De la Honorable Magistrada, con el debido respeto,

Luz Piedad Rugeles Ardila
C.C. 51.826.495 de Bogotá
T.P. 51.775 del C.S.J.
Apoderada de MADIAUTOS S.A.S.

Mauricio Leuro Martínez
Médico Cirujano - Abogado
UACH – UMB
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre

Carolina Gutiérrez Roa
Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Honorable
Magistrada Ponente
MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
E. S. D.

Exp. 11001-3103-043-2015-00526-01

DEMANDANTE: ADRIANA URIZA TAMARA
DEMANDADOS: CLÍNICAS PROSALUD SAS, Dr. GUSTAVO ADOLFO LAINDE AGUIAR y Dr. FABIÁN MATEUS BENÍTEZ.

MAURICIO LEURO MARTÍNEZ; mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C. Abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 19'434.330 de Bogotá y con Tarjeta Profesional N° 185.434 del CSJ; quien obra en nombre y Representación Legal de **ADRIANA URIZA TAMARA,** mayor de edad, domiciliada en Bogotá identificado con la cédula de ciudadanía No. 52'491.569 de Bogotá; Con el presente escrito sustento respetuosamente ante Usted **Recurso de Apelación** a la sentencia proferida por el **JUZGADO CUARENTA Y TRES (43) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, con fecha 19 de julio de 2019**, del proceso de la referencia, conforme al Auto fechado el 8 de junio de 2020, en aplicación del artículo 14 del decreto Legislativo 806 de 2020.

I. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD Y SUSTENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL A LA SENTENCIA PROFERIDA.

El fallo proferido en audiencia de oralidad con fecha 19 de julio de 2019, en su resuelve declara probada la responsabilidad civil de forma parcial, por lo que presento mi inconformidad de la siguiente forma:

En sus considerandos el Ad Quo, inicia por establecer como problema jurídico, sí las aquí demandadas son responsables civilmente por lesiones causadas a la demandante como consecuencia del tratamiento de

ortodoncia brindado a la señora Adriana Uriza Tamara, y de ello considera el fallador que con relación a los odontólogos demandados LAINDE AGUIAR y FABIÁN MATEUS BENÍTEZ, no existe responsabilidad dando por probadas las excepciones que ellos propusieron, y no así frente a PROSALUD S.A.S., toda vez que encuentra el despacho que existe una concurrencia de culpas entre la víctima y la IPS. Y de ello se deriva una condena en perjuicios inmateriales que deben ser tasados en la mitad por la dicha concurrencia de culpas. Y en su resuelve establece:

1. Declarar probada las excepciones presentadas por cumplimiento de la lex artis aplicable al caso, y de idoneidad profesional entre otras para los odontólogos.
2. Declarar probada por la negligencia de la paciente en obligación de mitigar el daño frente a Prosalud
3. Declarar civilmente responsable a Prosalud por concurrencia de culpas en proporción del 50%.
4. Negar la totalidad de las pretensiones en relación a los demandados LAINDE AGUIAR y FABIÁN MATEUS BENITEZ.
5. Como consecuencia se condena a Prosalud el pago de daño moral y salud la suma de 3 SMMLV.
6. Condenar a la demandante al pago de 6 millones por concepto de sanción del art. 206 del Juramento estimatorio.
7. Costas a la parte vencedora en 25 millones de pesos.

Se presenta recurso de apelación en audiencia y se sustenta en la misma, para lo cual sustento mediante este escrito con el fin de que se revoque el fallo recurrido en sus numerales 1, 2, 4, 6, y 7. Y en sede de apelación se condene a todos los demandados y se concedan todas las pretensiones impetradas.

Considera el fallo recurrido del Ad Quo, que con base en la Constitución Política en su art. 49, que establece que toda persona tiene el deber de cuidar de su propia salud, considerando que no se puede solo endilgar la responsabilidad para los médicos. Por otro lado, hace mención a los artículos 1602 y subsiguientes del Código civil, todo esto que ante la existencia de un contrato válidamente suscrito, queda por demostrarse una obligación incumplida y de ello que se derive un perjuicio; Por ello se debe analizar la culpa contractual, y la obligación de indemnizar del incumplimiento de la obligación contractual.

También advierte que, soporte de las obligaciones contractuales se tiene el folio 275 que contiene el "consentimiento informado y contrato de prestación de servicios", y menciona que cuando se ve el acervo probatorio no se demostró la mala praxis de los odontólogos, pero si se demostró que el tratamiento se prolongó más de lo que debería demorarse, lo que redunda en la reabsorción de raíces dentales que se presentó, o hace más patente que hace que el tratamiento prolongado favorece la reabsorción, y dice que el perito mencionó que los médicos hicieron lo correspondiente según la praxis médica, y que lo que se probó, es que la paciente no acudía a los controles, y es donde el despacho considera que Prosalud incumplió con lo estipulado en el contrato, donde dice "*conozco que debo cumplir las citas asignadas ortodóncicas asignadas y que en caso de incumplimiento de 5 citas sin justa causa, el contrato de prestación de servicios podrá darse por terminado*", que el punto donde el fallador considera que Prosalud actuó de manera inadecuada o imprudente, puesto que debió suspender el contrato por el riesgo de la reabsorción al prolongar su tratamiento ante la inasistencia a sus controles, asumiendo la IPS el riesgo con el paciente incumplido, es decir ambos actuaron de forma indebida –así lo considera-.

Mauricio Leuro Martínez
Médico Cirujano - Abogado
UACH – UMB
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre

Carolina Gutiérrez Roa
Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Difiero de la consideración del fallador de primera instancia, toda vez que considera en primera medida y acertada que existe responsabilidad civil contractual de la demandada Prosalud por la estipulación en el contrato referido; No acierta en considerar que no existe la responsabilidad de los profesionales odontólogos tratantes por cuanto existe una relación contractual de cada uno de los odontólogos con Prosalud SAS, para la atención de los pacientes de la misma, en calidad de IPS, lo que genera una obligación de garante de la IPS Prosalud SAS, obligación de vigilancia y una responsabilidad en estipulación por otro[1]; Pero también existe bajo los mismos considerando de declaración de responsabilidad de Prosalud aplicable a los profesionales de ortodoncia tratantes, toda vez que son conocedores plenamente de los riesgos del tratamiento de ortodoncia, porque dicen haber informado a la paciente de dichos riesgos y especialmente de la reabsorción, y que como bien lo dijo el perito es un riesgo prevenible y previsible[2]. Así las cosas, la responsabilidad de los profesionales de odontología demandados está enmarcada en la misma responsabilidad contractual por la cual se condena a la IPS Prosalud, en lo que se ha llamado la responsabilidad solidaria entre IPS y Médicos: Ha dicho la corte con relación a esa solidaridad "Ahora, cuando se ocasiona el daño por varias personas o, en cuya causación intervienen varios agentes o autores, *todos son solidariamente responsables frente a la víctima (art. 2344, Código Civil; cas. civ. sentencias de 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430; 18 de mayo de 2005, SC-084-2005], exp. 14415)"*[3]. Y por otro lado, "En cuanto a la responsabilidad del médico y la IPS: *"una responsabilidad accesoria"*, y el *"contrato a favor de tercero":* Siendo entonces clara la conclusión acerca de la culpa *"directa"* del médico recurrente, quien no celebró contrato *"previo e independiente"* con el

[1] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado Ponente, Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ , Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de dos mil dos (2002), Referencia: Expediente No. 6430

[2] Ley 35 de 1989. ARTICULO 20. La responsabilidad del odontólogo por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.

[3] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP: Willian Namen Vargas, 17 noviembre de 2011.

paciente, pero sí era el ejecutor material de las prestaciones derivadas del contrato celebrado con la otra codemandada." [4]

Con relación a la responsabilidad de los profesionales demandados, adolece el fallador del debido análisis probatorio y desestima de tajo la culpa con el dicho del perito de haber cumplido con la Lex artis; Lo cual, es ligero en su análisis de elementos de culpa, toda vez que se tiene como elemento de la culpa la **imprudencia**, que se presenta cuando el profesional de la salud asume un riesgo aún a sabiendas de su existencia, y en este caso específico, se menciona haber sido informado el riesgo de la reabsorción radicular como parte del tratamiento de ortodoncia, y como parte de la prolongación del mismo tratamiento, y se mencionó ser un riesgo previsible para un especialista; y aún a sabiendas de todo ello, permitieron que la señora Uriza, además de incumplida –según mencionan en sus dichos- siguiera con el tratamiento a cargo de ellos, hasta la complicación de la reabsorción de los raíces de los dientes, no solo superiores sino también inferiores, que es una complicación previsible y prevenible para los especialistas en ortodoncia, como quedó demostrado que sucedió a pesar de su actuar, es decir el riesgo se permitió hasta su concreción. Por ello, y se menciona por la defensa que la paciente era incumplida, que tenía enfermedades dentarias que favorecen la reabsorción, y que por su aseo bucal favoreció la complicación, pero nunca se probó que eso desaseo o enfermedad periodontal estuviese diagnosticado y que se hubiera tenido como condición previa para el tratamiento[5], es decir se asumió por el Ad

[4] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado Ponente, Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ , Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de dos mil dos (2002), Referencia: Expediente No. 6430

[5] Ley 35 de 1989. ARTICULO 5o. El odontólogo debe informar al paciente de los riesgos, incertidumbres y demás circunstancias que puedan comprometer el buen resultado del tratamiento.

Decreto 491 de 1990. Artículo 6º. En caso de sospecha de enfermedad infecto - contagiosa o de cualquier otra etiología que comprometa la ejecución de procedimientos clínicos en el paciente, debe solicitarse la interconsulta pertinente.

Artículo 8º. El odontólogo cumple la advertencia del riesgo previsto a que se refiere la Ley 35 de 1989, Capítulo II, artículo 5o., con el aviso que en forma prudente haga a su paciente, o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica odontológica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento odontológicos.

Mauricio Leuro Martínez
Médico Cirujano - Abogado
UACH – UMB
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre

Carolina Gutiérrez Roa
Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Quo, estar probado, y de haberlo estado debía el profesional haber informado a la paciente esta enfermedad como riesgo de su tratamiento; No está probado que estén descritos en la historia clínica estos factores como parte del riesgo previsible que el odontólogo debió haber contemplado para informar a la paciente oportunamente, y no haber asumido el profesional en odontología el riesgo de una supuesta patología asociada y de un tratamiento prolongado que llevo a la complicación de reabsorción de raíces dentales como efecto adverso del tratamiento de ortodoncia prolongado, es decir que los profesionales asumieron el riesgo previsto. Es decir de otra forma, los profesionales en odontología demandados sometieron a la paciente a un riesgo injustificado[6], con asunción del riesgo por parte de ellos, incurriendo en responsabilidad civil profesional.

Se contempla como válido por el fallador de primera instancia, el consentimiento informado que aparece en el acervo probatorio Folio 275, mencionado, que el mismo fallador lo toma como el contrato de prestación de servicios profesionales por parte de la clínica Prosalud, lo que refuerza la teoría probatoria esbozada por la parte activa de la falta de consentimiento informado idóneo del profesional de odontología, claro, preciso, y secuencial como la jurisprudencia constitucional lo determina, que debe ser el derecho a la información que tiene el paciente para acceder a los tratamientos médicos; Por ello, considero que tampoco se tuvo en cuenta esa falta de consentimiento informado idóneo[7] para dar por sentado por el Ad Quo, que se cumplió con la lex artis medica.

Se tiene además en sus considerandos, que se informaron los riesgos del tratamiento de la ortodoncia donde se contempla la reabsorción de las

[6] Decreto 491 de 1990. Artículo 7º. Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico - patológicas del mismo.

[7] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA Sentencia nº 25000-23-26-000-1993-8835-01(13546), de 05 de diciembre 2002; Nota de Relatoría: Ver la sentencia T-566/01

Decreto 491 de 1990. Art. 8°

raíces dentarias, lo que hace según esa aseveración del fallador, que esa complicación sea previsible y prevenible, y que los profesionales de la odontología debían haber tenido en cuenta cuando se prolongó el tratamiento, y cuando omitieron llevar a cabo el debido control y seguimiento de su paciente; Además incurren en falta de diligencia y control cuando adicionalmente en la historia clínica se adolece del debido diligenciamiento de los controles, recomendaciones, y peor aún la historia clínica no tiene establecido un plan de tratamiento –planeación-, una planimetría del tratamiento de ortodoncia, y la planeación de tiempos y movimientos que caracteriza este tipo de tratamiento de aplicación de fuerzas físicas. Se incurre por ello, en la asunción del riesgo como bien lo establece la jurisprudencia. Así las cosas, es **negligente** el actuar de los odontólogos tratantes en este caso, por la falta de diligencia, cuidado y la asunción del riesgo ante una complicación previsible y prevenible, que se tenía, que no fue debidamente informada[8], que no se describió en las historias clínicas y que solo se detecta hasta el final del tratamiento en el año 2009, cuatro años después de iniciado el tratamiento; **negligencia,** falta de diligencia y cuidado, que es mayor en el sentido de profesionales, idóneos, expertos, especializados y con el lleno de títulos que a bien tuvieron por aportados, lo que los hace aún mas negligentes gracias a su experticia y conocimiento.

Por el otro lado, la culpa también tienen como componente la violación a las normas, a los lineamiento legales que conforman la Lex artis, o leyes del arte, que no basta con el solo decir del perito que se cumplió, cuando ni siquiera se menciona por el fallador de instancia, o por el mismo perito cuales se cumplen, y se desestima cuando se menciona cuales se incumplen, dentro de las que se tiene el incumplimiento a las normas deontológicas de la odontología o ley de ética odontológica, ley 35 de 1989 y

[8] Decreto 491 de 1990. Artículo l0. El odontólogo dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto, o de la imposibilidad de hacerla.

su decreto 491 de 1990, en la cual se establece que (ARTICULO 5º) "El odontólogo debe informar al paciente de los riesgos, incertidumbres y demás circunstancias que puedan comprometer el buen resultado del tratamiento"; (ARTICULO 20) "La responsabilidad del odontólogo del odontólogo por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto." Y el decreto 491/90, menciona (**ARTÍCULO 8o.) "**El odontólogo cumple la advertencia del riesgo previsto a que se refiere la Ley 35 de 1989, Capítulo II, artículo 5o., con el aviso que en forma prudente haga a su paciente, o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica odontológica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento odontológicos." Y (**ARTÍCULO 10.) "**El odontólogo dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto, o de la imposibilidad de hacerla..).

Así las cosas, se tiene que existía un riesgo previsible y prevenible totalmente como bien lo dijo el perito experto, que no fue informado de forma idónea, y solo se mencionó en el contrato de la IPS Prosalud; Por ello, se presenta la asunción del riesgo por parte de los odontólogos demandados, y se incurre en la violación a la Lex artis como parte de la culpa imputada. Por otro lado, nada menciona el fallador de instancia acerca de la historia clínica como parte del ejercicio profesional, donde como se mencionó dentro del proceso, y también lo menciono el perito, **no existe en la historia clínica** una adecuada anamnesis, no existe una planeación del tratamiento, y su diligenciamiento de controles es precario, lo que lleva al incumplimiento por parte de los profesionales y de la IPS, en el indebido diligenciamiento de la historia clínica que también forma parte de la Lex artis incumplida, si se tiene que está reglamentada en la ley 23 de 1981, decreto 3384 de 1981, ley 35 de 1989, Decreto 491 de 1990, y la

Resolución 1995 de 1999. Con lo anteriormente expuesto, no se comprende como el fallador de primera instancia, de forma muy superficial y sin análisis normativo y deontológico, se queda con el dicho de "se cumple con la lex artis" que dice el perito.

Con relación al juramento estimatorio, se hizo objeción al juramento estimatorio, como prueba del perjuicio; menciona el Ad Quo, que no se prueba el perjuicio. Asumiendo que no se probó el lucro cesante, sino se deja como probado por interrogatorio que no existió el lucro cesante, y se debe imponer la multa que establece el código por ese juramento objetado. Para ello es necesario tener en cuenta que la Corte Constitucional[9] establece su finalidad y menciona que "*Frente a las sanciones previstas en el juramento estimatorio (artículo 206 de la Ley 1564 de 2012) la Corte ha dicho que estas tienen finalidades legítimas. Dichos objetivos versan sobre el deber de preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas "temerarias" y "fabulosas" en el sistema procesal colombiano. Ha dicho además que estas están fundamentadas en la violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia, que puede ser afectado a través de la inútil, fraudulenta o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia".* Y el mismo artículo 206 del CGP establece que cuando se objeta la cuantificación del juramentos estimado se debe presentar prueba que soporte la objeción, y en este caso se adolece de dicha prueba, además de no ser una cuantificación inútil o fraudulenta, toda vez que está estimada conforme a los lineamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes y la Doctrina en esa materia como aparece en los pies de página de la demanda en cada pretensión; una cosa es que las pretensiones no sean concedidas, y otra muy diferente, es que la estimación sea considerada fraudulenta por el Fallador sin prueba de su

[9] Sentencia C-067 de 2016

aseveración, por ello la sanción en este caso no procede en la debida aplicación del art. 206 mencionado.

Con relación a los perjuicios inmateriales, menciona el fallador que se tiene el moral, aduciendo que no existe tarifa para probar con la libertad para la tasación, que por lo menos debe estar probado. Con relación a la vida de relación, considera que no está probado que su interacción en la sociedad no está afectada, según lo visto en el interrogatorio de parte, que no ha tenido afección en su vida laboral, puesto que –considera- sus contratos no se han afectado por este motivo. Con el daño a la salud, dice el Ad Quo, podría acudir al dictamen de pérdida de capacidad laboral, pero considera que ese dictamen no establece como motivo único de la PCL a la reabsorción, desestimándolo, y considera que hay hechos que son objeto de la calificación que vienen de hechos anteriores al tratamiento, dentro de los cueles tiene la mordida, y por eso no puede determinar el despacho el daño con base en este dictamen, es decir el fallador determina erróneamente a mutuo propio en calidad de calificador qué valor tiene la aplicación del decreto 1507 de 2014, a pesar de la complicación de la reabsorción, y el uso de una placa de forma definitiva que la limitan por ese efecto. Considera el Ad Quo, también desde su óptica, que hoy en día se evidencia que no tiene pérdidas dentales, y que no hay ninguna afectación que se pueda tener como está cuantificada.

Contrario a lo considerado por el Fallador, se debe tener en cuenta la medición de **daño**[10] con la calificación de PCL. Por un ente especializado y oficial como la Junta regional de Calificación, del cual se obtiene la pérdida de capacidad laboral mediante medición con la aplicación del decreto 1507

[10] "El daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio [mientras que] el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó". CSJ-SC3 062-2018, primero (1º) de agosto de dos mil dieciocho)

de 2014, demuestra de forma **cuantitativa**[11] cuando la persona tiene una perdida en su integridad y funcionalidad, y por ello se utiliza como medición de daño en responsabilidad civil, y no como PCL para la seguridad social; Por ello, sin controversia probatoria planteada queda la determinación del **daño cuantificado del 13.99%** en la integridad de la señora Adriana Uriza Tamara; También con base en el decreto 1507 de 2014, dicha calificación contempla no solo la deficiencia producto del daño –lesión-, sino también la valoración del Rol personal en su capítulo segundo, lo que permite tener como prueba cuantitativa no solo el resultado de la reabsorción dentaria sino de su comportamiento y afectación en su vida. Por ello se utiliza como medida de daño-perjuicio y es una prueba no controvertida, otro elemento de prueba que el fallador de instancia dio por no probado estándolo, o simplemente no observo, ni valoró. Por este motivo, debe ser valorada en su totalidad y en contexto como daño evento y daño perjuicio demostrado[12]. Y solicito respetuosamente sea tenida como prueba oportunamente aportada el peritazgo rendido por la doctora Angélica Carla Silva, presentado dentro del proceso y no aceptado ni contemplado por el fallador de primera instancia, que demuestra además de los argumentos aquí expuestos, con una mayor claridad técnica forense lo acontecido, y lo desestimado por el Ad Quo..

Solicito respetuosamente a la Honorable Magistrada Ponente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, que se revoque el fallo proferido por el **JUZGADO CUARENTA Y TRES (43) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, con fecha 19 de julio de 2019,** de forma parcial en lo correspondiente a los numerales 1, 2, 4, 6, y 7, del resuelve; se confirme el numeral 6, en la declaratoria de responsabilidad de Prosalud IPS, sin la

[11] C.E. Secc. Tercera Exp 20836. 25 marzo de 2011.

[12] La ocurrencia de un «daño, corresponde, entonces al "daño-evento"; y cuando genera consecuencias, pecuniarias y no pecuniarias (rectius, daños-consecuencias), surge el perjuicio o el mismo "daño consecuencia". CSJ-SC3062-2018.

Mauricio Leuro Martínez
Médico Cirujano - Abogado
UACH – UMB
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre

Carolina Gutiérrez Roa
Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

declarada concurrencia de culpas mencionada; y se confirme el numeral 5, en la condena, ajustando su valor a lo correspondiente según arbitrio de la Sala; Y en sede de apelación 1.) se condene a todos los demás demandados, 2.) se concedan en su totalidad las pretensiones impetradas, 3.) Se levante la sanción por juramento estimatorio indebidamente impuesta, y 4.) se revoque el cobro de costas y agencias en derecho a la parte activa.

De la Honorable Magistrada Ponente, Respetuosamente,

MAURICIO LEURO MARTÍNEZ
CC. 19'434.330 de Bogotá
T.P. 185.434 del C.S de la J.

LEURO & GUTIÉRREZ S.A.S.
Carrera 3 N°22-47 Oficina 304. Telefax: (1) 3944254
Oficina: 313-2098925 Celular 311-8110424/310-6073777
E-Mail: leurogutierrez@hotmail.com
www.leurogutierrezabogados.com
Bogotá D.C. – Colombia.

Especialista - Magister en Derecho Médico
Responsabilidad Civil y Responsabilidad asistencial
Responsabilidad Patrimonial del Estado
Derecho Laboral y Seguridad Social
Consultores en Salud y Derecho

Mauricio Leuro Martínez
Médico Cirujano - Abogado
UACH – UMB
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre

Carolina Gutiérrez Roa
Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Honorable
Magistrada Ponente
MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
E. S. D.

Exp. 11001-3103-043-2015-00526-01

DEMANDANTE: ADRIANA URIZA TAMARA
DEMANDADOS: CLÍNICAS PROSALUD SAS, Dr. GUSTAVO ADOLFO LAINDE AGUIAR y Dr. FABIÁN MATEUS BENÍTEZ.

MAURICIO LEURO MARTÍNEZ; mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C. Abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 19'434.330 de Bogotá y con Tarjeta Profesional N° 185.434 del CSJ; quien obra en nombre y Representación Legal de **ADRIANA URIZA TAMARA,** mayor de edad, domiciliada en Bogotá identificado con la cédula de ciudadanía No. 52'491.569 de Bogotá; Con el presente escrito sustento respetuosamente ante Usted **Recurso de Apelación** a la sentencia proferida por el **JUZGADO CUARENTA Y TRES (43) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, con fecha 19 de julio de 2019**, del proceso de la referencia, conforme al Auto fechado el 8 de junio de 2020, en aplicación del artículo 14 del decreto Legislativo 806 de 2020.

I. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD Y SUSTENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL A LA SENTENCIA PROFERIDA.

El fallo proferido en audiencia de oralidad con fecha 19 de julio de 2019, en su resuelve declara probada la responsabilidad civil de forma parcial, por lo que presento mi inconformidad de la siguiente forma:

En sus considerandos el Ad Quo, inicia por establecer como problema jurídico, sí las aquí demandadas son responsables civilmente por lesiones causadas a la demandante como consecuencia del tratamiento de

ortodoncia brindado a la señora Adriana Uriza Tamara, y de ello considera el fallador que con relación a los odontólogos demandados LAINDE AGUIAR y FABIÁN MATEUS BENÍTEZ, no existe responsabilidad dando por probadas las excepciones que ellos propusieron, y no así frente a PROSALUD S.A.S., toda vez que encuentra el despacho que existe una concurrencia de culpas entre la víctima y la IPS. Y de ello se deriva una condena en perjuicios inmateriales que deben ser tasados en la mitad por la dicha concurrencia de culpas. Y en su resuelve establece:

1. Declarar probada las excepciones presentadas por cumplimiento de la lex artis aplicable al caso, y de idoneidad profesional entre otras para los odontólogos.
2. Declarar probada por la negligencia de la paciente en obligación de mitigar el daño frente a Prosalud
3. Declarar civilmente responsable a Prosalud por concurrencia de culpas en proporción del 50%.
4. Negar la totalidad de las pretensiones en relación a los demandados LAINDE AGUIAR y FABIÁN MATEUS BENITEZ.
5. Como consecuencia se condena a Prosalud el pago de daño moral y salud la suma de 3 SMMLV.
6. Condenar a la demandante al pago de 6 millones por concepto de sanción del art. 206 del Juramento estimatorio.
7. Costas a la parte vencedora en 25 millones de pesos.

Se presenta recurso de apelación en audiencia y se sustenta en la misma, para lo cual sustento mediante este escrito con el fin de que se revoque el fallo recurrido en sus numerales 1, 2, 4, 6, y 7. Y en sede de apelación se condene a todos los demandados y se concedan todas las pretensiones impetradas.

Considera el fallo recurrido del Ad Quo, que con base en la Constitución Política en su art. 49, que establece que toda persona tiene el deber de cuidar de su propia salud, considerando que no se puede solo endilgar la responsabilidad para los médicos. Por otro lado, hace mención a los artículos 1602 y subsiguientes del Código civil, todo esto que ante la existencia de un contrato válidamente suscrito, queda por demostrarse una obligación incumplida y de ello que se derive un perjuicio; Por ello se debe analizar la culpa contractual, y la obligación de indemnizar del incumplimiento de la obligación contractual.

También advierte que, soporte de las obligaciones contractuales se tiene el folio 275 que contiene el "consentimiento informado y contrato de prestación de servicios", y menciona que cuando se ve el acervo probatorio no se demostró la mala praxis de los odontólogos, pero si se demostró que el tratamiento se prolongó más de lo que debería demorarse, lo que redunda en la reabsorción de raíces dentales que se presentó, o hace más patente que hace que el tratamiento prolongado favorece la reabsorción, y dice que el perito mencionó que los médicos hicieron lo correspondiente según la praxis médica, y que lo que se probó, es que la paciente no acudía a los controles, y es donde el despacho considera que Prosalud incumplió con lo estipulado en el contrato, donde dice "*conozco que debo cumplir las citas asignadas ortodóncicas asignadas y que en caso de incumplimiento de 5 citas sin justa causa, el contrato de prestación de servicios podrá darse por terminado*", que el punto donde el fallador considera que Prosalud actuó de manera inadecuada o imprudente, puesto que debió suspender el contrato por el riesgo de la reabsorción al prolongar su tratamiento ante la inasistencia a sus controles, asumiendo la IPS el riesgo con el paciente incumplido, es decir ambos actuaron de forma indebida –así lo considera-.

Mauricio Leuro Martínez
Médico Cirujano - Abogado
UACH – UMB
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre

Carolina Gutiérrez Roa
Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Difiero de la consideración del fallador de primera instancia, toda vez que considera en primera medida y acertada que existe responsabilidad civil contractual de la demandada Prosalud por la estipulación en el contrato referido; No acierta en considerar que no existe la responsabilidad de los profesionales odontólogos tratantes por cuanto existe una relación contractual de cada uno de los odontólogos con Prosalud SAS, para la atención de los pacientes de la misma, en calidad de IPS, lo que genera una obligación de garante de la IPS Prosalud SAS, obligación de vigilancia y una responsabilidad en estipulación por otro[1]; Pero también existe bajo los mismos considerando de declaración de responsabilidad de Prosalud aplicable a los profesionales de ortodoncia tratantes, toda vez que son conocedores plenamente de los riesgos del tratamiento de ortodoncia, porque dicen haber informado a la paciente de dichos riesgos y especialmente de la reabsorción, y que como bien lo dijo el perito es un riesgo prevenible y previsible[2]. Así las cosas, la responsabilidad de los profesionales de odontología demandados está enmarcada en la misma responsabilidad contractual por la cual se condena a la IPS Prosalud, en lo que se ha llamado la responsabilidad solidaria entre IPS y Médicos: Ha dicho la corte con relación a esa solidaridad "Ahora, cuando se ocasiona el daño por varias personas o, en cuya causación intervienen varios agentes o autores, *todos son solidariamente responsables frente a la víctima (art. 2344, Código Civil; cas. civ. sentencias de 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430; 18 de mayo de 2005, SC-084-2005], exp. 14415)"*[3]. Y por otro lado, "En cuanto a la responsabilidad del médico y la IPS: *"una responsabilidad accesoria"*, y el *"contrato a favor de tercero":* Siendo entonces clara la conclusión acerca de la culpa *"directa"* del médico recurrente, quien no celebró contrato *"previo e independiente"* con el

[1] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado Ponente, Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ , Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de dos mil dos (2002), Referencia: Expediente No. 6430

[2] Ley 35 de 1989. ARTICULO 20. La responsabilidad del odontólogo por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.

[3] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP: Willian Namen Vargas, 17 noviembre de 2011.

paciente, pero sí era el ejecutor material de las prestaciones derivadas del contrato celebrado con la otra codemandada." [4]

Con relación a la responsabilidad de los profesionales demandados, adolece el fallador del debido análisis probatorio y desestima de tajo la culpa con el dicho del perito de haber cumplido con la Lex artis; Lo cual, es ligero en su análisis de elementos de culpa, toda vez que se tiene como elemento de la culpa la **imprudencia**, que se presenta cuando el profesional de la salud asume un riesgo aún a sabiendas de su existencia, y en este caso específico, se menciona haber sido informado el riesgo de la reabsorción radicular como parte del tratamiento de ortodoncia, y como parte de la prolongación del mismo tratamiento, y se mencionó ser un riesgo previsible para un especialista; y aún a sabiendas de todo ello, permitieron que la señora Uriza, además de incumplida –según mencionan en sus dichos- siguiera con el tratamiento a cargo de ellos, hasta la complicación de la reabsorción de los raíces de los dientes, no solo superiores sino también inferiores, que es una complicación previsible y prevenible para los especialistas en ortodoncia, como quedó demostrado que sucedió a pesar de su actuar, es decir el riesgo se permitió hasta su concreción. Por ello, y se menciona por la defensa que la paciente era incumplida, que tenía enfermedades dentarias que favorecen la reabsorción, y que por su aseo bucal favoreció la complicación, pero nunca se probó que eso desaseo o enfermedad periodontal estuviese diagnosticado y que se hubiera tenido como condición previa para el tratamiento[5], es decir se asumió por el Ad

[4] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado Ponente, Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ , Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de dos mil dos (2002), Referencia: Expediente No. 6430

[5] Ley 35 de 1989. ARTICULO 5o. El odontólogo debe informar al paciente de los riesgos, incertidumbres y demás circunstancias que puedan comprometer el buen resultado del tratamiento.

Decreto 491 de 1990. Artículo 6º. En caso de sospecha de enfermedad infecto - contagiosa o de cualquier otra etiología que comprometa la ejecución de procedimientos clínicos en el paciente, debe solicitarse la interconsulta pertinente.

Artículo 8º. El odontólogo cumple la advertencia del riesgo previsto a que se refiere la Ley 35 de 1989, Capítulo II, artículo 5o., con el aviso que en forma prudente haga a su paciente, o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica odontológica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento odontológicos.

Mauricio Leuro Martínez
Médico Cirujano - Abogado
UACH – UMB
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre

Carolina Gutiérrez Roa
Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Quo, estar probado, y de haberlo estado debía el profesional haber informado a la paciente esta enfermedad como riesgo de su tratamiento; No está probado que estén descritos en la historia clínica estos factores como parte del riesgo previsible que el odontólogo debió haber contemplado para informar a la paciente oportunamente, y no haber asumido el profesional en odontología el riesgo de una supuesta patología asociada y de un tratamiento prolongado que llevo a la complicación de reabsorción de raíces dentales como efecto adverso del tratamiento de ortodoncia prolongado, es decir que los profesionales asumieron el riesgo previsto. Es decir de otra forma, los profesionales en odontología demandados sometieron a la paciente a un riesgo injustificado[6], con asunción del riesgo por parte de ellos, incurriendo en responsabilidad civil profesional.

Se contempla como válido por el fallador de primera instancia, el consentimiento informado que aparece en el acervo probatorio Folio 275, mencionado, que el mismo fallador lo toma como el contrato de prestación de servicios profesionales por parte de la clínica Prosalud, lo que refuerza la teoría probatoria esbozada por la parte activa de la falta de consentimiento informado idóneo del profesional de odontología, claro, preciso, y secuencial como la jurisprudencia constitucional lo determina, que debe ser el derecho a la información que tiene el paciente para acceder a los tratamientos médicos; Por ello, considero que tampoco se tuvo en cuenta esa falta de consentimiento informado idóneo[7] para dar por sentado por el Ad Quo, que se cumplió con la lex artis medica.

Se tiene además en sus considerandos, que se informaron los riesgos del tratamiento de la ortodoncia donde se contempla la reabsorción de las

[6] Decreto 491 de 1990. Artículo 7º. Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico - patológicas del mismo.

[7] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA Sentencia nº 25000-23-26-000-1993-8835-01(13546), de 05 de diciembre 2002; Nota de Relatoría: Ver la sentencia T-566/01

Decreto 491 de 1990. Art. 8°

raíces dentarias, lo que hace según esa aseveración del fallador, que esa complicación sea previsible y prevenible, y que los profesionales de la odontología debían haber tenido en cuenta cuando se prolongó el tratamiento, y cuando omitieron llevar a cabo el debido control y seguimiento de su paciente; Además incurren en falta de diligencia y control cuando adicionalmente en la historia clínica se adolece del debido diligenciamiento de los controles, recomendaciones, y peor aún la historia clínica no tiene establecido un plan de tratamiento –planeación-, una planimetría del tratamiento de ortodoncia, y la planeación de tiempos y movimientos que caracteriza este tipo de tratamiento de aplicación de fuerzas físicas. Se incurre por ello, en la asunción del riesgo como bien lo establece la jurisprudencia. Así las cosas, es **negligente** el actuar de los odontólogos tratantes en este caso, por la falta de diligencia, cuidado y la asunción del riesgo ante una complicación previsible y prevenible, que se tenía, que no fue debidamente informada[8], que no se describió en las historias clínicas y que solo se detecta hasta el final del tratamiento en el año 2009, cuatro años después de iniciado el tratamiento; **negligencia,** falta de diligencia y cuidado, que es mayor en el sentido de profesionales, idóneos, expertos, especializados y con el lleno de títulos que a bien tuvieron por aportados, lo que los hace aún mas negligentes gracias a su experticia y conocimiento.

Por el otro lado, la culpa también tienen como componente la violación a las normas, a los lineamiento legales que conforman la Lex artis, o leyes del arte, que no basta con el solo decir del perito que se cumplió, cuando ni siquiera se menciona por el fallador de instancia, o por el mismo perito cuales se cumplen, y se desestima cuando se menciona cuales se incumplen, dentro de las que se tiene el incumplimiento a las normas deontológicas de la odontología o ley de ética odontológica, ley 35 de 1989 y

[8] Decreto 491 de 1990. Artículo l0. El odontólogo dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto, o de la imposibilidad de hacerla.

su decreto 491 de 1990, en la cual se establece que (ARTICULO 5º) "El odontólogo debe informar al paciente de los riesgos, incertidumbres y demás circunstancias que puedan comprometer el buen resultado del tratamiento"; (ARTICULO 20) "La responsabilidad del odontólogo del odontólogo por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto." Y el decreto 491/90, menciona (**ARTÍCULO 8o.) "**El odontólogo cumple la advertencia del riesgo previsto a que se refiere la Ley 35 de 1989, Capítulo II, artículo 5o., con el aviso que en forma prudente haga a su paciente, o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica odontológica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento odontológicos." Y (**ARTÍCULO 10.) "**El odontólogo dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto, o de la imposibilidad de hacerla..).

Así las cosas, se tiene que existía un riesgo previsible y prevenible totalmente como bien lo dijo el perito experto, que no fue informado de forma idónea, y solo se mencionó en el contrato de la IPS Prosalud; Por ello, se presenta la asunción del riesgo por parte de los odontólogos demandados, y se incurre en la violación a la Lex artis como parte de la culpa imputada. Por otro lado, nada menciona el fallador de instancia acerca de la historia clínica como parte del ejercicio profesional, donde como se mencionó dentro del proceso, y también lo menciono el perito, **no existe en la historia clínica** una adecuada anamnesis, no existe una planeación del tratamiento, y su diligenciamiento de controles es precario, lo que lleva al incumplimiento por parte de los profesionales y de la IPS, en el indebido diligenciamiento de la historia clínica que también forma parte de la Lex artis incumplida, si se tiene que está reglamentada en la ley 23 de 1981, decreto 3384 de 1981, ley 35 de 1989, Decreto 491 de 1990, y la

Resolución 1995 de 1999. Con lo anteriormente expuesto, no se comprende como el fallador de primera instancia, de forma muy superficial y sin análisis normativo y deontológico, se queda con el dicho de "se cumple con la lex artis" que dice el perito.

Con relación al juramento estimatorio, se hizo objeción al juramento estimatorio, como prueba del perjuicio; menciona el Ad Quo, que no se prueba el perjuicio. Asumiendo que no se probó el lucro cesante, sino se deja como probado por interrogatorio que no existió el lucro cesante, y se debe imponer la multa que establece el código por ese juramento objetado. Para ello es necesario tener en cuenta que la Corte Constitucional[9] establece su finalidad y menciona que "*Frente a las sanciones previstas en el juramento estimatorio (artículo 206 de la Ley 1564 de 2012) la Corte ha dicho que estas tienen finalidades legítimas. Dichos objetivos versan sobre el deber de preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas "temerarias" y "fabulosas" en el sistema procesal colombiano. Ha dicho además que estas están fundamentadas en la violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia, que puede ser afectado a través de la inútil, fraudulenta o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia".* Y el mismo artículo 206 del CGP establece que cuando se objeta la cuantificación del juramentos estimado se debe presentar prueba que soporte la objeción, y en este caso se adolece de dicha prueba, además de no ser una cuantificación inútil o fraudulenta, toda vez que está estimada conforme a los lineamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes y la Doctrina en esa materia como aparece en los pies de página de la demanda en cada pretensión; una cosa es que las pretensiones no sean concedidas, y otra muy diferente, es que la estimación sea considerada fraudulenta por el Fallador sin prueba de su

[9] Sentencia C-067 de 2016

aseveración, por ello la sanción en este caso no procede en la debida aplicación del art. 206 mencionado.

Con relación a los perjuicios inmateriales, menciona el fallador que se tiene el moral, aduciendo que no existe tarifa para probar con la libertad para la tasación, que por lo menos debe estar probado. Con relación a la vida de relación, considera que no está probado que su interacción en la sociedad no está afectada, según lo visto en el interrogatorio de parte, que no ha tenido afección en su vida laboral, puesto que –considera- sus contratos no se han afectado por este motivo. Con el daño a la salud, dice el Ad Quo, podría acudir al dictamen de pérdida de capacidad laboral, pero considera que ese dictamen no establece como motivo único de la PCL a la reabsorción, desestimándolo, y considera que hay hechos que son objeto de la calificación que vienen de hechos anteriores al tratamiento, dentro de los cueles tiene la mordida, y por eso no puede determinar el despacho el daño con base en este dictamen, es decir el fallador determina erróneamente a mutuo propio en calidad de calificador qué valor tiene la aplicación del decreto 1507 de 2014, a pesar de la complicación de la reabsorción, y el uso de una placa de forma definitiva que la limitan por ese efecto. Considera el Ad Quo, también desde su óptica, que hoy en día se evidencia que no tiene pérdidas dentales, y que no hay ninguna afectación que se pueda tener como está cuantificada.

Contrario a lo considerado por el Fallador, se debe tener en cuenta la medición de **daño**[10] con la calificación de PCL. Por un ente especializado y oficial como la Junta regional de Calificación, del cual se obtiene la pérdida de capacidad laboral mediante medición con la aplicación del decreto 1507

[10] "El daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio [mientras que] el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó". CSJ-SC3 062-2018, primero (1º) de agosto de dos mil dieciocho)

de 2014, demuestra de forma **cuantitativa**[11] cuando la persona tiene una perdida en su integridad y funcionalidad, y por ello se utiliza como medición de daño en responsabilidad civil, y no como PCL para la seguridad social; Por ello, sin controversia probatoria planteada queda la determinación del **daño cuantificado del 13.99%** en la integridad de la señora Adriana Uriza Tamara; También con base en el decreto 1507 de 2014, dicha calificación contempla no solo la deficiencia producto del daño –lesión-, sino también la valoración del Rol personal en su capítulo segundo, lo que permite tener como prueba cuantitativa no solo el resultado de la reabsorción dentaria sino de su comportamiento y afectación en su vida. Por ello se utiliza como medida de daño-perjuicio y es una prueba no controvertida, otro elemento de prueba que el fallador de instancia dio por no probado estándolo, o simplemente no observo, ni valoró. Por este motivo, debe ser valorada en su totalidad y en contexto como daño evento y daño perjuicio demostrado[12]. Y solicito respetuosamente sea tenida como prueba oportunamente aportada el peritazgo rendido por la doctora Angélica Carla Silva, presentado dentro del proceso y no aceptado ni contemplado por el fallador de primera instancia, que demuestra además de los argumentos aquí expuestos, con una mayor claridad técnica forense lo acontecido, y lo desestimado por el Ad Quo..

Solicito respetuosamente a la Honorable Magistrada Ponente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, que se revoque el fallo proferido por el **JUZGADO CUARENTA Y TRES (43) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, con fecha 19 de julio de 2019,** de forma parcial en lo correspondiente a los numerales 1, 2, 4, 6, y 7, del resuelve; se confirme el numeral 6, en la declaratoria de responsabilidad de Prosalud IPS, sin la

[11] C.E. Secc. Tercera Exp 20836. 25 marzo de 2011.

[12] La ocurrencia de un «daño, corresponde, entonces al "daño-evento"; y cuando genera consecuencias, pecuniarias y no pecuniarias (rectius, daños-consecuencias), surge el perjuicio o el mismo "daño consecuencia". CSJ-SC3062-2018.

Mauricio Leuro Martínez
Médico Cirujano - Abogado
UACH – UMB
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre

Carolina Gutiérrez Roa
Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

declarada concurrencia de culpas mencionada; y se confirme el numeral 5, en la condena, ajustando su valor a lo correspondiente según arbitrio de la Sala; Y en sede de apelación 1.) se condene a todos los demás demandados, 2.) se concedan en su totalidad las pretensiones impetradas, 3.) Se levante la sanción por juramento estimatorio indebidamente impuesta, y 4.) se revoque el cobro de costas y agencias en derecho a la parte activa.

De la Honorable Magistrada Ponente, Respetuosamente,

MAURICIO LEURO MARTÍNEZ
CC. 19'434.330 de Bogotá
T.P. 185.434 del C.S de la J.

LEURO & GUTIÉRREZ S.A.S.
Carrera 3 N°22-47 Oficina 304. Telefax: (1) 3944254
Oficina: 313-2098925 Celular 311-8110424/310-6073777
E-Mail: leurogutierrez@hotmail.com
www.leurogutierrezabogados.com
Bogotá D.C. – Colombia.

Especialista - Magister en Derecho Médico
Responsabilidad Civil y Responsabilidad asistencial
Responsabilidad Patrimonial del Estado
Derecho Laboral y Seguridad Social
Consultores en Salud y Derecho

JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS.
Abogado. Especialista en Responsabilidad Civil. U. Externando de Colombia
Master en Derecho de la Empresa. U. de Alcalá. España.
Carrera 13 No. 42 36 oficina 402. Bogotá.
www.marquezabogadosasociados.com
jsmarquez@marquezabogadosasociados.com

Honorable Magistrado
GERMÁN VALENZUELA VALBUENA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
Sala Civil

REF. 2013-00753
ASUNTO: SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN.
DEMANDANTE: JULIO MONTAÑEZ ABELLO y otros.
DEMANDADO: SEGUROS DEL ESTADO y otros.

JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS, de condiciones civiles y profesionales reconocidas dentro del asunto de la referencia, en mi condición de apoderado de la parte actora, por medio de este escrito me permito presentar la sustenación del recurso de apelación contra la sentencia proferida por el juez de primera instancia el 10 de junio de 2019 dentro de la oportunidad procesal, se indica que el suscrito presentó los reparos contra la providencia en la oportunidad procesal y que serán el fundamento principal de este recurso, ya que se habían formulado ampliamente, por lo que solicito respetuosamente se tengan en cuenta los argumentos allí formulados como sustentación del recurso para no caer en reiteraciones que nada aportan al proceso. Sobre la sustentación se desarrollará conforme a las mismas causales expuestas en los reparos.

1. **VIOLACIÓN DIRECTA DE UNA NORMA JURÍDICA DE CARÁCTER SUSTANCIAL. ARTÍCULO 2356 DEL CÓDIGO**

JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS.
Abogado. Especialista en Responsabilidad Civil. U. Externando de Colombia
Master en Derecho de la Empresa. U. de Alcalá. España.
Carrera 13 No. 42 36 oficina 402. Bogotá.
www.marquezabogadosasociados.com
jsmarquez@marquezabogadosasociados.com

CIVIL. ARTÍCULO 61 Y 63 DEL CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO.

a. Violación directa de la ley sustancial Artículo 2356 Código Civil y articulos 61 y 63 del Código Nacional de Tránsito.

En primer lugar, el a quo incurrió en un defecto sustancial por incurrir en falsos juicios por no dar aplicación a las normas que regulan en caso, ya que dejó de aplicar el artículo 2356 del Código Civil y toda la interpretación que en materia de conducción de vehículos automotores ha dado la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Bogotá en múltiples providencias.

En los reparos formulados en su momento se trazó toda una línea jurisprudencial donde se citaron al menos cinco (5) sentencias de la Corte Suprema y una del Tribunal donde se puede resumir, que para que exista responsabilidad se debe probar I. El daño, II. el nexo de causalidad entre el ejercicio de actividad riesgosa y el daño causado; III. Presunción de culpa en cabeza de quien ejerce la actividad riesgosa.

El Juez Primero parecía desconocer en su sentencia el régimen objetivo de responsabilidad, para descargar la respondabilidad del accidente en un infante –sin tener en cuenta que los infantes en nuestro ordenamiento jurídico ni siquiera cometen culpa-, para tal efecto, y sobre este punto deberá ahoandar el ad quem, de una revisión integral del informe de accidente de tránsito, se puede observar que desde donde transitaba el bus al tomar la vía donde

JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS.
Abogado. Especialista en Responsabilidad Civil. U. Externando de Colombia
Master en Derecho de la Empresa. U. de Alcalá. España.
Carrera 13 No. 42 36 oficina 402. Bogotá.
www.marquezabogadosasociados.com
jsmarquez@marquezabogadosasociados.com

sucedió el accidente, el conductor tenía un amplio panorama de la vía, podía observar todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se desarrollaban en la vía y en el anden, adicional de que al ser un conductor de bus, que transitaba esa ruta con frecuencia, conocía que se trataba de un sector donde había colegio, y que debía prestar una mayor atención **porque no puede haber algo que merezca mayor cuidado y atención que la vida de nuestros niños y niñas**, pero a pesar de tal circunstancia, el conductor llevó el vehículo rozando el anden, de lo cual no cabe duda por la huella de fricción sobre el anden que se encuentra registrada en el informe aludido, excediendo probablemente el límite de velocidad permitido (no probó que no lo haya hecho) atropellando al menor y causándole la muerte. Nótese pues, Honorable Magistrado ante la duda evidente que permitiera probar si el niño estaba en el anden o en la vía porque existan dos declaraciones en uno y otro sentido, una la del conductor del bus y otro, el de la madre del menor –que se le quebraba la voz en su testimonio-, el juez da por probado sin existir otro elemento, que el menor se encontraba sobre la vía, cuando precisamente por el ejercicio de la actividad riesgosa, la carga de la prueba sobre la culpa o hecho de la víctima como eximente de responsabilidad recaía exclusivamente en el demandado, por lo que al no existir una prueba clara sobre en quien recaía la responsabilidad, la culpa presunta de quien ejerce la actividad riesgosa es la que debe prevalecer y se debe dar por probada en esta controversia.

JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS.
Abogado. Especialista en Responsabilidad Civil. U. Externando de Colombia
Master en Derecho de la Empresa. U. de Alcalá. España.
Carrera 13 No. 42 36 oficina 402. Bogotá.
www.marquezabogadosasociados.com
jsmarquez@marquezabogadosasociados.com

Incluso Señores Magistradores, aquí el fundamento de la controversia, no debería ser siquiera si el menor estaba sobre la vía o en el anden, aquí la discusión es si el conductor que conduce un vehículo, una actividad riesgosa por una vía donde transitan niños y niñas, debe observar un cuidado superior, en vista de la posición de garante que detenta al conducir una actividad riesgosa; en esta situación el conductor no previo lo previsible o habiéndolo previsto creyó poder superar el riesgo con los nefastos resultados, entre el derecho a la prelación sobre la vía o el derecho a la vida, siempre debe darsele prelación al derecho a la vida, en este lamentable accidente, el conductor obvió su mayor posición de garante causándo la muerte al menor.

2. VIOLACIÓN INDIRECTA DE UNA NORMA JURÍDICA DE CARÁCTER SUSTANCIAL, COMO CONSECUENCIA DE ERROR DE DERECHO DERIVADO DEL DESCONOCIMIENTO DE UNA NORMA PROBATORIA, O DE UNA DETERMINADA PRUEBA.

Ahora bien, Honorables Magistrados, como se advirtió en los reparos (que hacen las veces de sustentación ya que no podemos hacerlo de manera oral), el a quo tomó como fundamento para determinar la eximente de responsabilidad una prueba que no podía ser valorada en el proceso (el aquo no tuvo en cuenta el actuar imprudente del conductor del vehículo que genera el hecho y que impide decretar una culpa exclusiva de la victima y valoración ilegal

JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS.
Abogado. Especialista en Responsabilidad Civil. U. Externando de Colombia
Master en Derecho de la Empresa. U. de Alcalá. España.
Carrera 13 No. 42 36 oficina 402. Bogotá.
www.marquezabogadosasociados.com
jsmarquez@marquezabogadosasociados.com

de una única prueba que vulneró el debido proceso conllevando a una decisión contraria a las pretensiones de mis prohijados**),** incurriendo en una violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, y por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de una determinada prueba, ya que como se advirtió el juez dio valoración a una prueba que en primer lugar no podía ser valorada, porque se desarrolló en abierta vulneración del debido proceso, ya que se omitió cumplir con el rito procesal establecido en los artículos 184 y 231 del Código General del Proceso que consagran precisamente todo lo relacionado con la contradicción de la prueba decretada de oficio y particularmente con la prueba trasladada de otro proceso, que en este caso no pudo ser controvertida por mi mandante; y en segundo término, a pesar de que, no podía ser valorada, se valoró y fue el fundamento de la sentencia, a pesar de las inconsistencias tan notorias establecidas en el dictamen que llevaban a su impertinencia.

En el dictamen pericial sobre el cual se fundó la sentencia, se indicó que el vehículo automotor transitaba a una velocidad mínima de 26 km/hora, pero no se indicó bajo esa circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, a cual era la velocidad máxima que podía ir el vehículo cuando sucedió el accidente, nótese que estamos a una velocidad cercana a 30 km/hora que es el límite en el cual podía transitar el bus; desde el punto de vista físico, cuando se

JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS.
Abogado. Especialista en Responsabilidad Civil. U. Externando de Colombia
Master en Derecho de la Empresa. U. de Alcalá. España.
Carrera 13 No. 42 36 oficina 402. Bogotá.
www.marquezabogadosasociados.com
jsmarquez@marquezabogadosasociados.com

practican pericias de este tipo, precisamente porque se parte de supuestos, siempre se establece un rango entre velocidad mímina y velocidad máxima de acuerdo a los parámetros formulados por el experto, pero en este caso, nada se dijo sobre la velocidad máxima en que tránsitaba el vehículo que seguramente estaría por encima de 30 km/hora; frente a tal circunstancia solo cabería preguntarse ¿Por qué razón el perito solo indicó en su dictamen la velocidad mínima y omitó la máxima? ¿ Por qué no se tuvo en cuenta la huella de limpiado o fricción establecida en el informe de accidente de tránsito de más de 5 metros para calcular la velocidad?. Igualmente, el hecho de que la velocidad máxima permitida sea de 30 km/hora en una zona determinada, esto no quiere decir, que si el conductor observa que existen niños en la vía, personas de tercera de edad que pueden cruzar o incluso adultos, debe reducir la velocidad con el fin de proteger el derecho a la vida de los transeuntes, derecho a la vida que se itera prevalece sobre cualquiera otro.

En una página especializada sobre este tipo de pericias, se indica de manera clara lo siguiente: *"A la hora de realizarse una pericial técnica de un accidente de tráfico intervienen factores empíricos que requieren el conocimiento de las matemáticas, la topografía del terreno, la física, la ingeniería, los materiales y un sinfín de factores que nunca pueden ser recogidos con total exactitud.* ***pues en los cálculos reconstructivos siempre se depende de un rango de valores entre máximo y mínimo, que se aplica en el calculo (sic)***

JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS.
Abogado. Especialista en Responsabilidad Civil. U. Externando de Colombia
Master en Derecho de la Empresa. U. de Alcalá. España.
Carrera 13 No. 42 36 oficina 402. Bogotá.
www.marquezabogadosasociados.com
jsmarquez@marquezabogadosasociados.com

a variedad de datos tales como los coeficientes aproximados que se emplean, tales como el estado de desgaste de las ruedas de un neumático, el estado de desgaste y material de la calzada, la capacidad de reacción del conductor en base a su edad o circunstancias, condiciones atmosféricas, inclinación de la calzada, aceites u otros líquidos o pinturas deslizantes de marcas viales sobre la calzada, características técnicas de los vehículos, aerodinámica, cargas en los vehículos, y un largo etc. de parámetros que se cifran mediante constantes o coeficientes aproximados*"[1](negrilla y subrayado fuera de texto).* La cita precisamente aclara que de acuerdo con todos los factores que deben analizarse en una hipótesis de accidente de tránsito siempre se trabaja sobre rangos mínimos y máximos, pero aquí el perito solo tuvo en cuenta en rango mínimo, por lo que al no poder ser controvertida o al menos solicitar su aclaración o adición se privó al proceso de la posibilidad de conocer la realidad de la posible velocidad del vehículo.

Es probable que como la pericia fue rendida en el marco de un proceso penal, y la duda siempre se resuelve al favor del procesado en ese tipo de procesos, el hecho de establecer la velocidad mínima, y esta ser inferior al límite permitido bastaría por efectos de la duda para exonerar la responsabilidad del causante del daño, empero, en

1 https://perito.biz/huella-frenada-accidentes/

JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS.
Abogado. Especialista en Responsabilidad Civil. U. Externando de Colombia
Master en Derecho de la Empresa. U. de Alcalá. España.
Carrera 13 No. 42 36 oficina 402. Bogotá.
www.marquezabogadosasociados.com
jsmarquez@marquezabogadosasociados.com

materia de responsabilidad civil por actividades riesgosas, al existir la presunción de culpa en cabeza de quien ejerce la actividad, sucede todo lo contrario, de establecerse una hipótesis entre velocidad mínima y velocidad máxima, siempre se tendrá que resolver que la velocidad era la máxima por la presunción salvo que se pruebe lo contrario, por tal circunstancia, era necesario que el perito hubiera establecido el rango mínimo y máximo, pero como no lo hizo, no puede el juez tener en cuenta esta prueba parcializada para desprender una consecuencia jurídica en contra de la víctima, más cuando se trata de un niño el que murió por los hechos de tránsito debatido.

Ahora bien, como lo señaló el Honorable Magistrado Dr. Valenzuela Valbuena en el auto que corrió traslado para la sustentación de este recurso, uno de los fundamentos de los reparos de la apelación es que no se efectúo la contradicción de la prueba, y esa sola circunstancia deviene en que la prueba no podía ser siquiera valorada porque su práctica se hizo vulnerando el derecho de controvertirla por parte de mis representados, generándose la violación indirecta de las normas procesales aludidas y que ya fueron detallados en los reparos de la apelación.

JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS.
Abogado. Especialista en Responsabilidad Civil. U. Externando de Colombia
Master en Derecho de la Empresa. U. de Alcalá. España.
Carrera 13 No. 42 36 oficina 402. Bogotá.
www.marquezabogadosasociados.com
jsmarquez@marquezabogadosasociados.com

PETICIÓN

Solicito Honorables Magistrados de manera respetuosa, que se revoque la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en este escrito y por los reparos planteados contra la sentencia que se realizaron en la correspondiente oportunidad procesal por las siguientes causales:

1. Proferirse un fallo por violación directa de la ley sustancial en especial los artículos 2356 de Código Civil y artñiculos 61 y 63 del Código Nacional de Tránsito;
2. Proferirse sentencia en una violación indirecta de la ley procesal por fallarse con fundamento en una prueba ilegalmente practicada, y que tampoco reune las características de idoneidad y razonabilidad.
3. Como consecuencia de las violaciones incurridas por el a quo, se decreten las pretensiones solicitadas en la demanda a favor de mis prohijados.

Atentamente,



JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS
C.C. 1.094.879.565 de Armenia.
T.P 157.227 C.S. de la Judicatura.

JOAN SEBASTIÁN MÁRQUEZ ROJAS.
Abogado. Especialista en Responsabilidad Civil. U. Externando de Colombia
Master en Derecho de la Empresa. U. de Alcalá. España.
Carrera 13 No. 42 36 oficina 402. Bogotá.
www.marquezabogadosasociados.com
jsmarquez@marquezabogadosasociados.com

H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil
Dra. Martha Isabel García Serrano
E. S. D.

REF: **PROCESO EJECUTIVO SINGULAR DE SOAM TRADING S.A.S. Vs. HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD. SUCURSAL COLOMBIA (Expediente No. 624- 2014)**

ASUNTO: **TRASLADO RECURSO DE APELACION (INCIDENTE DE REGULACION DE PERJUICIOS)**

CARLOS ADRIANO TRIBIN MONTEJO, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, identificado como aparece al pié de mi firma, abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 92.045 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado judicial de la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES CO. LTD. SUCURSAL COLOMBIA**, dentro del término legal, conforme al auto de fecha 8 de junio de 2020 me permito **CORRER TRASLADO DEL RECURSO APELACION,** de conformidad con lo establecido en el Decreto legislativo 806 de 2020 para que se **REVOQUE** y en su lugar se acceda a las pretensiones del **INCIDENTE DE REGULACION DE PERJUCIOS**, en la cuantía presentada, de conformidad con los siguientes:

I.- ANTECEDENTES PROCESALES.

1. La sociedad **SOAM TRADING S.A.S.,** a través de su apoderada judicial Dra. Ligia López Rico, formulo demanda ejecutiva el día 24 de septiembre de 2014 en contra la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES CO. LTD. SUCURSAL COLOMBIA,** la cual fue repartida al Juzgado 34 Civil del Circuito.

2. Dicha demanda fue inadmitida mediante auto de fecha 14 octubre 2014, notificado por estado el día 14 de enero de 2015, en el auto en mención se señalaron dos (2) puntos objeto de la subsanación: *(i) con fundamento en lo dispuesto en el numeral 5 del Art 75 C.P.C, precise la fecha desde la cual la obligación base de esta ejecución se hizo exigible, esto por cuanto en esta oportunidad no es procedente aplicar el presupuesto normativo contenido en el numeral 1 del Art 774 C.Co. (ii) de otro lado y con fundamento en los dispuesto en el Art 646 C.co, allegue la normatividad vigente para el momento en el cual fue creado el titulo valor base de esta ejecución, es decir, la relacionada con la creación y puesta en circulación de los títulos valores originados en Panamá. Lo anterior, por cuanto la normatividad anexa y obrante a folios 12 al 19, se atiende a lo físico Nacional y no los títulos valores*

3. La subsanación se presentó el 20 de enero de 2015, presentado por la Dra. Dorila Teresa Rico, solo se cumplió el primer punto del auto inadmisorio, inobservando claramente lo dispuesto en referencia a la

"*normatividad vigente para el momento en el cual fue creado el titulo valor base de esta ejecución, es decir, la relacionada con la creación y puesta a circulación de los títulos valores originados en Panamá*", tal como lo ordena el Art 188 C.P.C, en referencia a la prueba de las leyes extrajeras, esto es, copia autentica expedida por la autoridad competente del referido país o emanada por el Cónsul de ese país en Colombia, cuya firma autenticara el Ministerio de relaciones Exteriores.

4. Mediante auto de fecha 20 de febrero de 2015 notificada por estado del 24 del mismo mes y año, se libra mandamiento de pago por **UN MILLON NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE DÓLARES CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS DE DÓLAR AMERICANOS (US 1.965.449,48)**, por concepto de capital, liquidados a la TMR certificada por el Banco de la Republica más los correspondientes intereses moratorios liquidados a la tasa del 25% anual desde el 18 de febrero de 2014. El mencionado auto, reconoció personería a la abogada **LIGIA MILENA LOPEZ RICO** y no a la señora **DORILA TERESA RICO GOMEZ.**

5. La parte demandante acompaño póliza de la Compañía Mundial de Seguros S.A., por valor de **TRECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES TREINTA MIL NOVECIENTOS PESOS M/CTE ($339.830.900,00),** la cual no corresponde a lo ordenado por el inciso 10 del Art 513 del C.P.C, esto es, "equivalente al diez por ciento del valor actual de la ejecución".

6. Para la fecha del anexo de modificación de la caución, este es, el 29 de septiembre de 2014, la TRM ascendía a $2.023,89, razón por la cual, el solo capital pretendido correspondía a la suma de **($ 3.977.853.548,08)** y sumados los intereses mensuales causados para esa fecha equivalentes a ($580.010.825,85) arrojaba un valor actual de ejecución de **($4.557.864.373,92**

7. La póliza judicial no podía corresponder a un valor asegurado inferior a ($455.786.437,39) 10% valor actual ejecución/capital e intereses, se constituyó por el valor asegurado de ($389.830.900) suma inferior.

8. El 27 de febrero de 2015, ante el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, se realizó notificación personal del mandamiento de pago, se recibió el traslado de la demanda y se cancelaron copias de la actuación surtida en el proceso.

9. Dentro del término de Ley se formuló el recurso de reposición contra el mandamiento de pago, pidiendo su revocatoria, condena en costas y perjuicios.

10. Mediante auto de fecha 13 mayo 2015 este despacho judicial, reconoció personería jurídica al suscrito apoderado, en los términos y para efectos del poder conferido, AVOCO conocimiento del proceso ejecutivo singular y se dispuso hacer entrega del depósito judicial por valor de ($5.847.463.500,00) y ordeno oficiar al banco CITIBANK.

11. Paralelo a este trámite judicial, se adelantó acción de tutela formulada por la sociedad que represento judicialmente ante el Tribunal Superior de Bogotá-Sala Civil, siendo Mag Pon. El Dr. Marco Antonio Álvarez, acción constitucional que se tramitó integralmente por parte del suscrito y de mi poderdante.

12. Contra el auto de fecha 13 de mayo de 2015 proferido por el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotà, mediante el cual dispuso cancelar la medida cautelar respecto al Banco CITIBANK la parte demandante interpuso el recurso de reposición despachado desfavorable.

13. Mediante auto de fecha 27 de julio de 2015, notificada por estado él se dispuso :

- **REVOCAR** el mandamiento de fecha 20 de febrero de 2015,
- **NEGAR** el mandamiento de pago de la demanda acumulada,
- **CANCELAR** las medidas cautelares vigentes,
- **DESGLOSAR** los documentos base de la acción a costa de la parte demandante,
- **ENTREGAR** los títulos judiciales consignados en virtud de las medidas cautelares,
- **CONDENAR** en costas en la modalidad de agencias en derecho, en la suma de 35.000.000,oo y en abstracto en perjuicios a la parte demandante
- **ARCHIVAR** en su oportunidad el expediente.

14. Mediante auto de fecha 13 octubre de 2015 notificada por estado el 16 octubre de 2015, se **NEGO** la ADICION y/o COMPLEMENTACION del auto de fecha 27 de julio de 2015, providencia que revoco el mandamiento de pago dispuso estarse a lo dispuesto en el auto de fecha 13 mayo 2015 cancelar la medida cautelar del banco CITIBANK.

15. En auto de fecha 9 de noviembre de 2015 se **CONCEDIO** recurso de apelación en el **EFECTO SUSPENSIVO** contra la providencia del 27 de julio de 2015 y se dispuso remitir el expediente a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. (Providencia recurrida por el suscrito)

16. Mediante auto de cúmplase de fecha 3/Diciembre/2015, notificada por estado el 14/Diciembre/2015 se ordeno que por secretaria se entregara a la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES CO. TDA SUCURSAL COLOMBIA** el depósito judicial por valor de ($5.847.463.500,00), titulo entregado el 14/Diciembre/2015.

17. En la misma fecha es decir auto de fecha 3/diciembre/2015 se profirió providencia en el cuaderno de la demanda acumulada donde **CONDENO EN COSTAS A LA PARTE EJECUTANTE.**

18. Inconforme la parte demandante interpuso recurso contra la anterior providencia mediante auto del 6 mayo 2016 (27 abril 2016) notificada por Estado 10 mayo 2016, no se repuso el auto del 13 diciembre 2015 en cuanto a la condena de costas demanda acumulada.

19. Mediante auto del 17 de junio notificado por estado el 20 junio 2016 – según el sistema de la rama judicial; pero en las anotaciones del proceso se evidencia el auto de fecha 2 junio notificado por estado del 20 junio 2015 – Ordena las copias recurso de queja de la demanda acumulada y en el auto separado obrante en el cuaderno principal que **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación contra el auto 9/nov/15

20. El recurso de queja por la **CONDENA EN COSTAS DE LA DEMANDA EJECUTIVA** tramitado ante el Tribunal de Bogotá Sala – Civil Magistrado Ponente Dr. JULIO ENRIQUE MOGOLLON que mediante auto de fecha 17/Agosto/2016 resolvió declarar bien denegado el recurso.

21. Inconforme la parte demandante interpuso incidente de nulidad resuelto mediante providencia de fecha 19 julio 2016, el cual se le **NO SE ADMITIO EL MISMO** por improcedente.

22. Como quiera que la parte demándate **NO** cancelo las expensas necesarias para surtir el recurso de apelación contra la providencia de fecha 27/JULIO/2015 y el recurso fue declarado **DESIERTO.**

23. Posterior a esto y en el trámite del litigio, la parte demandante ha formulado diferentes acciones de tutela con resultados infructuosos, las cuales han sido atendidas y contestadas por mi poderdante a través del suscrito apoderado.

24. Así mismo, la parte ejecutante formuló diferentes acciones de tutela en contra de éste Juzgado en ocasión al presente proceso ejecutivo, las cuales fueron contestadas y atendidas por el suscrito, siendo todas éstas rechazadas por carecer de fundamento en lo fáctico y jurídico.

25. Así mismo, se han descorrido oportunamente los recursos tanto en primera como en segunda instancia formulados por la parte ejecutante, todos éstos a favor del a parte demandada representada por el suscrito apoderado.

II. PERJUCIOS CAUSADOS COMO CONSECUENCIA DEL PROCESO EJECUTIVO DE SOAM TRADING S.A.S. Vs. HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD.SUCURSAL COLOMBIA

1. Mi representada como parte demandada, tuvo que asumir diferentes valores para su defensa judicial, tal como se encuentra acreditado en el expediente con las pruebas arrimadas al escrito de incidente de perjuicios, y que no fueron tachados de falso, por lo tanto se acredito que se ha pagado los siguientes gastos judiciales (regla 3ª. Art. 366 CGP), así:

a) **ALEMAN CORDERO GALINDO & LEE,** la sociedad cancelo por sus servicios profesionales la suma de **NOVENTA Y UN**

MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE ($91.849.848).

b) **MARIO IGUARAN ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S,** la sociedad cancelo por sus servicios profesionales la suma de **SESENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE ($63.693.750)**

c) **CARLOS ADRIANO TRIBIN MONTEJO,** la sociedad cancelo por sus servicios profesionales la suma **DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS DIECISÉIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($256.916.246)**, más la cuota de éxito que se deberá cancelar equivalente al 30% del equivalente al 5% del valor del crédito.

d) Las acciones jurídicas exigió no solamente el auxilio del suscribo profesional del derecho, sino también de un Abogado Panameño de diferentes acciones disciplinarias y de acompañamiento en Procuraduría General por el distinguido Bufete del Dr. Mario Iguarán Arana, que implicó que mi poderdante asumiera gastos por dichos conceptos por valores superiores a los **SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE ($600.000.000).**

2. Téngase presente que la cuantía de la demanda principal ascendía incluyendo capital e intereses una suma aproximada y equivalente a **DOS MILLONES QUINIENTOS MIL DOLARES US$2.500.000**, que al cambio para la fecha de la presentación de la demanda era de ($2.989), equivale en pesos colombianos a la suma de **SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($7.472.500.000.oo).**

3. Como se señaló en los antecedes la póliza judicial no podía corresponder a un valor asegurado inferior a ($455.786.437,39) 10% valor actual ejecución/capital e intereses, sin embargo dicha póliza se constituyó por el valor asegurado de ($389.830.900) suma inferior.

4. Sin embargo, el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá de manera ilegal practico las siguientes **EMBARGOS:**

1.1. Medida cautelar decretada y practicada a los derechos de crédito que la sociedad demanda tiene a favor en la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA E.T.B** por la suma de **CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE ($5.847.463.500,00),** suma retenida el 10/09/2015 y entregada el 14/12/2016

1.2. Medida cautelar decreta y practicada de forma ilegal a la cuenta corriente No 5067671025 del banco **CITIBANK** por la suma de

CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE ($5.847.463.500,00) suma retenida el 27/09/2015 y pendiente por entregar.

5. Como se sabe las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dure un proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. Sin embargo, nuestro ordenamiento protege también a quien se le practique alguna medida cautelar.

6. Unas de las garantías para el deudor es que si acreedor prestara caución, cuya finalidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia y por ello, puede entenderse como un medio para asegurar el resultado. Por su naturaleza, la caución sirve para el resarcimiento de perjuicios a favor del demandante hasta un monto determinado. En sentencia C-316 de 2002, la Corte afirmó que "en términos generales, el sistema jurídico reconoce que las cauciones son garantías suscritas por los sujetos procesales destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por éstos durante el proceso, así como a garantizar el pago de los perjuicios que sus actuaciones procesales pudieran generar a la parte contra la cual se dirigen.

7. Por lo tanto, suscribir una caución, se busca (1) manifiesta su voluntad de cumplir con los deberes impuestos en el trámite de las diligencias y, además (2) garantizar el pago de los perjuicios que algunas de sus actuaciones procesales pudieran ocasionar a la contraparte. Es decir que las cauciones operan entonces como mecanismo de seguridad e indemnización dentro del proceso.

8. Como la parte demandante no aseguro el valor del 10% sobre el capital si no por el contrario constituyo una póliza inferior al valor inferior al capital descrito en el mandamiento de pago, está obligada a que reconozca a través del presente incidente de regulación de perjuicios el **LUCRCO CESANTE.**

9. La cuantía que se estima para el **LUCRO CESANTE**, no es capricho, por el contrario **HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD.SUCURSAL COLOMBIA,** genera operaciones millonarias en el territorio Colombiano lo que significa que fueron grandes las pérdidas por dichos embargos.

10. Como consecuencia de las medidas cautelares anteriormente practicadas, la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD.SUCURSAL COLOMBIA,** contrato a un perito economista quien rindió su dictamen pericial Dr. Eduardo Aurelio Arenas y determino que el lucro cesante por la práctica de dichas medidas cautelares corresponde a:

- Para el titulo judicial entregado el 14/12/16 la suma de **DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES**

CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CIENTO SEIS PESOS M/CTE ($ 275.435.085)

- Para el titulo judicial donde se calculó como fecha de entrega el 23/09/2016 la suma de **MIL SETECIENTOS CATORCE MILLONES TRECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE ($1.714.343.283)**

11. En el momento que se revocó la medida cautelar como consecuencia de la negativa del auto que libra mandamiento de pago, nace el derecho de crédito a favor **HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD.SUCURSAL COLOMBIA** que sufrió en el seno o con motivo del procedimiento judicial.

12. El demandante en el proceso ejecutivo no probó la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) y además, la urgencia en su adopción (periculum in mora). Por el contrario con dichas cautelas afecto gravemente las funciones típicas de la dinámica empresarial de mi representada pues como se anunció en varios escritos la cuenta del banco **CITIBANK** e incluso en acciones constitucionales correspondía a una cuenta par pagos de acreencias labórales y proveedores, lo que significo demoras en dichos pagos.

13. Dichos embargos se convirtieron en un daño que tuvo que soportar **HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD.SUCURSAL COLOMBIA** por esta razón, en el dictamen pericial allegado el cual no fue tachado de falso se resalta los perjuicios —como el lucro cesante.

14. Soy reiterativo al señalar que la finalidad propia de la caución no es amparar la procedencia de la cautela, sino garantizar en todos los casos el resarcimiento del perjuicio al no estar garantizado el perjuicio debe esta con su patrimonio está obligada a resarcir de los perjuicios probados a través del dictamen pericial a mi prohijada.

III.- PETICION

Que se ordene a la sociedad **SOAM TRADING S.A.S.** a pagar a la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD. SUCURSAL COLOMBIA,** las sumas reclamadas en el incidente de regulación de perjuicios, las siguientes sumas de dinero:

DEFENSA JUDICIAL:

- **NOVENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE ($91.849.848).**

- **SESENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE ($63.693.750)**

- **Y DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS DIECISÉIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($256.916.246)**

LUCRO CESANTE:

- **SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CIENTO SEIS PESOS M/CTE ($ 275.435.085)**

- **MIL SETECIENTOS CATORCE MILLONES TRECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE ($1.714.343.283)**

IV. - PRUEBAS

Las pruebas allegadas al trámite corresponde a los documentos acompañados al incidente de regulación de perjuicios, en relación con los documentos en copia autentica aportada, así:

1. Copia autentica del contrato de prestación de servicios ALEMAN CORDERO GALINDO & LEE.
2. Copia autentica de la propuesta de servicios de ALEMAN CORDERO GALINDO & LEE.
3. Copia autentica del contrato de prestación de servicios de MARIO IGUARAN ABBOGADOS ASOCIADOS S.A.S.
4. Copia autentica del contrato de prestación de servicios de CARLOS ADRIANO TRIBIN MONTEJO.
5. Copia autentica de la propuesta de servicios de CARLOS ADRIANO TRIBIN MONTEJO.
6. Dictamen pericial del Dr. Eduardo Aurelio Arenas
7. Certificación expedida por el Revisor Fiscal de la sociedad HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD SUCURSAL COLOMBIA de los pagos realizados a los respectivos profesionales.

Señora Magistrada,

CARLOS A. TRIBIN MONTEJO
C.C. No. 80.469.508 de Bogotá
T.P. No. 92.045 del C. S. J.

H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil
Dra. Martha Isabel García Serrano
E. S. D.

REF: **PROCESO EJECUTIVO SINGULAR DE SOAM TRADING S.A.S. Vs. HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD. SUCURSAL COLOMBIA (Expediente No. 624- 2014)**

ASUNTO: **TRASLADO RECURSO DE APELACION (INCIDENTE DE REGULACION DE PERJUICIOS)**

CARLOS ADRIANO TRIBIN MONTEJO, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, identificado como aparece al pié de mi firma, abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 92.045 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado judicial de la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES CO. LTD. SUCURSAL COLOMBIA**, dentro del término legal, conforme al auto de fecha 8 de junio de 2020 me permito **CORRER TRASLADO DEL RECURSO APELACION,** de conformidad con lo establecido en el Decreto legislativo 806 de 2020 para que se **REVOQUE** y en su lugar se acceda a las pretensiones del **INCIDENTE DE REGULACION DE PERJUCIOS**, en la cuantía presentada, de conformidad con los siguientes:

I.- ANTECEDENTES PROCESALES.

1. La sociedad **SOAM TRADING S.A.S.,** a través de su apoderada judicial Dra. Ligia López Rico, formulo demanda ejecutiva el día 24 de septiembre de 2014 en contra la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES CO. LTD. SUCURSAL COLOMBIA,** la cual fue repartida al Juzgado 34 Civil del Circuito.

2. Dicha demanda fue inadmitida mediante auto de fecha 14 octubre 2014, notificado por estado el día 14 de enero de 2015, en el auto en mención se señalaron dos (2) puntos objeto de la subsanación: *(i) con fundamento en lo dispuesto en el numeral 5 del Art 75 C.P.C, precise la fecha desde la cual la obligación base de esta ejecución se hizo exigible, esto por cuanto en esta oportunidad no es procedente aplicar el presupuesto normativo contenido en el numeral 1 del Art 774 C.Co. (ii) de otro lado y con fundamento en los dispuesto en el Art 646 C.co, allegue la normatividad vigente para el momento en el cual fue creado el titulo valor base de esta ejecución, es decir, la relacionada con la creación y puesta en circulación de los títulos valores originados en Panamá. Lo anterior, por cuanto la normatividad anexa y obrante a folios 12 al 19, se atiende a lo físico Nacional y no los títulos valores*

3. La subsanación se presentó el 20 de enero de 2015, presentado por la Dra. Dorila Teresa Rico, solo se cumplió el primer punto del auto inadmisorio, inobservando claramente lo dispuesto en referencia a la

"*normatividad vigente para el momento en el cual fue creado el titulo valor base de esta ejecución, es decir, la relacionada con la creación y puesta a circulación de los títulos valores originados en Panamá*", tal como lo ordena el Art 188 C.P.C, en referencia a la prueba de las leyes extrajeras, esto es, copia autentica expedida por la autoridad competente del referido país o emanada por el Cónsul de ese país en Colombia, cuya firma autenticara el Ministerio de relaciones Exteriores.

4. Mediante auto de fecha 20 de febrero de 2015 notificada por estado del 24 del mismo mes y año, se libra mandamiento de pago por **UN MILLON NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE DÓLARES CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS DE DÓLAR AMERICANOS (US 1.965.449,48)**, por concepto de capital, liquidados a la TMR certificada por el Banco de la Republica más los correspondientes intereses moratorios liquidados a la tasa del 25% anual desde el 18 de febrero de 2014. El mencionado auto, reconoció personería a la abogada **LIGIA MILENA LOPEZ RICO** y no a la señora **DORILA TERESA RICO GOMEZ.**

5. La parte demandante acompaño póliza de la Compañía Mundial de Seguros S.A., por valor de **TRECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES TREINTA MIL NOVECIENTOS PESOS M/CTE ($339.830.900,00),** la cual no corresponde a lo ordenado por el inciso 10 del Art 513 del C.P.C, esto es, "equivalente al diez por ciento del valor actual de la ejecución".

6. Para la fecha del anexo de modificación de la caución, este es, el 29 de septiembre de 2014, la TRM ascendía a $2.023,89, razón por la cual, el solo capital pretendido correspondía a la suma de **($ 3.977.853.548,08)** y sumados los intereses mensuales causados para esa fecha equivalentes a ($580.010.825,85) arrojaba un valor actual de ejecución de **($4.557.864.373,92**

7. La póliza judicial no podía corresponder a un valor asegurado inferior a ($455.786.437,39) 10% valor actual ejecución/capital e intereses, se constituyó por el valor asegurado de ($389.830.900) suma inferior.

8. El 27 de febrero de 2015, ante el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, se realizó notificación personal del mandamiento de pago, se recibió el traslado de la demanda y se cancelaron copias de la actuación surtida en el proceso.

9. Dentro del término de Ley se formuló el recurso de reposición contra el mandamiento de pago, pidiendo su revocatoria, condena en costas y perjuicios.

10. Mediante auto de fecha 13 mayo 2015 este despacho judicial, reconoció personería jurídica al suscrito apoderado, en los términos y para efectos del poder conferido, AVOCO conocimiento del proceso ejecutivo singular y se dispuso hacer entrega del depósito judicial por valor de ($5.847.463.500,00) y ordeno oficiar al banco CITIBANK.

11. Paralelo a este trámite judicial, se adelantó acción de tutela formulada por la sociedad que represento judicialmente ante el Tribunal Superior de Bogotá-Sala Civil, siendo Mag Pon. El Dr. Marco Antonio Álvarez, acción constitucional que se tramitó integralmente por parte del suscrito y de mi poderdante.

12. Contra el auto de fecha 13 de mayo de 2015 proferido por el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotà, mediante el cual dispuso cancelar la medida cautelar respecto al Banco CITIBANK la parte demandante interpuso el recurso de reposición despachado desfavorable.

13. Mediante auto de fecha 27 de julio de 2015, notificada por estado él se dispuso :

- **REVOCAR** el mandamiento de fecha 20 de febrero de 2015,
- **NEGAR** el mandamiento de pago de la demanda acumulada,
- **CANCELAR** las medidas cautelares vigentes,
- **DESGLOSAR** los documentos base de la acción a costa de la parte demandante,
- **ENTREGAR** los títulos judiciales consignados en virtud de las medidas cautelares,
- **CONDENAR** en costas en la modalidad de agencias en derecho, en la suma de 35.000.000,oo y en abstracto en perjuicios a la parte demandante
- **ARCHIVAR** en su oportunidad el expediente.

14. Mediante auto de fecha 13 octubre de 2015 notificada por estado el 16 octubre de 2015, se **NEGO** la ADICION y/o COMPLEMENTACION del auto de fecha 27 de julio de 2015, providencia que revoco el mandamiento de pago dispuso estarse a lo dispuesto en el auto de fecha 13 mayo 2015 cancelar la medida cautelar del banco CITIBANK.

15. En auto de fecha 9 de noviembre de 2015 se **CONCEDIO** recurso de apelación en el **EFECTO SUSPENSIVO** contra la providencia del 27 de julio de 2015 y se dispuso remitir el expediente a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. (Providencia recurrida por el suscrito)

16. Mediante auto de cúmplase de fecha 3/Diciembre/2015, notificada por estado el 14/Diciembre/2015 se ordeno que por secretaria se entregara a la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES CO. TDA SUCURSAL COLOMBIA** el depósito judicial por valor de ($5.847.463.500,00), titulo entregado el 14/Diciembre/2015.

17. En la misma fecha es decir auto de fecha 3/diciembre/2015 se profirió providencia en el cuaderno de la demanda acumulada donde **CONDENO EN COSTAS A LA PARTE EJECUTANTE.**

18. Inconforme la parte demandante interpuso recurso contra la anterior providencia mediante auto del 6 mayo 2016 (27 abril 2016) notificada por Estado 10 mayo 2016, no se repuso el auto del 13 diciembre 2015 en cuanto a la condena de costas demanda acumulada.

19. Mediante auto del 17 de junio notificado por estado el 20 junio 2016 – según el sistema de la rama judicial; pero en las anotaciones del proceso se evidencia el auto de fecha 2 junio notificado por estado del 20 junio 2015 – Ordena las copias recurso de queja de la demanda acumulada y en el auto separado obrante en el cuaderno principal que **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación contra el auto 9/nov/15

20. El recurso de queja por la **CONDENA EN COSTAS DE LA DEMANDA EJECUTIVA** tramitado ante el Tribunal de Bogotá Sala – Civil Magistrado Ponente Dr. JULIO ENRIQUE MOGOLLON que mediante auto de fecha 17/Agosto/2016 resolvió declarar bien denegado el recurso.

21. Inconforme la parte demandante interpuso incidente de nulidad resuelto mediante providencia de fecha 19 julio 2016, el cual se le **NO SE ADMITIO EL MISMO** por improcedente.

22. Como quiera que la parte demándate **NO** cancelo las expensas necesarias para surtir el recurso de apelación contra la providencia de fecha 27/JULIO/2015 y el recurso fue declarado **DESIERTO.**

23. Posterior a esto y en el trámite del litigio, la parte demandante ha formulado diferentes acciones de tutela con resultados infructuosos, las cuales han sido atendidas y contestadas por mi poderdante a través del suscrito apoderado.

24. Así mismo, la parte ejecutante formuló diferentes acciones de tutela en contra de éste Juzgado en ocasión al presente proceso ejecutivo, las cuales fueron contestadas y atendidas por el suscrito, siendo todas éstas rechazadas por carecer de fundamento en lo fáctico y jurídico.

25. Así mismo, se han descorrido oportunamente los recursos tanto en primera como en segunda instancia formulados por la parte ejecutante, todos éstos a favor del a parte demandada representada por el suscrito apoderado.

II. PERJUCIOS CAUSADOS COMO CONSECUENCIA DEL PROCESO EJECUTIVO DE SOAM TRADING S.A.S. Vs. HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD.SUCURSAL COLOMBIA

1. Mi representada como parte demandada, tuvo que asumir diferentes valores para su defensa judicial, tal como se encuentra acreditado en el expediente con las pruebas arrimadas al escrito de incidente de perjuicios, y que no fueron tachados de falso, por lo tanto se acredito que se ha pagado los siguientes gastos judiciales (regla 3ª. Art. 366 CGP), así:

a) **ALEMAN CORDERO GALINDO & LEE,** la sociedad cancelo por sus servicios profesionales la suma de **NOVENTA Y UN**

MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE ($91.849.848).

b) **MARIO IGUARAN ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S,** la sociedad cancelo por sus servicios profesionales la suma de **SESENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE ($63.693.750)**

c) **CARLOS ADRIANO TRIBIN MONTEJO,** la sociedad cancelo por sus servicios profesionales la suma **DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS DIECISÉIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($256.916.246)**, más la cuota de éxito que se deberá cancelar equivalente al 30% del equivalente al 5% del valor del crédito.

d) Las acciones jurídicas exigió no solamente el auxilio del suscribo profesional del derecho, sino también de un Abogado Panameño de diferentes acciones disciplinarias y de acompañamiento en Procuraduría General por el distinguido Bufete del Dr. Mario Iguarán Arana, que implicó que mi poderdante asumiera gastos por dichos conceptos por valores superiores a los **SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE ($600.000.000).**

2. Téngase presente que la cuantía de la demanda principal ascendía incluyendo capital e intereses una suma aproximada y equivalente a **DOS MILLONES QUINIENTOS MIL DOLARES US$2.500.000**, que al cambio para la fecha de la presentación de la demanda era de ($2.989), equivale en pesos colombianos a la suma de **SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($7.472.500.000.oo).**

3. Como se señaló en los antecedes la póliza judicial no podía corresponder a un valor asegurado inferior a ($455.786.437,39) 10% valor actual ejecución/capital e intereses, sin embargo dicha póliza se constituyó por el valor asegurado de ($389.830.900) suma inferior.

4. Sin embargo, el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá de manera ilegal practico las siguientes **EMBARGOS:**

1.1. Medida cautelar decretada y practicada a los derechos de crédito que la sociedad demanda tiene a favor en la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA E.T.B** por la suma de **CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE ($5.847.463.500,00),** suma retenida el 10/09/2015 y entregada el 14/12/2016

1.2. Medida cautelar decreta y practicada de forma ilegal a la cuenta corriente No 5067671025 del banco **CITIBANK** por la suma de

CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE ($5.847.463.500,00) suma retenida el 27/09/2015 y pendiente por entregar.

5. Como se sabe las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dure un proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. Sin embargo, nuestro ordenamiento protege también a quien se le practique alguna medida cautelar.

6. Unas de las garantías para el deudor es que si acreedor prestara caución, cuya finalidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia y por ello, puede entenderse como un medio para asegurar el resultado. Por su naturaleza, la caución sirve para el resarcimiento de perjuicios a favor del demandante hasta un monto determinado. En sentencia C-316 de 2002, la Corte afirmó que "en términos generales, el sistema jurídico reconoce que las cauciones son garantías suscritas por los sujetos procesales destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por éstos durante el proceso, así como a garantizar el pago de los perjuicios que sus actuaciones procesales pudieran generar a la parte contra la cual se dirigen.

7. Por lo tanto, suscribir una caución, se busca (1) manifiesta su voluntad de cumplir con los deberes impuestos en el trámite de las diligencias y, además (2) garantizar el pago de los perjuicios que algunas de sus actuaciones procesales pudieran ocasionar a la contraparte. Es decir que las cauciones operan entonces como mecanismo de seguridad e indemnización dentro del proceso.

8. Como la parte demandante no aseguro el valor del 10% sobre el capital si no por el contrario constituyo una póliza inferior al valor inferior al capital descrito en el mandamiento de pago, está obligada a que reconozca a través del presente incidente de regulación de perjuicios el **LUCRCO CESANTE.**

9. La cuantía que se estima para el **LUCRO CESANTE**, no es capricho, por el contrario **HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD.SUCURSAL COLOMBIA,** genera operaciones millonarias en el territorio Colombiano lo que significa que fueron grandes las pérdidas por dichos embargos.

10. Como consecuencia de las medidas cautelares anteriormente practicadas, la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD.SUCURSAL COLOMBIA,** contrato a un perito economista quien rindió su dictamen pericial Dr. Eduardo Aurelio Arenas y determino que el lucro cesante por la práctica de dichas medidas cautelares corresponde a:

- Para el titulo judicial entregado el 14/12/16 la suma de **DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES**

CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CIENTO SEIS PESOS M/CTE ($ 275.435.085)

- Para el titulo judicial donde se calculó como fecha de entrega el 23/09/2016 la suma de **MIL SETECIENTOS CATORCE MILLONES TRECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE ($1.714.343.283)**

11. En el momento que se revocó la medida cautelar como consecuencia de la negativa del auto que libra mandamiento de pago, nace el derecho de crédito a favor **HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD.SUCURSAL COLOMBIA** que sufrió en el seno o con motivo del procedimiento judicial.

12. El demandante en el proceso ejecutivo no probó la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) y además, la urgencia en su adopción (periculum in mora). Por el contrario con dichas cautelas afecto gravemente las funciones típicas de la dinámica empresarial de mi representada pues como se anunció en varios escritos la cuenta del banco **CITIBANK** e incluso en acciones constitucionales correspondía a una cuenta par pagos de acreencias labórales y proveedores, lo que significo demoras en dichos pagos.

13. Dichos embargos se convirtieron en un daño que tuvo que soportar **HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD.SUCURSAL COLOMBIA** por esta razón, en el dictamen pericial allegado el cual no fue tachado de falso se resalta los perjuicios —como el lucro cesante.

14. Soy reiterativo al señalar que la finalidad propia de la caución no es amparar la procedencia de la cautela, sino garantizar en todos los casos el resarcimiento del perjuicio al no estar garantizado el perjuicio debe esta con su patrimonio está obligada a resarcir de los perjuicios probados a través del dictamen pericial a mi prohijada.

III.- PETICION

Que se ordene a la sociedad **SOAM TRADING S.A.S.** a pagar a la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD. SUCURSAL COLOMBIA,** las sumas reclamadas en el incidente de regulación de perjuicios, las siguientes sumas de dinero:

DEFENSA JUDICIAL:

- **NOVENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE ($91.849.848).**

- **SESENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE ($63.693.750)**

- **Y DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS DIECISÉIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($256.916.246)**

LUCRO CESANTE:

- **SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CIENTO SEIS PESOS M/CTE ($ 275.435.085)**

- **MIL SETECIENTOS CATORCE MILLONES TRECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE ($1.714.343.283)**

IV. - PRUEBAS

Las pruebas allegadas al trámite corresponde a los documentos acompañados al incidente de regulación de perjuicios, en relación con los documentos en copia autentica aportada, así:

1. Copia autentica del contrato de prestación de servicios ALEMAN CORDERO GALINDO & LEE.
2. Copia autentica de la propuesta de servicios de ALEMAN CORDERO GALINDO & LEE.
3. Copia autentica del contrato de prestación de servicios de MARIO IGUARAN ABBOGADOS ASOCIADOS S.A.S.
4. Copia autentica del contrato de prestación de servicios de CARLOS ADRIANO TRIBIN MONTEJO.
5. Copia autentica de la propuesta de servicios de CARLOS ADRIANO TRIBIN MONTEJO.
6. Dictamen pericial del Dr. Eduardo Aurelio Arenas
7. Certificación expedida por el Revisor Fiscal de la sociedad HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD SUCURSAL COLOMBIA de los pagos realizados a los respectivos profesionales.

Señora Magistrada,

CARLOS A. TRIBIN MONTEJO
C.C. No. 80.469.508 de Bogotá
T.P. No. 92.045 del C. S. J.

Señores
SALA CIVIL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
M. P. Dra. MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
E. S. D.

Referencia: proceso # 11001310304020170049001, declarativo verbal de pertenencia de Samuel Rodríguez Cristancho contra Lila Marina Rodríguez de Arteaga – Reivindicación vía de reconvención.
Asunto: sustentación del recurso de apelación con base en el art. 14 del Decreto 806 de 2010.

Fernando Badillo Abril, actuando en mi calidad de apoderado judicial de la señora Lila Marina Rodríguez de Arteaga, quien es demandada en pertenencia y, demandante en reivindicación dentro del proceso identificado en la referencia, por medio del presente escrito le manifiesto que acudo oportunamente ante su despacho para sustentar oportunamente el recurso de apelación interpuesto, parcialmente, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juez 40 Civil del Circuito de Bogotá, D. C., dentro del presente proceso, así:

1. El suscrito interpuso recurso de apelación parcialmente en contra la sentencia proferida por el juez *a quo*, respecto de la negativa de este a decretar el pago de los frutos naturales y civiles reclamados en la pretensión 3 de la demanda de reconvención, mediante la cual se solicitaba:

3. Se condene al señor Samuel Rodríguez Cristancho a pagar a favor de la señora Lila Marina Rodríguez de Arteaga, una vez ejecutoriada la sentencia, el valor de los frutos naturales y civiles respecto del inmueble objeto de reivindicación, no solo los percibidos, sino también los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, desde el momento de iniciada la posesión, diciembre del año 2012, por tratarse la parte demandada en reivindicación de un poseedor de mala fe, hasta el momento de la entrega de la cuota parte (50%) del derecho real de propiedad que le corresponde a mi poderdante en el inmueble.

2. Estos frutos fueron valorados en la demanda de reconvención mediante juramento estimatorio conforme a lo exigido por el artículo 206 del CGP; valoración que no fue objetada por la parte demandada en reivindicación, ni cuestionada por el juez de conocimiento, por cuanto no decretó pruebas de oficio necesarias para tasar el valor pretendido.

3. Mediante el auto que se resolvió sobre la admisión del recurso de apelación, el tribunal solo se pronunció acerca del recuso interpuesto por la parte demandante en pertenencia y demandada en reivindicación. El despacho omitió, involuntariamente, pronunciarse acerca de la admisión del recurso de apelación interpuesto también por la parte demandante en reivindicación, específicamente respeto del pago de los frutos reclamados en la demanda de reconvención.

Omisión que solicito respetuosamente sea corregida, con pronunciamiento expreso al respecto, ya que la anterior decisión no debe atar al juez y a las partes en el proceso.

4. Partiendo de la base de la admisión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en reivindicación, vía de reconvención, procedo a presentar la sustentación del recurso interpuesto con base en el numeral 5 del artículo 327 del CGP.

5. Como se había mencionado, aunque mediante la sentencia de primera instancia se negaron las pretensiones del demandante en pertenencia y se decretaron las pretensiones de reivindicación, respecto de estas últimas, el juez a quo negó la pretensión tercera de la demanda de reconvención relacionada con los frutos civiles y naturales reclamados, atendiendo a que no se había probado la mala fe del poseedor, señor Samuel Rodríguez Cristancho.

6. La mala fe posesoria no es definida en nuestro Código Civil, contrario a la definición que hace el artículo 768 de este código de la buena fe, cuando señala que es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio.

Si bien es cierto que la buena fe se presume y la mala fe debe probarse en los términos del artículo 768 del Código Civil, también es cierto que, con base en el numeral 3 del artículo 2531 del Código Civil, la existencia de un título de mera tenencia hará presumir la mala fe.

7. En nuestro caso, en el proceso se acreditó que el actor en pertenencia es un poseedor de mala fe, toda vez que tenía el conocimiento de que la parte del inmueble que pretendía en pertenencia (50%), era de propiedad de su hermana, que al igual que él adquirieron dichos derechos de sus padres; no existió ningún título que le permitiera al prescribiente entrar en posesión de los derechos pretendidos en usucapión, por el contrario, de manera arbitraria le desconoció a mi poderdante sus derechos, a su hermana, al impedirle disfrutar del inmueble y de los frutos que este generaba o podría generar, los cuales percibió en su totalidad.

8. El señor Samuel Rodríguez Cristancho es poseedor de mala fe, no solo por lo mencionado anteriormente, sino porque hasta el 24 de diciembre de 2012, fecha de la muerte de la señora Ana Elbia Cristancho de Rodríguez (madre de las partes en el proceso), este solo era poseedor de la cuota parte del derecho de dominio que tenía sobre el inmueble, pero no de la restante parte que le correspondía a mi poderdante. Después de la muerte de dicha señora el señor Samuel Rodríguez, aprovechándose de que mi poderdante se encontraba fuera del país, lugar de su residencia E-U, le desconoció a esta sus derechos al punto de dar inicio al presente proceso, mediante demanda en donde manifestó hechos contrarios a la realidad, respecto de la fecha de inicio de sus actos posesorios sobre el bien.

En síntesis, las pruebas aportadas con la demanda de reivindicación y las recaudadas en el proceso, demuestran que antes de la muerte del padre de la partes, señor Buenaventura Rodríguez Cárdenas, el día 14 de enero de 1990, el actor en pertenencia era un simple tenedor de parte del inmueble objeto del pertenencia y reivindicación; después de dicha muerte**,** siguió disfrutando de parte del inmueble, junto con su madre, señora Ana Elbia Cristancho de Rodríguez hasta el día 24 de diciembre de 2012, fecha del deceso de esta última.

9. Respecto del proceso reivindicatorio el legislador ha establecido, en los artículos 961 al 971, las denominadas prestaciones mutuas, dentro de estas, la de restitución de los frutos por parte del poseedor de mala fe o de buena fe al propietario del bien, restitución que debe ser ordenada, incluso de oficio.

Si en gracia de discusión en el presente proceso no se hubiere demostrado la mala fe del demandado en reivindicación, el juez de *ad quo* debió haber ordenado la restitución o pago de los frutos percibidos a partir de la presentación de la demanda de reivindicación o desde su notificación al demandado, lo cual no hizo en la sentencia que resolvió la primera instancia.

10. Los frutos civiles fueron estimados bajo la gravedad del juramento, valor que no fue objetado por la parte demandada en reivindicación, por lo cual, su monto se encuentra probado en el proceso, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 206 del CGP; los que no se limitan a los percibidos, sino a los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder, tal como lo señala el inciso primero del artículo 964 del Código Civil.

11. Por lo anterior, respetuosamente, le solicito a los señores magistrados se revoque parcialmente la sentencia proferida en primera instancia en este proceso, en cuanto a decretar el pago de los frutos reclamados en la pretensión 3 de la demanda de reivindicación presentada vía de reconvención, si es considerado el demandado en reconvención poseedor de mala fe, desde el 25 de diciembre de 2012 y si es considerado poseedor de buena fe, desde el día en que se presentó la demanda de reivindicación o se le notificó el auto admisorio de la misma, hasta el día en que se efectúe la restitución de los derechos a mi poderdante en el presente proceso.

Atentamente,



FERNANDO BADILLO ABRIL
C. C. # 91.231.422 de Bucaramanga
T. P. # 41.329 del C. S. de la J.

Señores
SALA CIVIL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
M. P. Dra. MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
E. S. D.

Referencia: proceso # 11001310304020170049001, declarativo verbal de pertenencia de Samuel Rodríguez Cristancho contra Lila Marina Rodríguez de Arteaga – Reivindicación vía de reconvención.
Asunto: sustentación del recurso de apelación con base en el art. 14 del Decreto 806 de 2010.

Fernando Badillo Abril, actuando en mi calidad de apoderado judicial de la señora Lila Marina Rodríguez de Arteaga, quien es demandada en pertenencia y, demandante en reivindicación dentro del proceso identificado en la referencia, por medio del presente escrito le manifiesto que acudo oportunamente ante su despacho para sustentar oportunamente el recurso de apelación interpuesto, parcialmente, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juez 40 Civil del Circuito de Bogotá, D. C., dentro del presente proceso, así:

1. El suscrito interpuso recurso de apelación parcialmente en contra la sentencia proferida por el juez *a quo*, respecto de la negativa de este a decretar el pago de los frutos naturales y civiles reclamados en la pretensión 3 de la demanda de reconvención, mediante la cual se solicitaba:

3. Se condene al señor Samuel Rodríguez Cristancho a pagar a favor de la señora Lila Marina Rodríguez de Arteaga, una vez ejecutoriada la sentencia, el valor de los frutos naturales y civiles respecto del inmueble objeto de reivindicación, no solo los percibidos, sino también los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, desde el momento de iniciada la posesión, diciembre del año 2012, por tratarse la parte demandada en reivindicación de un poseedor de mala fe, hasta el momento de la entrega de la cuota parte (50%) del derecho real de propiedad que le corresponde a mi poderdante en el inmueble.

2. Estos frutos fueron valorados en la demanda de reconvención mediante juramento estimatorio conforme a lo exigido por el artículo 206 del CGP; valoración que no fue objetada por la parte demandada en reivindicación, ni cuestionada por el juez de conocimiento, por cuanto no decretó pruebas de oficio necesarias para tasar el valor pretendido.

3. Mediante el auto que se resolvió sobre la admisión del recurso de apelación, el tribunal solo se pronunció acerca del recuso interpuesto por la parte demandante en pertenencia y demandada en reivindicación. El despacho omitió, involuntariamente, pronunciarse acerca de la admisión del recurso de apelación interpuesto también por la parte demandante en reivindicación, específicamente respeto del pago de los frutos reclamados en la demanda de reconvención.

Omisión que solicito respetuosamente sea corregida, con pronunciamiento expreso al respecto, ya que la anterior decisión no debe atar al juez y a las partes en el proceso.

4. Partiendo de la base de la admisión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en reivindicación, vía de reconvención, procedo a presentar la sustentación del recurso interpuesto con base en el numeral 5 del artículo 327 del CGP.

5. Como se había mencionado, aunque mediante la sentencia de primera instancia se negaron las pretensiones del demandante en pertenencia y se decretaron las pretensiones de reivindicación, respecto de estas últimas, el juez a quo negó la pretensión tercera de la demanda de reconvención relacionada con los frutos civiles y naturales reclamados, atendiendo a que no se había probado la mala fe del poseedor, señor Samuel Rodríguez Cristancho.

6. La mala fe posesoria no es definida en nuestro Código Civil, contrario a la definición que hace el artículo 768 de este código de la buena fe, cuando señala que es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio.

Si bien es cierto que la buena fe se presume y la mala fe debe probarse en los términos del artículo 768 del Código Civil, también es cierto que, con base en el numeral 3 del artículo 2531 del Código Civil, la existencia de un título de mera tenencia hará presumir la mala fe.

7. En nuestro caso, en el proceso se acreditó que el actor en pertenencia es un poseedor de mala fe, toda vez que tenía el conocimiento de que la parte del inmueble que pretendía en pertenencia (50%), era de propiedad de su hermana, que al igual que él adquirieron dichos derechos de sus padres; no existió ningún título que le permitiera al prescribiente entrar en posesión de los derechos pretendidos en usucapión, por el contrario, de manera arbitraria le desconoció a mi poderdante sus derechos, a su hermana, al impedirle disfrutar del inmueble y de los frutos que este generaba o podría generar, los cuales percibió en su totalidad.

8. El señor Samuel Rodríguez Cristancho es poseedor de mala fe, no solo por lo mencionado anteriormente, sino porque hasta el 24 de diciembre de 2012, fecha de la muerte de la señora Ana Elbia Cristancho de Rodríguez (madre de las partes en el proceso), este solo era poseedor de la cuota parte del derecho de dominio que tenía sobre el inmueble, pero no de la restante parte que le correspondía a mi poderdante. Después de la muerte de dicha señora el señor Samuel Rodríguez, aprovechándose de que mi poderdante se encontraba fuera del país, lugar de su residencia E-U, le desconoció a esta sus derechos al punto de dar inicio al presente proceso, mediante demanda en donde manifestó hechos contrarios a la realidad, respecto de la fecha de inicio de sus actos posesorios sobre el bien.

En síntesis, las pruebas aportadas con la demanda de reivindicación y las recaudadas en el proceso, demuestran que antes de la muerte del padre de la partes, señor Buenaventura Rodríguez Cárdenas, el día 14 de enero de 1990, el actor en pertenencia era un simple tenedor de parte del inmueble objeto del pertenencia y reivindicación; después de dicha muerte**,** siguió disfrutando de parte del inmueble, junto con su madre, señora Ana Elbia Cristancho de Rodríguez hasta el día 24 de diciembre de 2012, fecha del deceso de esta última.

9. Respecto del proceso reivindicatorio el legislador ha establecido, en los artículos 961 al 971, las denominadas prestaciones mutuas, dentro de estas, la de restitución de los frutos por parte del poseedor de mala fe o de buena fe al propietario del bien, restitución que debe ser ordenada, incluso de oficio.

Si en gracia de discusión en el presente proceso no se hubiere demostrado la mala fe del demandado en reivindicación, el juez de *ad quo* debió haber ordenado la restitución o pago de los frutos percibidos a partir de la presentación de la demanda de reivindicación o desde su notificación al demandado, lo cual no hizo en la sentencia que resolvió la primera instancia.

10. Los frutos civiles fueron estimados bajo la gravedad del juramento, valor que no fue objetado por la parte demandada en reivindicación, por lo cual, su monto se encuentra probado en el proceso, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 206 del CGP; los que no se limitan a los percibidos, sino a los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder, tal como lo señala el inciso primero del artículo 964 del Código Civil.

11. Por lo anterior, respetuosamente, le solicito a los señores magistrados se revoque parcialmente la sentencia proferida en primera instancia en este proceso, en cuanto a decretar el pago de los frutos reclamados en la pretensión 3 de la demanda de reivindicación presentada vía de reconvención, si es considerado el demandado en reconvención poseedor de mala fe, desde el 25 de diciembre de 2012 y si es considerado poseedor de buena fe, desde el día en que se presentó la demanda de reivindicación o se le notificó el auto admisorio de la misma, hasta el día en que se efectúe la restitución de los derechos a mi poderdante en el presente proceso.

Atentamente,



FERNANDO BADILLO ABRIL
C. C. # 91.231.422 de Bucaramanga
T. P. # 41.329 del C. S. de la J.

Tribín Asociados
BUFETE DE ABOGADOS

Bogotá D.C. 17 de junio de 2020

H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil
Dra. Martha Isabel García Serrano
E. S. D.

REF: **PROCESO EJECUTIVO SINGULAR DE SOAM TRADING S.A.S. Vs. HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD. SUCURSAL COLOMBIA (Expediente No. 624- 2014)**

ASUNTO: **SUSTENTACION RECURSO DE APELACION (INCIDENTE DE REGULACION DE PERJUICIOS)**

CARLOS ADRIANO TRIBIN MONTEJO, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, identificado como aparece al pié de mi firma, abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 92.045 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado judicial de la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES CO. LTD. SUCURSAL COLOMBIA**, dentro del término legal, comedidamente me permito **SUSTENTAR EL RECURSO APELACION,** de conformidad con lo establecido en el auto de fecha 11 de junio de 2020 notificado por estado del 12 de junio procedo a sustentar el recurso dentro de los cinco (5) días siguientes, del referido auto conforme a lo dispuesto en el Art 14 del Decreto legislativo 806 de 2020 para que se **REVOQUE** y en su lugar se acceda a las pretensiones del **INCIDENTE DE REGULACION DE PERJUCIOS**, en la cuantía estimada, de conformidad con los siguientes fundamentos:

I.- RESUMEN PROCESAL

1. La sociedad **SOAM TRADING S.A.S.,** a través de su apoderada judicial Dra. Ligia López Rico, formulo demanda ejecutiva el día 24 de septiembre de 2014 en contra la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES CO. LTD. SUCURSAL COLOMBIA,** la cual fue repartida al Juzgado 34 Civil del Circuito.

2. Dicha demanda fue inadmitida mediante auto de fecha 14 octubre 2014, notificado por estado el día 14 de enero de 2015, en el auto en mención se señalaron dos (2) puntos objeto de la subsanación: *(i) con fundamento en lo dispuesto en el numeral 5 del Art 75 C.P.C, precise la fecha desde la cual la obligación base de esta ejecución se hizo exigible, esto por cuanto en esta oportunidad no es procedente aplicar el presupuesto normativo contenido en el numeral 1 del Art 774 C.Co. (ii) de otro lado y con fundamento en los dispuesto en el Art 646 C.co, allegue la normatividad vigente para el momento en el cual fue creado el titulo valor base de esta ejecución, es decir, la relacionada con la creación y puesta en circulación de los títulos valores originados en Panamá. Lo anterior, por cuanto la normatividad anexa y obrante a folios 12 al 19, se atiende a lo físico Nacional y no los títulos valores*

3. La subsanación se presentó el 20 de enero de 2015, presentado por la Dra. Dorila Teresa Rico, solo se cumplió el primer punto del auto inadmisorio, inobservando claramente lo dispuesto en referencia a la "*normatividad vigente para el momento en el cual fue creado el titulo valor base de esta ejecución, es decir, la relacionada con la creación y puesta a circulación de los títulos valores originados en Panamá*", tal como lo ordena el Art 188 C.P.C, en referencia a la prueba de las leyes extrajeras, esto es, copia autentica expedida por la autoridad competente del referido país o emanada por el Cónsul de ese país en Colombia, cuya firma autenticara el Ministerio de relaciones Exteriores.

4. Mediante auto de fecha 20 de febrero de 2015 notificada por estado del 24 del mismo mes y año, se libra mandamiento de pago por **UN MILLON NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE DÓLARES CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS DE DÓLAR AMERICANOS (US 1.965.449,48)**, por concepto de capital, liquidados a la TMR certificada por el Banco de la Republica más los correspondientes intereses moratorios liquidados a la tasa del 25% anual desde el 18 de febrero de 2014. El mencionado auto, reconoció personería a la abogada **LIGIA MILENA LOPEZ RICO** y no a la señora **DORILA TERESA RICO GOMEZ.**

5. La parte demandante acompaño póliza de la Compañía Mundial de Seguros S.A., por valor de **TRECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES TREINTA MIL NOVECIENTOS PESOS M/CTE ($339.830.900,00),** la cual no corresponde a lo ordenado por el inciso 10 del Art 513 del C.P.C, esto es, "equivalente al diez por ciento del valor actual de la ejecución".

6. Para la fecha del anexo de modificación de la caución, este es, el 29 de septiembre de 2014, la TRM ascendía a $2.023,89, razón por la cual, el solo capital pretendido correspondía a la suma de **($ 3.977.853.548,08)** y sumados los intereses mensuales causados para esa fecha equivalentes a ($580.010.825,85) arrojaba un valor actual de ejecución de **($4.557.864.373,92**

7. La póliza judicial no podía corresponder a un valor asegurado inferior a ($455.786.437,39) 10% valor actual ejecución/capital e intereses, se constituyó por el valor asegurado de ($389.830.900) suma inferior.

8. El 27 de febrero de 2015, ante el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, se realizó notificación personal del mandamiento de pago, se recibió el traslado de la demanda y se cancelaron copias de la actuación surtida en el proceso.

9. Dentro del término de Ley se formuló el recurso de reposición contra el mandamiento de pago, pidiendo su revocatoria, condena en costas y perjuicios.

10. Mediante auto de fecha 13 mayo 2015 este despacho judicial, reconoció personería jurídica al suscrito apoderado, en los términos y para efectos del poder conferido, AVOCO conocimiento del proceso ejecutivo singular y se dispuso hacer entrega del depósito judicial por valor de ($5.847.463.500,00) y ordeno oficiar al banco CITIBANK.

11. Paralelo a este trámite judicial, se adelantó acción de tutela formulada por la sociedad que represento judicialmente ante el Tribunal Superior de Bogotá-Sala Civil, siendo Mag Pon. El Dr. Marco Antonio Álvarez, acción constitucional que se tramitó integralmente por parte del suscrito y de mi poderdante.

12. Contra el auto de fecha 13 de mayo de 2015 proferido por el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotà, mediante el cual dispuso cancelar la medida cautelar respecto al Banco CITIBANK la parte demandante interpuso el recurso de reposición despachado desfavorable.

13. Mediante auto de fecha 27 de julio de 2015, notificada por estado él se dispuso :

- **REVOCAR** el mandamiento de fecha 20 de febrero de 2015,
- **NEGAR** el mandamiento de pago de la demanda acumulada,
- **CANCELAR** las medidas cautelares vigentes,
- **DESGLOSAR** los documentos base de la acción a costa de la parte demandante,
- **ENTREGAR** los títulos judiciales consignados en virtud de las medidas cautelares,
- **CONDENAR** en costas en la modalidad de agencias en derecho, en la suma de 35.000.000,oo y en abstracto en perjuicios a la parte demandante
- **ARCHIVAR** en su oportunidad el expediente.

14. Mediante auto de fecha 13 octubre de 2015 notificada por estado el 16 octubre de 2015, se **NEGO** la ADICION y/o COMPLEMENTACION del auto de fecha 27 de julio de 2015, providencia que revoco el mandamiento de pago dispuso estarse a lo dispuesto en el auto de fecha 13 mayo 2015 cancelar la medida cautelar del banco CITIBANK.

15. En auto de fecha 9 de noviembre de 2015 se **CONCEDIO** recurso de apelación en el **EFECTO SUSPENSIVO** contra la providencia del 27 de julio de 2015 y se dispuso remitir el expediente a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. (Providencia recurrida por el suscrito)

16. Mediante auto de cúmplase de fecha 3/Diciembre/2015, notificada por estado el 14/Diciembre/2015 se ordeno que por secretaria se entregara a la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES CO. TDA SUCURSAL COLOMBIA** el depósito judicial por valor de ($5.847.463.500,00), titulo entregado el 14/Diciembre/2015.

17. En la misma fecha es decir auto de fecha 3/diciembre/2015 se profirió providencia en el cuaderno de la demanda acumulada donde **CONDENO EN COSTAS A LA PARTE EJECUTANTE.**

18. Inconforme la parte demandante interpuso recurso contra la anterior providencia mediante auto del 6 mayo 2016 (27 abril 2016) notificada por Estado 10 mayo 2016, no se repuso el auto del 13 diciembre 2015 en cuanto a la condena de costas demanda acumulada.

19. Mediante auto del 17 de junio notificado por estado el 20 junio 2016 – según el sistema de la rama judicial; pero en las anotaciones del proceso se evidencia el auto de fecha 2 junio notificado por estado del 20 junio 2015 – Ordena las copias recurso de queja de la demanda acumulada y en el auto separado obrante en el cuaderno principal que **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación contra el auto 9/nov/15

20. El recurso de queja por la **CONDENA EN COSTAS DE LA DEMANDA EJECUTIVA** tramitado ante el Tribunal de Bogotá Sala – Civil Magistrado Ponente Dr. JULIO ENRIQUE MOGOLLON que mediante auto de fecha 17/Agosto/2016 resolvió declarar bien denegado el recurso.

21. Inconforme la parte demandante interpuso incidente de nulidad resuelto mediante providencia de fecha 19 julio 2016, el cual se le **NO SE ADMITIO EL MISMO** por improcedente.

22. Como quiera que la parte demándate **NO** cancelo las expensas necesarias para surtir el recurso de apelación contra la providencia de fecha 27/JULIO/2015 y el recurso fue declarado **DESIERTO.**

23. Posterior a esto y en el trámite del litigio, la parte demandante ha formulado diferentes acciones de tutela con resultados infructuosos, las cuales han sido atendidas y contestadas por mi poderdante a través del suscrito apoderado.

24. Así mismo, la parte ejecutante formuló diferentes acciones de tutela en contra de éste Juzgado en ocasión al presente proceso ejecutivo, las cuales fueron contestadas y atendidas por el suscrito, siendo todas éstas rechazadas por carecer de fundamento en lo fáctico y jurídico.

25. Así mismo, se han descorrido oportunamente los recursos tanto en primera como en segunda instancia formulados por la parte ejecutante, todos éstos a favor del a parte demandada representada por el suscrito apoderado.

II. PERJUCIOS CAUSADOS COMO CONSECUENCIA DEL PROCESO EJECUTIVO DE SOAM TRADING S.A.S. Vs. HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD.SUCURSAL COLOMBIA

1. Mi representada como parte demandada, tuvo que asumir diferentes valores para su defensa judicial, tal como se encuentra acreditado en el expediente con las pruebas arrimadas al escrito de incidente de perjuicios, y que no fueron tachados de falso, por lo tanto se acredito que se ha pagado los siguientes gastos judiciales (regla 3ª. Art. 366 CGP), así:

a) **ALEMAN CORDERO GALINDO & LEE,** la sociedad cancelo por sus servicios profesionales la suma de **NOVENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE ($91.849.848).**

b) **MARIO IGUARAN ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S,** la sociedad cancelo por sus servicios profesionales la suma de **SESENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE ($63.693.750)**

c) **CARLOS ADRIANO TRIBIN MONTEJO,** la sociedad cancelo por sus servicios profesionales la suma **DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS DIECISÉIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($256.916.246)**, más la cuota de éxito que se deberá cancelar equivalente al 30% del equivalente al 5% del valor del crédito.

d) Las acciones jurídicas exigió no solamente el auxilio del suscribo profesional del derecho, sino también de un Abogado Panameño de diferentes acciones disciplinarias y de acompañamiento en Procuraduría General por el distinguido Bufete del Dr. Mario Iguarán Arana, que implicó que mi poderdante asumiera gastos por dichos conceptos por valores superiores a los **SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE ($600.000.000).**

2. Téngase presente que la cuantía de la demanda principal ascendía incluyendo capital e intereses una suma aproximada y equivalente a **DOS MILLONES QUINIENTOS MIL DOLARES US$2.500.000**, que al cambio para la fecha de la presentación de la demanda era de ($2.989), equivale en pesos colombianos a la suma de **SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($7.472.500.000.oo).**

3. Como se señaló en los antecedes la póliza judicial no podía corresponder a un valor asegurado inferior a ($455.786.437,39) 10% valor actual ejecución/capital e intereses, sin embargo dicha póliza se constituyó por el valor asegurado de ($389.830.900) suma inferior.

4. Sin embargo, el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá de manera ilegal practico las siguientes **EMBARGOS:**

1.1. Medida cautelar decretada y practicada a los derechos de crédito que la sociedad demanda tiene a favor en la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA E.T.B** por la suma de **CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE ($5.847.463.500,00),** suma retenida el 10/09/2015 y entregada el 14/12/2016

1.2. Medida cautelar decreta y practicada de forma ilegal a la cuenta corriente No 5067671025 del banco **CITIBANK** por la suma de **CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE ($5.847.463.500,00)** suma retenida el 27/09/2015 y pendiente por entregar.

5. Como se sabe las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dure un proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. Sin embargo, nuestro ordenamiento protege también a quien se le practique alguna medida cautelar.

6. Unas de las garantías para el deudor es que si acreedor prestara caución, cuya finalidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia y por ello, puede entenderse como un medio para asegurar el resultado. Por su naturaleza, la caución sirve para el resarcimiento de perjuicios a favor del demandante hasta un monto determinado. En sentencia C-316 de 2002, la Corte afirmó que "en términos generales, el sistema jurídico reconoce que las cauciones son garantías suscritas por los sujetos procesales destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por éstos durante el proceso, así como a garantizar el pago de los perjuicios que sus actuaciones procesales pudieran generar a la parte contra la cual se dirigen.

7. Por lo tanto, suscribir una caución, busca (1) manifiesta su voluntad de cumplir con los deberes impuestos en el trámite de las diligencias y, además (2) garantizar el pago de los perjuicios que algunas de sus actuaciones procesales pudieran ocasionar a la contraparte. Es decir que las cauciones operan entonces como mecanismo de seguridad e indemnización dentro del proceso.

8. Como la parte demandante no aseguro el valor del 10% sobre el capital si no por el contrario constituyo una póliza inferior al valor inferior al capital descrito en el mandamiento de pago, está obligada a que reconozca a través del presente incidente de regulación de perjuicios el **LUCRCO CESANTE.**

9. La cuantía que se estima para el LUCRO CESANTE, no es capricho, por el contrario **HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD.SUCURSAL COLOMBIA,** genera operaciones millonarias en el territorio Colombiano lo que significa que fueron grandes las pérdidas por dichos embargos.

10. Como consecuencia de las medidas cautelares anteriormente practicadas, la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD.SUCURSAL COLOMBIA,** contrato a un perito economista quien rindió su dictamen pericial Dr. Eduardo Aurelio Arenas y determino que el lucro cesante por la práctica de duchas medidas cautelares corresponde a:

1.3. Para el titulo judicial entregado el 14/12/16 la suma de **DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CIENTO SEIS PESOS M/CTE ($ 275.435.085)**

1.4. Para el titulo judicial donde se calculó como fecha de entrega el 23/09/2016 la suma de **MIL SETECIENTOS CATORCE MILLONES TRECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE ($1.714.343.283)**

11. En el momento que se revoque la medida cautelar como consecuencia de la negativa del auto que libra mandamiento de pago, nace el derecho de crédito a favor **HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD.SUCURSAL COLOMBIA** que sufrió en el seno o con motivo del procedimiento judicial.

12. El demandante en el proceso ejecutivo no probó la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) y además, la urgencia en su adopción (periculum in mora). Por el contrario con dichas cautelas afecto gravemente las funciones típicas de la dinámica empresarial de mi representada pues como se anunció en varios escritos la cuenta del banco **CITIBANK** e incluso en acciones constitucionales correspondía a una cuenta par pagos de acreencias labórales y proveedores, lo que significo demoras en dichos pagos.

13. Dichos embargos se convirtieron en un daño que tuvo que soportar **HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD.SUCURSAL COLOMBIA** por esta razón, en el dictamen pericial allegado el cual no se resalta los perjuicios —como el lucro cesante.

14. Soy reiterativo al señalar que la finalidad propia de la caución no es amparar la procedencia de la cautela, sino garantizar en todos los casos el resarcimiento del perjuicio al no estar garantizado el perjuicio debe esta con su patrimonio está obligada a resarcir de los perjuicios probados a través del dictamen pericial a mi prohijada.

III.- PETICION

Que se ordene a la sociedad **SOAM TRADING S.A.S.** a pagar a la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD. SUCURSAL COLOMBIA,** las sumas reclamadas en el incidente de regulación de perjuicios, las siguientes sumas de dinero:

DEFENSA JUDICIAL:

- **NOVENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE ($91.849.848).**

- **SESENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE ($63.693.750)**

- **Y DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS DIECISÉIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($256.916.246)**

LUCRO CESANTE:

- **SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CIENTO SEIS PESOS M/CTE ($ 275.435.085)**

- **MIL SETECIENTOS CATORCE MILLONES TRECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE ($1.714.343.283)**

IV. - PRUEBAS

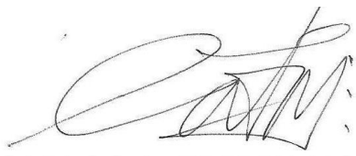
Las pruebas allegadas al trámite corresponde a los documentos acompañados al incidente de regulación de perjuicios, en relación con los documentos en copia autentica aportada, así:

1. Copia autentica del contrato de prestación de servicios ALEMAN CORDERO GALINDO & LEE.
2. Copia autentica de la propuesta de servicios de ALEMAN CORDERO GALINDO & LEE.
3. Copia autentica del contrato de prestación de servicios de MARIO IGUARAN ABBOGADOS ASOCIADOS S.A.S.
4. Copia autentica del contrato de prestación de servicios de CARLOS ADRIANO TRIBIN MONTEJO.
5. Copia autentica de la propuesta de servicios de CARLOS ADRIANO TRIBIN MONTEJO.

6. Certificación expedida por el Revisor Fiscal de la sociedad HUAWEI TECHNOLOGIES CO.LTD SUCURSAL COLOMBIA de los pagos realizados a los respectivos profesionales.

7. Dictamen pericial de un perito economista quien rindió su dictamen pericial Dr. Eduardo Aurelio Arenas que determino el lucro cesante, por los embargos practicados y que obra en el expediente.

Señora Magistrada,



CARLOS A. TRIBIN MONTEJO
C.C. No. 80.469.508 de Bogotá
T.P. No. 92.045 del C. S. J.

Honorable Magistrada
HILDA GONZALEZ NEIRA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA CIVIL
Bogotá D.C.
E.S.D.

REF.: 11001310300919950051405
DEMANDANTE: ELSA ZARATE DE MANTILLA
DEMANDADO: JOSE IGNACIO FORERO LUQUE Y OTRO
ASUNTO: SUSTENTACION

ELSA ZARATE DE MANTILLA, de las condiciones anotadas dentro del proceso de la referencia, de manera respetuosa presento la sustentación del recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

I.- HECHOS

1.- EL CONTRATO EDE PROMESA DE COMPRAVENTA DEL PREDIO RURAL "EL ENCENILLO" EN EL MUNICIPIO DE TENJO

En fecha 3 de febrero de 1994 se celebra un contrato de Promesa de Compraventa entre ELSA ZARATE DE MANTILLA como promitente compradora y JOSE IGNACIO FORERO LUQUE y JOSE IGNACIO FORERO OTERO como promitentes vendedores, de un lote rural "EL Encenillo" identificado con el número catastral 03-0134-000, localizado en el municipio de Tenjo, por el precio de TREINTA MILLONES DE PESOS ($30.000.000), de los que la promitente compradora abonó como parte de pago la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS ($20.000.000); en el contrato se estipula que el predio se encuentra libre de limitaciones para su transferencia, tal y como costa en la PROMESA expedida en la misma fecha, rubricada y autenticada por todos y cada uno de los contratantes. En el texto de la PROMESA se pacta que la escriturase de compraventa se firmará en la "NOTARIA NOVENA DEL CIRCULO DE SANTAFE DE BOGOTA EL DIA TRES DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO A LAS TRES DE LA TARDE"

El 17 de febrero de 1994 los promitentes vendedores -que de ahora en adelante llamaremos demandados- informan a la promitente compradora -a quien llamaremos demandante- que no están al día en el pago del impuesto predial y solicitan un nuevo abono al precio pactado, por valor de UN MILLON DE PESOS ($1.000.000) para ponerse al día con el pago del impuesto predial. En el afán por que la escritura se corriera en la fecha acordada, la demandante ELSA ZARATE DE MANTILLA sin estar obligada, pagó a los demandados por concepto de abono

al precio pactado UN MILLON DE PESOS ($1.000.000) mas, con destinación exclusiva al pago de impuesto predial del lote objeto de la negociación.

Llegado el 3 de mayo de 1994, fecha acordada para el cumplimiento de la promesa, los demandados se comunican con la demandante para pedirle un plazo para la firma de la escritura en cuanto no están en capacidad de dar cumplimiento a la PROMESA DE COMPRAVENTA toda vez que no han cancelado el Impuesto Predial del lote objeto del contrato, requisito sine qua non para la correr la escritura, circunstancia probada dentro del proceso mediante comunicación del Tesorero Municipal de Tenjo, quien en respuesta al juzgado Noveno Civil del Circuito, al inquirir ese Despacho al municipio de Tenjo en forma expresa sobre la situación fiscal del predio a fechas 3 de mayo de 1994 y 29 de noviembre de 1995, el Tesorero Municipal de Tenjo manifiesta -mediante Oficio recibido en el juzgado de conocimiento el 21 de octubre de 1998, como anexo 5.2. del recurso de apelación de la demandante- refiriéndose al predio "El Encenillo" con registro catastral No 03-0134-000 que nos ocupa, que:

> " … al 3 de mayo de 1994 y al 29 de noviembre de 1995 *no se encontraba a paz y salvo respecto al impuesto predial …"*

Esta prueba permite establecer sin ninguna duda que ni para la fecha del cumplimiento de la PROMESA -3 de mayo de 1994- ni para la fecha del cumplimiento del OTROSI -29 de noviembre de 1995- los demandados tuvieron la voluntad de cumplir los sendos acuerdos de voluntades pactados con la demandante, en consecuencia los demandados no se presentaron el día y hora estipulados en la Notaría Novena de Bogotá, evadiendo su obligación de suscribir los contratos pactados. Para esa fecha la promitente compradora había dado cumplimiento total a sus obligaciones y más allá de las mismas, luego no tenía motivo para no concurrir a la firma de la escritura que daba cumplimiento a la PROMESA, no concurrió dada la mala fe de los promitentes vendedores, ya que verbalmente solicitaron aplazar dicha fecha, por la situación fiscal anotada, para posteriormente alegar el incumplimiento de la PROMESA por parte de la demandante.

Luego, no solamente se faltó a la buena fe al engañar a la parte demandante al momento de suscribir la PROMESA al afirmar que el predio se encontraba libre -configurando Falsedad en Documento privado- sino que se persevera en tal conducta, como quiera que ni para la fecha en que se debía correr la escritura pública de cumplimiento de la PROMESA DE COMPRAVENTA, ni para la fecha de cumplimiento del OTROSI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA se pusieron al día con el pago del impuesto predial, circunstancias que incidirían notablemente en la pérdida de credibilidad y por ende en los desenvolvimientos posteriores del contrato que nos ocupa.

2.- EL OTROSI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA

Incumplida la PROMESA DE COMPRAVENTA quedan los demandados incursos en mora en el cumplimiento del contrato, pasados unos días después del 3 de mayo de 1994 fecha del incumplimiento de la PROMESA en mención, esto es hacia el 6 de mayo de 1994, se celebró un acuerdo de voluntades entre las partes consistente en rescindir el contrato, los demandados devolverían el dinero recibido, solicitaron un plazo para dicho reintegro, plazo aceptado por la demandante siempre y cuando se le reconocieran intereses pactados y aceptados por las partes a una tasa de 3% mensual, que los promitentes vendedores aceptaron pagar desde el 4 de mayo de 1994 hecho narrado en la demanda principal sin que jamás fuera negado o siquiera controvertido por los demandados y que se hace palpable en el texto del OTROSI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA al pactar la entrega de UNA FANEGADA más a las DOS FANEGADAS SEICIENTOS CUARENTA METROS ya pagadas por la demandante como reconocimiento de los intereses de mora y el daño causado con su incumplimiento.

Trascurrido el tiempo, más de año y medio, los demandados ni pagaban intereses, ni hacían devolución del capital, manifestaban personal y telefónicamente ya el usufructuario Sr. FORERO LUQUE, ora el nudo propietario Sr. FORERO OTERO que pagarían tan pronto tuvieran liquidez y rogando se les esperara un poco más. La primera semana de noviembre de 1995 –año y medio después de incumplida la PROMESA DE COMPRAVENTA- el Sr. JOSE IGNACIO FORERO OTERO a nombre de la parte demandada se comunica telefónicamente con la demandante para proponer motu proprio a favor del negocio jurídico que:

“Se le reconoce en especie por la suma recibida en pago desde el 3 de febrero de 1994 y por los intereses remuneratorios y moratorios y el daño que hubiera podido sufrir, UN LOTE, lo cual equivale a transferir a su nombre la propiedad del lote prometido en venta por el área ya cancelada, esto es por DOS FANEGADAS SEICINTOS CUARENTA METROS CUADRADOS (2 fanegadas 640 mts2) *más UNA FANEGADA (1 fanegada)* que entregamos como reconocimiento de los intereses y daño -el daño a que hace referencia es el sufrido por la PROMITENTE COMPRADORA al no poder celebrar el negocio de venta de repuestos para motocicletas, negocio para el que la demandante destinaría la suma- de VEINTIUN MILLONES DE PESOS que se adeudaban por los demandados hasta ese momento, para un total de TRES FANEGADAS SEICIENTOS CUARENTA METROS, que corresponden al LOTE No 2 localizado en el predio El Encenillo lo cual deberá plasmarse en un documento a manera de OTROSI A LA PROMESA”.

Propuesta que fue aceptada por la promitente compradora, siempre y cuando el OTROSI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA fuera rubricada por todas las partes interesadas, a lo cual el Sr. FORERO OTERO respondió solicitando se

aceptara sin la firma del PROMITENTE VENDEDOR USUFRUCTUARIO dado que su precario estado de salud no le permitía firmar, precisando que era su voluntad -del usufructuario- arreglar la situación con la demandante y rogando que por tal circunstancia no se fuera a entrabar un negocio que tenía sobre el resto del terreno, ofreciendo que correría la escritura total utilizando la figura de venta de cosa ajena -refiriéndose a la venta del derecho real de usufructo de su padre- y que lo importante era precisar la localización exacta del lote a transferir a ELSA ZARATE DE MANTILLA con sus linderos y cabida de acuerdo al nuevo plano que el Sr. JOSE IGNACIO FORERO OTERO había mandado elaborar al Dr. Matallana, con conocimiento de la demandante hechos que se encuentran probados en el contenido del memorial de REFORMA DE LA DEMANDA principal, que bajo la gravedad del juramento presentara al proceso el apoderado de la parte demandante Dr. Jaime Guillermo Dallos Báez.

El día 14 de noviembre de 1995 el Sr. FORERO OTERO se presentó a la residencia de la demandante ELSA ZARATE DE MANTILLA exhibiendo e nuevo plano en el que se apreciaba claramente el lote con su alinderación y cabida e insistiendo en la propuesta antes anotada, ante lo que parecía una muy seria propuesta que destrabaría el impase en que se encontraba el contrato, se firma el OTROSI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA, como quiera que existe la libre voluntad de las partes, se pacta de buena fe, su causa no es ilícita, luego es perfectamente legal y válido celebrarla, el mencionado OTROSI fue aportado al proceso con el escrito de CONTESTACION DE LA DEMANDA DE RECONVENCION, se allega también con el memorial de 11 de septiembre de 1997 mediante el que se SUBSANA la demanda, actuación y anexos reconocida y aprobada mediante AUTO del juez de conocimiento de fecha julio primero de 1998 (07/01/1998) al declarar “subsanados los defectos de los que adolecía la demanda y que fueron formulados cono excepción previa por la parte demandada” lo que indica que el Despacho reconoce la existencia y contenido del OTROSI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA concediéndole el valor probatorio que de su texto se desprende, actuaciones trasladadas a la parte demandada en las sendas oportunidades pertinentes sin que ésta se pronunciara sobre el particular.

El OTROSI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA es pieza importante para la determinación de las responsabilidades procesales tal y como lo dispone el artículo 305 del C.P.C. vigente para esas calendas al establecer:

> “En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo |del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión“

En el texto del OTROSI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA acuerdan las partes que la promitente compradora ya no debe el saldo de $9.000.000.oo subsistiendo en cabeza de los promitentes vendedores la obligación de suscribir la escritura pública que trasfiere el derecho de propiedad y posesión a la promitente compradora, sobre la cantidad de tres fanegadas seiscientos cuarenta metros cuadrados (3 Fan. 640 M2) equivalentes al capital e intereses y daño adeudados, para un total de 19.840 metros cuadrados tomados del mismo predio "El Encenillo", correspondiente al LOTE NUMERO DOS (2) ya debidamente alinderados así: POR EL NORTE en 100 metros con terrenos de Adriana Forero Otero, POR EL ESTE en 126 metros con terrenos de José Ignacio Forero Luque y José Ignacio Forero Otero, POR EL SUR en 132 metros vallado de por medio con terrenos que son o fueron de de Julio C. Jiménez, POR EL OESTE EN 160.50 metros con terrenos de herederos de Justa Tulia Forero de Gutiérrez.

Se precisa que las únicas obligaciones a cargo de los contratantes son las de entregar y recibir, se declara que las demás obligaciones nacidas del contrato se encuentran cumplidas a satisfacción de las partes.

Se acuerda nueva fecha para la escritura de venta la que se firmará el "29 DE NOVIEMBRE DE 1995 A LAS 11:00 a.m. EN LA NOTARIA NOVENA DE SANTAFE DE BOGOTA"

Llegado el momento de cumplimiento del OTROSI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA en mención, la demandante ELSA ZARATE DE MANTILLA acudió puntualmente a la cita, esto es se presentó a la Notaría Novena del Círculo de Santafé de Bogotá el día 29 de noviembre de 1995 a las 11:00 a.m. indícándose en baranda que se dirigiera al Sr. FELIX TORRES quien en calidad de Secretario de la mencionada Notaría le atendería para los trámites correspondientes y así se hizo, el Sr. JOSE IGNACIO FORERO LUQUE -promitente vendedor usufructuario- no se hizo presente, se había acordado que de seguir gravemente enfermo se correría la escritura pública de compraventa con el nudo propietario utilizando la figura de venta de cosa ajena/derecho real de usufructo, por el Sr. JOSE IGNACIO FORERO OTERO quien tampoco se presentó a cumplir el OTROSI en la fecha hora y notaría acordada, ni en su propio nombre, ni en el de su padre, a pesar de que -por indicación del secretario de la Notaría Novena en mención- ELSA ZARATE DE MANTILLA esperó hasta las 12:30 a.m. sin que el Sr. JOSE IGNACIO FORERO OTERO se hiciera presente a cumplir.

El OTROSI acordado por las partes en fecha 14 de noviembre de 1995 se allegó al proceso en sus oportunidades legales, como son los memoriales contentivos de la Contestación de la Demanda de Reconvención y de Subsanación de la Demanda principal, sin que se descorrieran por la parte demandada los traslados

pertinentes y sin que el OTROSI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA haya sido tachado o controvertido por la parte demandada.

La parte demandada no concurre a suscribir la escritura de compraventa del predio, pactada en el OTROSI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA, toda vez que como se anota en el Oficio de fecha 24 de febrero de 1998 del Tesorero de Tenjo informa que el predio "El Encenillo" con registro catastral No 03-0134-000 que nos ocupa " … al 29 de noviembre de 1995 *no se encontraba a paz y salvo respecto al impuesto predial …"*

Mediante escritura pública número 0516 de 14 de febrero de 1996 otorgada en la Notaría Novena de Santafé de Bogotá -que obra en el proceso- se llevan al protocolo los recibos de pago de fecha 29 de noviembre de 1995 con los que se constata la presencia de ELSA ZARATE DE MANTILLA en la mencionada notaría en la fecha acordadas, quedando probado el cumplimiento de sus obligaciones del OTROSI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA, objeto del presente proceso y el total incumplimiento de los demandados a todas y cada una de las obligaciones nacidas de los contratos pactados, que en derecho son ley para las partes.

3.- INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE DEMANDADA

Son varios los momentos en que los PROMITENTES VENDEDORES incumplen los postulados consagrados en la ley para la celebración de los contratos, a saber:

PRIMER INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE DEMANDADA. Se viola el Principio de Buena fe que debe acompañar al negocio jurídico, en el momento -3 de febrero de 1994- de la celebración del contrato de PROMESA DE COMPRAVENTA del inmueble que nos ocupa, al aseverar que el predio se encontraba "libre de toda limitación" que impidiera la celebración del contrato de venta en fecha 3 de mayo de 1994, lo que no era cierto, toda vez que el predio objeto de la negociación tenía impago el impuesto predial, requisito sine quanon para la firma de la escritura de venta, configurando de suyo engaño a la demandante y falsedad en documento privado.

SEGUNDO INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE DEMANDADA. Para la fecha de cumplimiento de la PROMESA, esto es para el 3 de mayo de 1994 subsistía la deuda por impago del impuesto Predial que pesaba sobre el lote prometido en venta, requisito sine quanon para la firma de la escritura de venta, circunstancia que perfectamente habría podido subsanarse para esta fecha -máxime cuando la demandante entregó a los demandados a título de abono al pago del saldo, la suma de UN MILLON DE PESOS con destinación exclusiva al pago del impuesto Predial- que no se pagó.

TERCER INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE DEMANDADA Al momento de dar cumplimiento al OTROSI esto es el 29 de noviembre de 1995, la parte demandada

tampoco estaba al día en el pago del impuesto Predial, como se encuentra probado dentro del proceso mediante oficio de la Tesorería Municipal de Tenjo de fecha 10 de septiembre de 1998 que informa que el predio con registro catastral 03-0134-000 para " … el 3 de mayo de 1994 y 29 de noviembre de 1995 no se encontraba a paz y salvo respecto del impuesto predial"

CUARTO INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE DEMANDADA Llegada la fecha 29 de noviembre de 1995 en que debía cumplirse el OTROSI que revivió el contrato de PROMESA DE COMPRAVENTA antes fallido y nuevamente pactado por los contratantes en los términos ya anotados, ni el promitente vendedor usufructuario Sr. JOSE IGNACIO FORERO LUQUE, ni el promitente vendedor nudo propietario Sr. JOSE IGNACIO FORERO OTERO se hicieron presentes en la Notaría Novena de Bogotá a las 11:00 para correr la escritura del lote plenamente identificado en el OTROSI de fecha 14 de noviembre de 1995, en el que se reconoce en el numeral SEGUNDO: "A LA FECHA SOLAMENTE QUEDA PENDIENTE PARA LOS CONTRATANTES LAS SIGUIENTES OBLIGACIONES: PARA LOS PROMITENTES VENDEDORES LA ESCRITURACION DEL TERRENO Y LA ENTREGA DE LA POSESION Y PARA LA PROMITENTE COMPRADORA LA OBLIGACION DE RECIBO DEL TERRENO", se precisa en el numeral TERCERO: "LOS CONTRATANTES DECLARAN QUE TODAS LAS DEMAS OBLIGACIONES NACIDAS DEL PRESENTE CONTRATO SE ENCUENTRAN CUMPLIDAS A SATISFACCION DE LAS PARTES" obligaciones dentro de las que se encontraba -la que ya no tiene la demandante- de pagar el saldo; además se reconoce por concepto de intereses moratorios del 3% mensual e indemnización por el daño emergente y el lucro cesante UNA FANEGADA a sumar a las DOS FANEGADAS SEICIENTOS CUARENTA METROS CUADRADOS ya pagadas, para un total de TRES FANEGADAS SEICIENTOS CUARENTA METROS CUADRADOS.

DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE

Incumplida la PROMESA DE COMPRAVENTA de fecha 3 de mayo de 1994 y ofrecido por los demandados devolver en uno, máximo dos meses -junto con los intereses de mora- la suma de VEINTIUN MILLONES DE PESOS recibida como pago, se reconoce así por la parte demandada estar en mora, pactándose intereses del 3% mensual que los demandados se comprometen a pagar a partir del 4 de mayo de 1994, dineros que la demandante destinaría para empezar el negocio de importación de repuestos para motocicletas que se desarrollaría en la ciudad de Neiva-Huila lugar de residencia de JUAN CARLOS MANTILLA ZARATE, hijo de la demandante, quien por considerar atractivo el negocio venía haciendo estudios de factibilidad que resultaron positivos, en cuanto que el radio de acción del negocio cubriría no solo el Huila, sino los departamentos de Tolima Caquetá, Cauca y Meta, planteamientos que fueron recibidos positivamente por la

demandante quien decidió invertir en este negocio los dineros que le devolverían muy prontamente los demandados.

Como actos preparatorios del negocio el Sr. JUAN CARLOS MANTILLA solicita la información respectiva a la Japan External Trade Organization, organismo que asesora negocios con Japón y que contesta mediante comunicación que se anexó a la demanda, suministrando listados de las compañías con las que se celebra esta clase de negocios; se precisa la rentabilidad de negocio con el asesor tributario Dr. Francisco Eladio Padilla Bula quien afirma que la importación de repuestos para motocicletas tiene rentabilidad es de un 30% y manifiesta que es buen negocio como quiera que su periodicidad es de entre 60 y 90 días -lo que quiere decir que al año pueden adelantarse cuatro (4) importaciones; se investiga la necesidad de tramitar Carta de Crédito; el Sr. Juan Carlos Mantilla precisa que la inversión inicial mínima para iniciar este negocio es a partir de CUARENTA MILLONES DE PESOS, la demandante ofrece aportar los VEINTIUN MILLONES DE PESOS ($21.000.000) que en breve recibirá de los demandados.

Se busca como socio al Dr. FRANCISCO PADILLA BULA, se le oferta el negocio toda vez que como Asesor Tributario de personas dedicadas a importar repuestos para motocicletas sabe de su rentabilidad y periodicidad por lo que pude interesarle -ver testimonio del Dr. Francisco Padilla Bula- quien acepta y ofrece aportar una suma igual a la que se recibiría de los demandantes, esto es VEINTIUN MILLONES DE PESOS para completar la suma CUARENTA Y DOS MILLOMES DE PESOS con la que pretende la demandante iniciar el negocio.

Pasados mayo y junio de 1994, la demandante decide a principios de julio de 1994 urgir perentoriamente a los demandados la devolución de los dineros que como parte de pago del lote en mención, entregara la demandante desde el 3 de febrero de 1994 sin recibir a cambio ninguna contraprestación, junto con los montos acordados por mora, recibiendo una negativa de los demandados aduciendo encontrarse en iliquidez total, con la consecuencia gravísima de que a principios de agosto de 1994 el Dr. Francisco Padilla Bula, al no encontrar seriedad en la negociación precontractual -art. 871 del C.Co.- por la no entrega de la ofertante del negocio, los dineros ofrecidos como aporte a nombre de JUAN CARLOS MANTILLA ZARATE, decide retirarse del negocio de importación de repuestos para motos a celebrarse con empresas japonesas, lo que causa inmensos perjuicios patrimoniales a la demandada.

En enero de 1995 se comunica el demandado Sr. FORERO OTERO para hacer una negociación que consiste en proponer la entrega de UNA FANEGADA -la demandante ya había pagado el equivalente a DOS FANEGADAS SEICIENTOS CUARENTA METROS-. Ante tan insólita propuesta la demandante pide seriedad y buena fe y precisa que opta por recibir la suma pagada junto con los intereses de mora y el daño sufrido por no haber concretado -por culpa grave de los

demandados- el negocio de importación de repuestos para motocicletas ya precisado, o, la escritura de la totalidad del terreno prometido en venta a fin de teniendo como respaldo el mencionado documento completar el capital mínimo para iniciar el negocio antes mencionado -ver los HECHOS de la demanda, puntos 2.9 y ss.- El demandado dice entender el problema y promete pagar el impuesto predial. La demandante advierte de nuevo "el grave daño que la mora en que se ha colocado la parte demandada -en cuanto a la devolución de los dineros- le está causando" argumentos ante los que el demandado parece tomar conciencia y "promete solemnemente entregar en breve lapso la escritura"

El daño sufrido por la demandante, nacido del incumplimiento total de la PROMESA DE COMPRAVENTA y del OTROSI A LA PROMESA que son materia del presente proceso se encuentra debidamente probado con los documentos aportados con la demanda y con el testimonio que posteriormente rindiera ante el Juzgado de conocimiento el Dr. FRANCISCO ELADIO PADILLA BULA sobre el negocio de importación del Japón de repuestos para motocicletas y las causas de la fallida negociación.

II.- SUSTENTACION

Los contratos se rigen en Colombia por las normas sustantivas y adjetivas vigentes y por los principios generales del Derecho y son ley para las partes, es obligación de los contratantes dar cumplimiento a las obligaciones inherentes a la naturaleza de cada contrato o que por ley le pertenecen a ella, desde el mismo momento de su celebración, en el caso presente en que se violaron postulados jurídicos propios de la naturaleza de la obligación que rige el contrato de promesa de compraventa, en materia civil y de registro de instrumentos públicos, en cuanto al paz y salvo en materia predial, como situación antecedente a la escrituración de inmuebles para el logro del resultado convenido, que obligaba a los demandados a estar al día en el pago de los impuestos predial y complementarios, tal y como lo ha venido reiterando la Corte Suprema de Justicia en numerosas jurisprudencias y doctrinas en las que establece que "los principios que gobiernan la dinámica contractual imponen a cada uno de los contratantes ligados a una convención de carácter bilateral a ´poner de su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones´" (C.S.J. SENTENCIA DE MARZO 11/58, G.J., t.XXXII, PAG.650) en concordancia con reconocidos pronunciamientos de la misma Corporación en los que se precisa que "Las obligaciones se contraen para cumplirlas. Hay una presunción de culpa en quien no las satisface en el modo y tiempo debidos, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno … debiéndose actuar con la diligencia y cuidado debidos … para que la imposibilidad no se presente. Si el resultado era realizable y no se realizó, o si, con cierta diligencia pudo evitar que se hiciera imposible, el deudor -en el presente caso la parte demandada debía estar al día en la obligación del pago del

impuesto predial para la fecha del cumplimiento de la obligación de escrituración del predio, que hiciese posible el objeto de la promesa de venta y no lo estuvo a Paz y Salvo- es responsable" (C.S.J. sentencia de junio 7/51, G.J. t.LXIX pag.688. Anotación entre líneas fuera del texto.

El OTROSI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA se celebra de buena fe, por el albedrío de los contratantes, no tiene objeto o causa ilícita como quiera que lo que busca es desentrabar el negocio jurídico y dar nueva vida al fallido contrato de promesa de compraventa, luego cumple los postulados del derecho para su validez jurídica; se aporta al proceso en las oportunidades procesales pertinentes, sin jamás ser cuestionado o rechazado como tal por el Despacho, pero si completamente ignorado en la Sentencia que se recurre, sin causa jurídica alguna que lo justifique, desatendiendo totalmente la voluntad de los contratantes, con grave desconocimiento del principio de congruencia que debe ser fielmente acatado a fin de que rija el contenido de la Sentencia.

El incumplimiento del OTROSI tantas veces mencionado, tiene como consecuencia que los demandados vuelvan a quedar en mora a partir del 29 de noviembre de 1995 y que motu proprio decidan primero devolver el dinero recibido de la demandante como parte de pago, reconociendo intereses moratorios que se pactan al 3% mensual; pasado año y medio sin pagar ni los intereses ni el capital y ante los cobros efectuados por la demandante quien nuevamente les informa que necesita urgentemente le devuelvan los dineros que se le deben -para una inversión comercial en el negocio de importación de repuestos del Japón- y siendo que los demandados dicen continuar ilíquidos y ante el conocimiento cierto del daño sufrido por la demandante al no poder celebrar el mentado negocio de importación de repuestos para motocicletas perfectamente conocido por los demandados, proponen –como ya dijimos motu proprio- entregar UNA FANEGADA DE TIERRA ***mas*** que debe agregarse a las DOS FANEGADAS SEICIENTOS CUARENTA MTS2 ya pagados por la promitente compradora, para un total de TRES FANEGADAS SEICIENTOS CUARENTA METROS (3 fanegada 640 Mts2) propuesta que la demandante acepta, quedando así plasmado en el texto del OTROSI, además de que en el mismo documento se reconoce que a la fecha del contrato solo quedan pendientes para los demandados las obligaciones de escriturar y entregar el predio y para la demandante de recibir, se declara que todas las demás obligaciones nacidas del contrato se encuentran cumplidas a satisfacción de las partes o sea que la demandante ya no debe el saldo. No de otra manera se explica que sin la demandante haber pagado ninguna otra suma de dinero más de la pagada en febrero de 1994, los demandantes prometan por su propio albedrío, en el OTROSI entregar UNA FANEGADA más de las ya canceladas. Acuerdo de voluntades que no cumplen por ser irrealizable la firma de la escritura de venta, toda vez que a la fecha de su cumplimiento los demandados

no concurren a dar cumplimiento, por no están a Paz y Salvo por concepto de pago del impuesto predial del predio objeto del contrato.

El OTROSI A LA PROMES DE COMPRAVENTA DE FECHA 14 DE NOVIEMBRE DE 1995 creado y aportado al proceso con todos los requisitos de ley es completamente ignorado por el a-quo, circunstancia que configura importante incongruencia de la Sentencia con el contenido jurídico, real y material del proceso, violando en forma grave el principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del C.G.P., en cuanto la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades de ley, postulado que no se cumple, al no tenerse en cuenta el hecho modificatorio del derecho sustancial sobre el que versa el litigio, plasmado en el OTROSI, ocurrido después de haberse presentada la demanda, pero sustancial y materialmente probado y allegado en las oportunidades de ley, tal y como se precisa en el presente escrito y en numerosos memoriales que sobre este particular han sido presentados por la demandante a lo largo proceso.

El desconocimiento del Juez de conocimiento del OTROSI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA y la negativa en la Sentencia recurrida al reconocimiento los intereses moratorios causado por el transcurso del tiempo a partir del incumplimiento de la PROMESA DE COMPRAVENTA, y el daño causado a la demandante por la conducta gravemente culposa de los demandados, circunstancias presentados al proceso y jamás desvirtuados por los promitentes vendedores, como quiera que les era imposible probar su cumplimiento ¨no se puede probar lo improbable¨ que fueran plenamente reconocidos motu propio en el mencionado OTROSI, valorándolos en el equivalente a UNA FANEGADA DE TERRENO de las mismas especificaciones y precio a las ya pagadas por la demandante, a entregar a título de resarcimiento, promesa que sin embargo no cumple, toda vez que para la fecha del cumplimiento del OTROSI, los demandados no están a paz y salvo por concepto del impuesto Predial requisito sine quanon para correr la escritura de venta.

III.- PETICION

Así las cosas, de manera respetuosa se solicita al Honorable Tribunal, se sirva revocar la sentencia recurrida y en su defecto conceder las peticiones solicitadas en la demanda y a lo largo del proceso con relación los hechos concomitantes y posteriores a la demanda inicial, con base en las pruebas regular y oportunamente aportadas, que obran en el proceso.

De la Honorable Magistrada, cordialmente,

ELSA ZARATE DE MANTILLA

ELSA ZARATE - ABOGADA

C.C. 37809381

T.P. 61381 C.S.J.

Honorables Magistrados:
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – sala civil
M.P. Dra. Martha Isabel García Serrano
E. S. D.

Referencia: Radicado No. 2019-270.
Demandante: Juan Pablo Morales y Nelson Eduardo Morales.
Demandado: METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A.
Asunto: Sustentación apelación sentencia.

Honorables Magistrados,

HECTOR MAURICIO MEDINA CASAS, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado de METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A., dentro del término concedido en el auto de fecha 8 de junio de 2020, me permito sustentar el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020 por el Juzgado 37 civil del circuito de Bogotá.

1. TEORÍA DE LA APELACIÓN.-

Se pretende con la apelación la revocatoria de la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020.

La apelación es procedente porque a pesar de estar probada la reticencia al momento de contratarse la *póliza reajustable de seguro de vida individual No. 5625818* la primera instancia no declaró la nulidad relativa del contrato de seguro; además, porque la primera instancia exigió relación de causalidad entre el antecedente médico y las causas del fallecimiento de la asegurada, requisito que no establece el artículo 1058 del C.Cio.

2. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO.-

Fueron tres (3) los reparos concretos que se presentaron en contra de la sentencia de primera instancia al momento de interponer el recurso de apelación. Para efectos de esta sustentación esos reparos se desarrollarán en dos títulos, así:

2.1 En el expediente se encuentra probada la reticencia, por lo que procede la nulidad relativa del contrato de seguro.

Lo primero que debe indicarse en este punto es que la primera instancia encontró probado que la asegurada al momento de contratar el seguro no declaró con sinceridad su estado real de salud.

La asegurada Viviana Nieves Jiménez ocultó información sobre su estado real de salud y fue reticente al diligenciar la declaración de asegurabilidad que la compañía de seguros le suministró al momento de contratar el seguro, y así se manifestó en la sentencia. En efecto, como se puede oír en el audio de la audiencia en el minuto 27 de la segunda hora de grabación (Tiempo 1:26:50), el despacho señaló que efectivamente las enfermedades de la asegurada fallecida estaban documentadas en las historias clínicas aportadas tanto por la parte demandante como por la parte demandada.

Estas enfermedades efectivamente se encuentran en dichas historias clínicas, que obran a folios 34 a 38 (Historia clínica médico particular) y 80 y siguientes (historia clínica Compensar) del expediente. En ellas consta que, para el momento de contratación del seguro y suscripción de la declaración de asegurabilidad (11 de agosto de 2014), la asegurada Viviana Nieves Jiménez sufría de Lumbalgia con escoliosis, Hipotiroidismo, Mialgia, Artrosis e Hipertensión Arterial (HTA), enfermedades todas que tienen relación directa con las preguntas formuladas en la declaración de asegurabilidad (Fl. 119).

Adicionalmente, prueba de lo anterior se encuentran en la confesión del señor Nelson Morales, quien afirmó que su esposa sufría de factor rematoideo y recibía medicación con ocasión al mismo desde antes de la contratación de seguro (Minuto 6:00 del audio).

Así las cosas, está debidamente demostrada la falta de sinceridad de la asegurada al momento de diligenciar la declaración de asegurabilidad que le suministró mi representada, por lo que era menester del despacho dar cumplimiento a la sanción dispuesta en el artículo 1058 del C.Cio., que indica que en estos casos el contrato adolece de nulidad relativa. A pesar de la claridad de lo anterior, la primera instancia omitió esta declaración.

Ahora bien, es necesario hacer dos comentarios adicionales sobre este punto en los siguientes términos:

De un lado, dentro del expediente se encuentra plenamente demostrado que la asegurada Viviana Nieves Jiménez sufría también de hipertensión arterial HTA desde antes de su ingreso a la póliza, enfermedad sobre la que se le preguntó expresamente

en la declaración de asegurabilidad y que también omitió informar. Pues bien, la primera instancia consideró de forma errónea que la falta de información sobre dicha enfermedad no podía valorarse por el despacho, pues en la objeción mi representada no la había mencionado, y tampoco se había referido en las excepciones de mérito de la contestación de la demanda.

Este análisis de la primera instancia es a nuestro juicio errado, toda vez que no hay norma que disponga que solo lo dicho en la objeción del asegurador puede discutirse en sede judicial, además de contrariar el artículo 282 del C.G.P.; en efecto, al formularse la excepción de nulidad relativa en la contestación de la demanda, como efectivamente se hizo, debía el juez proceder a verificar si los supuestos de hecho que dan lugar a la aplicación de esa sanción se cumplían y, de ser así, proceder a la anulación del contrato.

No obstante, y a pesar de la evidencia de las enfermedades de la asegurada -dentro de las cuales está la hipertensión arterial-, el despacho no declaró la nulidad relativa.

De otro lado, una vez verificada la reticencia las únicas razones por las cuales no procede la declaración de nulidad relativa son la existencia de prescripción o los eventos contemplados en el último inciso del artículo 1058 del C.Cio. Pues bien, ninguno de esos supuestos operó en este caso, motivo por el cual no podía el juez apartarse de la consecuencia lógica de la norma (declaración de nulidad relativa), y menos argumentando que las omisiones de la asegurada no guardan causalidad con la muerte, pues dicho requisito no se encuentra establecido en la ley tal y como se explica en el siguiente título.

2.2 La ley no exige relación de causalidad entre el antecedente médico ocultado y los motivos del fallecimiento.

El despacho de primera instancia consideró que las enfermedades que ocultó la asegurada Viviana Nieves Jiménez no tuvieron ninguna relación con la muerte y, en ese sentido, que la omisión en su información fue irrelevante o intrascendente. Así se indicó a partir del minuto 27 de la segunda hora de grabación (Tiempo 1:27:00).

En este orden de ideas la primera instancia no declaró la nulidad relativa del contrato al considerar que no existió ninguna relación entre el antecedente omitido y la muerte de la asegurada.

Al respecto, debe indicarse que la conclusión de la primera instancia es errada, pues el artículo 1058 del C.Cio. en ninguna parte y de ninguna forma exige que deba existir relación de causalidad entre las enfermedades omitidas y la muerte (el siniestro).

Como se indicó al momento de formular el recurso, la reticencia se analiza al momento de la celebración del contrato como una omisión que afecta el consentimiento del asegurador, más no al momento en que ocurre el siniestro. En otras palabras, independientemente de cuál sea la causa de la muerte, la voluntad de la aseguradora se vicia si no hay una declaración sincera del estado del riesgo; esta es la razón por la cual la ley prevé la sanción de nulidad relativa para estos casos.

Al respecto, conviene traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-232 de 1997 por medio de la cual estudió la constitucionalidad del artículo 1058 del C.Cio. En dicha sentencia la Corte Constitucional afirmó:

"*En efecto, cuando, a pesar de la infidelidad del tomador a su deber de declarar sinceramente todas las circunstancias relevantes que constituyen el estado del riesgo, de buena fe se le ha expedido una póliza de seguro, la obligación asegurativa está fundada en el error y, por tanto, es justo que, tarde o temprano, por intermedio de la rescisión, anulabilidad o nulidad relativa, salga del ámbito jurídico.*

Esto, con prescindencia de extemporáneas consideraciones sobre la necesidad de que la reticencia o inexactitud tenga relación de causalidad con el siniestro que haya podido sobrevenir, justamente porque lo que se pretende es restablecer o tutelar un equilibrio contractual roto ***ab initio,*** *en el momento de celebrar el contrato de seguro, y no al acaecer el siniestro. La relación causal que importa y que, para estos efectos, debe existir, no es, como sostienen los demandantes, la que enlaza la circunstancia riesgosa omitida o alterada con la génesis del siniestro, sino la que ata el error o el dolo con el consentimiento del asegurador.*"
(Subrayado fuera de texto)

Así mismo, en dicha sentencia se citó al Dr. Efrén Ossa, quien sobre la relación de causalidad entre la omisión del asegurado y el siniestro dijo:

"(…) *Ello no significa, en ningún caso, como algunos lo han pretendido, que la sanción sólo sea viable jurídicamente en la medida en que el hecho o circunstancia falseados, omitidos o encubiertos se identifiquen como causas determinantes del siniestro* (…)."[1]

En el mismo sentido la sala civil de la Corte Suprema de Justicia que, sobre este particular, ha sostenido:

"*[El legislador] … construyó un régimen particular que inclusive alcanza a superar en sus efectos el ordenamiento común de los vicios del consentimiento, frente al que, tal como fue instituido en el citado artículo 1058, no puede el intérprete hacer distingos, observándose que*

[1] Efrén Ossa G. Teoría General del Seguro - El Contrato, pág. 336.

el vicio se genera independientemente de que el siniestro finalmente no se produzca como consecuencia de los hechos significativos, negados u ocultados por quien tomó el seguro."[2] (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, como se observa, configura un error del despacho considerar que debe existir relación causal entre la omisión de la asegurada Viviana Nieves Jiménez y la causa de la muerte, situación suficiente para proceder a la revocatoria de la decisión de primera instancia.

Ahora bien, tampoco se entiende el fundamento técnico del despacho para afirmar que *las enfermedades base de la objeción no eran materialmente mortales* (Tiempo 1:30) y descartar de esa forma el decreto de la nulidad relativa.

Al respecto, debe indicarse, en primer lugar, que el Juez no tuvo el más mínimo soporte técnico científico para hacer esa afirmación, circunstancia que le resta toda validez a su análisis. En efecto, no es posible aceptar que, sin ningún apoyo científico se afirme que las enfermedades de la actora no eran potencialmente mortales y que, en ese sentido, no dan lugar al decreto de la nulidad relativa. Si lo que quería el despacho era indicar era que las enfermedades no alteraban el estado del riesgo y que no se alteró el consentimiento de mi representada, debía contar con el dictamen o la opinión de un médico que fundamentara su afirmación.

En segundo lugar, es necesario manifestar que, precisamente, una de las funciones de la declaración de asegurabilidad es permitir al asegurador conocer el estado del riesgo que asegura, razón por la cual se entiende que todas las preguntas que allí se formulan son relevantes para él e impactan en ese sentido el riesgo a asegurar.

Así lo ha sostenido la sala civil de la Corte Suprema de Justicia, que sobre las declaraciones de asegurabilidad ha manifestado lo siguiente:

"Cuando el asegurador, en esos cuestionarios, hace una pregunta, ésta tiene el sentido de que el hecho a que se refiere es considerado por él como esencial para determinar su consentimiento en el contrato, en cambio, otros hechos que el asegurador pasa en silencio deben considerarse como que no tienen importancia para él (…)"[3]

Igualmente, en sentencia del 1 de septiembre de 2010, en la que afirmó:

[2] Corte Suprema de Justicia, sala civil, sentencia del 1 de junio de 2007 (exo. 179-2004).
[3] Corte Suprema de Justicia, sala civil, sentencias de 30 de noviembre de 2000 (Exp. 5743) y de 19 de julio de 2005 (Exp. 5665).

"La pérdida de fuerza normativa del contrato de seguro por reticencia, no requiere la demostración específica de que la omisión llevaría a la aseguradora a desistir del negocio, pues precisamente la existencia misma de la pregunta en el formulario es significativa de su importancia como insumo para ilustrar su consentimiento, es decir, si contrata o no, o si lo hace bajo ciertas condiciones económicas (…)"[4]

En este sentido, las preguntas que se formulan en la declaración de asegurabilidad son relevantes para determinar el riesgo, como efectivamente sucedió en el caso bajo análisis, en el que todas las enfermedades sobre las cuales se preguntó (Fl. 119) se refieren a enfermedades notoriamente conocidas por su gravedad, lo que implicaba que su conocimiento fuera fundamental para el asegurador.

Resumiendo, si revisamos las preguntas contenidas en los literales a y g del punto 4 de la declaración de asegurabilidad, relacionadas con la hipertensión arterial, las enfermedades musculares y la artritis, tenemos que (i) estas dolencias eran fundamentales para el asegurador, (ii) que la asegurada Viviana Nieves Jiménez las padecía, (iii) que además las conocía desde antes de celebrar el contrato de seguro y las ocultó, circunstancias suficientes para proceder a la anulación del contrato.

3. PETICIÓN.

Conforme con lo anteriormente expuesto solicito se revoque la sentencia de primera instancia.

De los honorables Magistrados, atentamente,

HÉCTOR MAURICIO MEDINA CASAS,
C.C. No. 79.795.035 de Bogotá D.C.
T.P. 108.945 del C.S.J

[4] Corte Suprema de Justicia, sala civil, Expediente: Expediente 05001-3103-001-2003-00400-01.

Honorables Magistrados:
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – sala civil
M.P. Dra. Martha Isabel García Serrano
E. S. D.

Referencia: Radicado No. 2019-270.
Demandante: Juan Pablo Morales y Nelson Eduardo Morales.
Demandado: METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A.
Asunto: Sustentación apelación sentencia.

Honorables Magistrados,

HECTOR MAURICIO MEDINA CASAS, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado de METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A., dentro del término concedido en el auto de fecha 8 de junio de 2020, me permito sustentar el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020 por el Juzgado 37 civil del circuito de Bogotá.

1. TEORÍA DE LA APELACIÓN.-

Se pretende con la apelación la revocatoria de la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020.

La apelación es procedente porque a pesar de estar probada la reticencia al momento de contratarse la *póliza reajustable de seguro de vida individual No. 5625818* la primera instancia no declaró la nulidad relativa del contrato de seguro; además, porque la primera instancia exigió relación de causalidad entre el antecedente médico y las causas del fallecimiento de la asegurada, requisito que no establece el artículo 1058 del C.Cio.

2. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO.-

Fueron tres (3) los reparos concretos que se presentaron en contra de la sentencia de primera instancia al momento de interponer el recurso de apelación. Para efectos de esta sustentación esos reparos se desarrollarán en dos títulos, así:

2.1 En el expediente se encuentra probada la reticencia, por lo que procede la nulidad relativa del contrato de seguro.

Lo primero que debe indicarse en este punto es que la primera instancia encontró probado que la asegurada al momento de contratar el seguro no declaró con sinceridad su estado real de salud.

La asegurada Viviana Nieves Jiménez ocultó información sobre su estado real de salud y fue reticente al diligenciar la declaración de asegurabilidad que la compañía de seguros le suministró al momento de contratar el seguro, y así se manifestó en la sentencia. En efecto, como se puede oír en el audio de la audiencia en el minuto 27 de la segunda hora de grabación (Tiempo 1:26:50), el despacho señaló que efectivamente las enfermedades de la asegurada fallecida estaban documentadas en las historias clínicas aportadas tanto por la parte demandante como por la parte demandada.

Estas enfermedades efectivamente se encuentran en dichas historias clínicas, que obran a folios 34 a 38 (Historia clínica médico particular) y 80 y siguientes (historia clínica Compensar) del expediente. En ellas consta que, para el momento de contratación del seguro y suscripción de la declaración de asegurabilidad (11 de agosto de 2014), la asegurada Viviana Nieves Jiménez sufría de Lumbalgia con escoliosis, Hipotiroidismo, Mialgia, Artrosis e Hipertensión Arterial (HTA), enfermedades todas que tienen relación directa con las preguntas formuladas en la declaración de asegurabilidad (Fl. 119).

Adicionalmente, prueba de lo anterior se encuentran en la confesión del señor Nelson Morales, quien afirmó que su esposa sufría de factor rematoideo y recibía medicación con ocasión al mismo desde antes de la contratación de seguro (Minuto 6:00 del audio).

Así las cosas, está debidamente demostrada la falta de sinceridad de la asegurada al momento de diligenciar la declaración de asegurabilidad que le suministró mi representada, por lo que era menester del despacho dar cumplimiento a la sanción dispuesta en el artículo 1058 del C.Cio., que indica que en estos casos el contrato adolece de nulidad relativa. A pesar de la claridad de lo anterior, la primera instancia omitió esta declaración.

Ahora bien, es necesario hacer dos comentarios adicionales sobre este punto en los siguientes términos:

De un lado, dentro del expediente se encuentra plenamente demostrado que la asegurada Viviana Nieves Jiménez sufría también de hipertensión arterial HTA desde antes de su ingreso a la póliza, enfermedad sobre la que se le preguntó expresamente

en la declaración de asegurabilidad y que también omitió informar. Pues bien, la primera instancia consideró de forma errónea que la falta de información sobre dicha enfermedad no podía valorarse por el despacho, pues en la objeción mi representada no la había mencionado, y tampoco se había referido en las excepciones de mérito de la contestación de la demanda.

Este análisis de la primera instancia es a nuestro juicio errado, toda vez que no hay norma que disponga que solo lo dicho en la objeción del asegurador puede discutirse en sede judicial, además de contrariar el artículo 282 del C.G.P.; en efecto, al formularse la excepción de nulidad relativa en la contestación de la demanda, como efectivamente se hizo, debía el juez proceder a verificar si los supuestos de hecho que dan lugar a la aplicación de esa sanción se cumplían y, de ser así, proceder a la anulación del contrato.

No obstante, y a pesar de la evidencia de las enfermedades de la asegurada -dentro de las cuales está la hipertensión arterial-, el despacho no declaró la nulidad relativa.

De otro lado, una vez verificada la reticencia las únicas razones por las cuales no procede la declaración de nulidad relativa son la existencia de prescripción o los eventos contemplados en el último inciso del artículo 1058 del C.Cio. Pues bien, ninguno de esos supuestos operó en este caso, motivo por el cual no podía el juez apartarse de la consecuencia lógica de la norma (declaración de nulidad relativa), y menos argumentando que las omisiones de la asegurada no guardan causalidad con la muerte, pues dicho requisito no se encuentra establecido en la ley tal y como se explica en el siguiente título.

2.2 La ley no exige relación de causalidad entre el antecedente médico ocultado y los motivos del fallecimiento.

El despacho de primera instancia consideró que las enfermedades que ocultó la asegurada Viviana Nieves Jiménez no tuvieron ninguna relación con la muerte y, en ese sentido, que la omisión en su información fue irrelevante o intrascendente. Así se indicó a partir del minuto 27 de la segunda hora de grabación (Tiempo 1:27:00).

En este orden de ideas la primera instancia no declaró la nulidad relativa del contrato al considerar que no existió ninguna relación entre el antecedente omitido y la muerte de la asegurada.

Al respecto, debe indicarse que la conclusión de la primera instancia es errada, pues el artículo 1058 del C.Cio. en ninguna parte y de ninguna forma exige que deba existir relación de causalidad entre las enfermedades omitidas y la muerte (el siniestro).

Como se indicó al momento de formular el recurso, la reticencia se analiza al momento de la celebración del contrato como una omisión que afecta el consentimiento del asegurador, más no al momento en que ocurre el siniestro. En otras palabras, independientemente de cuál sea la causa de la muerte, la voluntad de la aseguradora se vicia si no hay una declaración sincera del estado del riesgo; esta es la razón por la cual la ley prevé la sanción de nulidad relativa para estos casos.

Al respecto, conviene traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-232 de 1997 por medio de la cual estudió la constitucionalidad del artículo 1058 del C.Cio. En dicha sentencia la Corte Constitucional afirmó:

"*En efecto, cuando, a pesar de la infidelidad del tomador a su deber de declarar sinceramente todas las circunstancias relevantes que constituyen el estado del riesgo, de buena fe se le ha expedido una póliza de seguro, la obligación asegurativa está fundada en el error y, por tanto, es justo que, tarde o temprano, por intermedio de la rescisión, anulabilidad o nulidad relativa, salga del ámbito jurídico.*

Esto, con prescindencia de extemporáneas consideraciones sobre la necesidad de que la reticencia o inexactitud tenga relación de causalidad con el siniestro que haya podido sobrevenir, justamente porque lo que se pretende es restablecer o tutelar un equilibrio contractual roto ***ab initio,*** *en el momento de celebrar el contrato de seguro, y no al acaecer el siniestro. La relación causal que importa y que, para estos efectos, debe existir, no es, como sostienen los demandantes, la que enlaza la circunstancia riesgosa omitida o alterada con la génesis del siniestro, sino la que ata el error o el dolo con el consentimiento del asegurador.*"
(Subrayado fuera de texto)

Así mismo, en dicha sentencia se citó al Dr. Efrén Ossa, quien sobre la relación de causalidad entre la omisión del asegurado y el siniestro dijo:

"(…) *Ello no significa, en ningún caso, como algunos lo han pretendido, que la sanción sólo sea viable jurídicamente en la medida en que el hecho o circunstancia falseados, omitidos o encubiertos se identifiquen como causas determinantes del siniestro* (…)."[1]

En el mismo sentido la sala civil de la Corte Suprema de Justicia que, sobre este particular, ha sostenido:

"*[El legislador] … construyó un régimen particular que inclusive alcanza a superar en sus efectos el ordenamiento común de los vicios del consentimiento, frente al que, tal como fue instituido en el citado artículo 1058, no puede el intérprete hacer distingos, observándose que*

[1] Efrén Ossa G. Teoría General del Seguro - El Contrato, pág. 336.

el vicio se genera independientemente de que el siniestro finalmente no se produzca como consecuencia de los hechos significativos, negados u ocultados por quien tomó el seguro."[2] (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, como se observa, configura un error del despacho considerar que debe existir relación causal entre la omisión de la asegurada Viviana Nieves Jiménez y la causa de la muerte, situación suficiente para proceder a la revocatoria de la decisión de primera instancia.

Ahora bien, tampoco se entiende el fundamento técnico del despacho para afirmar que *las enfermedades base de la objeción no eran materialmente mortales* (Tiempo 1:30) y descartar de esa forma el decreto de la nulidad relativa.

Al respecto, debe indicarse, en primer lugar, que el Juez no tuvo el más mínimo soporte técnico científico para hacer esa afirmación, circunstancia que le resta toda validez a su análisis. En efecto, no es posible aceptar que, sin ningún apoyo científico se afirme que las enfermedades de la actora no eran potencialmente mortales y que, en ese sentido, no dan lugar al decreto de la nulidad relativa. Si lo que quería el despacho era indicar era que las enfermedades no alteraban el estado del riesgo y que no se alteró el consentimiento de mi representada, debía contar con el dictamen o la opinión de un médico que fundamentara su afirmación.

En segundo lugar, es necesario manifestar que, precisamente, una de las funciones de la declaración de asegurabilidad es permitir al asegurador conocer el estado del riesgo que asegura, razón por la cual se entiende que todas las preguntas que allí se formulan son relevantes para él e impactan en ese sentido el riesgo a asegurar.

Así lo ha sostenido la sala civil de la Corte Suprema de Justicia, que sobre las declaraciones de asegurabilidad ha manifestado lo siguiente:

"Cuando el asegurador, en esos cuestionarios, hace una pregunta, ésta tiene el sentido de que el hecho a que se refiere es considerado por él como esencial para determinar su consentimiento en el contrato, en cambio, otros hechos que el asegurador pasa en silencio deben considerarse como que no tienen importancia para él (…)"[3]

Igualmente, en sentencia del 1 de septiembre de 2010, en la que afirmó:

[2] Corte Suprema de Justicia, sala civil, sentencia del 1 de junio de 2007 (exo. 179-2004).
[3] Corte Suprema de Justicia, sala civil, sentencias de 30 de noviembre de 2000 (Exp. 5743) y de 19 de julio de 2005 (Exp. 5665).

"La pérdida de fuerza normativa del contrato de seguro por reticencia, no requiere la demostración específica de que la omisión llevaría a la aseguradora a desistir del negocio, pues precisamente la existencia misma de la pregunta en el formulario es significativa de su importancia como insumo para ilustrar su consentimiento, es decir, si contrata o no, o si lo hace bajo ciertas condiciones económicas (…)"[4]

En este sentido, las preguntas que se formulan en la declaración de asegurabilidad son relevantes para determinar el riesgo, como efectivamente sucedió en el caso bajo análisis, en el que todas las enfermedades sobre las cuales se preguntó (Fl. 119) se refieren a enfermedades notoriamente conocidas por su gravedad, lo que implicaba que su conocimiento fuera fundamental para el asegurador.

Resumiendo, si revisamos las preguntas contenidas en los literales a y g del punto 4 de la declaración de asegurabilidad, relacionadas con la hipertensión arterial, las enfermedades musculares y la artritis, tenemos que (i) estas dolencias eran fundamentales para el asegurador, (ii) que la asegurada Viviana Nieves Jiménez las padecía, (iii) que además las conocía desde antes de celebrar el contrato de seguro y las ocultó, circunstancias suficientes para proceder a la anulación del contrato.

3. PETICIÓN.

Conforme con lo anteriormente expuesto solicito se revoque la sentencia de primera instancia.

De los honorables Magistrados, atentamente,

HÉCTOR MAURICIO MEDINA CASAS,
C.C. No. 79.795.035 de Bogotá D.C.
T.P. 108.945 del C.S.J

[4] Corte Suprema de Justicia, sala civil, Expediente: Expediente 05001-3103-001-2003-00400-01.

HENRY QUITIAN
ABOGADO
Carrera 4 No. 18 - 50 Oficina 1603 Bogotá Telefax 283 19 47 Celular 312 4325597 Email
henryquitianabogado@gmail.com

HONORABLES MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA,D.C.
SALA CIVIL.
HONORABLE MAGISTRADA SUSTANCIADORA MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO.
E. S. D.

Ref.: Ejecutivo No. 2018-00050 de JHON ALEXANDER CELIS LOZANO Vs. CESAR TORRES BERNAL Y OTRO.

SUSTENTO APELACION.

HENRY QUITIAN, apoderado judicial de los demandados en el referido proceso, comedidamente y en legal oportunidad conforme a lo ordenado en su auto de junio 09 de los corrientes, procedo a SUSTENTAR, por escrito, la alzada interpuesta contra la sentencia de fecha agosto 30 de 2019 para que, por favor, se sirvan MODIFICARLA acorde a los siguientes reparos concretos:

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD:

Conforme a lo expuesto en el escrito contentivo de la alzada, el presente recurso se centrará en rebatir los siguientes motivos que, respetuosamente manifestado, este apoderado encuentra contrarios a derecho y en discrepancia con la realidad factual y procesal, de cara a lo concluido por el señor Juez de instancia:

a) En la sentencia materia de estudio, el quo accedió a condenar a los demandados al pago de la cláusula penal deprecada por el ejecutante por el incumplimiento de aquellos, no obstante haberse probado en el plenario que, a su vez, el accionante, él también, incumplió el contrato materia de ejecución. Así las cosas como quiera que ambas partes incumplieron, tal penalidad no debió ordenarse a favor del demandante acorde a reciente pronunciamiento jurisprudencial, aparte que las partes habían modificado la forma de pago y el contrato es bilateral y de tracto sucesivo.

b) De otra parte alegada como fue la excepción denominada "Fraude Procesal", el señor juez de primera instancia en el fallo recurrido pasó por alto el engaño a que fue inducido ese operador judicial por el ejecutante JHON ALEXANDER CELIS LOZANO en la medida que, a sabiendas de haber recibido los abonos representados en los documentos obrantes a folios 22 a 36 del plenario por $65.242.000.oo y 41 a 64 por $40.647.000 negó esa situación, la calló y optó por reclamar esos dineros en su totalidad mediante la demanda, obteniendo mandamiento de pago incluidas las mentadas cifras que, se repite, ya le habían pagado los ejecutados mucho tiempo antes iniciada la acción.

c) Respecto a la condena en agencias en derecho, aprovechando la oportunidad, con todo respeto, tampoco éste servidor la puede dejar pasar para manifestar inconformidad con la imposición y el monto en contra de mis patrocinados: "$**5.000.000.oo a cargo de cada uno de los demandados**…" que, siendo tres los deudores, nos arroja como resultado **$15.000.000.oo** lo que, tomando en cuenta la condena hasta ahora decidida y en discusión con el ánimo que disminuya ($59.210.000.oo esta hechas las deducciones probadas), desde donde se mire resulta desproporcionado ya que, así las cosas, asciende dicha condena al 25.33% de esa cifra ($59.210.000.oo) que dista en mucho lo autorizado por la norma pertinente, esto es, del 3% al 7.5% que prevé el literal c) del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura. Lo anterior, sin perder de vista que el señor juez de primera instancia ha podido no condenar en costas a mis patrocinados ya que se dan las circunstancias de lo preceptuado en el parágrafo 5 del artículo 3 de la norma ibidem, en el sentido de que a demanda prosperó, pero parcialmente.

CONSIDERACIONES:

Al contestar la demanda, entre otras, dado que se trata de una acción ejecutiva con base en un título ejecutivo (no un título valor) fueron propuestas, entre otras, las excepciones que denominamos "**INEXIGIBILIDAD DE LA CLAUSA PENAL**" y "**FRAUDE PROCESAL**" respecto de lo deprecado con base en el contrato de arrendamiento materia de ejecución.

1.- DE LA INEXIGIBILIDAD DE LA CLAUSA PENAL:

Como se probó en el curso del proceso y, por demás, lo confesó el accionante en el hecho número cinco (5) de la demanda y en su interrogatorio de parte, éste sujeto mediante flagrante vía de hecho, "recuperó" los inmuebles arrendados a los ejecutados, esto es: en la práctica y, de hecho, expulsó **a los demandados de los locales, privándolos como**

arrendatarios del ejercicio de la tenencia derivada del contrato de arrendamiento, evitando su acceso y la de sus dependientes para la pertinente explotación: CON ELLO A SU TURNO EL ACCIONANTE INCUMPLIÓ EL CONTRATO MATERIA DE EJECUCION ya que el objeto de tal pacto era constituir en cabeza de los demandados LA TENENCIA de los locales. Al "recuperar" el predio de esa forma violó, incumplió sus obligaciones contractuales consistentes principalmente en permitir la mentada tenencia aún frente al no pago de arriendos, por lo menos mientras la autoridad competente no decretara la terminación del contrato de arrendamiento y el desalojo para que este se verificara, itero, por orden legal, lo que no ocurrió; ello sin importar que "primero" eventualmente los demandados hubieran incumplido lo pactado, dado que se trata de un contrato de "tracto sucesivo". No obstante, el a quo consideró que la sola situación de deudores eventualmente incumplidos de los aquí demandados dio al traste con la excepción alegada (inexigibilidad de la cláusula penal), es decir: que el solo hecho de pagar los arrendamientos por fuera de lo pactado en la cláusula segunda del contrato los constituía en incumplidos y habilitaba al actor para exigir la cláusula penal, sin importar el propio incumplimiento del demandante en la forma antedicha que, en nuestro sentir, tornó en ineficaz o, por lo menos, inexigible la plurimencionada cláusula penal dado el incumplimiento mutuo.
En cuanto al pago por fuera de lo pactado en la mentada cláusula segunda del contrato materia de ejecución, quedó plenamente probado que esa modalidad fue reformada por las partes en la medida que, como se demostró, el accionante estuvo de acuerdo en recibir los dineros en la forma que lo hizo y le pagaron los demandados, por fuera de lo previsto en el título materia de recaudo; pagos no permitió el actor se siguieran haciendo ya que expulsó a mis representados de los locales (si se observa la última planilla de "Hoja de cuadre Dubai" de fecha julio 15 de 2017, se tiene que hasta esa fecha el demandante recibió dineros, procediendo el día 21 de julio del mismo año a "recuperar" de hecho y como se ha narrado anteriormente, los locales), es decir, hasta el 17 de julio de 2017 consintió en esa forma de pago, repito, en razón a la reforma de la modalidad de pago acordada, de donde se extrae que no estaban incumplidos los deudores, sino cumpliendo conforme a lo pactado finalmente entre las partes, esto es, pagando con los dineros recaudados por la explotación del negocio que excedieran los gastos de funcionamiento, razón por la que tampoco habría lugar al reclamo de la penalidad por parte del actor.

Por otro lado, como se tiene por averiguado, contrato como el de arrendamiento de inmueble es bilateral y de tracto sucesivo, o sea con obligaciones para las partes y de ejecución periódica. Existe como en cualquier contrato un acuerdo voluntario que lo origina, pero su cumplimiento no se realiza en un acto único, sino que se prolonga en el tiempo:

el deudor de la obligación va cumpliendo su prestación debida cuando vence cada cuota que debe satisfacer a su acreedor, y no en un solo acto y, a su turno, el arrendador tiene la obligación de permitir la tenencia de lo arrendado sin que le sea dado unilateralmente cesar ese derecho del arrendatario. En resumen: el arrendatario de obliga a tener un inmueble y a pagar por ello una cifra por cada periodo que lo tenga. A cambio, el arrendador se obliga a permitir el ejercicio de esa tenencia en cabeza del arrendatario hasta cuando lo pacten o hasta que la autoridad competente lo determine. Al ser bilateral el pacto, se puede incumplir por las dos partes y al ser de tracto sucesivo, en más de una ocasión.

Por vía de discusión y sin desconocer lo expuesto renglones atrás, en el sub judice si bien es cierto los ejecutados tenían la obligación de pagar en la forma pactada primero en el contrato y, después, acorde a lo convenido (con el exceso de del producido del negocio una vez descontados gastos), también lo es que el arrendador, mientras la autoridad competente no dispusiera lo contrario, estaba obligado a permitir la tenencia, lo que no ocurrió por parte del ejecutante JHON ALEXANDER CELIS LOZANO, se repite hasta el cansancio con la venia de los Honorables Magistrados; ya que, de hecho, expulsó a mis representados del inmueble al que tenían derecho de tenerlo, por lo menos mientras la autoridad competente no diera por terminado el contrato y ordenara la entrega. Así las cosas, itero, en cumplimiento de sus obligaciones mutuas y sucesivas, el actor no honró lo suyo al "recuperar" y de qué manera, el predio, privando de sus derechos a los pasivos y, con ello, la posibilidad del pago conforme a lo convenido últimamente, razón por la cual en esta eventualidad tampoco hay lugar a condenar al pago de la cláusula penal.

En el orden de ideas expuesto, ESE CONTRATO SIGUE LEGALMENTE VIGENTE ya que ni ha sido rescindido por sus firmantes, ni lo ha dado por terminada autoridad judicial alguna.

En igual sentido la excepción planteada se enfiló a la aplicación de la "EXCEPCION DEL CONTRATO NO CUMPLIDO (exceptio non adempliti contractus) con base en la cual, se tiene por averiguado, mientras ninguno de los contratantes esté cumplido ninguno está incumplido, es decir, NO tiene derecho a exigir del otro la ejecución del contrato y, menos, la pena.

Todo lo anteriormente expuesto para significar que el eventual incumplimiento en la forma de pago fue purgado con el acuerdo entre las partes de pagar y recibir el canon en forma diferente a la plasmada en el contrato, en la modalidad que finalmente se hicieron los abonos de marras. Pagando así, se obedecía al mentado acuerdo. Entonces, no tiene razón el a quo cuando indica que por haber pagado en dicha forma con ello, con anterioridad, los demandados incumplieron el

contrato habilitando al accionante a cobrara la clausula penal cuando, repito, como se probó, en su momento este también incumplió el contrato.

Muy por el contrario, al respecto dijéramos de la "causación de la cláusula penal" o exigibilidad de la misma como tasación anticipada de perjuicios que es, la Honorable Corte Suprema de justicia en sentencia SC 1662 de 2019, siendo ponente el Honorable magistrado ALVARO FERNANDO GARCIA restrepo, precisó:

> *"En la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que está al alcance de cual quiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y, mucho menos, a reconocer indemnización de perjuicios,* ***quedando comprendida dentro de ésta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del código civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ib…".***

Así las cosas y en el orden de ideas expuesto, desde donde se analice, no había lugar a condenar a mis prohijados al pago de la clausula penal como lo hizo la sentencia materia de censura, por lo cual solicito sea revocada en ese preciso sentido y, en consecuencia, se exima a los demandados de tal carga sancionatoria.

2.- DEL FRAUDE PROCESAL.

En el caso que nos ocupa, al señor juez de instancia se le indujo en error a presentarle un contrato de arrendamiento del cual se deprecó y logró mediante la demanda, que esa autoridad emitiera orden a los demandados para que pagaran forzadamente mensualidades de cánones que ya se encontraban pagas. Efectivamente de cara a lo palmario del significado de los recibos de pago obrantes de folios 22 a 36 del paginario, suscritos por el mismísimo demandante por **$65.242.000.oo**, a este no le quedó otra que aceptar esa realidad tan palpable, hecho que aunado a lo probado con los documentos denominados "Hojas de cuadre Dubai" por **$40.647.000.oo** (folios 41 a 64), traduce en que el accionante, a sabiendas que no se le debía la totalidad de los dineros reclamados y con el ánimo de sacar provecho de ello, mintió en el libelo introductorio ocultando esa situación de los abonos, para conseguir como lo hizo, que el juzgado 37 civil del circuito de Bogotá librara mandamiento de pago por **$139.099.000.oo** cifra bastante superior a lo verdaderamente adeudado por arrendamientos,

esto es: $**33.210.000.oo** acorde a lo decidido en la sentencia que nos ocupa; por lo tanto: existió engaño procesal y, si bien es cierto el civil no es el escenario para indilgar responsabilidad penal, también lo es que, por ello, LOS HECHOS PROBADOS NO DEJAN DE EXISTIR y se encuadran el la excepción alegada, de donde el señor juez de primera instancia, víctima del engaño en representación de la administración de justicia que es el sujeto pasivo, por lo menos en la sentencia debió reconocerlo y, si acaso, censurarlo pero, en todo caso, declarar próspera ese medio defensivo, itero, porque se probó que el demandante engañó al operador judicial para lograr una orden de pago por más de lo debido por los demandados, defensa que tiene cabida de cara a que nos encontramos de cara a una acción ejecutiva y no cambiaria.

Como se tiene por averiguado, el "Fraude Procesal" es el tipo penal según el cual el sujeto activo induce o mantiene en engaño a una autoridad con el fin de que expida algún acto propio de su cargo, con el fin de sacar provecho propio o para un tercero.

DE LA CONDENA Y FIJACION DE AGENCIAS EN DERECHO A CARGO DE LOS DEMANDADOS:

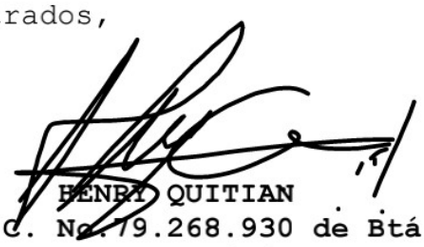
Como antes expresé, en la condena en costas se ordenó fijar a título de agencias en derecho "**$5.000.000.oo a cargo de cada uno de los demandados**…", es decir, **$15.000.000.oo** en contra de la parte accionada en la medida que son tres (3) mis prohijados; cifra desmesurada si se tiene en cuenta que la condena o saldo a pagar (sin deducir la cláusula penal que aún se debate), bordearía los $58.910.000.oo de donde, $15.000.000.oo como condena en agencias en derecho, equivale al **veinticinco punto cuarenta y treinta y tres por ciento (25.33%)** de tal condena (que podría ser menos si sus Señorías modifican la sentencia conforme a lo atrás expuesto); porcentaje que, así las cosas, bate récord en el top de fijación de agencias en derecho dado que dista en mucho del 3% al 7.5% que prevé el literal c) del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, que regula esa materia, sin perder de vista que el señor juez de primera instancia ha podido no condenar en costas a mis patrocinados ya que se dan las circunstancias de lo preceptuado en el parágrafo 5 del artículo 3 de la norma ibidem, en el sentido de que a demanda prosperó, pero parcialmente.

Por lo brevemente expuesto comedidamente ruego a los Honorables Magistrados se sirvan MODIFICAR el proveído atacado, en los sentidos de eximir a mis representados del pago de la cláusula penal contractual, tener por probada la excepción de Fraude Procesal y ordenar sea disminuida la fijación de agencias en derecho a la suma que se ajuste a la realidad procesal con base en las directrices legales o, en

la medida que, de cierta forma, fue el demandante el que perdió el proceso, no se condene a estas a los demandados como lo autoriza la normatividad aludida.
(subrayó el suscrito).

Por último, informo al Despacho que la dirección electrónica del suscrito es: henryquitianabogado@gmail.com

Honorables Magistrados,



HENRY QUITIAN
C.C. No.79.268.930 de Btá.
T.P. No.54.259 C.S.J.

HENRY QUITIAN
ABOGADO
Carrera 4 No. 18 - 50 Oficina 1603 Bogotá Telefax 283 19 47 Celular 312 4325597 Email
henryquitianabogado@gmail.com

HONORABLES MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA,D.C.
SALA CIVIL.
HONORABLE MAGISTRADA SUSTANCIADORA MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO.
E. S. D.

Ref.: Ejecutivo No. 2018-00050 de JHON ALEXANDER CELIS LOZANO Vs. CESAR TORRES BERNAL Y OTRO.

SUSTENTO APELACION.

HENRY QUITIAN, apoderado judicial de los demandados en el referido proceso, comedidamente y en legal oportunidad conforme a lo ordenado en su auto de junio 09 de los corrientes, procedo a SUSTENTAR, por escrito, la alzada interpuesta contra la sentencia de fecha agosto 30 de 2019 para que, por favor, se sirvan MODIFICARLA acorde a los siguientes reparos concretos:

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD:

Conforme a lo expuesto en el escrito contentivo de la alzada, el presente recurso se centrará en rebatir los siguientes motivos que, respetuosamente manifestado, este apoderado encuentra contrarios a derecho y en discrepancia con la realidad factual y procesal, de cara a lo concluido por el señor Juez de instancia:

a) En la sentencia materia de estudio, el quo accedió a condenar a los demandados al pago de la cláusula penal deprecada por el ejecutante por el incumplimiento de aquellos, no obstante haberse probado en el plenario que, a su vez, el accionante, él también, incumplió el contrato materia de ejecución. Así las cosas como quiera que ambas partes incumplieron, tal penalidad no debió ordenarse a favor del demandante acorde a reciente pronunciamiento jurisprudencial, aparte que las partes habían modificado la forma de pago y el contrato es bilateral y de tracto sucesivo.

b) De otra parte alegada como fue la excepción denominada "Fraude Procesal", el señor juez de primera instancia en el fallo recurrido pasó por alto el engaño a que fue inducido ese operador judicial por el ejecutante JHON ALEXANDER CELIS LOZANO en la medida que, a sabiendas de haber recibido los abonos representados en los documentos obrantes a folios 22 a 36 del plenario por $65.242.000.oo y 41 a 64 por $40.647.000 negó esa situación, la calló y optó por reclamar esos dineros en su totalidad mediante la demanda, obteniendo mandamiento de pago incluidas las mentadas cifras que, se repite, ya le habían pagado los ejecutados mucho tiempo antes iniciada la acción.

c) Respecto a la condena en agencias en derecho, aprovechando la oportunidad, con todo respeto, tampoco éste servidor la puede dejar pasar para manifestar inconformidad con la imposición y el monto en contra de mis patrocinados: "$**5.000.000.oo a cargo de cada uno de los demandados**…" que, siendo tres los deudores, nos arroja como resultado **$15.000.000.oo** lo que, tomando en cuenta la condena hasta ahora decidida y en discusión con el ánimo que disminuya ($59.210.000.oo esta hechas las deducciones probadas), desde donde se mire resulta desproporcionado ya que, así las cosas, asciende dicha condena al 25.33% de esa cifra ($59.210.000.oo) que dista en mucho lo autorizado por la norma pertinente, esto es, del 3% al 7.5% que prevé el literal c) del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura. Lo anterior, sin perder de vista que el señor juez de primera instancia ha podido no condenar en costas a mis patrocinados ya que se dan las circunstancias de lo preceptuado en el parágrafo 5 del artículo 3 de la norma ibidem, en el sentido de que a demanda prosperó, pero parcialmente.

CONSIDERACIONES:

Al contestar la demanda, entre otras, dado que se trata de una acción ejecutiva con base en un título ejecutivo (no un título valor) fueron propuestas, entre otras, las excepciones que denominamos "**INEXIGIBILIDAD DE LA CLAUSA PENAL**" y "**FRAUDE PROCESAL**" respecto de lo deprecado con base en el contrato de arrendamiento materia de ejecución.

1.- DE LA INEXIGIBILIDAD DE LA CLAUSA PENAL:

Como se probó en el curso del proceso y, por demás, lo confesó el accionante en el hecho número cinco (5) de la demanda y en su interrogatorio de parte, éste sujeto mediante flagrante vía de hecho, "recuperó" los inmuebles arrendados a los ejecutados, esto es: en la práctica y, de hecho, expulsó **a los demandados de los locales, privándolos como**

arrendatarios del ejercicio de la tenencia derivada del contrato de arrendamiento, evitando su acceso y la de sus dependientes para la pertinente explotación: CON ELLO A SU TURNO EL ACCIONANTE INCUMPLIÓ EL CONTRATO MATERIA DE EJECUCION ya que el objeto de tal pacto era constituir en cabeza de los demandados LA TENENCIA de los locales. Al "recuperar" el predio de esa forma violó, incumplió sus obligaciones contractuales consistentes principalmente en permitir la mentada tenencia aún frente al no pago de arriendos, por lo menos mientras la autoridad competente no decretara la terminación del contrato de arrendamiento y el desalojo para que este se verificara, itero, por orden legal, lo que no ocurrió; ello sin importar que "primero" eventualmente los demandados hubieran incumplido lo pactado, dado que se trata de un contrato de "tracto sucesivo". No obstante, el a quo consideró que la sola situación de deudores eventualmente incumplidos de los aquí demandados dio al traste con la excepción alegada (inexigibilidad de la cláusula penal), es decir: que el solo hecho de pagar los arrendamientos por fuera de lo pactado en la cláusula segunda del contrato los constituía en incumplidos y habilitaba al actor para exigir la cláusula penal, sin importar el propio incumplimiento del demandante en la forma antedicha que, en nuestro sentir, tornó en ineficaz o, por lo menos, inexigible la plurimencionada cláusula penal dado el incumplimiento mutuo.
En cuanto al pago por fuera de lo pactado en la mentada cláusula segunda del contrato materia de ejecución, quedó plenamente probado que esa modalidad fue reformada por las partes en la medida que, como se demostró, el accionante estuvo de acuerdo en recibir los dineros en la forma que lo hizo y le pagaron los demandados, por fuera de lo previsto en el título materia de recaudo; pagos no permitió el actor se siguieran haciendo ya que expulsó a mis representados de los locales (si se observa la última planilla de "Hoja de cuadre Dubai" de fecha julio 15 de 2017, se tiene que hasta esa fecha el demandante recibió dineros, procediendo el día 21 de julio del mismo año a "recuperar" de hecho y como se ha narrado anteriormente, los locales), es decir, hasta el 17 de julio de 2017 consintió en esa forma de pago, repito, en razón a la reforma de la modalidad de pago acordada, de donde se extrae que no estaban incumplidos los deudores, sino cumpliendo conforme a lo pactado finalmente entre las partes, esto es, pagando con los dineros recaudados por la explotación del negocio que excedieran los gastos de funcionamiento, razón por la que tampoco habría lugar al reclamo de la penalidad por parte del actor.

Por otro lado, como se tiene por averiguado, contrato como el de arrendamiento de inmueble es bilateral y de tracto sucesivo, o sea con obligaciones para las partes y de ejecución periódica. Existe como en cualquier contrato un acuerdo voluntario que lo origina, pero su cumplimiento no se realiza en un acto único, sino que se prolonga en el tiempo:

el deudor de la obligación va cumpliendo su prestación debida cuando vence cada cuota que debe satisfacer a su acreedor, y no en un solo acto y, a su turno, el arrendador tiene la obligación de permitir la tenencia de lo arrendado sin que le sea dado unilateralmente cesar ese derecho del arrendatario. En resumen: el arrendatario de obliga a tener un inmueble y a pagar por ello una cifra por cada periodo que lo tenga. A cambio, el arrendador se obliga a permitir el ejercicio de esa tenencia en cabeza del arrendatario hasta cuando lo pacten o hasta que la autoridad competente lo determine. Al ser bilateral el pacto, se puede incumplir por las dos partes y al ser de tracto sucesivo, en más de una ocasión.

Por vía de discusión y sin desconocer lo expuesto renglones atrás, en el sub judice si bien es cierto los ejecutados tenían la obligación de pagar en la forma pactada primero en el contrato y, después, acorde a lo convenido (con el exceso de del producido del negocio una vez descontados gastos), también lo es que el arrendador, mientras la autoridad competente no dispusiera lo contrario, estaba obligado a permitir la tenencia, lo que no ocurrió por parte del ejecutante JHON ALEXANDER CELIS LOZANO, se repite hasta el cansancio con la venia de los Honorables Magistrados; ya que, de hecho, expulsó a mis representados del inmueble al que tenían derecho de tenerlo, por lo menos mientras la autoridad competente no diera por terminado el contrato y ordenara la entrega. Así las cosas, itero, en cumplimiento de sus obligaciones mutuas y sucesivas, el actor no honró lo suyo al "recuperar" y de qué manera, el predio, privando de sus derechos a los pasivos y, con ello, la posibilidad del pago conforme a lo convenido últimamente, razón por la cual en esta eventualidad tampoco hay lugar a condenar al pago de la cláusula penal.

En el orden de ideas expuesto, ESE CONTRATO SIGUE LEGALMENTE VIGENTE ya que ni ha sido rescindido por sus firmantes, ni lo ha dado por terminada autoridad judicial alguna.

En igual sentido la excepción planteada se enfiló a la aplicación de la "EXCEPCION DEL CONTRATO NO CUMPLIDO (exceptio non adempliti contractus) con base en la cual, se tiene por averiguado, mientras ninguno de los contratantes esté cumplido ninguno está incumplido, es decir, NO tiene derecho a exigir del otro la ejecución del contrato y, menos, la pena.

Todo lo anteriormente expuesto para significar que el eventual incumplimiento en la forma de pago fue purgado con el acuerdo entre las partes de pagar y recibir el canon en forma diferente a la plasmada en el contrato, en la modalidad que finalmente se hicieron los abonos de marras. Pagando así, se obedecía al mentado acuerdo. Entonces, no tiene razón el a quo cuando indica que por haber pagado en dicha forma con ello, con anterioridad, los demandados incumplieron el

contrato habilitando al accionante a cobrara la clausula penal cuando, repito, como se probó, en su momento este también incumplió el contrato.

Muy por el contrario, al respecto dijéramos de la "causación de la cláusula penal" o exigibilidad de la misma como tasación anticipada de perjuicios que es, la Honorable Corte Suprema de justicia en sentencia SC 1662 de 2019, siendo ponente el Honorable magistrado ALVARO FERNANDO GARCIA restrepo, precisó:

> *"En la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que está al alcance de cual quiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y, mucho menos, a reconocer indemnización de perjuicios,* ***quedando comprendida dentro de ésta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del código civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ib…".***

Así las cosas y en el orden de ideas expuesto, desde donde se analice, no había lugar a condenar a mis prohijados al pago de la clausula penal como lo hizo la sentencia materia de censura, por lo cual solicito sea revocada en ese preciso sentido y, en consecuencia, se exima a los demandados de tal carga sancionatoria.

2.- DEL FRAUDE PROCESAL.

En el caso que nos ocupa, al señor juez de instancia se le indujo en error a presentarle un contrato de arrendamiento del cual se deprecó y logró mediante la demanda, que esa autoridad emitiera orden a los demandados para que pagaran forzadamente mensualidades de cánones que ya se encontraban pagas. Efectivamente de cara a lo palmario del significado de los recibos de pago obrantes de folios 22 a 36 del paginario, suscritos por el mismísimo demandante por **$65.242.000.oo**, a este no le quedó otra que aceptar esa realidad tan palpable, hecho que aunado a lo probado con los documentos denominados "Hojas de cuadre Dubai" por **$40.647.000.oo** (folios 41 a 64), traduce en que el accionante, a sabiendas que no se le debía la totalidad de los dineros reclamados y con el ánimo de sacar provecho de ello, mintió en el libelo introductorio ocultando esa situación de los abonos, para conseguir como lo hizo, que el juzgado 37 civil del circuito de Bogotá librara mandamiento de pago por **$139.099.000.oo** cifra bastante superior a lo verdaderamente adeudado por arrendamientos,

esto es: $**33.210.000.oo** acorde a lo decidido en la sentencia que nos ocupa; por lo tanto: existió engaño procesal y, si bien es cierto el civil no es el escenario para indilgar responsabilidad penal, también lo es que, por ello, LOS HECHOS PROBADOS NO DEJAN DE EXISTIR y se encuadran el la excepción alegada, de donde el señor juez de primera instancia, víctima del engaño en representación de la administración de justicia que es el sujeto pasivo, por lo menos en la sentencia debió reconocerlo y, si acaso, censurarlo pero, en todo caso, declarar próspera ese medio defensivo, itero, porque se probó que el demandante engañó al operador judicial para lograr una orden de pago por más de lo debido por los demandados, defensa que tiene cabida de cara a que nos encontramos de cara a una acción ejecutiva y no cambiaria.

Como se tiene por averiguado, el "Fraude Procesal" es el tipo penal según el cual el sujeto activo induce o mantiene en engaño a una autoridad con el fin de que expida algún acto propio de su cargo, con el fin de sacar provecho propio o para un tercero.

DE LA CONDENA Y FIJACION DE AGENCIAS EN DERECHO A CARGO DE LOS DEMANDADOS:

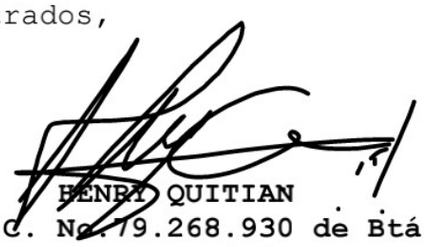
Como antes expresé, en la condena en costas se ordenó fijar a título de agencias en derecho "**$5.000.000.oo a cargo de cada uno de los demandados**…", es decir, **$15.000.000.oo** en contra de la parte accionada en la medida que son tres (3) mis prohijados; cifra desmesurada si se tiene en cuenta que la condena o saldo a pagar (sin deducir la cláusula penal que aún se debate), bordearía los $58.910.000.oo de donde, $15.000.000.oo como condena en agencias en derecho, equivale al **veinticinco punto cuarenta y treinta y tres por ciento (25.33%)** de tal condena (que podría ser menos si sus Señorías modifican la sentencia conforme a lo atrás expuesto); porcentaje que, así las cosas, bate récord en el top de fijación de agencias en derecho dado que dista en mucho del 3% al 7.5% que prevé el literal c) del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, que regula esa materia, sin perder de vista que el señor juez de primera instancia ha podido no condenar en costas a mis patrocinados ya que se dan las circunstancias de lo preceptuado en el parágrafo 5 del artículo 3 de la norma ibidem, en el sentido de que a demanda prosperó, pero parcialmente.

Por lo brevemente expuesto comedidamente ruego a los Honorables Magistrados se sirvan MODIFICAR el proveído atacado, en los sentidos de eximir a mis representados del pago de la cláusula penal contractual, tener por probada la excepción de Fraude Procesal y ordenar sea disminuida la fijación de agencias en derecho a la suma que se ajuste a la realidad procesal con base en las directrices legales o, en

la medida que, de cierta forma, fue el demandante el que perdió el proceso, no se condene a estas a los demandados como lo autoriza la normatividad aludida.
(subrayó el suscrito).

Por último, informo al Despacho que la dirección electrónica del suscrito es: henryquitianabogado@gmail.com

Honorables Magistrados,



HENRY QUITIAN
C.C. No.79.268.930 de Btá.
T.P. No.54.259 C.S.J.

Magistrada
Marta Isabel García Serrano
Sala Civil
Tribunal Superior de Bogotá
E. S. D.

Referencia: Expediente No. 11001 3103 026 **2014 00456** 01

En condición de apoderado judicial de Biomax dentro del proceso de la referencia interpongo recurso de reposición en contra del auto notificado por estado el 9 de junio del año en curso, por medio del cual y en aplicación del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 se corre traslado al apelante para que sustente el recurso.

Pretendo que se revoque, en su integridad, la providencia recurrida y, en su lugar, se fije fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de sustentación y fallo prevista en el art. 327 del Código General del Proceso, con fundamento en las consideraciones siguientes:

1°. El decreto Legislativo 806 fue expedido el 4 de junio de 2020 y como se expresa en su artículo 16 rige "**a partir de su publicación y estará vigente durante los dos años siguiente**s".

2°. Es cierto que las normas procesales son de aplicación inmediata y así lo establece perentoriamente el art. 624 del Código General del Proceso que modificó el 40 de la ley 153 de 1887, perspectiva desde la cual podría argüirse que como el decreto en cuestión contiene varios preceptos de tal linaje, resulta aplicable al recurso de apelación que en la actualidad conoce su despacho.

3°. Sin embargo, ello no es posible, por cuanto el segundo inciso del articulo 624 ibídem consagra una excepción a la regla general del inciso primero, que reza lo siguiente:

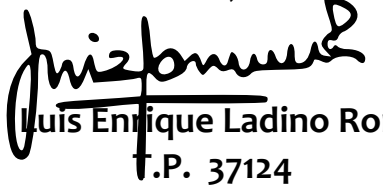
"**Sin embargo, los recursos interpuestos**, la práctica de las pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron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

4°. Como el recurso de apelación que conoce su despacho fue admitido mediante auto notificado por estado el 23 de septiembre de 2019 (ocho meses antes de la entrada en vigencia del decreto legislativo 806 de 2020) es palmario que se encuentra cobijado por la excepción antes mencionada y debe ser decidido, entonces, con apego fiel a las reglas previstas en el código general del proceso, concretamente, las consagradas en los artículos 327 y 328 y no a las novísimas del D.L. 806.

5°. Es indudable que el Despacho está aplicando en forma retroactiva el decreto legislativo que se cita en el auto recurrido y pretende que aquel cobije un recurso de apelación que, según la fecha de su interposición, debe tramitarse y decidirse con apoyo en la ley vigente al momento en que aquella se presentó.

6°. En síntesis, los recursos de apelación que se interpongan con posterioridad al 4 de junio de 2020 se deben tramitar por la regla prevista en el art. 14 del D.L. 806; pero los interpuestos con anterioridad a esa fecha y que se encuentren en curso deben ceñirse al trámite previsto en el Código General del Proceso, sin que sea posible dejar sin efecto o valor la actuación surtida hasta la fecha en que se expidió el referido decreto legislativo.

Atentamente,



Luis Enrique Ladino Romero
T.P. 37124

Magistrada
Marta Isabel García Serrano
Sala Civil
Tribunal Superior de Bogotá
E. S. D.

Referencia: Expediente No. 11001 3103 026 **2014 00456** 01

En condición de apoderado judicial de Biomax dentro del proceso de la referencia interpongo recurso de reposición en contra del auto notificado por estado el 9 de junio del año en curso, por medio del cual y en aplicación del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 se corre traslado al apelante para que sustente el recurso.

Pretendo que se revoque, en su integridad, la providencia recurrida y, en su lugar, se fije fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de sustentación y fallo prevista en el art. 327 del Código General del Proceso, con fundamento en las consideraciones siguientes:

1°. El decreto Legislativo 806 fue expedido el 4 de junio de 2020 y como se expresa en su artículo 16 rige "**a partir de su publicación y estará vigente durante los dos años siguiente**s".

2°. Es cierto que las normas procesales son de aplicación inmediata y así lo establece perentoriamente el art. 624 del Código General del Proceso que modificó el 40 de la ley 153 de 1887, perspectiva desde la cual podría argüirse que como el decreto en cuestión contiene varios preceptos de tal linaje, resulta aplicable al recurso de apelación que en la actualidad conoce su despacho.

3°. Sin embargo, ello no es posible, por cuanto el segundo inciso del articulo 624 ibídem consagra una excepción a la regla general del inciso primero, que reza lo siguiente:

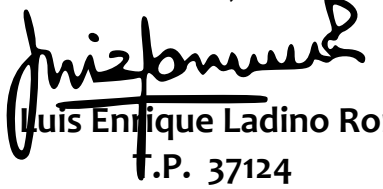
"**Sin embargo, los recursos interpuestos**, la práctica de las pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron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

4°. Como el recurso de apelación que conoce su despacho fue admitido mediante auto notificado por estado el 23 de septiembre de 2019 (ocho meses antes de la entrada en vigencia del decreto legislativo 806 de 2020) es palmario que se encuentra cobijado por la excepción antes mencionada y debe ser decidido, entonces, con apego fiel a las reglas previstas en el código general del proceso, concretamente, las consagradas en los artículos 327 y 328 y no a las novísimas del D.L. 806.

5°. Es indudable que el Despacho está aplicando en forma retroactiva el decreto legislativo que se cita en el auto recurrido y pretende que aquel cobije un recurso de apelación que, según la fecha de su interposición, debe tramitarse y decidirse con apoyo en la ley vigente al momento en que aquella se presentó.

6°. En síntesis, los recursos de apelación que se interpongan con posterioridad al 4 de junio de 2020 se deben tramitar por la regla prevista en el art. 14 del D.L. 806; pero los interpuestos con anterioridad a esa fecha y que se encuentren en curso deben ceñirse al trámite previsto en el Código General del Proceso, sin que sea posible dejar sin efecto o valor la actuación surtida hasta la fecha en que se expidió el referido decreto legislativo.

Atentamente,



Luis Enrique Ladino Romero
T.P. 37124

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL
Att.: H. Magistrada Ponente
Dra. MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
Ciudad

REF.: PROCESO VERBAL
DEMANDANTE: AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.
DEMANDADO: SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DEL COMERCIO EXTERIOR
RADICADO: 2015-00663-02
ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

Obrando como apoderado de la parte actora dentro del proceso citado en referencia, estando dentro del término señalado por su Despacho mediante auto de 08 de junio de 2020, notificado a las partes el 09 de los mismos mes y año, en concordancia con lo dispuesto por el art. 14 del Decreto Legislativo 806 de 04 de junio de 2020, por este escrito procedo a **SUSTENTAR** el recurso de apelación que oportunamente interpuse contra la sentencia proferida en forma oral por el Juez 1° Civil del Circuito de Bogotá en audiencia surtida el 29 de noviembre de 2019 y mediante la cual al desatar la primera instancia del proceso citado en referencia, se decidió negar las pretensiones de la demanda, como consecuencia de haberse declarado probadas las excepciones de agravación del estado del riesgo y prescripción de la acción derivada del contrato de seguros. Para una mayor claridad de mi argumentación ante los H. Magistrados, he dividido el presente escrito en cuatro capítulos a saber: el primero para formular algunas precisiones y pedimientos ante el sentenciador de segunda instancia, el segundo y el tercero para controvertir los argumentos del juez a quo sobre las dos excepciones que declaró prósperas y el cuarto para reclamar la revocatoria de la sentencia impugnada y el reconocimiento de las pretensiones.

I
PRECISIONES Y PEDIMIENTOS PROVISIONALES

Previamente a consignar los argumentos de sustentación para reclamar la revocatoria de la sentencia de primer grado, considero pertinente hacer ante esa H. Corporación las siguientes manifestaciones:

1. No obstante que se está tramitando la presente impugnación bajo los términos previstos en el art. 14, inciso segundo del Decreto 806 de 2020 ya citado, he mantenido las exigencias que señala el Código General del Proceso en lo atinente a que la sustentación se contrae a los reparos que se hizo a la sentencia de primer grado en escrito radicado el 03 de diciembre de 2019.

2. Respetuosamente pido a los H. Magistrados que se tengan incorporados en este escrito los argumentos que expuse en la audiencia que se surtió el 10 de octubre de 2019 así como los consignados en el ya citado escrito radicado el 03 de diciembre de 2019, mediante el cual se señalaron los motivos de reparo a la sentencia de primera instancia. Lo anterior H. Magistrados, con el propósito de no volver a transcribir especialmente citas doctrinarias.

3. No obstante lo anterior, y dado que el alegato de conclusión se presentó verbalmente en audiencia, en el presente escrito sí estoy transcribiendo la jurisprudencia que tuve a bien invocar en la citada diligencia.

4. Igualmente, y para mejor entendimiento de mi argumentación, pongo de presente al Tribunal que si bien las pretensiones de la demanda y de la reforma a la misma tienen apoyo y causa petendi en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 00015090, la cual contempla diferentes amparos y coberturas, realmente la pretensión indemnizatoria busca afectar única y exclusivamente el amparo de buen manejo del

anticipo. Esta premisa, que en mi sentir fue desconocida por el juez de primera instancia, es determinante para analizar tanto la hipotética agravación del riesgo como la inexistente prescripción de la acción derivada del contrato de seguros.

5. Informo al Despacho que el presente escrito, dada la situación de emergencia sanitaria que se vive en la República de Colombia y en el mundo, estoy remitiendo el presente escrito a los correos electrónicos:

   mgarcias@cendoj.ramajudicial.gov.co
   secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

   Igualmente, pongo de presente que el mismo fue remitido desde el correo electrónico que tengo registrado y actualizado ante su Despacho, esto es: Santiago.lozano@lozanoatuesta.com.

6. Por último, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto dictado en el marco de emergencia económica ya mencionado, estoy remitiendo copia del presente escrito a la Dra. CLAUDIA LUCERO HERNÁNDEZ CARRANZA a la dirección de correo electrónico que según los antecedentes que reposan en el expediente y cuya dirección es: claudiahernandez@basicltda.com.

II
SOBRE LA SUPUESTA AGRAVACIÓN DEL RIESGO

Como ya se manifestó y se esbozó en el escrito en que se consignaron los reparos a la sentencia apelada, el señor Juez 1° Civil del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción a que me refiero en este acápite. Aceptar este medio de defensa, si bien no lo dijo la sentencia impugnada, conduce inexorablemente a la declaratoria de terminación del contrato de seguros. En este punto debo poner de presente ante esa H. Corporación que el sentenciador a quo dejó de señalar los deberes que le impone el art. 280 del

C.G.P., omitió señalar cuáles eran las normas de derecho en que fundaba su decisión de declarar probada la excepción de marras. Aunado a lo anterior, no se puede pasar por alto que la argumentación del juez de primer grado resulta bastante confusa, como puede apreciarse en el audio respectivo.

Bajo la situación descrita, debo iniciar esta sustentación memorando que la carga o deber que impone la legislación mercantil al tomador o asegurado de informar las circunstancias que alteren o modifiquen el riesgo y las consecuencias de su incumplimiento u omisión, tiene fundamento en el art. 1060 del C. de Co. Sin embargo, tal norma ha de interpretarse en forma conjunta y armónica con el art. 1058 ibidem, habida consideración de la remisión que se hace en forma expresa a esta norma.

Formuladas las breves acotaciones anteriores, consigno los argumentos incluidos fundamentos de hecho y de derecho por los cuales no era posible predicar en el caso que nos ocupa la agravación del riesgo y consecuente terminación del contrato de seguros que aduce la parte demandada y aceptó el juzgado de primera instancia.

LA NO APLICACIÓN DE LA AGRAVACIÓN DEL RIESGO AL CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO

Si bien es cierto, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil ha reconocido que el seguro de cumplimiento se rige por las normas propias del contrato de seguros, esto es las consignadas en el Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio, también lo es que la misma jurisprudencia patria ha puesto de presente que a los contratos de seguros de este linaje no se les aplica el instituto de la agravación del riesgo contemplado en el ya citado art. 1060 del C. de Co. En efecto, el alto tribunal en sentencia de 15 de agosto de 2008, expediente 19940321601, magistrado ponente Dr. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA, afirmó lo siguiente:

"*Empero, así mismo, teniendo en cuenta las características especiales de esta clase de contrato y su función económico-social, por conocido se tiene que algunos aspectos de él no resultan compatibles con los restantes moldes aseguraticios; por ejemplo, en asuntos como el riesgo involucrado en él, su agravación (art. 1060 C. de Co.), la revocatoria (art. 1159), el valor real del interés (art. 1089), la terminación unilateral (Art. 1071), la terminación por mora en el pago de la prima (art. 1068), entre otras, circunstancias que imponen algunas restricciones que aparejan un tratamiento disímil frente a la generalidad de los seguros, percepción tan cierta que para esa categoría de seguro se expidió, especialmente, una ley que, aunque de manera exigua, lo regenta (225 de 1938)***."***

La anterior jurisprudencia fue reiterada por la misma Sala con ponencia igualmente del Magistrado Dr. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA, mediante sentencia de 18 de diciembre de 2009, expediente 2001389-01.

Y si se quiere abundar en antecedentes, la misma Corporación en sentencia de 18 de diciembre de 2012, magistrado ponente Dr. FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ, expediente 1100131030392007-00037-01, reiteró:

"*Aspecto que debe ser sopesado con las condiciones que ameritaron para el seguro de cumplimiento un desarrollo legislativo y jurisprudencial particular, pues, como lo precisó la Corporación en el proveído de 15 de agosto de 2008 tantas veces citado "Abordar el examen de un contrato de seguro de cumplimiento, a propósito de evidenciar el querer de las partes, ha de realizarse, desde luego, en lo pertinente y en lo que sea compatible atendiendo su tipología, bajo la óptica o espectro de las normas que gobiernan el seguro, ya en lo particular como en lo general; como por ejemplo, las condiciones de la póliza, vigencia de la obligación de la aseguradora, coberturas, etc. En otras palabras, dicha modalidad aseguraticia, se nutre, por expresa disposición de la misma ley que la adoptó, de las disposiciones concernientes a los contratos de seguros (art. 7 ib.), situación no extraña y, contrariamente, dada su naturaleza, de suyo inevitable, en razón a que hace parte del ramo de los amparos de daños, por ende,*

caracterizado como un mecanismo eminentemente indemnizatorio, deviene gobernado, en lo pertinente, por las reglas que gobiernan los contratos de esa especie (…). Empero, así mismo, teniendo en cuenta las características especiales de esta clase de contrato y su función económico-social, por conocido se tiene que algunos aspectos de él no resultan compatibles con los restantes moldes aseguraticios; por ejemplo, en asuntos como el riesgo involucrado en él, su agravación (art. 1060 C. de Co.), la revocatoria (art. 1159), el valor real del interés (art. 1089), la terminación unilateral (Art. 1071), la terminación por mora en el pago de la prima (art. 1068), entre otras, circunstancias que imponen algunas restricciones que aparejan un tratamiento disímil frente a la generalidad de los seguros, percepción tan cierta que para esa categoría de seguro se expidió, especialmente, una ley que, aunque de manera exigua, lo regenta (225 de 1938)". (El subrayado es mío)

En el plano doctrinario el Dr. JORGE EDUARDO NARVÁEZ sostiene posición similar a la de la jurisprudencia transcrita, según cita que hace el tratadista CARLOS IGNACIO JARAMILLO y que tuve a bien transcribir en el pluricitado escrito de reparos a la sentencia impugnada, bajo el subnumeral 10.1 del acápite relativo a la supuesta agravación del riesgo y que deliberadamente no transcribo para no fatigar a los H. Magistrados.

LA AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA AGRAVACIÓN DEL RIESGO EN EL CASO QUE NOS OCUPA Y LA CARGA DE LA PRUEBA.

Desde luego, para que pudiera predicarse la existencia de una agravación del riesgo y consecuente terminación del contrato de seguros, era menester que la excepcionante en un todo de conformidad con el art. 167 del C.G.P. probara la totalidad de los elementos axiomáticos que contempla el art. 1060 del Estatuto de los Comerciantes, para que pudiera pregonarse el incumplimiento del deber de información del tomador o asegurado sobre este tópico y consecuente causal de terminación del contrato de seguros. Lamentablemente, en la sentencia cuya revocatoria reclamo no se hizo mención a los requisitos o elementos que se requieren para la configuración

de la causal de terminación del contrato de seguros que se glosa; aun más, como ya se dijo, ni siquiera se mencionaron las normas que regulan el instituto en comento. Y en puridad de verdad, la parte excepcionante nunca demostró la existencia de tales elementos incumpliendo claramente con la carga probatoria que le correspondía. En efeto:

1. Sea lo primero traer a colación que desde luego correspondía a la aseguradora convocada a proceso demostrar a cabalidad que se habían dado los requisitos específicos que deben reunir los hechos o circunstancias fácticas y contractuales necesarios para que se pudiera configurar una agravación del riesgo y la consecuente terminación del contrato de seguros. En el pluricitado escrito de 03 de diciembre de 2019 tuve a bien transcribir lo dicho por el tratadista y exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., cita doctrinaria que pido respetuosamente se tenga incorporada al presente escrito.

2. Hecha la anterior aclaración, a fuer de pecar por reiterativo insisto en que siguiendo a los Drs. J. EFRÉN OSSA G. y CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., connotados tratadistas en materia de seguros ya citados en el escrito a que me he referido, de conformidad con el art. 1060 del Ordenamiento Comercial, para que se dé la causal de terminación del negocio jurídico por falta de notificación oportuna de la agravación del riesgo, es menester que se cumplan en su totalidad los siguientes hechos y circunstancias:

   2.1 Que se trate de un hecho imprevisto.

   2.2 Que el hecho sea posterior a la concertación del contrato de seguros, esto es que se trate de un hecho nuevo y no pretérito o coetáneo con la celebración del negocio jurídico.

2.3 Que el hecho tenga la virtualidad de modificar el riesgo inicialmente asumido por el asegurador.

2.4 Que el nuevo hecho o circunstancia sea TRASCENDENTE o RELEVANTE, esto es de tal magnitud que el asegurador no hubiera celebrado el contrato de seguros o lo hubiera hecho en condiciones más onerosas.

2.5 Que sea conocido por el tomador y desconocido por el asegurador.

Bajo la anterior premisa, procedo a conceptualizar cada uno de los anteriores requisitos, para a renglón seguido demostrar que en el proceso que nos ocupa no se probó la exitencia de los mismos, lo cual inexorablemente conduce a que la sentencia de primer grado sea violatoria de la ley en forma indirecta y por error de hecho, evidente, manifiesto, ostensible y trascendente.

3. Que el hecho sea imprevisto tiene apoyo y fundamento en el mismo texto del art. 1060 del C. de Co., cuando señala: "*En tal virtud, uno u otro deberá notiifca por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebracion del contrato.*" (El subrayado es mío). Concordante con lo anterior, no pueden constituir agravación del riesgo aquellas circunstancias que bien podrían darse durante la ejecución del contrato de seguros. Sobre el punto anota el Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J. en su obra ya citada:

"*Por lo tanto, si los hechos son previsibles o identificables, es natural que no se pueda con éxito pretextar una agravación vinculante – o determinante -, en la medida en que el prenotado desenvolvimiento del riesgo asegurado, en lo que toca con este aspecto, era previsible, o sea que había – o debía haber – consciencia aseguraticia acerca de esta situación de hecho, para nada accidental o fortuita, lo que origina que la mutación proyectada – o representada intelectivamente –*

forme parte del supuesto asegurado, o sea del estado del riesgo material del contrato. No sin razón, el concepto de "imprevisión", de raíz, erosiona las calidades de "accidental" y "fortuito" del hecho, ya citadas. Es así, por vía de ilustración, como no sería de recibo manifestar que tuvo lugar un hecho accidental, pero de naturaleza previsible, en concreto y en sujeción a lo razonable. Ello sería, evidentemente, un contrasentido. Si es accidental, en efecto, es porque era imprevisible." (Página 449)

4. Según el texto del art. 1060 del C. de Co., ya transcrito, el deber de notificación se refiere a hechos o circunstancias no previstas "*que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato*…". Se infiere sin hesitación alguna que las circunstancias o eventos que puedan llegar a configurar una agravación del riesgo, necesaria e ineludiblemente tienen que darse con posterioridad a la celebración del contrato de seguros. Y es que, H. Magistrados, no puede pasarse por alto que la norma en cita está estrechamente relacionada y vinculada con el art. 1058 ibidem, que regula la nulidad relativa del contrato de seguros por inexactitud o reticencia del tomador en la declaración de las circunstancias que rodean el estado del riesgo. Resulta contrario a la técnica y al régimen jurídico consignado en el contrato de seguros afirmar que un hecho existente con anterioridad a la concertación del contrato de seguros puede configurar una agravación del riesgo. Los hechos y circunstancias anteriores a la celebración del contrato pueden generar una nulidad relativa del contrato de seguros, pero nunca una agravación del riesgo. Y traigo a colación este aspecto H. Magistrados, porque como lo expondré más adelante, el juez de primera instancia para aceptar y proclamar la agravación del riesgo, tomó en consideración hechos y circunstancias que se dieron con anterioridad a la expedcion de la póliza que sirve de báculo a las pretensiones formuladas por mi mandante. Desde luego, tal proceder conduce a una violación directa de la ley sustancial, por cuanto eitero

el pluricitado art. 1060 exige que tales hechos o circunstancias sean sobrevinientes a la celebración del contrato.

5. Desde luego, los hechos o circunstancias que se dice generaron una agravación del riesgo, deben tener alguna influencia en el riesgo asegurado originalmente, según lo señala la doctrina. Bajo tal premisa es nítido que entratándose de la póliza de cumplimiento en que se fincan las pretensiones de la demanda, y específicamente en la cobertura de anticipo que es la que se busca afectar, para que pueda predicarse agravación del riesgo en los términos que contempla la legislación mercantil, es menester que tales hechos afecten o tengan trascendencia sobre la correcta inversión del anticipo, que fue precisamente el riesgo delimitado bajo este amparo, en un todo de conformidad con el art. 1056 del C. de Co. Es que, H. Magistrados, como ya se ha dicho en la demanda no se está pretendiendo indemnización alguna por los amparos o coberturas diferentes a la de buen manejo del anticipo.

6. El cuarto elemento que ha señalado la doctrina para que pueda exigirse al tomador o asegurado el deber de notificar la agravación del riesgo, se contrae a que los hechos o circunstancias sean trascendentes en la delimitación del riesgo. No se puede pasar por alto H. Magistrados, como ya se ha indicado, que el art. 1060 del Estatuto Mercantil hace expresa revisión al art. 1058, inciso primero ibidem. Es decir que para determinar si las circunstancias o hechos son agravantes del riesgo, es preciso que los mismos tengan tal relevancia que impliquen que el asegurador se hubiera retraído de celebrar el contrato de seguros o lo hubiera hecho en condiciones más onerosas. Sobre el punto el Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO en su extenso artículo incorporado en el Tomo III ya citado de su compendio de seguros anota:

"*Clara pues la ratio legis tatuada en el precepto contenido en el artículo 1060 de nuestro Código de Comercio, es menester precisar que el arquetipo valorativo empleado por el legislador patrio para determinar si un hecho reviste la calidad de agravante - de la mano de otros legisladores internacionales -estriba en establecer si el asegurado, de haber conocido clara y oportunamente el nuevo estado de riesgo, no hubiera celebrado el contrato de seguro (inhibición o inacción negocial) o, de haberlo hecho, en su defecto, su valoración cuantitativa hubiera implicado el cobro de una prima superior, (plus), como tal suficiente, con arreglo a la técnica aseguradora (mutación en la" economía del seguro" y adecuación negocial)*

Y más adelante el connotado autor y experto en materia de seguros señala:

"*En síntesis, no todos los hechos o circunstancias que modifican el estado del riesgo, como hemos acotado antes, tienen la virtualidad de rasgar - o de alterar - el equilibrio del contrato de seguro o la base sobre la cual descansa, lato sens – y, por ende, activar la ejecución de la carga informativa enderezada a su exteriorización. Sólo la tendrán aquellas que comulguen con los criterios arquetípicos consignados en el artículo 1058 del Código de Comercio, ya examinados (criterios de referencia). Como bien lo memoró la Corte Suprema de Justicia, corroborando la misma idea, "No todas las agravaciones, per se, están llamadas a desencadenar efectos indeseados o lesivos, en razón de que es posible que materialmente existan, pero que desde una perspectiva jurídica no se tornen trascendentes. De ahí que se aluda a agravaciones irrelevantes, intrascendentes o simplemente inocuas" (sent. de 28 febrero 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J.)*"

Acorde con los fundamentos expuestos, y dado que la carga de la prueba para reclamar agravación del riesgo y consecuente terminación del contrato de seguros corresponde a la aseguradora, es nítido que

entre los elementos de facto que debe probar la excepcionante está el que la supuesta agravación del riesgo fue de tal magnitud que de haberse dado desde el inicio del contrato de seguros no lo hubiera celebrado o lo hubiera concertado en condiciones más onerosas. Y en el caso que nos ocupa, ciertamente se echa de menos cualquier medio probatorio tendiente a demostrar que SEGUREXPO ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DEL COMERCIO EXTERIOR no hubiera celebrado el contrato de seguros si hubiera conocido las circunstancias aducidas en este proceso y que fueron aceptadas por el juez a quo. Notará esa H. Corporación que se echa de menos un formulario de declaración sobre el estado del riesgo, un manual de políticas de aseguramiento de la demandada en el ramo de cumplimiento, las tarifas que contemplan extraprimas en el mismo ramo o en fin cualquier indicio que pudiera demostrar la relevancia y trascendencia de las circunstancias de marras, como se expondrá más adelante.

7. Finalmente, es pertinente traer a colación que desde luego los hechos o circunstancias que puedan devenir en una agravación trascendente y esencial del riesgo asegurado, deben ser conocidos por el asegurado o tomador y desconocidos para el asegurador. En este punto ha de resaltarse que desde luego si el asegurador conocía sobre las circunstancias o hechos que considera agravantes del riesgo y no procedió a notificar la terminación del contrato de seguros y desde luego a devolver el importe de la prima no devengada o causada, debe inferirse que tales hechos no constituían una agravación del riesgo, pues simple y llanamente no hizo manifestación de voluntad alguna dando por terminado el contrato de seguros. Y es que, H. Magistrados es precisamente lo que ocurre en el caso que nos ocupa, pues obran en el expediente, entre otras, sendas copias de las comunicaciones SOL BOG-008-11, SOL-BOG-0011-11 y SOL-BOG-0014-11 proladas diciembre 05 de 2011, dirigidas por mi poderdante al CONSORCIO LA CORDIALIDAD y recibidas todas por SEGUREXPO el 12 de diciembre de

2011 (según sello inserto en las mismas), en las cuales se hace referencia al acta modificatoria de la oferta que dio origen al primigenio contrato y a la falta de licencia ambiental. Igualmente, obra carta SOL-BOG-0064-12 de enero 23 de 2012, cuya copia fue radicada en SEGUREXPO el 26 de los mismos mes y año, donde se hace referencia a los acuerdos modificatorios, la falta de entrega de licencia ambiental y las demoras en el inicio de la relación contractual. Y ocurre H. Magistrados que la demandada sólo vino a hacer manifestación de agravación del riesgo y una eventual violación a cláusulas de garantía el 10 de agosto de 2012, o sea 8 y 9 meses después de haber conocido los hechos y circunstancias que ahora sostiene conducen a la terminación del contrato de seguros. Dada la imposibilidad de acceder al expediente por circunstancias ampliamente conocidas, sin desconocer la fragilidad de la memoria, manifiesto a ustedes que las citadas comunicaciones fueron aportadas en exhibición de documentos que hiciera la propia demandada. No obstante lo anterior, y desde luego sin que implique aportación de nuevos medios probatorios, con el solo propósito de dar claridad al asunto, estoy adjuntado copia de las citadas comunicaciones, que valga decirlo no fueron apreciadas por el juez de primera instancia, incurriendo en evidente y trascendente error de hecho.

8. Esclarecidos los elementos axiomáticos para que pueda predicarse error u omisión del tomador o asegurado en la notificación de una agravación del riesgo que genere terminación del contrato de seguros, debo referirme ante los H. Magistrados a los hechos y circunstancias que el juzgado de primera instancia en la sentencia impugnada da por probados y lo llevan a concluir que la excepción a que me he referido en este acápite es próspera. Escudriñando los fundamentos de la decisión impugnada, que valga decirlo no son lo suficientemente claros, pareciera inferirse que los hechos y circunstancias en que la

sentencia de primer grado fincó su decisión de dar por probada la excepción de agravación del riesgo, parecieran ser los siguientes:

8.1 El que, según afirmación del sentenciador a quo el anticipo se entregó dos años antes de firmarse el acta de inicio y según se afirma: "*el anticipo se entregó perdón la redundancia anticipadamente a la expedición de la póliza*."

8.2 La celebración del contrato de transacción y las modificaciones que se hicieron al contrato primigenio en desarrollo de la mencionada transacción.

8.3 La falta de licencia ambiental para el inicio de las obras.

Acorde con lo anterior, cumple hacer referencia a si tales hechos cumplen a cabalidad con los requisitos que exige la ley sustancial, la jurisprudencia y doctrina, para que puedan generar la agravación del riesgo que aceptó la providencia impugnada y que generan la terminación del contrato de seguros así no lo hubiera declarado expresamente el sentenciador.

Sin embargo, previo análisis de las conclusiones del juzgado, a fuer de pecar por reiterativo y fatigante, una vez más quiero resaltar ante los H. Magistrados que el riesgo asumido por el asegurador (y que sirve de báculo a las pretensiones de la demanda), está definido en la póliza que nos ocupa en los siguientes términos:

"*SEGUREXPO DE COLOMBIA. S.A. ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DE COMERCIO EXTERIOR OTORGA AL ASEGURADO O BENEFICIARIO LOS AMPAROS QUE SE CONSIGNAN EN LA CARATULA DE LA PÓLIZA CON SUJECIÓN A LA NOCIÓN DE CADA UNO DE ELLOS:*

…

.1.2 AMPARO DE ANTICIPO

SE AMPARA AL ASEGURADO O BENEFICIARIO POR LOS PERJUICIOS QUE SE LE CAUSEN CON MOTIVO DE LA APROPIACIÓN O USO INCORRECTO DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO COMO ANTICIPO AL CONTRATISTA AFIANZADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS COMO ANTICIPO PARA QUE OPERE EL AMPARO ESTOS DEBERÁN ESTAR DEBIDAMENTE TASADOS EN DINERO Y EXPRESAMENTE CONVENIDOS COMO TAL POR LAS PARTES."

Notarán los H. Magistrados que tal riesgo en últimas se contrae a que el contratista se apropie o de un uso indebido o incorrecto a los dineros recibidos como anticipo. Ello significa que, si el contrato no se puede ejecutar por cualquier circunstancia, el contratista afianzado está constreñido u obligado a devolver las sumas de dinero recibidas como anticipo. Tal obligación no puede verse afectada por que haya demoras en la ejecución de las obras o si se quiere porque las mismas resulten de imposible cumplimiento. Si el contrato no se puede ejecutar, por cualquier circunstancia, por grave que ella sea o solo se puede ejecutar parcialmente, es nítido que en el primer evento el contratista debe reintegrar al contratante la totalidad del anticipo recibido y la proporción no invertida en el segundo.

Hechas las anteriores acotaciones, en los numerales subsiguientes me referiré a cada uno de los fundamentos, eitero poco claros, que tuvo el a quo para dar por probada la excepción que nos ocupa.

9. En punto a la argumentación del fallo impugnado en cuanto a que el anticipo fue entregado el 04 de abril de 2009, es decir más de dos años antes de que se firmara el acta de inicio y que la entrega del anticipo fue anterior a la expedición de la póliza, caben los siguientes comentarios:

9.1 Delanteramente pongo de presente a los H. Magistrados que en lo atinente a la afirmación que se hace en la sentencia de primer grado en el sentido de que "*eso significa ni más ni menos que el día que SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. expidió la póliza garantizando el manejo adecuado de ese anticipo, nos encontramos con la sorpresa de que efectivamente el Consorcio ya había recibido el anticipo*." Y posteriormente reitera: "*el anticipo se entregó, perdón la redundancia anticipadamente a la expedición de la póliza*.". Lamentablemente en la sentencia impugnada no se precisan los fundamentos y pruebas de tal afirmación. Y es que la verdad es que tales afirmaciones resultan contrarias a la realidad probatoria que obra en el proceso. En efecto:

a. La Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 00015090, que milita dentro del proceso y que contempla la cobertura de anticipo, fue expedida el 01 de abril de 2009.

b. El anticipo fue entregado al contratista el 03 de abril de 2009.

Pero si se aceptara la infundada tesis del juzgado en el sentido de que el anticipo fue entregado con anterioridad a la concertación del seguro, evidentemente sería un hecho pretérito a la expedición de la póliza y no un hecho posterior

a la celebración del seguro, como lo exige el art. 1060 del C. de Co.

9.2 Y en lo atinente a que el acta de inicio de las obras se suscribió dos años después de expedida la póliza, también se trata de una circunstancia o hecho existente al momento de celebración del contrato de seguros. Es decir, al momento en que se concertó el negocio aseguraticio no existía el acta de inicio de la obra. Si este hecho fuera de tal envergadura que hubiera conducido a que SEGUREXPO no celebrara el contrato de seguros o lo hiciera en condiciones más onerosas, se estaría frente a una causal de nulidad relativa (art. 1058 del C. de Co.), pero jamás ante una agravación del riesgo.

Pero amén de los anteriores planteamientos no se requiere mayor esfuerzo mental para concluir que los hechos y circunstancias que se glosan resultan ajenos a la obligación de invertir adecuadamente el anticipo, y en caso de no ejecución del contrato, devolvérselo al contratante, pero no apropiarse de tales recursos, como lo hicieron en forma por demás dolosa las sociedades integrantes del CONSORCIO LA CORDIALIDAD y según lo reconoció el laudo arbitral de 04 de agosto de 2016.

10. En punto a la celebración del contrato de transacción y el consecuente otrosí modificatorio al contrato primigenio, enfáticamente afirmo que tal circunstancia lejos de ser una agravación del riesgo, lo que hizo fue permitirle al contratista afianzado que ante las dificultades en el inicio de las obras, al prorrogarse el término de vigencia para ejecución de las obras, pudiera invertir el anticipo en el desarrollo de las mismas. No pareciera ser posible que el hecho de prorrogar la vigencia de un contrato constituya una circunstancia que determine el estado del riesgo y que de ser conocida por el asegurador lo hubiera retraído del

concertar el seguro o hacerlo en condiciones más onerosas. Y de sostenerse lo contrario, correspondía a SEGUREXPO demostrar y probar que tal prórroga tenía las consecuencias ya indicadas. Eventualmente, la transacción y consecuente suscripción del acuerdo modificatorio podrían tener incidencia en la cobertura de cumplimiento, pero jamás en el amparo de anticipo. Y es que H. Magistrados, como lo he dicho y lo reitero, mi mandante no está reclamando indemnización de un siniestro que afecte el amparo de cumplimiento, no obstante que ya la jurisdicción arbitral declaró el incumplimiento del contrato afianzado. Si se quisiera H. Magistrados, la prórroga en el término de ejecución del contrato, que fue lo que ocurrió en el caso que nos ocupa, implicaría más una disminución del riesgo. Al punto traigo a colación lo dicho por el Dr. HERNANDO GALINDO CUBIDES en su obra EL SEGURO DE FIANZA – GARANTÍA UNICA DE CUMPLIMIENTO, página 149, Segunda Edición:

"*Para que se produzca la terminación del contrato u otras consecuencias por la agravación del riesgo, tiene que ser una "agravación" y no una simple modificación que no afecte para nada el contrato, o, lo que es peor, disminuya la peligrosidad del riesgo, como, por ejemplo, cuándo al contratista, además de imponerle controles adicionales de interventoría y administración, se le otorga un plazo prudencial para que pueda cumplir con la ejecución del contrato. La aseguradora en este caso no podría alegar como causal de exoneración de responsabilidad que no le fue oportunamente avisada la prolongación del plazo en dos o tres semanas más y que por lo tanto, el informe es tardío porque debió haberlo conocido por lo menos 20 días atrás, "disque" para colocar los correctivos pertinentes. Resulta a todas luces inaceptable sostener acá que hubo variación del riesgo.*"

11. En lo atinente al último argumento invocado por el sentenciador a quo, esto es la falta de la licencia ambiental, era una circunstancia que ya existía al momento de concertarse el contrato de seguros. Y no se diga

que la falta de tal licencia agrava el riesgo de anticipo, pues evidentemente si no se obtuvo la licencia el contratista ha debido devolver las sumas de dinero anticipadas, pero nunca apropiárselas. Al habérsela apropiado indebidamente, que es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, se configuró el siniestro entendido como la realización del riesgo asegurado (art. 1072 C. de Co.).

12. Para concluir este acápite H. Magistrados, como ya se indicó ut supra, SEGUREXPO conocía de la existencia del contrato de transacción y del otrosí y sólo después de ocho meses, cuando se les notificó la ocurrencia del siniestro vino a aducir como causal de exoneración de responsabilidad la hipotética agravación del riesgo.

III
SOBRE LA INEXISTENTE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGUROS

En lo atinente a la decisión del juzgado de primer grado de declarar probada la excepción de prescripción, considero pertinente hacer las siguientes anotaciones y precisiones para sustentar ante su Despacho que la sentencia impugnada incurrió claramente en una violación directa de la ley sustancial por las siguientes razones:

1. Ante todo, debe memorarse que el Estatuto de los Comerciantes entratándose del contrato de seguros reguló el fenómeno prescriptivo en los siguientes términos:

"La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes"

2. Es evidente, y en mi sentir desde luego no tiene controversia que al siniestro configurado por la indebida inversión del anticipo debe aplicarse el término de prescripción ordinaria, en cuanto y por cuanto no se dan las circunstancias que han señalado jurisprudencia y doctrina para aplicación de la prescripción extraordinaria.

3. Esclarecido lo anterior, debo memorar que siendo el siniestro la realización del riesgo asegurado, según claras voces del art. 1072 del Estatuto Mercantil y entiendo por riesgo asegurado el evento que da lugar a la obligación del asegurado, entratándose del amparo de cumplimiento el siniestro, para el caso que nos ocupa, viene a configurarse cuando se causan perjuicios al asegurado "*CON MOTIVO DE LA APROPIACIÓN O USO INCORRECTO DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO COMO ANTICIPO AL CONTRATISTA AFIANZADO, PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO*…". (El subrayado es mío). De la anterior definición del riesgo asegurado contemplada en el numera primero de las condiciones generales de la póliza, se infiere claramente que la única forma de determinar si hubo apropiación o uso incorrecto de las sumas de dinero anticipadas, es cuando termine la vigencia del contrato bien sea por expiración del plazo acordado o por declaratoria de terminación de alguna de las partes, como ocurrió en el caso que nos

ocupa y según se narró en el numeral 22 de los fundamentos de facto invocadas en la reforma de la demanda. En mi sentir, lo anterior es nítido toda vez que mientras el contrato, que sirvió de báculo a la entrega del anticipo esté vigente y se estén ejecutando obras, no habrá forma de definir si la totalidad del anticipo fue o no invertido en el contrato. Aún más, solo a la terminación del contrato se puede conocer si el contratista devuelve o no las sumas de dinero que habiendo sido anticipadas no fueron invertidas adecuadamente.

4. En la sentencia impugnada se afirma, desde luego advirtiendo que puede haber imprecisiones por tratarse de una transcripción tomada del audio lo siguiente:

   "*Teniendo en cuenta que se suscribió el acta el día 11 de noviembre de 2011, AUTOPISTAS DEL SOL tuvo conocimiento del incumplimiento por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD desde el 06 de enero de 2012, toda vez que en el hecho 20 de la demanda manifiesta que solicitó al Consorcio que efectivamente atendía los distintos requerimientos realizados sobre la inversión del anticipo entregado desde el 03 de abril de 2009*" (El subrayado es mío)

   Al rompe observará esa H. Corporación que el primer yerro de hecho en la interpretación del contrato, y demás elementos necesarios para configurar el siniestro, estriba en que el sentenciador de primer grado confunde los amparos de cumplimiento con el de anticipo, cuando se trata de dos riesgos asegurados bien visibles.

5. En efecto H. Magistrados, insisto en que la única forma de definir si no hubo correcta inversión del anticipo y la cuantía del hipotético siniestro, sólo puede definirse y conocerse cuando concluida la vigencia del contrato, por cualquier causal, es posible determinar qué cantidades de dinero o bienes anticipados fueron invertidos en las

obras y si las sumas no invertidas son devueltas o apropiadas por el contratista.

6. Tal como lo puntualicé en el tantas veces citado escrito, radicado ante el juzgado a quo el 03 de diciembre de 2019 y lo reclamé en forma vehemente en el alegato de conclusión, una es la cobertura de cumplimiento y otra la de buen manejo del anticipo. Es la propia Corte Suprema de Justicia la que en sentencia de 24 de julio de 2006, con ponencia del magistrado CARLOS IGNACIO JARAMILLO dijo:

"*3. Hechas las anteriores precisiones, necesarias para el despacho del cargo, se memora que en el presente asunto, las pretensiones de la parte demandante están vinculadas a dos pólizas diferentes, y que el Tribunal en la providencia impugnada expuso las razones por las que estimaba procedente – respecto de cada una de ellas – confirmar la sentencia desestimatoria de las súplicas del libelo. En vista de tal circunstancia, la Sala se ocupará separadamente de las censuras formuladas a la sentencia en lo concerniente a cada modalidad aseguraticia*."

Y más adelante agrega la providencia en cita:

"*Dicho de otra manera, el negocio jurídico instrumentado mediante la póliza de seguro número 21976 es igualmente un seguro de cumplimiento, pero diverso e independiente del contenido en la póliza 21975, el que tenía por objeto, como antes se señaló "garantizar el buen manejo y correcta inversión del anticipo", y por ello, sin desconocer el vínculo que une o liga ambas pólizas - el contrato CP-093-97-, per se, no puede considerarse realizado en riesgo en ella asegurado cuando nos entregan cumplidamente o en forma adecuada las obras materiales respecto de las cuales se dio al contratista, a título de anticipo, una determinada suma de dinero*." (Expediente No. 00191)

7. Resulta paradójico, por decir lo menos, la siguiente circunstancia y antecedente:

7.1 H. Magistrados ante el mismo Juzgado Primero Civil del Circuito y siendo titular del Despacho el mismo juez que decidió el presente litigio, cursó proceso verbal de AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S. contra SEGUROS DEL ESTADO S.A. No huelga advertir que los dos litigios son semejantes o por lo menos en demasía iguales, toda vez que se trató de dirimir controversias derivadas de la no correcta inversión del anticipo de un contrato concertado entre las mismas partes a saber AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S. y el CONSORCIO LA CORDIALIDAD, sobre un tramo de la misma concesión y con fundamento en una oferta similar a la que fue afianzada en el presente litigio.

7.2 El señor Juez Primero Civil del Circuito en el litigio reseñado en el subnumeral precedente declaró igualmente la prescripción de la acción derivada del contrato de seguros. Impugnada esta decisión, fue revocadas por el Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia de la Dra. MARTHA PATRICIA GUZMAN ÁLVAREZ y de la cual hicieron parte la Sala integrada por las Dras. RUTH ELENA GALVIS VERGARA e HILA GONZALEZ NEIRA, radicado: 11001310300120150105702 y afirmó lo siguiente:

"*De todo lo anotado, se deduce que contrario a lo afirmado por el a-quo, Autopistas del sol S.A.,* ***tuvo pleno conocimiento del indebido uso del anticipo otorgado al contratista, el 21 de julio de 2011****, cuando decidió desplazar al consorcio de la ejecución del contrato y tomó el tramo Cartagena – Arjona, ya que para ese entonces había constatado que: i) el contratista llevaba dos meses de parálisis*

en las obras, ii) se encontraba escasos dos meses de concluir el plazo para la terminación del contrato y solo se había ejecutado un 19.4% de la obra, iii) llevaba diez meses de ejecución del contrato y solo se le habían reconocido $2.819.773.304 de $14.575.281.978.oo, que valía el contrato, iv) la interventoría había resaltado que uno delos problemas del consorcio era la falta de flujo de caja para la operación del contratista, cuestión que se supone está soportada con el anticipo, y v) solo se habían amortizado $565.644.979.oo, de $2.915.056.396 entregados como anticipo, circunstancias que vistas en conjunto, constituían fehaciente evidencia del indebido uso del anticipo."

7.3 Para información de los H. Magistrados, si bien el proceso reseñado en el subnumeral que antecede se encuentra actualmente en la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, desatando recurso extraordinario de revisión, debo precisar que el recurso de casación interpuesto por SEGUROS DEL ESTADO S.A. reclamando casación de la sentencia de segundo grado por no declarar la prescripción, fue declarado inadmisible, de tal forma que el único recurso de casación en trámite es el formulado por el suscrito apoderado, en el cual se pretende incremento de las sumas a indemnizar.

8. En el presente litigio, como se dijo en el hecho 22 de la reforma de la demanda, y ya se había afirmado en el trámite arbitral, la terminación del contrato afianzado sólo se dio el 25 de enero de 2012 y así se reconoció en el laudo arbitral que obra en el proceso. Es decir, que en esta fecha fue que AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S. pudo determinar qué cantidad de dinero de las sumas anticipadas había sido invertida en la ejecución de las obras y aún más, desconocía si el contratista devolvería o no aquellas sumas de dinero que no se utilizaron en el

desarrollo de las obras contratadas. Ello significa que sólo en esta fecha se conoció la ocurrencia del siniestro.

9. Esclarecidos los anteriores aspectos, para el caso que nos ocupa tenemos lo siguiente:

9.1 Si el siniestro se configuró con la terminación del contrato, esto es el 25 de enero de 2012, es nítido que el fenómeno prescriptivo operaría el 25 de enero de 2014.

9.2 La demanda arbitral y el llamamiento en garantía ante el CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ fueron presentados el 23 de enero de 2014 y desde luego en un todo de conformidad con el art. 94 del C.G.P. se interrumpió la prescripción.

9.3 Ahora bien, como quiera que SEGUREXPO adujo en el trámite arbitral falta de competencia del tribunal de arbitramento y tal defensa fue aceptada mediante auto proferido en audiencia del 13 de abril de 2015 y confirmada el 27 de los mismos mes y año, a partir de la fecha preindicada inició el término para presentar demanda ante la jurisdicción ordinaria y mantener la interrupción de la prescripción, en un todo de conformidad con el art. 30 de la Ley 1563 de 2012, inciso primero, el cual es del siguiente tenor:

"Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición. Si decidiere que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvención, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la

porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos. En este caso, para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente."

9.4 Significa lo anterior que el término de 20 días para presentar demanda ante la jurisdicción civil y mantener la interrupción de la prescripción ocurría el 26 de mayo de 2015, habida consideración que el 01 y 18 de mayo de 2015 fueron festivos.

9.5 Y la demanda que dio génesis al presente proceso fue radicada el 29 de abril de 2015 es decir dentro del término a que me he referido.

10. De otro lado, H. magistrados desde el punto de vista puramente doctrinario no se pueden desconocer los efectos de la comunicación, reclamación y requerimiento formulado por el Dr. GABRIEL JAIME VIVAS DIEZ, de 12 de julio de 2012, radicada el mismo día ante SEGUREXPO y mediante el cual se reclamó y requirió la suma de $7.323.855.290.oo por el amparo de anticipo de la póliza, que junto con otros elementos, sirve de causa petendi al presente proceso.

Por las razones expuestas H. Magistrados en mi sentir no operó el fenómeno de prescripción de la acción derivada del contrato de seguros que proclamó la sentencia de primer grado.

IV
PETICIÓN DE REVOCATORIA Y RECONOCIMIENTO DE PRETENSIONES

Para concluir mi sustentación, con apoyo en los argumentos expuestos, que considero desvirtúan las motivaciones de la sentencia impugnada y demuestran nítidamente los errores de facto y de jure en que incurrió el juez a quo, respetuosamente reclamo ante los H. Magistrados que la Sala Civil del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que se **REVOQUE** la sentencia proferida en forma verbal por el Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá en audiencia que surtió el 29 de noviembre de 2019 y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda, habida consideración de lo siguiente:

1. Dispone el art. 1077 del C. de Co.:

   "*Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.*

   El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad."

2. Entendido el siniestro como la realización del riesgo asegurado (art. 1072 ibidem), para el caso que nos ocupa, mi poderdante debía demostrar la indebida inversión del anticipo y la cuantía de los perjuicios que sufrió por la conducta del contratista afianzado.

3. Tales cargas probatorias, y desde luego en concordancia con el art. 167 del C. del Co. quedaron demostradas con el laudo arbitral, que surte efectos de cosa juzgada dentro del cual después de un tortuoso debate probatorio se dijo lo siguiente:

   "*CUARTO. Declarar que las sociedades CONSTRUCTORA VIALPA S.A. – SUCURSAL COLOMBIA, CHANGE CONSULTING GROUP S.A. y GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A. usaron indebidamente las sumas de dinero que les fueron entregadas a título de anticipo por AUTOPISTAS DEL SOL S.A. en desarrollo del contrato a que se refiere la decisión anterior.*"

   Y ese contrato es precisamente la orden Servicio No. 30.
   Abundando en razones, en el laudo arbitral, bajo el numeral 2.7.4 se trata en forma extensa el tema de la indebida inversión del anticipo,

razón por la cual pido al Despacho que se tenga tan importante análisis, hecho por demás con apoyo en el dictamen pericial que fue trasladado como prueba al presente proceso. (Página 114)

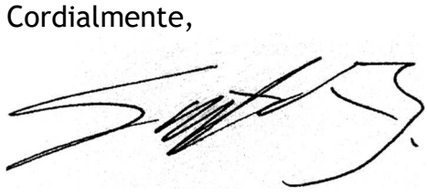
4. Desde luego está probado (así lo haya cuestionado la demandada en forma infundada), que las sociedades integrantes del CONSORCIO LA CORDIALIDAD recibieron el anticipo acordado. Y en últimas H. Magistrados, así lo reconoció el laudo arbitral que obra en el proceso.

5. Y desde luego, la cuantía de la pérdida está demostrada no solo con el laudo arbitral sino con el experticio que se practicó en el seno del tribunal de arbitramento y que fue trasladado al presente proceso, cumpliéndose con todos los requisitos de contradicción.

6. Acorde con lo anterior, reclamo que se acceda a las pretensiones de la demanda y se condene a la demandada al pago de la suma de $7.298.777.786 M/cte. más intereses moratorios desde el 12 de agosto de 2012, esto es transcurrido un mes después de la presentación de la reclamación formal entrega por mi procurada a SEGUREXPO, fungiendo como apoderado el Dr. GABRIEL JAIME VIVAS DIEZ, todo de conformidad con el art. 1080 del Estatuto de los Comerciantes.

Por lo expuesto, reitero a los H. Magistrados mi pedimiento de revocatoria de la sentencia impugnada.

Cordialmente,



SANTIAGO LOZANO ATUESTA
C.C. No. 19.115.178 de Bogotá
T.P. No. 14684 del C.S.J.

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL
Att.: H. Magistrada Ponente
Dra. MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
Ciudad

REF.: PROCESO VERBAL
DEMANDANTE: AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S.
DEMANDADO: SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DEL COMERCIO EXTERIOR
RADICADO: 2015-00663-02
ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

Obrando como apoderado de la parte actora dentro del proceso citado en referencia, estando dentro del término señalado por su Despacho mediante auto de 08 de junio de 2020, notificado a las partes el 09 de los mismos mes y año, en concordancia con lo dispuesto por el art. 14 del Decreto Legislativo 806 de 04 de junio de 2020, por este escrito procedo a **SUSTENTAR** el recurso de apelación que oportunamente interpuse contra la sentencia proferida en forma oral por el Juez 1° Civil del Circuito de Bogotá en audiencia surtida el 29 de noviembre de 2019 y mediante la cual al desatar la primera instancia del proceso citado en referencia, se decidió negar las pretensiones de la demanda, como consecuencia de haberse declarado probadas las excepciones de agravación del estado del riesgo y prescripción de la acción derivada del contrato de seguros. Para una mayor claridad de mi argumentación ante los H. Magistrados, he dividido el presente escrito en cuatro capítulos a saber: el primero para formular algunas precisiones y pedimientos ante el sentenciador de segunda instancia, el segundo y el tercero para controvertir los argumentos del juez a quo sobre las dos excepciones que declaró prósperas y el cuarto para reclamar la revocatoria de la sentencia impugnada y el reconocimiento de las pretensiones.

I
PRECISIONES Y PEDIMIENTOS PROVISIONALES

Previamente a consignar los argumentos de sustentación para reclamar la revocatoria de la sentencia de primer grado, considero pertinente hacer ante esa H. Corporación las siguientes manifestaciones:

1. No obstante que se está tramitando la presente impugnación bajo los términos previstos en el art. 14, inciso segundo del Decreto 806 de 2020 ya citado, he mantenido las exigencias que señala el Código General del Proceso en lo atinente a que la sustentación se contrae a los reparos que se hizo a la sentencia de primer grado en escrito radicado el 03 de diciembre de 2019.

2. Respetuosamente pido a los H. Magistrados que se tengan incorporados en este escrito los argumentos que expuse en la audiencia que se surtió el 10 de octubre de 2019 así como los consignados en el ya citado escrito radicado el 03 de diciembre de 2019, mediante el cual se señalaron los motivos de reparo a la sentencia de primera instancia. Lo anterior H. Magistrados, con el propósito de no volver a transcribir especialmente citas doctrinarias.

3. No obstante lo anterior, y dado que el alegato de conclusión se presentó verbalmente en audiencia, en el presente escrito sí estoy transcribiendo la jurisprudencia que tuve a bien invocar en la citada diligencia.

4. Igualmente, y para mejor entendimiento de mi argumentación, pongo de presente al Tribunal que si bien las pretensiones de la demanda y de la reforma a la misma tienen apoyo y causa petendi en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 00015090, la cual contempla diferentes amparos y coberturas, realmente la pretensión indemnizatoria busca afectar única y exclusivamente el amparo de buen manejo del

anticipo. Esta premisa, que en mi sentir fue desconocida por el juez de primera instancia, es determinante para analizar tanto la hipotética agravación del riesgo como la inexistente prescripción de la acción derivada del contrato de seguros.

5. Informo al Despacho que el presente escrito, dada la situación de emergencia sanitaria que se vive en la República de Colombia y en el mundo, estoy remitiendo el presente escrito a los correos electrónicos:

   mgarcias@cendoj.ramajudicial.gov.co
   secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

   Igualmente, pongo de presente que el mismo fue remitido desde el correo electrónico que tengo registrado y actualizado ante su Despacho, esto es: Santiago.lozano@lozanoatuesta.com.

6. Por último, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto dictado en el marco de emergencia económica ya mencionado, estoy remitiendo copia del presente escrito a la Dra. CLAUDIA LUCERO HERNÁNDEZ CARRANZA a la dirección de correo electrónico que según los antecedentes que reposan en el expediente y cuya dirección es: claudiahernandez@basicltda.com.

II
SOBRE LA SUPUESTA AGRAVACIÓN DEL RIESGO

Como ya se manifestó y se esbozó en el escrito en que se consignaron los reparos a la sentencia apelada, el señor Juez 1° Civil del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción a que me refiero en este acápite. Aceptar este medio de defensa, si bien no lo dijo la sentencia impugnada, conduce inexorablemente a la declaratoria de terminación del contrato de seguros. En este punto debo poner de presente ante esa H. Corporación que el sentenciador a quo dejó de señalar los deberes que le impone el art. 280 del

C.G.P., omitió señalar cuáles eran las normas de derecho en que fundaba su decisión de declarar probada la excepción de marras. Aunado a lo anterior, no se puede pasar por alto que la argumentación del juez de primer grado resulta bastante confusa, como puede apreciarse en el audio respectivo.

Bajo la situación descrita, debo iniciar esta sustentación memorando que la carga o deber que impone la legislación mercantil al tomador o asegurado de informar las circunstancias que alteren o modifiquen el riesgo y las consecuencias de su incumplimiento u omisión, tiene fundamento en el art. 1060 del C. de Co. Sin embargo, tal norma ha de interpretarse en forma conjunta y armónica con el art. 1058 ibidem, habida consideración de la remisión que se hace en forma expresa a esta norma.

Formuladas las breves acotaciones anteriores, consigno los argumentos incluidos fundamentos de hecho y de derecho por los cuales no era posible predicar en el caso que nos ocupa la agravación del riesgo y consecuente terminación del contrato de seguros que aduce la parte demandada y aceptó el juzgado de primera instancia.

LA NO APLICACIÓN DE LA AGRAVACIÓN DEL RIESGO AL CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO

Si bien es cierto, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil ha reconocido que el seguro de cumplimiento se rige por las normas propias del contrato de seguros, esto es las consignadas en el Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio, también lo es que la misma jurisprudencia patria ha puesto de presente que a los contratos de seguros de este linaje no se les aplica el instituto de la agravación del riesgo contemplado en el ya citado art. 1060 del C. de Co. En efecto, el alto tribunal en sentencia de 15 de agosto de 2008, expediente 19940321601, magistrado ponente Dr. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA, afirmó lo siguiente:

"*Empero, así mismo, teniendo en cuenta las características especiales de esta clase de contrato y su función económico-social, por conocido se tiene que algunos aspectos de él no resultan compatibles con los restantes moldes aseguraticios; por ejemplo, en asuntos como el riesgo involucrado en él, su agravación (art. 1060 C. de Co.), la revocatoria (art. 1159), el valor real del interés (art. 1089), la terminación unilateral (Art. 1071), la terminación por mora en el pago de la prima (art. 1068), entre otras, circunstancias que imponen algunas restricciones que aparejan un tratamiento disímil frente a la generalidad de los seguros, percepción tan cierta que para esa categoría de seguro se expidió, especialmente, una ley que, aunque de manera exigua, lo regenta (225 de 1938)***."***

La anterior jurisprudencia fue reiterada por la misma Sala con ponencia igualmente del Magistrado Dr. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA, mediante sentencia de 18 de diciembre de 2009, expediente 2001389-01.

Y si se quiere abundar en antecedentes, la misma Corporación en sentencia de 18 de diciembre de 2012, magistrado ponente Dr. FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ, expediente 1100131030392007-00037-01, reiteró:

"*Aspecto que debe ser sopesado con las condiciones que ameritaron para el seguro de cumplimiento un desarrollo legislativo y jurisprudencial particular, pues, como lo precisó la Corporación en el proveído de 15 de agosto de 2008 tantas veces citado "Abordar el examen de un contrato de seguro de cumplimiento, a propósito de evidenciar el querer de las partes, ha de realizarse, desde luego, en lo pertinente y en lo que sea compatible atendiendo su tipología, bajo la óptica o espectro de las normas que gobiernan el seguro, ya en lo particular como en lo general; como por ejemplo, las condiciones de la póliza, vigencia de la obligación de la aseguradora, coberturas, etc. En otras palabras, dicha modalidad aseguraticia, se nutre, por expresa disposición de la misma ley que la adoptó, de las disposiciones concernientes a los contratos de seguros (art. 7 ib.), situación no extraña y, contrariamente, dada su naturaleza, de suyo inevitable, en razón a que hace parte del ramo de los amparos de daños, por ende,*

caracterizado como un mecanismo eminentemente indemnizatorio, deviene gobernado, en lo pertinente, por las reglas que gobiernan los contratos de esa especie (…). Empero, así mismo, teniendo en cuenta las características especiales de esta clase de contrato y su función económico-social, por conocido se tiene que algunos aspectos de él no resultan compatibles con los restantes moldes aseguraticios; por ejemplo, en asuntos como el riesgo involucrado en él, su agravación (art. 1060 C. de Co.), la revocatoria (art. 1159), el valor real del interés (art. 1089), la terminación unilateral (Art. 1071), la terminación por mora en el pago de la prima (art. 1068), entre otras, circunstancias que imponen algunas restricciones que aparejan un tratamiento disímil frente a la generalidad de los seguros, percepción tan cierta que para esa categoría de seguro se expidió, especialmente, una ley que, aunque de manera exigua, lo regenta (225 de 1938)". (El subrayado es mío)

En el plano doctrinario el Dr. JORGE EDUARDO NARVÁEZ sostiene posición similar a la de la jurisprudencia transcrita, según cita que hace el tratadista CARLOS IGNACIO JARAMILLO y que tuve a bien transcribir en el pluricitado escrito de reparos a la sentencia impugnada, bajo el subnumeral 10.1 del acápite relativo a la supuesta agravación del riesgo y que deliberadamente no transcribo para no fatigar a los H. Magistrados.

LA AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA AGRAVACIÓN DEL RIESGO EN EL CASO QUE NOS OCUPA Y LA CARGA DE LA PRUEBA.

Desde luego, para que pudiera predicarse la existencia de una agravación del riesgo y consecuente terminación del contrato de seguros, era menester que la excepcionante en un todo de conformidad con el art. 167 del C.G.P. probara la totalidad de los elementos axiomáticos que contempla el art. 1060 del Estatuto de los Comerciantes, para que pudiera pregonarse el incumplimiento del deber de información del tomador o asegurado sobre este tópico y consecuente causal de terminación del contrato de seguros. Lamentablemente, en la sentencia cuya revocatoria reclamo no se hizo mención a los requisitos o elementos que se requieren para la configuración

de la causal de terminación del contrato de seguros que se glosa; aun más, como ya se dijo, ni siquiera se mencionaron las normas que regulan el instituto en comento. Y en puridad de verdad, la parte excepcionante nunca demostró la existencia de tales elementos incumpliendo claramente con la carga probatoria que le correspondía. En efeto:

1. Sea lo primero traer a colación que desde luego correspondía a la aseguradora convocada a proceso demostrar a cabalidad que se habían dado los requisitos específicos que deben reunir los hechos o circunstancias fácticas y contractuales necesarios para que se pudiera configurar una agravación del riesgo y la consecuente terminación del contrato de seguros. En el pluricitado escrito de 03 de diciembre de 2019 tuve a bien transcribir lo dicho por el tratadista y exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., cita doctrinaria que pido respetuosamente se tenga incorporada al presente escrito.

2. Hecha la anterior aclaración, a fuer de pecar por reiterativo insisto en que siguiendo a los Drs. J. EFRÉN OSSA G. y CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., connotados tratadistas en materia de seguros ya citados en el escrito a que me he referido, de conformidad con el art. 1060 del Ordenamiento Comercial, para que se dé la causal de terminación del negocio jurídico por falta de notificación oportuna de la agravación del riesgo, es menester que se cumplan en su totalidad los siguientes hechos y circunstancias:

   2.1 Que se trate de un hecho imprevisto.

   2.2 Que el hecho sea posterior a la concertación del contrato de seguros, esto es que se trate de un hecho nuevo y no pretérito o coetáneo con la celebración del negocio jurídico.

2.3 Que el hecho tenga la virtualidad de modificar el riesgo inicialmente asumido por el asegurador.

2.4 Que el nuevo hecho o circunstancia sea TRASCENDENTE o RELEVANTE, esto es de tal magnitud que el asegurador no hubiera celebrado el contrato de seguros o lo hubiera hecho en condiciones más onerosas.

2.5 Que sea conocido por el tomador y desconocido por el asegurador.

Bajo la anterior premisa, procedo a conceptualizar cada uno de los anteriores requisitos, para a renglón seguido demostrar que en el proceso que nos ocupa no se probó la exitencia de los mismos, lo cual inexorablemente conduce a que la sentencia de primer grado sea violatoria de la ley en forma indirecta y por error de hecho, evidente, manifiesto, ostensible y trascendente.

3. Que el hecho sea imprevisto tiene apoyo y fundamento en el mismo texto del art. 1060 del C. de Co., cuando señala: "*En tal virtud, uno u otro deberá notiifca por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebracion del contrato.*" (El subrayado es mío). Concordante con lo anterior, no pueden constituir agravación del riesgo aquellas circunstancias que bien podrían darse durante la ejecución del contrato de seguros. Sobre el punto anota el Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J. en su obra ya citada:

"*Por lo tanto, si los hechos son previsibles o identificables, es natural que no se pueda con éxito pretextar una agravación vinculante – o determinante -, en la medida en que el prenotado desenvolvimiento del riesgo asegurado, en lo que toca con este aspecto, era previsible, o sea que había – o debía haber – consciencia aseguraticia acerca de esta situación de hecho, para nada accidental o fortuita, lo que origina que la mutación proyectada – o representada intelectivamente –*

forme parte del supuesto asegurado, o sea del estado del riesgo material del contrato. No sin razón, el concepto de "imprevisión", de raíz, erosiona las calidades de "accidental" y "fortuito" del hecho, ya citadas. Es así, por vía de ilustración, como no sería de recibo manifestar que tuvo lugar un hecho accidental, pero de naturaleza previsible, en concreto y en sujeción a lo razonable. Ello sería, evidentemente, un contrasentido. Si es accidental, en efecto, es porque era imprevisible." (Página 449)

4. Según el texto del art. 1060 del C. de Co., ya transcrito, el deber de notificación se refiere a hechos o circunstancias no previstas "*que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato*…". Se infiere sin hesitación alguna que las circunstancias o eventos que puedan llegar a configurar una agravación del riesgo, necesaria e ineludiblemente tienen que darse con posterioridad a la celebración del contrato de seguros. Y es que, H. Magistrados, no puede pasarse por alto que la norma en cita está estrechamente relacionada y vinculada con el art. 1058 ibidem, que regula la nulidad relativa del contrato de seguros por inexactitud o reticencia del tomador en la declaración de las circunstancias que rodean el estado del riesgo. Resulta contrario a la técnica y al régimen jurídico consignado en el contrato de seguros afirmar que un hecho existente con anterioridad a la concertación del contrato de seguros puede configurar una agravación del riesgo. Los hechos y circunstancias anteriores a la celebración del contrato pueden generar una nulidad relativa del contrato de seguros, pero nunca una agravación del riesgo. Y traigo a colación este aspecto H. Magistrados, porque como lo expondré más adelante, el juez de primera instancia para aceptar y proclamar la agravación del riesgo, tomó en consideración hechos y circunstancias que se dieron con anterioridad a la expedcion de la póliza que sirve de báculo a las pretensiones formuladas por mi mandante. Desde luego, tal proceder conduce a una violación directa de la ley sustancial, por cuanto eitero

el pluricitado art. 1060 exige que tales hechos o circunstancias sean sobrevinientes a la celebración del contrato.

5. Desde luego, los hechos o circunstancias que se dice generaron una agravación del riesgo, deben tener alguna influencia en el riesgo asegurado originalmente, según lo señala la doctrina. Bajo tal premisa es nítido que entratándose de la póliza de cumplimiento en que se fincan las pretensiones de la demanda, y específicamente en la cobertura de anticipo que es la que se busca afectar, para que pueda predicarse agravación del riesgo en los términos que contempla la legislación mercantil, es menester que tales hechos afecten o tengan trascendencia sobre la correcta inversión del anticipo, que fue precisamente el riesgo delimitado bajo este amparo, en un todo de conformidad con el art. 1056 del C. de Co. Es que, H. Magistrados, como ya se ha dicho en la demanda no se está pretendiendo indemnización alguna por los amparos o coberturas diferentes a la de buen manejo del anticipo.

6. El cuarto elemento que ha señalado la doctrina para que pueda exigirse al tomador o asegurado el deber de notificar la agravación del riesgo, se contrae a que los hechos o circunstancias sean trascendentes en la delimitación del riesgo. No se puede pasar por alto H. Magistrados, como ya se ha indicado, que el art. 1060 del Estatuto Mercantil hace expresa revisión al art. 1058, inciso primero ibidem. Es decir que para determinar si las circunstancias o hechos son agravantes del riesgo, es preciso que los mismos tengan tal relevancia que impliquen que el asegurador se hubiera retraído de celebrar el contrato de seguros o lo hubiera hecho en condiciones más onerosas. Sobre el punto el Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO en su extenso artículo incorporado en el Tomo III ya citado de su compendio de seguros anota:

"*Clara pues la ratio legis tatuada en el precepto contenido en el artículo 1060 de nuestro Código de Comercio, es menester precisar que el arquetipo valorativo empleado por el legislador patrio para determinar si un hecho reviste la calidad de agravante - de la mano de otros legisladores internacionales -estriba en establecer si el asegurado, de haber conocido clara y oportunamente el nuevo estado de riesgo, no hubiera celebrado el contrato de seguro (inhibición o inacción negocial) o, de haberlo hecho, en su defecto, su valoración cuantitativa hubiera implicado el cobro de una prima superior, (plus), como tal suficiente, con arreglo a la técnica aseguradora (mutación en la" economía del seguro" y adecuación negocial)*

Y más adelante el connotado autor y experto en materia de seguros señala:

"*En síntesis, no todos los hechos o circunstancias que modifican el estado del riesgo, como hemos acotado antes, tienen la virtualidad de rasgar - o de alterar - el equilibrio del contrato de seguro o la base sobre la cual descansa, lato sens – y, por ende, activar la ejecución de la carga informativa enderezada a su exteriorización. Sólo la tendrán aquellas que comulguen con los criterios arquetípicos consignados en el artículo 1058 del Código de Comercio, ya examinados (criterios de referencia). Como bien lo memoró la Corte Suprema de Justicia, corroborando la misma idea, "No todas las agravaciones, per se, están llamadas a desencadenar efectos indeseados o lesivos, en razón de que es posible que materialmente existan, pero que desde una perspectiva jurídica no se tornen trascendentes. De ahí que se aluda a agravaciones irrelevantes, intrascendentes o simplemente inocuas" (sent. de 28 febrero 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J.)*"

Acorde con los fundamentos expuestos, y dado que la carga de la prueba para reclamar agravación del riesgo y consecuente terminación del contrato de seguros corresponde a la aseguradora, es nítido que

entre los elementos de facto que debe probar la excepcionante está el que la supuesta agravación del riesgo fue de tal magnitud que de haberse dado desde el inicio del contrato de seguros no lo hubiera celebrado o lo hubiera concertado en condiciones más onerosas. Y en el caso que nos ocupa, ciertamente se echa de menos cualquier medio probatorio tendiente a demostrar que SEGUREXPO ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DEL COMERCIO EXTERIOR no hubiera celebrado el contrato de seguros si hubiera conocido las circunstancias aducidas en este proceso y que fueron aceptadas por el juez a quo. Notará esa H. Corporación que se echa de menos un formulario de declaración sobre el estado del riesgo, un manual de políticas de aseguramiento de la demandada en el ramo de cumplimiento, las tarifas que contemplan extraprimas en el mismo ramo o en fin cualquier indicio que pudiera demostrar la relevancia y trascendencia de las circunstancias de marras, como se expondrá más adelante.

7. Finalmente, es pertinente traer a colación que desde luego los hechos o circunstancias que puedan devenir en una agravación trascendente y esencial del riesgo asegurado, deben ser conocidos por el asegurado o tomador y desconocidos para el asegurador. En este punto ha de resaltarse que desde luego si el asegurador conocía sobre las circunstancias o hechos que considera agravantes del riesgo y no procedió a notificar la terminación del contrato de seguros y desde luego a devolver el importe de la prima no devengada o causada, debe inferirse que tales hechos no constituían una agravación del riesgo, pues simple y llanamente no hizo manifestación de voluntad alguna dando por terminado el contrato de seguros. Y es que, H. Magistrados es precisamente lo que ocurre en el caso que nos ocupa, pues obran en el expediente, entre otras, sendas copias de las comunicaciones SOL BOG-008-11, SOL-BOG-0011-11 y SOL-BOG-0014-11 proladas diciembre 05 de 2011, dirigidas por mi poderdante al CONSORCIO LA CORDIALIDAD y recibidas todas por SEGUREXPO el 12 de diciembre de

2011 (según sello inserto en las mismas), en las cuales se hace referencia al acta modificatoria de la oferta que dio origen al primigenio contrato y a la falta de licencia ambiental. Igualmente, obra carta SOL-BOG-0064-12 de enero 23 de 2012, cuya copia fue radicada en SEGUREXPO el 26 de los mismos mes y año, donde se hace referencia a los acuerdos modificatorios, la falta de entrega de licencia ambiental y las demoras en el inicio de la relación contractual. Y ocurre H. Magistrados que la demandada sólo vino a hacer manifestación de agravación del riesgo y una eventual violación a cláusulas de garantía el 10 de agosto de 2012, o sea 8 y 9 meses después de haber conocido los hechos y circunstancias que ahora sostiene conducen a la terminación del contrato de seguros. Dada la imposibilidad de acceder al expediente por circunstancias ampliamente conocidas, sin desconocer la fragilidad de la memoria, manifiesto a ustedes que las citadas comunicaciones fueron aportadas en exhibición de documentos que hiciera la propia demandada. No obstante lo anterior, y desde luego sin que implique aportación de nuevos medios probatorios, con el solo propósito de dar claridad al asunto, estoy adjuntado copia de las citadas comunicaciones, que valga decirlo no fueron apreciadas por el juez de primera instancia, incurriendo en evidente y trascendente error de hecho.

8. Esclarecidos los elementos axiomáticos para que pueda predicarse error u omisión del tomador o asegurado en la notificación de una agravación del riesgo que genere terminación del contrato de seguros, debo referirme ante los H. Magistrados a los hechos y circunstancias que el juzgado de primera instancia en la sentencia impugnada da por probados y lo llevan a concluir que la excepción a que me he referido en este acápite es próspera. Escudriñando los fundamentos de la decisión impugnada, que valga decirlo no son lo suficientemente claros, pareciera inferirse que los hechos y circunstancias en que la

sentencia de primer grado fincó su decisión de dar por probada la excepción de agravación del riesgo, parecieran ser los siguientes:

8.1 El que, según afirmación del sentenciador a quo el anticipo se entregó dos años antes de firmarse el acta de inicio y según se afirma: "*el anticipo se entregó perdón la redundancia anticipadamente a la expedición de la póliza*."

8.2 La celebración del contrato de transacción y las modificaciones que se hicieron al contrato primigenio en desarrollo de la mencionada transacción.

8.3 La falta de licencia ambiental para el inicio de las obras.

Acorde con lo anterior, cumple hacer referencia a si tales hechos cumplen a cabalidad con los requisitos que exige la ley sustancial, la jurisprudencia y doctrina, para que puedan generar la agravación del riesgo que aceptó la providencia impugnada y que generan la terminación del contrato de seguros así no lo hubiera declarado expresamente el sentenciador.

Sin embargo, previo análisis de las conclusiones del juzgado, a fuer de pecar por reiterativo y fatigante, una vez más quiero resaltar ante los H. Magistrados que el riesgo asumido por el asegurador (y que sirve de báculo a las pretensiones de la demanda), está definido en la póliza que nos ocupa en los siguientes términos:

"*SEGUREXPO DE COLOMBIA. S.A. ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DE COMERCIO EXTERIOR OTORGA AL ASEGURADO O BENEFICIARIO LOS AMPAROS QUE SE CONSIGNAN EN LA CARATULA DE LA PÓLIZA CON SUJECIÓN A LA NOCIÓN DE CADA UNO DE ELLOS:*

…

.1.2 AMPARO DE ANTICIPO

SE AMPARA AL ASEGURADO O BENEFICIARIO POR LOS PERJUICIOS QUE SE LE CAUSEN CON MOTIVO DE LA APROPIACIÓN O USO INCORRECTO DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO COMO ANTICIPO AL CONTRATISTA AFIANZADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS COMO ANTICIPO PARA QUE OPERE EL AMPARO ESTOS DEBERÁN ESTAR DEBIDAMENTE TASADOS EN DINERO Y EXPRESAMENTE CONVENIDOS COMO TAL POR LAS PARTES."

Notarán los H. Magistrados que tal riesgo en últimas se contrae a que el contratista se apropie o de un uso indebido o incorrecto a los dineros recibidos como anticipo. Ello significa que, si el contrato no se puede ejecutar por cualquier circunstancia, el contratista afianzado está constreñido u obligado a devolver las sumas de dinero recibidas como anticipo. Tal obligación no puede verse afectada por que haya demoras en la ejecución de las obras o si se quiere porque las mismas resulten de imposible cumplimiento. Si el contrato no se puede ejecutar, por cualquier circunstancia, por grave que ella sea o solo se puede ejecutar parcialmente, es nítido que en el primer evento el contratista debe reintegrar al contratante la totalidad del anticipo recibido y la proporción no invertida en el segundo.

Hechas las anteriores acotaciones, en los numerales subsiguientes me referiré a cada uno de los fundamentos, eitero poco claros, que tuvo el a quo para dar por probada la excepción que nos ocupa.

9. En punto a la argumentación del fallo impugnado en cuanto a que el anticipo fue entregado el 04 de abril de 2009, es decir más de dos años antes de que se firmara el acta de inicio y que la entrega del anticipo fue anterior a la expedición de la póliza, caben los siguientes comentarios:

9.1 Delanteramente pongo de presente a los H. Magistrados que en lo atinente a la afirmación que se hace en la sentencia de primer grado en el sentido de que "*eso significa ni más ni menos que el día que SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. expidió la póliza garantizando el manejo adecuado de ese anticipo, nos encontramos con la sorpresa de que efectivamente el Consorcio ya había recibido el anticipo*." Y posteriormente reitera: "*el anticipo se entregó, perdón la redundancia anticipadamente a la expedición de la póliza*.". Lamentablemente en la sentencia impugnada no se precisan los fundamentos y pruebas de tal afirmación. Y es que la verdad es que tales afirmaciones resultan contrarias a la realidad probatoria que obra en el proceso. En efecto:

a. La Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 00015090, que milita dentro del proceso y que contempla la cobertura de anticipo, fue expedida el 01 de abril de 2009.

b. El anticipo fue entregado al contratista el 03 de abril de 2009.

Pero si se aceptara la infundada tesis del juzgado en el sentido de que el anticipo fue entregado con anterioridad a la concertación del seguro, evidentemente sería un hecho pretérito a la expedición de la póliza y no un hecho posterior

a la celebración del seguro, como lo exige el art. 1060 del C. de Co.

9.2 Y en lo atinente a que el acta de inicio de las obras se suscribió dos años después de expedida la póliza, también se trata de una circunstancia o hecho existente al momento de celebración del contrato de seguros. Es decir, al momento en que se concertó el negocio aseguraticio no existía el acta de inicio de la obra. Si este hecho fuera de tal envergadura que hubiera conducido a que SEGUREXPO no celebrara el contrato de seguros o lo hiciera en condiciones más onerosas, se estaría frente a una causal de nulidad relativa (art. 1058 del C. de Co.), pero jamás ante una agravación del riesgo.

Pero amén de los anteriores planteamientos no se requiere mayor esfuerzo mental para concluir que los hechos y circunstancias que se glosan resultan ajenos a la obligación de invertir adecuadamente el anticipo, y en caso de no ejecución del contrato, devolvérselo al contratante, pero no apropiarse de tales recursos, como lo hicieron en forma por demás dolosa las sociedades integrantes del CONSORCIO LA CORDIALIDAD y según lo reconoció el laudo arbitral de 04 de agosto de 2016.

10. En punto a la celebración del contrato de transacción y el consecuente otrosí modificatorio al contrato primigenio, enfáticamente afirmo que tal circunstancia lejos de ser una agravación del riesgo, lo que hizo fue permitirle al contratista afianzado que ante las dificultades en el inicio de las obras, al prorrogarse el término de vigencia para ejecución de las obras, pudiera invertir el anticipo en el desarrollo de las mismas. No pareciera ser posible que el hecho de prorrogar la vigencia de un contrato constituya una circunstancia que determine el estado del riesgo y que de ser conocida por el asegurador lo hubiera retraído del

concertar el seguro o hacerlo en condiciones más onerosas. Y de sostenerse lo contrario, correspondía a SEGUREXPO demostrar y probar que tal prórroga tenía las consecuencias ya indicadas. Eventualmente, la transacción y consecuente suscripción del acuerdo modificatorio podrían tener incidencia en la cobertura de cumplimiento, pero jamás en el amparo de anticipo. Y es que H. Magistrados, como lo he dicho y lo reitero, mi mandante no está reclamando indemnización de un siniestro que afecte el amparo de cumplimiento, no obstante que ya la jurisdicción arbitral declaró el incumplimiento del contrato afianzado. Si se quisiera H. Magistrados, la prórroga en el término de ejecución del contrato, que fue lo que ocurrió en el caso que nos ocupa, implicaría más una disminución del riesgo. Al punto traigo a colación lo dicho por el Dr. HERNANDO GALINDO CUBIDES en su obra EL SEGURO DE FIANZA – GARANTÍA UNICA DE CUMPLIMIENTO, página 149, Segunda Edición:

"*Para que se produzca la terminación del contrato u otras consecuencias por la agravación del riesgo, tiene que ser una "agravación" y no una simple modificación que no afecte para nada el contrato, o, lo que es peor, disminuya la peligrosidad del riesgo, como, por ejemplo, cuándo al contratista, además de imponerle controles adicionales de interventoría y administración, se le otorga un plazo prudencial para que pueda cumplir con la ejecución del contrato. La aseguradora en este caso no podría alegar como causal de exoneración de responsabilidad que no le fue oportunamente avisada la prolongación del plazo en dos o tres semanas más y que por lo tanto, el informe es tardío porque debió haberlo conocido por lo menos 20 días atrás, "disque" para colocar los correctivos pertinentes. Resulta a todas luces inaceptable sostener acá que hubo variación del riesgo.*"

11. En lo atinente al último argumento invocado por el sentenciador a quo, esto es la falta de la licencia ambiental, era una circunstancia que ya existía al momento de concertarse el contrato de seguros. Y no se diga

que la falta de tal licencia agrava el riesgo de anticipo, pues evidentemente si no se obtuvo la licencia el contratista ha debido devolver las sumas de dinero anticipadas, pero nunca apropiárselas. Al habérsela apropiado indebidamente, que es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, se configuró el siniestro entendido como la realización del riesgo asegurado (art. 1072 C. de Co.).

12. Para concluir este acápite H. Magistrados, como ya se indicó ut supra, SEGUREXPO conocía de la existencia del contrato de transacción y del otrosí y sólo después de ocho meses, cuando se les notificó la ocurrencia del siniestro vino a aducir como causal de exoneración de responsabilidad la hipotética agravación del riesgo.

III
SOBRE LA INEXISTENTE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGUROS

En lo atinente a la decisión del juzgado de primer grado de declarar probada la excepción de prescripción, considero pertinente hacer las siguientes anotaciones y precisiones para sustentar ante su Despacho que la sentencia impugnada incurrió claramente en una violación directa de la ley sustancial por las siguientes razones:

1. Ante todo, debe memorarse que el Estatuto de los Comerciantes entratándose del contrato de seguros reguló el fenómeno prescriptivo en los siguientes términos:

"La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes"

2. Es evidente, y en mi sentir desde luego no tiene controversia que al siniestro configurado por la indebida inversión del anticipo debe aplicarse el término de prescripción ordinaria, en cuanto y por cuanto no se dan las circunstancias que han señalado jurisprudencia y doctrina para aplicación de la prescripción extraordinaria.

3. Esclarecido lo anterior, debo memorar que siendo el siniestro la realización del riesgo asegurado, según claras voces del art. 1072 del Estatuto Mercantil y entiendo por riesgo asegurado el evento que da lugar a la obligación del asegurado, entratándose del amparo de cumplimiento el siniestro, para el caso que nos ocupa, viene a configurarse cuando se causan perjuicios al asegurado "*CON MOTIVO DE LA APROPIACIÓN O USO INCORRECTO DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO COMO ANTICIPO AL CONTRATISTA AFIANZADO, PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO*…". (El subrayado es mío). De la anterior definición del riesgo asegurado contemplada en el numera primero de las condiciones generales de la póliza, se infiere claramente que la única forma de determinar si hubo apropiación o uso incorrecto de las sumas de dinero anticipadas, es cuando termine la vigencia del contrato bien sea por expiración del plazo acordado o por declaratoria de terminación de alguna de las partes, como ocurrió en el caso que nos

ocupa y según se narró en el numeral 22 de los fundamentos de facto invocadas en la reforma de la demanda. En mi sentir, lo anterior es nítido toda vez que mientras el contrato, que sirvió de báculo a la entrega del anticipo esté vigente y se estén ejecutando obras, no habrá forma de definir si la totalidad del anticipo fue o no invertido en el contrato. Aún más, solo a la terminación del contrato se puede conocer si el contratista devuelve o no las sumas de dinero que habiendo sido anticipadas no fueron invertidas adecuadamente.

4. En la sentencia impugnada se afirma, desde luego advirtiendo que puede haber imprecisiones por tratarse de una transcripción tomada del audio lo siguiente:

   "*Teniendo en cuenta que se suscribió el acta el día 11 de noviembre de 2011, AUTOPISTAS DEL SOL tuvo conocimiento del incumplimiento por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD desde el 06 de enero de 2012, toda vez que en el hecho 20 de la demanda manifiesta que solicitó al Consorcio que efectivamente atendía los distintos requerimientos realizados sobre la inversión del anticipo entregado desde el 03 de abril de 2009*" (El subrayado es mío)

   Al rompe observará esa H. Corporación que el primer yerro de hecho en la interpretación del contrato, y demás elementos necesarios para configurar el siniestro, estriba en que el sentenciador de primer grado confunde los amparos de cumplimiento con el de anticipo, cuando se trata de dos riesgos asegurados bien visibles.

5. En efecto H. Magistrados, insisto en que la única forma de definir si no hubo correcta inversión del anticipo y la cuantía del hipotético siniestro, sólo puede definirse y conocerse cuando concluida la vigencia del contrato, por cualquier causal, es posible determinar qué cantidades de dinero o bienes anticipados fueron invertidos en las

obras y si las sumas no invertidas son devueltas o apropiadas por el contratista.

6. Tal como lo puntualicé en el tantas veces citado escrito, radicado ante el juzgado a quo el 03 de diciembre de 2019 y lo reclamé en forma vehemente en el alegato de conclusión, una es la cobertura de cumplimiento y otra la de buen manejo del anticipo. Es la propia Corte Suprema de Justicia la que en sentencia de 24 de julio de 2006, con ponencia del magistrado CARLOS IGNACIO JARAMILLO dijo:

"*3. Hechas las anteriores precisiones, necesarias para el despacho del cargo, se memora que en el presente asunto, las pretensiones de la parte demandante están vinculadas a dos pólizas diferentes, y que el Tribunal en la providencia impugnada expuso las razones por las que estimaba procedente – respecto de cada una de ellas – confirmar la sentencia desestimatoria de las súplicas del libelo. En vista de tal circunstancia, la Sala se ocupará separadamente de las censuras formuladas a la sentencia en lo concerniente a cada modalidad aseguraticia*."

Y más adelante agrega la providencia en cita:

"*Dicho de otra manera, el negocio jurídico instrumentado mediante la póliza de seguro número 21976 es igualmente un seguro de cumplimiento, pero diverso e independiente del contenido en la póliza 21975, el que tenía por objeto, como antes se señaló "garantizar el buen manejo y correcta inversión del anticipo", y por ello, sin desconocer el vínculo que une o liga ambas pólizas - el contrato CP-093-97-, per se, no puede considerarse realizado en riesgo en ella asegurado cuando nos entregan cumplidamente o en forma adecuada las obras materiales respecto de las cuales se dio al contratista, a título de anticipo, una determinada suma de dinero*." (Expediente No. 00191)

7. Resulta paradójico, por decir lo menos, la siguiente circunstancia y antecedente:

7.1 H. Magistrados ante el mismo Juzgado Primero Civil del Circuito y siendo titular del Despacho el mismo juez que decidió el presente litigio, cursó proceso verbal de AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S. contra SEGUROS DEL ESTADO S.A. No huelga advertir que los dos litigios son semejantes o por lo menos en demasía iguales, toda vez que se trató de dirimir controversias derivadas de la no correcta inversión del anticipo de un contrato concertado entre las mismas partes a saber AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S. y el CONSORCIO LA CORDIALIDAD, sobre un tramo de la misma concesión y con fundamento en una oferta similar a la que fue afianzada en el presente litigio.

7.2 El señor Juez Primero Civil del Circuito en el litigio reseñado en el subnumeral precedente declaró igualmente la prescripción de la acción derivada del contrato de seguros. Impugnada esta decisión, fue revocadas por el Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia de la Dra. MARTHA PATRICIA GUZMAN ÁLVAREZ y de la cual hicieron parte la Sala integrada por las Dras. RUTH ELENA GALVIS VERGARA e HILA GONZALEZ NEIRA, radicado: 11001310300120150105702 y afirmó lo siguiente:

"*De todo lo anotado, se deduce que contrario a lo afirmado por el a-quo, Autopistas del sol S.A.,* ***tuvo pleno conocimiento del indebido uso del anticipo otorgado al contratista, el 21 de julio de 2011****, cuando decidió desplazar al consorcio de la ejecución del contrato y tomó el tramo Cartagena – Arjona, ya que para ese entonces había constatado que: i) el contratista llevaba dos meses de parálisis*

en las obras, ii) se encontraba escasos dos meses de concluir el plazo para la terminación del contrato y solo se había ejecutado un 19.4% de la obra, iii) llevaba diez meses de ejecución del contrato y solo se le habían reconocido $2.819.773.304 de $14.575.281.978.oo, que valía el contrato, iv) la interventoría había resaltado que uno delos problemas del consorcio era la falta de flujo de caja para la operación del contratista, cuestión que se supone está soportada con el anticipo, y v) solo se habían amortizado $565.644.979.oo, de $2.915.056.396 entregados como anticipo, circunstancias que vistas en conjunto, constituían fehaciente evidencia del indebido uso del anticipo."

7.3 Para información de los H. Magistrados, si bien el proceso reseñado en el subnumeral que antecede se encuentra actualmente en la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, desatando recurso extraordinario de revisión, debo precisar que el recurso de casación interpuesto por SEGUROS DEL ESTADO S.A. reclamando casación de la sentencia de segundo grado por no declarar la prescripción, fue declarado inadmisible, de tal forma que el único recurso de casación en trámite es el formulado por el suscrito apoderado, en el cual se pretende incremento de las sumas a indemnizar.

8. En el presente litigio, como se dijo en el hecho 22 de la reforma de la demanda, y ya se había afirmado en el trámite arbitral, la terminación del contrato afianzado sólo se dio el 25 de enero de 2012 y así se reconoció en el laudo arbitral que obra en el proceso. Es decir, que en esta fecha fue que AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S. pudo determinar qué cantidad de dinero de las sumas anticipadas había sido invertida en la ejecución de las obras y aún más, desconocía si el contratista devolvería o no aquellas sumas de dinero que no se utilizaron en el

desarrollo de las obras contratadas. Ello significa que sólo en esta fecha se conoció la ocurrencia del siniestro.

9. Esclarecidos los anteriores aspectos, para el caso que nos ocupa tenemos lo siguiente:

9.1 Si el siniestro se configuró con la terminación del contrato, esto es el 25 de enero de 2012, es nítido que el fenómeno prescriptivo operaría el 25 de enero de 2014.

9.2 La demanda arbitral y el llamamiento en garantía ante el CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ fueron presentados el 23 de enero de 2014 y desde luego en un todo de conformidad con el art. 94 del C.G.P. se interrumpió la prescripción.

9.3 Ahora bien, como quiera que SEGUREXPO adujo en el trámite arbitral falta de competencia del tribunal de arbitramento y tal defensa fue aceptada mediante auto proferido en audiencia del 13 de abril de 2015 y confirmada el 27 de los mismos mes y año, a partir de la fecha preindicada inició el término para presentar demanda ante la jurisdicción ordinaria y mantener la interrupción de la prescripción, en un todo de conformidad con el art. 30 de la Ley 1563 de 2012, inciso primero, el cual es del siguiente tenor:

"Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición. Si decidiere que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvención, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la

porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos. En este caso, para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente."

9.4 Significa lo anterior que el término de 20 días para presentar demanda ante la jurisdicción civil y mantener la interrupción de la prescripción ocurría el 26 de mayo de 2015, habida consideración que el 01 y 18 de mayo de 2015 fueron festivos.

9.5 Y la demanda que dio génesis al presente proceso fue radicada el 29 de abril de 2015 es decir dentro del término a que me he referido.

10. De otro lado, H. magistrados desde el punto de vista puramente doctrinario no se pueden desconocer los efectos de la comunicación, reclamación y requerimiento formulado por el Dr. GABRIEL JAIME VIVAS DIEZ, de 12 de julio de 2012, radicada el mismo día ante SEGUREXPO y mediante el cual se reclamó y requirió la suma de $7.323.855.290.oo por el amparo de anticipo de la póliza, que junto con otros elementos, sirve de causa petendi al presente proceso.

Por las razones expuestas H. Magistrados en mi sentir no operó el fenómeno de prescripción de la acción derivada del contrato de seguros que proclamó la sentencia de primer grado.

IV
PETICIÓN DE REVOCATORIA Y RECONOCIMIENTO DE PRETENSIONES

Para concluir mi sustentación, con apoyo en los argumentos expuestos, que considero desvirtúan las motivaciones de la sentencia impugnada y demuestran nítidamente los errores de facto y de jure en que incurrió el juez a quo, respetuosamente reclamo ante los H. Magistrados que la Sala Civil del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que se **REVOQUE** la sentencia proferida en forma verbal por el Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá en audiencia que surtió el 29 de noviembre de 2019 y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda, habida consideración de lo siguiente:

1. Dispone el art. 1077 del C. de Co.:

   "*Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.*

   El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad."

2. Entendido el siniestro como la realización del riesgo asegurado (art. 1072 ibidem), para el caso que nos ocupa, mi poderdante debía demostrar la indebida inversión del anticipo y la cuantía de los perjuicios que sufrió por la conducta del contratista afianzado.

3. Tales cargas probatorias, y desde luego en concordancia con el art. 167 del C. del Co. quedaron demostradas con el laudo arbitral, que surte efectos de cosa juzgada dentro del cual después de un tortuoso debate probatorio se dijo lo siguiente:

   "*CUARTO. Declarar que las sociedades CONSTRUCTORA VIALPA S.A. – SUCURSAL COLOMBIA, CHANGE CONSULTING GROUP S.A. y GERENCIA DE CONTRATOS Y CONCESIONES S.A. usaron indebidamente las sumas de dinero que les fueron entregadas a título de anticipo por AUTOPISTAS DEL SOL S.A. en desarrollo del contrato a que se refiere la decisión anterior.*"

   Y ese contrato es precisamente la orden Servicio No. 30.
   Abundando en razones, en el laudo arbitral, bajo el numeral 2.7.4 se trata en forma extensa el tema de la indebida inversión del anticipo,

razón por la cual pido al Despacho que se tenga tan importante análisis, hecho por demás con apoyo en el dictamen pericial que fue trasladado como prueba al presente proceso. (Página 114)

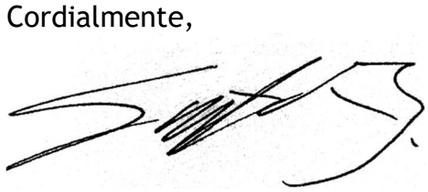
4. Desde luego está probado (así lo haya cuestionado la demandada en forma infundada), que las sociedades integrantes del CONSORCIO LA CORDIALIDAD recibieron el anticipo acordado. Y en últimas H. Magistrados, así lo reconoció el laudo arbitral que obra en el proceso.

5. Y desde luego, la cuantía de la pérdida está demostrada no solo con el laudo arbitral sino con el experticio que se practicó en el seno del tribunal de arbitramento y que fue trasladado al presente proceso, cumpliéndose con todos los requisitos de contradicción.

6. Acorde con lo anterior, reclamo que se acceda a las pretensiones de la demanda y se condene a la demandada al pago de la suma de $7.298.777.786 M/cte. más intereses moratorios desde el 12 de agosto de 2012, esto es transcurrido un mes después de la presentación de la reclamación formal entrega por mi procurada a SEGUREXPO, fungiendo como apoderado el Dr. GABRIEL JAIME VIVAS DIEZ, todo de conformidad con el art. 1080 del Estatuto de los Comerciantes.

Por lo expuesto, reitero a los H. Magistrados mi pedimiento de revocatoria de la sentencia impugnada.

Cordialmente,



SANTIAGO LOZANO ATUESTA
C.C. No. 19.115.178 de Bogotá
T.P. No. 14684 del C.S.J.

Señores Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA –SALA CIVIL
Magistrada: Doctora HILDA GONZALEZ NEIRA
E. S .D

Referencia	:	APELACION SENTENCIA - ACCION DE PROTECCION AL CONSUMIDOR
Demandante	:	INVERSIONES TOP WORLD S.A.S HARRIOTS SPORT S.A.S
Demandado	:	PEDRO GOMEZ Y CIA S.A.S
Radicado	:	110013199001-**2019-23867** - 01
ASUNTO	**:**	**SUSTENTACION RECURSO DE APELACION**

MAURICIO TEHELEN BURITICA, mayor de edad, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, abogado titulado e inscrito, en mi condición de apoderado judicial de la parte demandante, respetuosamente y en cumplimiento al auto de fecha 8 de junio de 2020, notificado en el ESTADO del 09 del mismo mes y año, me permito SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACION INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DE FECHA 20 DE NOVIEMBRE DE 2019, proferida por parte de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SUPERINTEDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, que ***"declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa"***, *"**negó las pretensiones de la demanda"*** y ***"condenó en costas a la parte demandante"***, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

OBJETO DEL RECURSO

El presente recurso tiene por objeto que ese Honorable Tribunal REVISE la cuestión decidida en primera instancia y **REVOQUE la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2019**, notificada en estrados, donde se declaró probada por parte de Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SUPERINTEDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, negando las pretensiones de la demanda y condenando en costas a la parte demandante dentro de la presente Acción de Protección al Consumidor.

DE LOS REPAROS CONCRETOS QUE SE HACEN FRENTE A LA DECISION DE PRIMERA INSTANCIA Y DE LAS RAZONES DE INCONFORMIDAD CON LA DECISION OBJETO DE RECURSO

Señala el fallador de primera instancia que "*declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de los demandantes"*, dado que las personas jurídicas que actúan como demandantes ***no tienen la calidad de consumidores***, que por lo tanto se niegan las pretensiones de la demanda y se condena en costas y agencias en derecho a la parte vencida dentro del proceso.

Al respecto me permito manifestar lo siguiente:

1. La Ley 1480 de 2011 (art.5, núm., 3º), define al consumidor o usuario como *"toda persona natural o jurídica que,* como destinatario final, **adquiera**, disfrute o utilice determinado producto, **cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia,** privada, familiar o doméstica **y *empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica*.** (Negrillas, cursivas y subrayas fuera de texto original).

2. La Superintendencia de Industria y Comercio en el link https://www.sic.gov.co/recursos_user/boletin-juridico-dic2016/articulo/consumidor/el-empresario-como-consumidor-final.html, señala en qué casos el empresario es un consumidor:

"PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El empresario como consumidor final

Las relaciones de consumo que realizan los empresarios por regla general están excluidas de la protección del Estatuto del Consumidor, pues atendiendo la definición que de consumidor establece el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, quien actúa dentro de su propio ámbito profesional, no puede ser considerado como tal.

***No obstante**, **si el destino final del acto de consumo en el que estos participan se encuentra desprovisto de la intención de reinsertar los bienes en el mercado mediante su reventa o transformación**, **puede dárseles la calidad de consumidor-empresario**, **pues cuando se consume para suplir necesidades de tipo empresarial que no estén ligadas intrínsecamente a la actividad económica que se realiza**, el consumidor empresario está participando de una verdadera relación de consumo. (Negrillas, cursivas y subrayas fuera de texto original)*

Concepto Radicado No. 16- 230075 del 13 de octubre de 2016"

3. Se encuentra **probado en el interrogatorio de parte** realizado el día 20 de noviembre de 2019 durante la celebración de la audiencia **al señor Hernando Rodríguez González**, representante legal de la demandante INVERSIONES TOP WORD S.A.S, cuando a la pregunta realizada por parte del Delegado de la Superintendencia de Industria y Comercio se le indagó cual era la destinación del inmueble que a futuro tenían la expectativa de adquirir, a lo cual respondió: ***" allí funcionaria una tienda de ropa deportiva"***; ***tienda de ropa deportiva que no se encuentra intrínsecamente ligada a la actividad económica que actualmente realiza la demandante INVERSIONES TOP WORD S.A.S***, obsérvese en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por parte de la Cámara de Comercio de Bogotá que obra en el expediente, el objeto esta sociedad es: **A)** LOS SERVICIOS DE LOGISTICA EN GENERAL……, PARA LA REALIZACION DE EVENTOS DE CARÁCTER ARTISTICO, CULTURAL, RECREATIVO Y DEMAS. **B)** ASESORIA EN LA REALIZACION DE CUALQUIER TIPO DE EVENTOS PUBLICOS CULTURALES, DEPORTIVOS, SOCIALES, POLITICOS, ARTISTICOS Y TODOS AQUELLOS QUE INVOLUCREN LA ASISTENCIA DE PUBLICO EN GENERAL, PARA ESPECTACULOS Y AFINES, **C)** ALQUILER DE EQUIPOS DE SONIDO, AMPLIFICADORES, CARPAS, MUEBLES Y ENCERES, TRANSPORTE DE INVITADOS Y VEHICULOS ESPECIALES PARA EL ADECUADO Y OPORTUNO MANEJO DE PERSONAL Y PERSONALIDADES EN EL TERRITORIO COLOMBIANO, **D)** ASESORIA DE LUGARES APROPIADOS PARA LA REALIZACION DE DETERMINADOS EVENTOS Y ESPECTACULOS, ASI COMO LOS TRAMITES NECESARIOS PARA OBTENER PERMISOS PARA LA REALIZACION DE EVENTOS PROGRAMADOS, ENTRE OTROS; **PERO EN NINGUN CASO, LA COMPRA UN LOCAL QUE SERIA ARRENDADO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE UNA TIENDA DE ROPA DEPORTIVA,** es decir INVERSIONES TOP WORD S.A.S, en virtud del *numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011,* *tiene la calidad de consumidor*

y se encuentra legitimada en la causa por actividad para ser protegido por el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) y no como erróneamente lo señaló la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio al declarar probada la excepción de falta de legitimación por activa de esta sociedad demandante dentro de la audiencia llevada a cabo el pasado 20 de noviembre de 2019.

4. En cuanto a la también sociedad demandante HARRIOTS SPORT S.A.S, obsérvese que esta sociedad dentro de su objeto social según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el expediente, **se encuentra que su actividad económica principal se centra en**: A) PRODUCCION, IMPORTACION, DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE TODOS Y CADA UNO DE LOS ASPECTOS Y RAMAS DE LA INDUSTRIA DEL CALZADO, ARTICULOS DEPORTIVOS, ACCESORIOS DEPORTIVOS, AFINES Y SIMILARES, es decir la adquisición de un local comercial, para posteriormente arrendarlo para que funcionará allí una tienda de ropa deportiva, no hace parte del objeto social de esta sociedad demandante, es decir HARRIOTS SPORT S.A.S, en virtud del *numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, tiene la calidad de consumidor y se encuentra legitimada en la causa por actividad para ser protegido por el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011)* y no como erróneamente lo señaló la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio al declarar probada la excepción de falta de legitimación por activa de esta sociedad demandante dentro de la audiencia llevada a cabo el pasado 20 de noviembre de 2019.

5. El Honorable Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil, en reciente sentencia del ocho (8) de julio de 2019, radicado No 110013199001-**2018-12441-01** (exp.4853) y 110013199001-**2018-03483-01**, M.P, Dr. José Alfonso Isaza Dávila, respecto de la legitima en la causa por activa de las empresas demandantes, señaló:

   *"En ese orden, establece el numeral 3º del artículo 5º de la Ley 1480 de 2011, que consumidor es "(t)oda persona natural o jurídica que, como **destinatario final**, adquiera, disfrute o utilice determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una **necesidad propia,** privada, familiar o doméstica y empresarial, Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario" (Se resaltó).*

   *Tal concepto comprende a las personas naturales o jurídicas**,** como consumidor final que haya adquirido el producto o servicio, para satisfacer una necesidad suya, que a su vez puede darse en su esfera privada, familiar o doméstica y empresarial, con la importante salvedad de que esa carencia, que se colma con el producto, **no este intrínsecamente ligada a su actividad económica.** Verbigracia, un colegio que adquiere un sistema de software para optimizar su operación administrativa, pues su actividad se centra en el servicio de educación, o la microempresa de textiles que instala un sistema de vigilancia y seguridad en sus dependencias, dado que tal producto no está ligado intrínsecamente a la actividad comercial que desarrolla.*

   *En el punto **la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia**, en jurisprudencia que conserva vigencia, determinó que "siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto persona natural o jurídica – persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio", pues solo puede catalogarse como consumidor "a quien sea destinatario final", en tanto que el uso o la adquisición "este ubicada por fuera de la esfera de la actividad profesional o empresarial de quien se dice consumidor" **aunque puede vincularse de algún modo a su objeto social".***

6. Debe quedar claro que los demandantes INVERSIONES TOP WORD S.A.S y HARRIOTS SPORT S.A.S, iniciaron solo las gestiones con PEDRO GOMEZ Y CIA S.A.S, a fin de poder llegar a un futuro acuerdo o negociación de un local comercial, situación que nunca se materializo al no haberse suscrito promesa de compraventa, ni mucho menos haberse escriturado ese inmueble a nombre de las sociedades demandantes.

7. **La anterior situación se dio dentro de una relación de consumo** entre demandantes y demandado, dado que estas dos sociedades le realizaron la entrega a PEDRO GOMEZ Y CIA S.A.S la suma de $ 191.650.514,00, *suma de dinero que, a pesar de haber desistido del negocio en diferentes oportunidades*, la demandada PEDRO GOMEZ y CIA S.A.S, **se niega a devolver a esta pequeña empresa y a esta microempresa en su calidad de demandantes**, generándoles graves daños y perjuicios en su ámbito empresarial.

8. Los demandantes INVERSIONES TOP WORD S.A.S y HARRIOTS SPORT S.A.S, según el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, **se trata de una pequeña empresa y de una microempresa,** respectivamente, donde el objeto social, actividad económica y productiva no es la compra, venta, ni mucho menos el arriendo de bienes inmuebles para el funcionamiento de tiendas de ropa deportiva; contrario al poder de la demandada PEDRO GOMEZ Y CIA S.A.S, que según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que obra en el expediente, **se trata de una empresa grande que pretende abusar de las empresas pequeñas.**

9. **El pequeño y mediano empresario son vulnerables** cuando las grandes empresas no entregan la información suficiente o *abusan de su posición*, para que el pequeño empresario que adquiere un producto se determine adecuadamente al momento de celebrar cualquier acto jurídico, aun cuando involucre el giro normal de sus negocios, poniendo al micro, pequeño y mediano empresario en situación de vulnerabilidad. ***Desde la Ley 222 de 1995, se estableció que el empresario unipersonal, puede ser destinatario de la protección del estatuto del consumidor.***
10. De igual forma, el objeto y el debate que se centra alrededor de la presente Acción de Protección al Consumidor no es la compra, ni en la venta del ***Local Comercial 2-29 ubicado en el Centro Comercial de la ciudad de Neiva – Huila***, ya que este negocio nunca se materializó y tampoco los demandantes se encuentra interesados en su adquisición.

11. El objeto de la presente Acción de Protección al Consumidor **es la negativa en la devolución de un dinero que les pertenece a estas sociedades** producto del desistimiento en varias oportunidades de este negocio; debo aclarar en este momento que en la "*Carta de Términos y Condiciones del Proyecto Inmobiliario",* único documento suscrito entre PEDRO GOMEZ Y CIA S.A.S y los representantes legales de INVERSIONES TOP WORD S.A.S y HARRIOTS SPORT S.A.S, en su numeral 15, reza lo siguiente:

    "PEDRO GOMEZ Y CIA S.A. y/o el FIDEICOMISO quedan expresamente autorizadas con la suscripción del presente documento para descontar de la suma depositada por el CLIENTE y/o la generada por concepto de rendimientos, la suma equivalente al DIEZ POR CIENTO (10%) del valor total del Local Comercial a título de pena, con el fin de que dicha suma sea entregada a PEDRO GOMEZ Y CIA S.A. y/o el FIDEICOMISO dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha en que ocurra cualquiera de los eventos que se relacionan a continuación:

a) ***Cuando el CLIENTE se retire o desista del negocio….***
b) ***…..***
c) ***En el evento que el CLIENTE no realice la firma de la promesa de compraventa*** *en las oficinas de ventas del Proyecto o en las oficinas de PEDRO GOMEZ Y CIA S.A, en el término de quince (15) días calendario después del aviso escrito que PEDRO GOMEZ Y CIA S.A, envíe por correo a la dirección registrada del CLIENTE en PEDRO GOMEZ Y CIA S.A o en la Fiduciaria administradora del FIDEICOMISO.* (Negrillas fuera de texto original).

12. Obra en el expediente **prueba del desistimiento por escrito del negocio** que realizaron los representantes legales de INVERSIONES TOP WORD S.A.S y HARRIOTS SPORT S.A.S, **los días 8 de mayo de 2018 y 11 de mayo de ese mismo año**, aclarando que mencionado desistimiento había sido presentando con antelación de forma verbal en diferentes oportunidades ante PEDRO GOMEZ Y CIA S.A.S.

13. El reproche que se realiza con la presente Acción de Protección al Consumidor y que conoció en primera instancia la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, **como se dijo anteriormente no es la compra, tampoco la venta de un local comercial**, es el abuso que comete en estos momentos PEDRO GOMEZ Y CIA S.A.S al negarse a devolver el dinero que les pertenece a los representantes legales de esta pequeña empresa y de esta microempresa (INVERSIONES TOP WORD S.A.S y HARRIOTS SPORT S.A.S), a pesar de haber desistido del negocio en virtud del numeral 16 de la Carta de Términos y Condiciones del Proyecto Inmobiliario ***(único documento suscrito entre demandantes y demandado);*** documento que en virtud de nuestro Código Civil (Art.1602), es Ley para las partes.

PORQUE LOS DEMANDANTES COMO PERSONAS JURIDICAS, SÍ TIENEN LA CALIDAD DE CONSUMIDORES Y PORQUE NO LE ES DABLE A LA DELEGATURA DE ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO HABER DECLARADO LA PROSPERIDAD DE LA EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA EN EL CASO QUE NOS OCUPA.

1. La Ley 1480 de 2011 (art.5, núm., 3º), define al consumidor o usuario como *"toda persona natural o jurídica que,* como destinatario final, **adquiera**, disfrute o utilice determinado producto, **cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia,** privada, familiar o doméstica **y *empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica*.** (Negrillas, cursivas y subrayas fuera de texto original).

2. La Superintendencia de Industria y Comercio en el link https://www.sic.gov.co/recursos_user/boletin-juridico-dic2016/articulo/consumidor/el-empresario-como-consumidor-final.html, señala en qué casos el empresario es un consumidor:

"PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El empresario como consumidor final

Las relaciones de consumo que realizan los empresarios por regla general están excluidas de la protección del Estatuto del Consumidor, pues atendiendo la definición que de consumidor establece el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, quien actúa dentro de su propio ámbito profesional, no puede ser considerado como tal.

***No obstante**, **si el destino final del acto de consumo en el que estos participan se encuentra desprovisto de la intención de reinsertar los bienes en el mercado mediante su reventa o transformación**, **puede dárseles la calidad de consumidor-empresario**, **pues cuando se consume para suplir necesidades de tipo empresarial que no estén ligadas intrínsecamente a la actividad económica que se realiza**, el consumidor empresario está participando de una verdadera relación de consumo. (Negrillas, cursivas y subrayas fuera de texto original)*

Concepto Radicado No. 16- 230075 del 13 de octubre de 2016"

3. Se encuentra **probado con el interrogatorio de parte** realizado el día 20 de noviembre de 2019 durante la celebración de la audiencia **al señor Hernando Rodríguez González**, representante legal de la demandante INVERSIONES TOP WORD S.A.S, cuando a la pregunta realizada por parte del Delegado de la Superintendencia de Industria y Comercio se le indagó cual era la destinación del inmueble que a futuro tenían la expectativa de adquirir, a lo cual respondió: ***" allí funcionaria una tienda de ropa deportiva"***; ***tienda de ropa deportiva que no se encuentra intrínsecamente ligada a la actividad económica que actualmente realiza la demandante INVERSIONES TOP WORD S.A.S en su calidad de demandante***, obsérvese en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por parte de la Cámara de Comercio de Bogotá que obra en el expediente, el objeto esta sociedad es: **A)** LOS SERVICIOS DE LOGISTICA EN GENERAL……, PARA LA REALIZACION DE EVENTOS DE CARÁCTER ARTISTICO, CULTURAL, RECREATIVO Y DEMAS. **B)** ASESORIA EN LA REALIZACION DE CUALQUIER TIPO DE EVENTOS PUBLICOS CULTURALES, DEPORTIVOS, SOCIALES, POLITICOS, ARTISTICOS Y TODOS AQUELLOS QUE INVOLUCREN LA ASISTENCIA DE PUBLICO EN GENERAL, PARA ESPECTACULOS Y AFINES, **C)** ALQUILER DE EQUIPOS DE SONIDO, AMPLIFICADORES, CARPAS, MUEBLES Y ENCERES, TRANSPORTE DE INVITADOS Y VEHICULOS ESPECIALES PARA EL ADECUADO Y OPORTUNO MANEJO DE PERSONAL Y PERSONALIDADES EN EL TERRITORIO COLOMBIANO, **D)** ASESORIA DE LUGARES APROPIADOS PARA LA REALIZACION DE DETERMINADOS EVENTOS Y ESPECTACULOS, ASI COMO LOS TRAMITES NECESARIOS PARA OBTENER PERMISOS PARA LA REALIZACION DE EVENTOS PROGRAMADOS, ENTRE OTROS; **PERO EN NINGUN CASO, LA COMPRA UN LOCAL QUE SERIA ARRENDADO PARA UNA TIENDA DE ROPA DEPORTIVA,** es decir INVERSIONES TOP WORD S.A.S, en virtud del *numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011,* *tiene la calidad de consumidor y se encuentra legitimada en la causa por actividad para ser protegido por el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011)* y no como erróneamente lo señaló la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio al declarar probada la

excepción de falta de legitimación por activa de esta sociedad demandante dentro de la audiencia llevada a cabo el pasado 20 de noviembre de 2019.

4. En cuanto a la también sociedad demandante HARRIOTS SPORT S.A.S, obsérvese que esta sociedad dentro de su objeto social según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el expediente, **se encuentra que su actividad económica principal se centra en**: A) PRODUCCION, IMPORTACION, DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE TODOS Y CADA UNO DE LOS ASPECTOS Y RAMAS DE LA INDUSTRIA DEL CALZADO, ARTICULOS DEPORTIVOS, ACCESORIOS DEPORTIVOS, AFINES Y SIMILARES, es decir la adquisición de un local comercial, para posteriormente arrendarlo para que funcionará allí una tienda de ropa deportiva, no hace parte del objeto social de esta sociedad demandante, es decir HARRIOTS SPORT S.A.S, en virtud del *numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, tiene la calidad de consumidor y se encuentra legitimada en la causa por actividad para ser protegido por el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011)* y no como erróneamente lo señaló la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio al declarar probada la excepción de falta de legitimación por activa de esta sociedad demandante dentro de la audiencia llevada a cabo el pasado 20 de noviembre de 2019.

5. Una de las principales pretensiones del estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011) fue la de amparar los intereses de un sector de la comunidad que, por lo menos en términos generales, **se encuentra en condiciones de debilidad frente a los operadores comerciales profesionales - proveedores, expendedores, productores, etc** -. Por tanto, la amplitud y vaguedad del concepto legal de consumidor no puede llevar a un entendimiento indiscriminado, pues con ello perdería toda razón la existencia de un régimen especial, como tampoco puede concebirse la asimilación de dicha definición con otras, como las de "Productor" y "Proveedor o expendedor", que el mismo estatuto explica en términos bien diversos.

6. **La Corte Suprema de Justicia** consolidó la especial protección que se debe a los consumidores, reconociendo el panorama actual en el que fuerzas económicas y relaciones jurídicas se relacionan profundamente, hasta el punto de promover en el legislador instrumentos eficientes que armonicen con la realidad económica y social.

   *"Se constituye en una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos; y es precisamente el consumidor, quien, **por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y de desequilibrio**, es destinatario de una especial protección normativa; por supuesto que la profesionalidad del productor, que lo hace experto en las materias técnicas y científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras peculiaridades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja negocial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a restablecer el equilibrio perdido. **(Sentencia 00629-01, 2009)**".*

7. El Estatuto del Consumidor (Ley 1480 (2011)– es un cuerpo normativo, construido con la finalidad de ofrecer al consumidor colombiano un estatuto completo que regule la mayoría de aspectos relevantes, y dar al consumidor herramientas reales para garantizar su seguridad, salud y patrimonio. Extiende su alcance a todas aquellas personas –naturales y jurídicas– atendiendo que para la persona jurídica el concepto recoge un concepto cerrado como destinatario final, y los bienes y servicios no estén ligados intrínsecamente con la actividad de la persona jurídica.

8. **La actual definición del concepto de consumidor persona jurídica**, y la interpretación jurisprudencial, mantienen un concepto restringido, que puede provocar situaciones desventajosas a consumidores personas jurídicas, *representados en su gran mayoría por micro, pequeños y medianos empresarios*. Este concepto no es suficiente para una protección en las condiciones actuales del mercado, puesto que la vulnerabilidad en la negociación hace de los consumidores personas morales débiles jurídicos en la relación de consumo.

9. Así, cuando se analizan con detenimiento algunas situaciones en la realidad económica, es evidente la necesidad de que el consumidor persona jurídica –**en especial el micro, pequeño y mediano empresario**– **sea sujeto de protección del Estatuto del Consumidor**, en consideración de la desventaja en la negociación que puede representarse en la asimetría de la información, colocándolo en posición de inferioridad frente a productores, fabricantes y distribuidores, **haciendo relevante la naturaleza racional del concepto de consumidor.**

PETICION

De acuerdo a todo lo expuesto, solicito respetuosamente a los señores HONORABLES MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL, **REVOCAR** la sentencia del 20 de noviembre de 2019, proferida por parte de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, y en su lugar acceder a las pretensiones incoadas en la demanda.

Atentamente,



MAURICIO TEHELEN BURITICA
C.C. No. 72.174.038 de Barranquilla
T.P. No 288.903 del C.S de la J.

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA CIVIL
Dra. Martha Isabel García Serrano
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DIORESCAR S.A.S CONTRA BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A.

EXPEDIENTE: 2014-456 (Juzgado 26 Civil del Circuito)

ASUNTO: **SUSTENTACIÓN RECURSO APELACIÓN**

PAOLA ANDREA SILVA MORALES, abogada en ejercicio, mayor de edad, domiciliada en esta ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.015.440.412 de Bogotá y con tarjeta profesional de abogada número 301.450 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de abogada registrada en el certificado de existencia y representación legal de **PINZÓN PINZÓN & ASOCIADOS ABOGADOS**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, obrando en nombre y representación de **DIORESCAR LTDA**, dentro del proceso de la referencia a ustedes con todo respeto me dirijo,a fin de sustentar el recurso de apelación contra la sentencia emitida el 27 de agosto de 2019 por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, en los siguientes términos:

CONSIDERACIONES:

1. El a quo tomó como argumento principal de su decisión de negar las pretensiones de la demanda, que la oferta mercantil realizada por la empresa Biomax Combustibles S.A. a la sociedad apelante el 21 de febrero de 2006, no cumple con los requisitos establecidos en la norma comercial en sus artículos 845 y siguientes, pues en su sentir "(…) *en realidad no se observa claramente determinado establecido cual es el inmueble que se va a dar en renta y menos aún se fija un canon de arrendamiento, pues solo se hace alusión al suministro de los equipos…. de la estación y se alude a una bonificación de 50 pesos sin indicar de donde se deriva la misma y porque concepto se pagará, del documento (…)*"

2. Así mismo, indicó en su sentencia que el único documento que vinculaba a las partes es el contrato de arrendamiento elevado a escritura pública el 31 de marzo de la misma anualidad, razón por la cual la obligación o el pacto

realizado entre las partes de reconocer y pagar cincuenta ($50) pesos por cada galón de gasolina efectivamente vendido, no es exigible a la sociedad demandada.

3. Pues bien, en primer lugar es importante determinar cuáles fueron las intenciones de las partes al suscribir los documentos aportados con la demanda:

    a. De un lado, tenemos la oferta económica de fecha 21 de febrero de 2006 en la que la sociedad BIOMAX, ofrece a la sociedad DIORESCAR (propietaria del inmueble ubicado en la Calle 53 No.21-15 de la ciudad de Bogotá), la operación de la estación de servicio que allí se encuentra ubicada, de manera tal que realizaría una serie de adecuaciones, los cuales serían pagados por la demandante, por medio de una compensación de cincuenta pesos ($50) por cada galón de gasolina vendido hasta llegar al valor que fue pagado y en adelante, dicha suma sería directamente pagada a la sociedad Diorescar S.A. como bonificación durante los 15 años de duración del contrato, y de otro lado,

    b. El contrato de arrendamiento por medio del cual las partes plasmaron su voluntad para la ejecución del mismo.

4. Es así como las dos sociedades iniciaron la ejecución del contrato, razón por la cual, de un lado, BIOMAX emitia mensualmente un correo electrónico a DIORESCAR LTDA, tal y como consta en la prueba documental que reposa en el expediente, los cuales en su mayoría tienen como asunto "*CONSUMO CALLE 53*" (acto seguido determinaba el mes de dicho consumo), con el objeto de informar el consumo correspondiente al mes anterior, es decir, informaba la cantidad de galones que habían sido vendidos a fin de que DIORESCAR realizara la operación matemática correspondiente y emitiera la factura de venta mensual para que se le pagara la bonificación pactada.

    Facturas que finalmente fueron compensadas de manera unilateral por parte de la demandada contra el valor de las obras que tuvieron un valor de DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL ONCE PESOS MONEDA CORRIENTE ($234.239.011) tal y como consta en la factura número 01056 en la que se detalla el valor real de las inversiones en las adecuaciones realizadas.

5. La operación anteriormente explicada tuvo una duración de **OCHO AÑOS** consecutivos, pues la misma tuvo aplicación desde la firma del contrato de arrendamiento hasta marzo de 2014. Luego tal comportamiento de las partes LEJOS está de tratarse de un *"error"* tal y como lo quiso hacer ver la representante legal de la sociedad demandada en el desarrollo del interrogatorio de parte que le fue practicado, sin embargo, como prueba documental allegada con la demanda se encuentran todas las facturas emitidas por Diorescar Ltda (hoy DIORESCAR S.A.S.) las cuales cuentan con sello, firma y fecha de recibido por parte de la demandada.

   Y es que, en gracia de discusión, si la emisión de dichas facturas correspondía a un error, ¿Por qué la sociedad BIOMAX no realizó durante el transcurso de los ocho (8) años, devolución o manifestación de rechazo respecto de dichos documentos dentro del plazo que para tal efecto ha establecido la Ley Comercial? y únicamente vino a pronunciarse en el año 2014 -fecha en la que puede deducirse, se culminó con el trámite de amortización que se venía realizando respecto de las obras de adecuación de la estación-, dejando entrever, la negativa de reconocer, ahora si, la bonificación que le correspondía a DIORESCAR.

6. En este punto es importante resaltar la intención que ambas partes tenían al momento de iniciar la relación contractual: naturalmente puede entenderse que los contratantes tenían cada uno intención de lucro, como es normal en actuaciones comerciales, en este caso, la sociedad apelante tenía como fin otorgar su bien en arrendamiento y recibir una bonificación económica respecto de cada galón que fuera vendido por parte de la sociedad que tenía a su cargo la operación de la estación de servicio.

   De suerte que, no es lógico entender que DIORESCAR quiso suscribir un contrato de arrendamiento de su bien, sin obtener ningún beneficio económico y otorgar a BIOMAX la construcción y operación de la Estación de manera gratuita durante 15 años, que ha sido finalmente lo que a la fecha ha sucedido, en detrimento del patrimonio de mi representada, en la medida que las obras de adecuación que se supone que BIOMAX realizaría a su cargo y que dejaría a DIORESCAR como pago de dicho canon, finalmente fueron pagadas, por la misma sociedad aquí apelante debido a la compensación de los cincuenta ($50) pesos que debía recibir como bonificación y no siendo suficiente, la sociedad BIOMAX también cobró el valor de las adecuaciones a la sociedad El TRÉBOL ASOCIADOS S.A.S. con

quién suscribió contrato de operación, contrato en el que se estableció que ésta última también le pagaría una bonificación correspondiente a ($50) pesos por cada galón vendido.

Bajo este entendido, la sociedad BIOMAX ha recibido el pago en su totalidad de las obras de adecuación que realizó sobre el predio de DIORESCAR (Cuando la realidad era que dichas obras serían realizadas como pago del canon de arrendamiento), adicionalmente, le cobró dichas obras no sólo a ésta última sino a una tercer sociedad. A su vez, no reconoció la bonificación que había acordado con mi representada. En suma, la sociedad BIOMAX se ha lucrado tanto de un bien ajeno como de su operación, sin realizar las retribuciones económicas a las que se comprometió en la oferta mercantil y en el contrato de arrendamiento.

7. Ahora bien, en relación con lo que fue la voluntad de las partes, debe observarse cuál fue el comportamiento de las mismas en la ejecución del contrato, para ello es necesario analizar tanto las manifestaciones expresas, como la conducta desplegada: Pues bien, la conducta de BIOMAX durante 8 años, fue la de informar mensualmente a DIORESCAR el número de galones que fueron vendidos y esto con la finalidad de que ésta última, emitiera la factura de lo que le correspondía y lo que había sido pactado por las partes de manera precontractual y que fue plasmado en la oferta mercantil de fecha 21 de febrero de 2006, porque esa finalmente era la estructura de la operación que ambas partes habían acordado.

8. Es por lo anterior, y acudiendo a las reglas de interpretación de los contratos, especialmente a lo establecido en el artículo 1618 del Código Civil "*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*[1]*"* así como de lo establecido en el último inciso del artículo 1622 ibídem "(...) *O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte(...)*[2]*"*, que el fallador de primera instancia no debía únicamente analizar lo expresamente señalado en el contrato de arrendamiento suscrito, máxime cuando existe una oferta económica de fecha 21 de febrero de 2006 que fue la que dio origen al mencionado contrato y una certificación

[1] Código Civil Colombiano. Artículo 1618. "De la interpretación de los contratos". Prevalencia de la intención.

[2] Código Civil Colombiano. Artículo 1622 "De la interpretación de los contratos". Interpretaciones sistemática, por comparación y por aplicación práctica.

otorgada por el señor José Gabriel Vengoechea de fecha 29 de noviembre de 2006 en la que señala el reconocimiento de $50 pesos como bonificación por cada galón de gasolina vendido, documentación que no puede desconocerse dentro del presente proceso puesto que el comportamiento de las partes previo y posteriormente a la firma del contrato constituye un medio de convicción de lo que era la intención y la expectativa que cada una de ella tenía al momento de su suscripción.

9. De esta forma ha sido establecido por la Corte Suprema de Justicia[3]: "*como está suficientemente decantado, que en el derecho privado nacional en materia de interpretación contractual rige el principio básico según el cual conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras" (C.C., art. 1618). Desde antiguo, la jurisprudencia y la doctrina han señalado que este principio es el fundamental dentro de la labor interpretativa, al lado del cual los demás criterios y reglas establecidos en el Código Civil toman un carácter subsidiario, instrumental o de apoyo, en la labor de fijación del contenido contractual. Se ha indicado, igualmente, como ya se anotó, que la búsqueda de la común intención de los contratantes no está condicionada a que la manifestación sea oscura o ambigua, toda vez que la citada labor será igualmente indispensable si, a pesar de la claridad en la expresión literal de las estipulaciones, existe una voluntad común diferente y esta es conocida".*

CONCLUSIÓN

A partir de lo anteriormente expuesto, al contrato suscrito entre las partes debe impartirse una interpretación basada en su real intención y el real comportamiento de las partes durante la ejecución del mismo, pues como puede evidenciarse, finalmente la exteriorización de las partes fue ajustado a la intención manifestada en la oferta mercantil de fecha 21 de febrero de 2006, esto es, Biomax debía reconocer a Diorescar una bonificación de cincuenta pesos ($50) por cada galón vendido y para ello, Biomax debía informar el número de galones vendidos y efectivamente de esa forma se realizó durante el periodo de ocho (8) años consecutivos sin reclamación o manifestación contraria por parte de Biomax. Una vez se culminó con el pago de la compensación respecto de las obras en la estación de servicio,

[3] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 2000-00075 del 19 de diciembre de 2008. Magistrado Ponente Dr. Arturo Solarte Rodríguez. Expediente. 11001-3103-012-2000-00075-01

Biomax se negó a seguir recibiendo las facturas que venía reconociendo en favor de la demandante, con el único fin de no realizar pago alguno por la operación que se le había otorgado contractualmente.

En consecuencia, solicito de la manera más respetuosa a los honorables Magistrados, en primer lugar sea revocado el fallo de primera instancia y acceda a las pretensiones principales o subsidiarias de la demanda.

Atentamente,



Paola Andrea Silva
CC. 1.015.440.412 Bogotá
T.P. No. 301.450 C.S. de la J.

Pas-51869

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA CIVIL
Dra. Martha Isabel García Serrano
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DIORESCAR S.A.S CONTRA BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A.

EXPEDIENTE: 2014-456 (Juzgado 26 Civil del Circuito)

ASUNTO: **SUSTENTACIÓN RECURSO APELACIÓN**

PAOLA ANDREA SILVA MORALES, abogada en ejercicio, mayor de edad, domiciliada en esta ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.015.440.412 de Bogotá y con tarjeta profesional de abogada número 301.450 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de abogada registrada en el certificado de existencia y representación legal de **PINZÓN PINZÓN & ASOCIADOS ABOGADOS**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, obrando en nombre y representación de **DIORESCAR LTDA**, dentro del proceso de la referencia a ustedes con todo respeto me dirijo,a fin de sustentar el recurso de apelación contra la sentencia emitida el 27 de agosto de 2019 por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, en los siguientes términos:

CONSIDERACIONES:

1. El a quo tomó como argumento principal de su decisión de negar las pretensiones de la demanda, que la oferta mercantil realizada por la empresa Biomax Combustibles S.A. a la sociedad apelante el 21 de febrero de 2006, no cumple con los requisitos establecidos en la norma comercial en sus artículos 845 y siguientes, pues en su sentir "(…) *en realidad no se observa claramente determinado establecido cual es el inmueble que se va a dar en renta y menos aún se fija un canon de arrendamiento, pues solo se hace alusión al suministro de los equipos…. de la estación y se alude a una bonificación de 50 pesos sin indicar de donde se deriva la misma y porque concepto se pagará, del documento (…)*"

2. Así mismo, indicó en su sentencia que el único documento que vinculaba a las partes es el contrato de arrendamiento elevado a escritura pública el 31 de marzo de la misma anualidad, razón por la cual la obligación o el pacto

realizado entre las partes de reconocer y pagar cincuenta ($50) pesos por cada galón de gasolina efectivamente vendido, no es exigible a la sociedad demandada.

3. Pues bien, en primer lugar es importante determinar cuáles fueron las intenciones de las partes al suscribir los documentos aportados con la demanda:

    a. De un lado, tenemos la oferta económica de fecha 21 de febrero de 2006 en la que la sociedad BIOMAX, ofrece a la sociedad DIORESCAR (propietaria del inmueble ubicado en la Calle 53 No.21-15 de la ciudad de Bogotá), la operación de la estación de servicio que allí se encuentra ubicada, de manera tal que realizaría una serie de adecuaciones, los cuales serían pagados por la demandante, por medio de una compensación de cincuenta pesos ($50) por cada galón de gasolina vendido hasta llegar al valor que fue pagado y en adelante, dicha suma sería directamente pagada a la sociedad Diorescar S.A. como bonificación durante los 15 años de duración del contrato, y de otro lado,

    b. El contrato de arrendamiento por medio del cual las partes plasmaron su voluntad para la ejecución del mismo.

4. Es así como las dos sociedades iniciaron la ejecución del contrato, razón por la cual, de un lado, BIOMAX emitia mensualmente un correo electrónico a DIORESCAR LTDA, tal y como consta en la prueba documental que reposa en el expediente, los cuales en su mayoría tienen como asunto "*CONSUMO CALLE 53*" (acto seguido determinaba el mes de dicho consumo), con el objeto de informar el consumo correspondiente al mes anterior, es decir, informaba la cantidad de galones que habían sido vendidos a fin de que DIORESCAR realizara la operación matemática correspondiente y emitiera la factura de venta mensual para que se le pagara la bonificación pactada.

    Facturas que finalmente fueron compensadas de manera unilateral por parte de la demandada contra el valor de las obras que tuvieron un valor de DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL ONCE PESOS MONEDA CORRIENTE ($234.239.011) tal y como consta en la factura número 01056 en la que se detalla el valor real de las inversiones en las adecuaciones realizadas.

5. La operación anteriormente explicada tuvo una duración de **OCHO AÑOS** consecutivos, pues la misma tuvo aplicación desde la firma del contrato de arrendamiento hasta marzo de 2014. Luego tal comportamiento de las partes LEJOS está de tratarse de un *"error"* tal y como lo quiso hacer ver la representante legal de la sociedad demandada en el desarrollo del interrogatorio de parte que le fue practicado, sin embargo, como prueba documental allegada con la demanda se encuentran todas las facturas emitidas por Diorescar Ltda (hoy DIORESCAR S.A.S.) las cuales cuentan con sello, firma y fecha de recibido por parte de la demandada.

   Y es que, en gracia de discusión, si la emisión de dichas facturas correspondía a un error, ¿Por qué la sociedad BIOMAX no realizó durante el transcurso de los ocho (8) años, devolución o manifestación de rechazo respecto de dichos documentos dentro del plazo que para tal efecto ha establecido la Ley Comercial? y únicamente vino a pronunciarse en el año 2014 -fecha en la que puede deducirse, se culminó con el trámite de amortización que se venía realizando respecto de las obras de adecuación de la estación-, dejando entrever, la negativa de reconocer, ahora si, la bonificación que le correspondía a DIORESCAR.

6. En este punto es importante resaltar la intención que ambas partes tenían al momento de iniciar la relación contractual: naturalmente puede entenderse que los contratantes tenían cada uno intención de lucro, como es normal en actuaciones comerciales, en este caso, la sociedad apelante tenía como fin otorgar su bien en arrendamiento y recibir una bonificación económica respecto de cada galón que fuera vendido por parte de la sociedad que tenía a su cargo la operación de la estación de servicio.

   De suerte que, no es lógico entender que DIORESCAR quiso suscribir un contrato de arrendamiento de su bien, sin obtener ningún beneficio económico y otorgar a BIOMAX la construcción y operación de la Estación de manera gratuita durante 15 años, que ha sido finalmente lo que a la fecha ha sucedido, en detrimento del patrimonio de mi representada, en la medida que las obras de adecuación que se supone que BIOMAX realizaría a su cargo y que dejaría a DIORESCAR como pago de dicho canon, finalmente fueron pagadas, por la misma sociedad aquí apelante debido a la compensación de los cincuenta ($50) pesos que debía recibir como bonificación y no siendo suficiente, la sociedad BIOMAX también cobró el valor de las adecuaciones a la sociedad El TRÉBOL ASOCIADOS S.A.S. con

quién suscribió contrato de operación, contrato en el que se estableció que ésta última también le pagaría una bonificación correspondiente a ($50) pesos por cada galón vendido.

Bajo este entendido, la sociedad BIOMAX ha recibido el pago en su totalidad de las obras de adecuación que realizó sobre el predio de DIORESCAR (Cuando la realidad era que dichas obras serían realizadas como pago del canon de arrendamiento), adicionalmente, le cobró dichas obras no sólo a ésta última sino a una tercer sociedad. A su vez, no reconoció la bonificación que había acordado con mi representada. En suma, la sociedad BIOMAX se ha lucrado tanto de un bien ajeno como de su operación, sin realizar las retribuciones económicas a las que se comprometió en la oferta mercantil y en el contrato de arrendamiento.

7. Ahora bien, en relación con lo que fue la voluntad de las partes, debe observarse cuál fue el comportamiento de las mismas en la ejecución del contrato, para ello es necesario analizar tanto las manifestaciones expresas, como la conducta desplegada: Pues bien, la conducta de BIOMAX durante 8 años, fue la de informar mensualmente a DIORESCAR el número de galones que fueron vendidos y esto con la finalidad de que ésta última, emitiera la factura de lo que le correspondía y lo que había sido pactado por las partes de manera precontractual y que fue plasmado en la oferta mercantil de fecha 21 de febrero de 2006, porque esa finalmente era la estructura de la operación que ambas partes habían acordado.

8. Es por lo anterior, y acudiendo a las reglas de interpretación de los contratos, especialmente a lo establecido en el artículo 1618 del Código Civil "*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*[1]*"* así como de lo establecido en el último inciso del artículo 1622 ibídem "(...) *O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte(...)*[2]*"*, que el fallador de primera instancia no debía únicamente analizar lo expresamente señalado en el contrato de arrendamiento suscrito, máxime cuando existe una oferta económica de fecha 21 de febrero de 2006 que fue la que dio origen al mencionado contrato y una certificación

[1] Código Civil Colombiano. Artículo 1618. "De la interpretación de los contratos". Prevalencia de la intención.

[2] Código Civil Colombiano. Artículo 1622 "De la interpretación de los contratos". Interpretaciones sistemática, por comparación y por aplicación práctica.

otorgada por el señor José Gabriel Vengoechea de fecha 29 de noviembre de 2006 en la que señala el reconocimiento de $50 pesos como bonificación por cada galón de gasolina vendido, documentación que no puede desconocerse dentro del presente proceso puesto que el comportamiento de las partes previo y posteriormente a la firma del contrato constituye un medio de convicción de lo que era la intención y la expectativa que cada una de ella tenía al momento de su suscripción.

9. De esta forma ha sido establecido por la Corte Suprema de Justicia[3]: "*como está suficientemente decantado, que en el derecho privado nacional en materia de interpretación contractual rige el principio básico según el cual conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras" (C.C., art. 1618). Desde antiguo, la jurisprudencia y la doctrina han señalado que este principio es el fundamental dentro de la labor interpretativa, al lado del cual los demás criterios y reglas establecidos en el Código Civil toman un carácter subsidiario, instrumental o de apoyo, en la labor de fijación del contenido contractual. Se ha indicado, igualmente, como ya se anotó, que la búsqueda de la común intención de los contratantes no está condicionada a que la manifestación sea oscura o ambigua, toda vez que la citada labor será igualmente indispensable si, a pesar de la claridad en la expresión literal de las estipulaciones, existe una voluntad común diferente y esta es conocida".*

CONCLUSIÓN

A partir de lo anteriormente expuesto, al contrato suscrito entre las partes debe impartirse una interpretación basada en su real intención y el real comportamiento de las partes durante la ejecución del mismo, pues como puede evidenciarse, finalmente la exteriorización de las partes fue ajustado a la intención manifestada en la oferta mercantil de fecha 21 de febrero de 2006, esto es, Biomax debía reconocer a Diorescar una bonificación de cincuenta pesos ($50) por cada galón vendido y para ello, Biomax debía informar el número de galones vendidos y efectivamente de esa forma se realizó durante el periodo de ocho (8) años consecutivos sin reclamación o manifestación contraria por parte de Biomax. Una vez se culminó con el pago de la compensación respecto de las obras en la estación de servicio,

[3] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 2000-00075 del 19 de diciembre de 2008. Magistrado Ponente Dr. Arturo Solarte Rodríguez. Expediente. 11001-3103-012-2000-00075-01

Biomax se negó a seguir recibiendo las facturas que venía reconociendo en favor de la demandante, con el único fin de no realizar pago alguno por la operación que se le había otorgado contractualmente.

En consecuencia, solicito de la manera más respetuosa a los honorables Magistrados, en primer lugar sea revocado el fallo de primera instancia y acceda a las pretensiones principales o subsidiarias de la demanda.

Atentamente,



Paola Andrea Silva
CC. 1.015.440.412 Bogotá
T.P. No. 301.450 C.S. de la J.

Pas-51869

De: Luz Piedad Rugeles <rugelesasociados@gmail.com>
Enviado el: miércoles, 17 de junio de 2020 03:16 p.m.
Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: Expediente 11001319900320180159301

Estimados señores:

El día de ayer me permití enviar a su correo electrónico el documento de sustentación del recurso de apelación interpuesto por MADIAUTOS S.A.S. contra ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, a que se refiere el proceso verbal de la referencia, Magistrada Dra. Martha Isabel García Serrano.

Quiero aclararles que el escrito de sustentación lo envié en dos oportunidades, por medio de dos correos electrónicos diferentes, pero que el documento adjunto (escrito de sustentación de la apelación) es exactamente el mismo en ambos correos.

Les agradezco mucho confirmarme por esta vía el recibo del escrito de sustentación de la apelación.

Atentamente,

Luz Piedad Rugeles Ardila
Rugeles y Asociados
Carrera 14 # 93B-32 of. 305
Tel. 57-1-7431940
Cel. 3102193950
rugelesasociados@gmail.com

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
MAGISTRADA Dra. Martha Isabel García Serrano
E. S. D.

Ref: Expediente 11001319900320180159301
MADIAUTOS S.A.S. Vs ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA

LUZ PIEDAD RUGELES ARDILA, mayor de edad, identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderada judicial de la sociedad DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMÓVILES MADIAUTOS S.A.S. (en adelante, "MADIAUTOS"), según consta en el expediente, me permito dar alcance al escrito de sustentación del recurso de apelación, presentado el día de hoy, para efectos de corregir mi correo electrónico, el cual quedó escrito con un error mecanográfico en el aparte "NOTIFICACIONES".

Mi correo electrónico es el siguiente: ***rugelesasociados@gmail.com).***

De la Honorable Magistrada, con el debido respeto,

Luz Piedad Rugeles Ardila
C.C. 51.826.495 de Bogotá
T.P. 51.775 del C.S.J.
Apoderada de MADIAUTOS S.A.S.

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
MAGISTRADA Dra. Martha Isabel García Serrano
E. S. D.

Ref: Expediente 11001319900320180159301
MADIAUTOS S.A.S. Vs ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA

LUZ PIEDAD RUGELES ARDILA, mayor de edad, identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderada judicial de la sociedad DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMÓVILES MADIAUTOS S.A.S. (en adelante, "MADIAUTOS"), según consta en el expediente, me permito dar alcance al escrito de sustentación del recurso de apelación, presentado el día de hoy, para efectos de corregir mi correo electrónico, el cual quedó escrito con un error mecanográfico en el aparte "NOTIFICACIONES".

Mi correo electrónico es el siguiente: ***rugelesasociados@gmail.com).***

De la Honorable Magistrada, con el debido respeto,

Luz Piedad Rugeles Ardila
C.C. 51.826.495 de Bogotá
T.P. 51.775 del C.S.J.
Apoderada de MADIAUTOS S.A.S.

Señores
MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA (SALA CIVIL)
M. P. Dra. HILDA GONZALEZ NEIRA
E. S. D.

REF. VERBAL DE YAZMIN LORENA HERNANDEZ Y OTRO CONTRA BANCOLOMBIA
RAD 11001310301420130021501

JOSE ANTONIO MOJICA JIMENEZ, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado judicial de BANCOLOMBIA S. A., de conformidad con lo ordenado por los artículos 9 y 14 del Decreto 806 de 2020, me permito ratificar los argumentos planteados al proponer el recurso de apelación en primera instancia, para que sirvan de sustento de la presente apelación, de la siguiente manera:

SUSTENTACION DEL RECURSO

FRENTE A LA CONFESION FICTA

En le relacionado con la confesión ficta se ha indicado en la jurisprudencia que:

"DERECHO PROCESAL - Pruebas - Confesión ficta o presunta: valor probatorio

Tesis:

«En cuanto al mérito probatorio de la confesión ficta, tácita o presunta, cabe observar, por un lado, que está sujeta, en lo pertinente, a las exigencias generales a toda confesión que al respecto señala el artículo 191, ibídem; y por otro, que según la regla 197 C.G.P., "admite prueba en contrario".

Para su validez, pues, se requiere, como bien lo tiene dicho la Sala, en pronunciamiento ahora reiterado,

"(…) que ese presunto confesante tenga capacidad para confesar y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la pare contraria; que "verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento"; y, por último, que recaiga sobre hechos susceptibles de ser probados por confesión (…)"

Además de lo expuesto, para que haya confesión ficta o presunta, con las consecuencias de orden probatorio que se han indicado, requiérase sine qua non que en todo caso se hayan cumplido las formalidades que para la prueba de confesión exige la ley".

En punto a lo segundo, se tiene por averiguado, y en verdad así se desprende del claro tenor del artículo 205, citado, que la confesión ficta, y en general todo medio de prueba de este tipo, engendra una presunción de tipo legal.

2.6. La no comparecencia del citado a la audiencia donde habrá de llevarse a cabo el interrogatorio, o a la inicial (o de instrucción y juzgamiento, cuando son concentradas), da lugar, como se señaló precedentemente, a tener por ciertos los hechos susceptibles de este tipo de prueba.

En rigor, se trata de una presunción de tipo legal o juris tantum, lo que equivale a afirmar

"(…) que invierte el peso de la prueba haciendo recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria pues de no hacerlo, las consecuencias de la presunción comentada, que es presunción acabada en buena medida definitiva respecto de la verdad de los hechos confesables afirmados por quien pidió interrogar -bien en cuestionario escrito, si lo hubo, o bien en el escrito rector correspondiente (demanda o contestación)-, naturalmente redundarán en contra de aquél".

2.7. Importa precisar que la confesión ficta tendrá el mismo valor y fuerza que a las confesiones propiamente dichas la ley les atribuye, siempre y cuando, se insiste, no exista dentro del proceso prueba en contrario y para su incorporación se hayan cumplido las condiciones previstas en el artículo 191 del Código General del Proceso». *(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.* Magistrado Ponente: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA. STC21575-2017)

Para efectos de la apelación propuesta debemos indicar que la inasistencia de la parte al interrogatorio, tanto a la audiencia del artículo 101 del CPC como a la citada en la práctica de pruebas, y al no mediar cuestionario escrito, hace presumir como ciertos los hechos que se fundan las excepciones propuestas en la contestación de la demanda. En concreto, al formularse la culpa de la víctima al ser negligentes los demandantes en la custodia de las claves que servían para el manejo de sus cuentas, debe entenderse el hecho probado, correspondiendo al resultado de la investigación interna, como se evidencia en la documental allegada, sin que existen exigencias adicionales como al parecer entiende el despacho, correspondiendo a la sana crítica.

Así las cosas, en la sentencia de primera instancia se incurre en un yerro al desconocerse las consecuencias procesales de tipo probatorio que generan la inasistencia a la práctica del interrogatorio de parte, estando probada la culpa de la víctima cuya vocación es la de romper el nexo de causalidad, lo que no se relaciona con la culpa o el incumplimiento, evitando de esta forma que se configure la responsabilidad civil alegada, debiéndose revocar la providencia recurrida, y en consecuencia produciéndose la exoneración de la misma para mi poderdante.

FRENTE A LOS INTERESES MORATORIOS ORDENADOS

No obstante considerar que no se configuró la responsabilidad, debe indicarse que se incurre en un yerro al ordenarse el pago de intereses moratorios desde los desembolsos. Frente al tema de la causación de los mismos en responsabilidad por incumplimiento, la jurisprudencia ha interpretado que:

"De acuerdo con aquella disposición, *«[l]a notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes».* Dicho precepto fue ampliado por el actual 94 del Código General del Proceso, en cuanto a que *«[l]os efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación».*

Por su parte, la norma sustantiva citada reza:

«El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor».

Siendo ello así, dado que el presente corresponde a un proceso contencioso de conocimiento, los intereses moratorios a cargo de la accionada deben reconocerse desde el 11 de agosto de 2011 (f. 695 c.2), correspondiente a la fecha de notificación de la demanda.

El límite previsto para el reconocimiento de los réditos moratorios, surge de la conducta asumida por la accionada luego de ser noticiada de la existencia del pleito, puesto que en lugar de solucionar la obligación tan pronto tuvo conocimiento de él, optó por resistirlo, o como lo reiteró la Corte en fallo CSJ SC 7 jul. 2005, rad. 1998-00174-01, *«si el demandado asume la posibilidad de afrontar el pleito, en lugar de pagar la obligación que se demanda, 'en caso de acogerse la pretensión, los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotraen a la etapa de la litiscontestatio, es decir, al estadio en que aquel asumió el riesgo de la litis, con todo lo que ello traduce'».(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.* Magistrado Ponente: LUIS ALONSO RICO PUERTA. SC15032-2017)

En este orden de ideas se debe indicar que, en gracia de discusión, solo a partir de la notificación de la demanda, por tener los efectos de constituir en mora, se podrían ordenar el pago de dicha prestación, no desde la ocurrencia de los hechos como se hace en la providencia, debiéndose por esto revocar la decisión adoptada en este punto.

FRENTE A LA ACTUALIZACION MONETARIA

En lo que tiene que ver con la pretensión de la actualización monetaria, ordenada de manera concomitante con los intereses de mora, la jurisprudencia ha indicado que.

Así, reproduciendo lo esencial de cada pretensión, expediente al que acudió para analizar el contenido del confuso petitum que atisbó al abordar la apelación de la cesionaria, dio paso a ese estudio que empezó, como era apenas natural, con las principales, que a título de lucro cesante y daño emergente perseguían una condena equivalente a los intereses corrientes sobre el capital, aunque previa indexación; ya se sabe, pues el resumen del caso lo revela, esto último le resultó improcedente, razón por la que, consciente de que la súplica subsidiaria estaba formulada en la medida de que alguna de las principales no tuvieran abrigo, procedió en ese orden a analizarla.

La transcribió igualmente en lo que consideró fundamental, observando, claro, a tono con mucho de lo explanado al descartar la indexación pedida en las otras súplicas, que en eventos donde el acreedor no recibe lo suyo oportunamente del deudor debe obrar ese reajuste cuyo fin es ponerlo a cubierto de la desvalorización de la moneda, fijando al paso el tiempo en que había de hacerse el cómputo de los intereses moratorios, que de antemano tuvo como de recibo (4 de octubre de 1991 y 29 de septiembre de 2000).

Lo propio era, pues, determinar la tasa que aplicaría a efectos de concretar la indemnización y, aparte de ello, fijar las bases con arreglo a las cuales haría la operación pertinente. Y así procedió al señalar enseguida que "[*l*]*a tasa a aplicar, que lo será el monto del capital adeudado y mencionado por el actor, equivaldrá a una y media veces el interés bancario corriente tal como se fija por la Superintendencia Bancaria, pero no sobre el capital 'actualizado con el índice de precios al consumidor' tal como lo señala el actor, pues ello conllevaría a un cobro de intereses moratorios e indexación no permitido*" (subyarado y resaltado de la Corte). (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez. Bogotá, D.C., doce (12) de enero de dos mil siete (2007))

Por lo expuesto, debe indicarse que una providencia que ordena de forma concomitante el pago de una actualización monetaria junto a unos intereses moratorios, como se ordenó en la providencia recurrida, no tiene recibo en nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual la sentencia recurrida debe ser revocada en este aspecto.

OBJETO DEL RECURSO

Conforme a lo expuesto solicito respetuosamente a esa corporación revocar la sentencia apelada al estar verificada la culpa de la víctima, siendo una de las causas extrañas reconocidas, cuya vocación es la de romper el nexo causal y en consecuencia evitar que se configure la responsabilidad civil. En subsidio, solicito se reforme la providencia para que se ajuste al daño conforme a los criterios jurisprudenciales citados en la sustentación de cada punto.

Atentamente,



JOSE ANTONIO MOJICA JIMENEZ
T. P. 86485 C. S. de la J.

NELSON VIDALES MARTINEZ

ABOGADO

CALLE 12 B # 8-23 OF. 711 EDIF. CENTRAL

TEL. 311 20 20 440 E MAIL. NELVIMAR93@YAHOO.ES

BOGOTA D.C.

Doctora

HILDA GONZALEZ NEIRA

Magistrada Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil

Bogotá D.C.

ASUNTO . DECLARATIVO EN PERTENENCIA DE ALIRIO VILLALOBOS contra SOCIEDAD MALTA S.A. RAD. 032-201700256

NELSON VIDALES MARTINEZ, actuando en mi calidad de apoderado de los CESIONARIOS LLAMADOS COMO LITISCONSORCIALES, esto es, MAGDA MILENA ESCOBAR Y ARLEY LUNA, dentro del asunto de la referencia, con comedimiento me permito en la oportunidad legal para ello, presentar la SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION QUE POR MI PARTE Y EN LA CALIDAD REFERIDA IMPETRE CONTRA EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA Y QUE DESESTIMÓ LA CAUSA PETENDI DEL ACTOR PRIMARIO.

Resalto primeramente a la Sra. Magistrada, que la presente sustentación, se limitará de forma concreta, a los reparos que inicialmente presenté.

Así las cosas, DEBERA SU SEÑORIA, PROCEDER A REVOCAR INTEGRAMENTE EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA, por lo siguiente :

1º. Como bien se observa de la actuación desarrollada en este proceso, el Representante Legal de la demandada SOCIEDAD MALTA S.A., nunca acudió a las audiencias para las cuales se le cito. Así, el Art. 372.4 del C. G. del Proceso establece unas sanciones a la parte por su no asistencia a las audiencias. En el caso de marras, DEBIO EL JUEZ DEL CIRCUITO HABER APLICADO DICHAS SANCIONES CONTRA EL REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD MALTA, PARA SER APRECIADAS y VALORADAS EN FAVOR DE MIS REPRESENTADOS CESIONARIOS LLAMADOS A INTEGRAR LA CAUSA PETENDI DEL EXTREMO ACTOR, más aún, cuando al no haber asistido, esa misma norma en el inc. 2 del NUM. 3, prescribe que para la presentación de una excusa con posterioridad a dicha audiencia, la parte que no asiste, requiere fundamentarla en causas de FUERZA MAYOR y CASO FORTUITO, es decir, con aquellos elementos de IRRESISTIBILIDAD e IMPREVISIBILIDAD, ya que cualquier otro tópico que se presente como excusa, no sirve.

A este respecto y en especial sobre excusas médicas, la Corte Constitucional refirió en una de sus reiteradas jurisprudencias lo siguiente y que transcribo en la parte pertinente así :

"…….*En efecto, una lectura adecuada del principio de decisión del Tribunal en esta ocasión conlleva a la conclusión que i) una incapacidad médica constituye justa causa de inasistencia cuando se informe de su existencia con antelación a la diligencia a realizarse; ii) una incapacidad será justa causa de inasistencia, incluso presentada con posterioridad a la realización de la audiencia, en aquellos casos en que el sentido común y la lógica demuestren que respecto del autor existió absoluta incapacidad para informar sobre la inasistencia a dicha audiencia. Este principio de decisión se denota coherente y respetuoso de los deberes del juez como director del proceso, ya que no anula su capacidad de valorar las pruebas allegadas; ni patrocina valoraciones formales que puedan conllevar dilaciones injustificadas en los procesos; ni se entiende como un premio a la inactividad de las partes dentro del proceso……."*

En el caso de marras, palmario se hace que el Representante de la Sociedad demandada a través de su mandatario, hubiese acreditado previamente a la audiencia cualquier tipo de patología que lo imposibilitase de forma absoluta a comparecer, así mismo, la excusa médica presentada con posterioridad a la audiencia, en caso alguno vislumbra una incapacidad absoluta en testa del Sr. Revollo, Representante de la Sociedad Malta S.A., como para no haberla aportado incluso el mismo día de la audiencia, más aún, cuando está representado por su Abogado, situación que desde luego, con base en la sana crítica, es decir, esa lógica, ese sentido común, la experiencia que el Señor Juez debe aplicar en la valoración de este tipo de pruebas excusatorias, necesariamente debe llevarlo a colegir, itero, que el Sr. Liquidador de la sociedad demandada NO ESTABA INHABILITADO DE FORMA TOTAL o ABSOLUTA COMO PARA HABERSE DADO EL LUJO DE NO COMPARECER o ALGO MAS SIMPLE, DE INFORMAR O ALLEGAR DICHA EXCUSA, INCLUSO, EL MISMO DIA DE LA AUDIENCIA, MÁXIME CUANDO EN LA PATOLOGIA DIAGNOSTICADA NO SE APRECIA LA EXISTENCIA DE UNA ABSOLUTA INCAPACIDAD PARA INFORMAR SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE ASISTIR A LA AUDIENCIA O INFORMAR AL JUZGADO SOBRE LA CONDICION MEDICA Y SOLICITAR APLAZAMIENTO, itero, MAXIME CUANDO ESTABA REPRESENTADO POR MANDATARIO JUDICIAL, SITUACION CUYA OMISION DEBE SER APRECIADA POR SU DESPACHO COMO CARENTE DE JUSTIFICACION RAZONABLE PARA ACEPTARLA, esto señora Magistrada, pese a la decisión de la aceptación por parte del funcionario de primera instancia, ya que la exégesis peticionada ahora y producto de la apelación del fallo, sin duda alguna demanda mayor apreciación jurídica y de fondo que incluso, dejaría sin efectos dicha excusa y su aceptación por la primera instancia.

Bajo estos parámetros, con la aplicación sancionatoria referida, vale decir, PRESUMIR POR CIERTOS LOS HECHOS SUSCEPTIBLES DE CONFESION EN QUE SE HA FUNDADO LA DEMANDA PRIMARIA DE PERTENENCIA, así mismo, LOS MEDIOS EXCEPTIVOS EN QUE SE HA FUNDADO LA DEMANDA REIVINDICATORIA, hay mérito suficiente para acceder a la causa petendi de mis representados.

2º. Consideramos igualmente y con el respeto debido, que la primera instancia en su fallo, incurre en garrafales yerros, tanto del orden de apreciación normativa, como relativos a la apreciación y valoración de las pruebas que en este asunto fueron legal y oportunamente pedidas, decretadas y practicadas, situación que conllevó a mal apreciar los aspectos que integran o conforman los actos de señorío desarrollados y ejercidos por mis mandantes como consecuencia de la venta de derechos posesorios de que el demandante goza y ostenta sobre el predio objeto de adjudicación y con ello, desconocer la calidad de poseedor del demandante y por consiguiente de mis representados. Veamos

EL ASPECTO DE APRECIACION LEGAL QUE EL FALLADOR DE PRIMERA INSTANCIA PASO POR ALTO.

De conformidad con el artículo 946 del Código Civil, la acción de reivindicación **"es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla"**, en concordancia con el artículo 952, **"(l)a acción de dominio se dirige contra el actual poseedor"**. En este orden, la acción reivindicatoria busca principalmente, y en desarrollo del atributo característico de los derechos reales de la persecución, obtener que el **poseedor de un bien** lo restituya a su propietario, quien ha sido despojado de su posesión por parte de aquél. En otras palabras, esta acción está orientada a **"restituir a su dueño la cosa de que no está en posesión y que otro detenta en esa calidad".**

Considero Señora Magistrada, que las normas referidas y transcritas en su parte pertinente en párrafo anterior, indican con claridad lo que este litigante quiere referir cuando enuncio que el fallador de primera instancia pasó por alto aspectos legales que por si mismos, dan para probar legalmente la calidad de poseedor de mis representados como cesionarios del actor sobre el predio pretendido.

La calidad de poseedor en un proceso reivindicatorio como el que impetró la Sociedad MALTA S.A., a través de mandatario contra el Sr. ALIRIO VILLALOBOS y de paso contra mis clientes MAGDA MILENA ESCOBAR Y ARLEY LUNA, en su calidad de CESIONARIOS DE DERECHOS, lleva a un reconocimiento expreso, indudable, perentorio y concreto de

tal calidad, situación legal que mereció ser valorada y tenida en cuenta por la primera instancia para reconocer el derecho reclamado y en adjudicación, de ahí que argumentarse por el Juez del circuito para negar la causa petendi, que fue que mis representados en testa del Sr. Villalobos, no ejerció actos sobre el lote pretendido, o que, el predio no tenía servicios públicos, o que no le han metido maquinaria, o que no hay actos revelatorios frente a que el demandante y de paso mis clientes sean los poseedores del predio pretendido, es sin duda alguna una total incoherencia con el reconocimiento expreso que de dicha posesión, señorío, actos de dueño y demás hace el propietario, es decir, de esa persona que conoce la verdad real de la calidad de quien pretende le reivindique el predio, que para el caso no es otra que la de POSEEDOR y que la primera instancia pasa por alto.

Como si lo anterior fuera poco, tenemos que dentro del control y desarrollo de la audiencia, corresponde como deber al juez, al tenor del inc. 4 NUm.7 del Art. 372 del C.G. del Proceso, fijar el objeto del litigio, PARA PRECISAR LOS HECHOS QUE CONSIDERE DEMOSTRADOS, así las cosas, cumplido a cabalidad con este presupuesto, puede Ud. señora Magistrada observar que dentro de la audiencia se DECLARO EFECTIVAMENTE DEMOSTRADO QUE ALIRIO VILLALOBOS, quien CEDIO A MIS CLIENTES parte de su derecho posesorio, TIENE LA POSESION DEL PREDIO PRETENDIDO, acto procesal que cumplido a cabalidad y que una vez notificado en estrados, NO FUE OBJETO DE RECLAMO ALGUNO, por tanto, una decisión en firme que mereció ser valorada y apreciada por el Juez de primera instancia para declarar la pretensión del derecho reclamado y reconocido a mis clientes y cedido por el demandante.

Asi las cosas, con lo anterior, era suficiente para que la primera instancia hubiese reconocido la calidad de poseedor del demandante y a la vez de mis clientes como cesionarios de ese derecho reclamado, independiente de los actos que el señor Juez haya o no observado se ejercieron en el predio, pues insisto hasta el cansancio, legalmente la posesión fue reconocida a mis mandantes según se expuso.

SOBRE LA AUSENCIA DE UNA DEBIDA VALORACION Y APRECIACION PROBATORIA POR PARTE DE LA PRIMERA INSTANCIA.

Como bien lo establece el estatuto procesal civil, la necesidad de la prueba es un elemento esencial para emitir un fallo, empero, más aún lo es, la debida apreciación y valoración de pruebas, que ésta se dé en conjunto, con ese elemento tan relevante como es la sana crítica, es decir, ese razonamiento, esa inteligencia, esa rectitud, esa integridad acompañada incluso de la experiencia del funcionario que lo lleven necesariamente a una conclusión sana, lógica, etc.,

Con el respeto debido, la primera instancia en ese aspecto de apreciación de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica erró, pues no es posible que con las pruebas legalmente arrimadas, decretadas y practicadas, la primera instancia haya considerado desestimar la causa petitoria, so pretexto de que los actos no se ejercieron sobre el predio pretendido sino sobre los que fueron objeto de expropiación, que aparentemente no tienen servicios públicos, que no se le ha metido maquinaria, que no tiene dirección o servidumbre, empero, lo más grave, que aparentemente no encontró actos revelatorios que muestren que los derechos de mis mandantes cedidos por el demandante como poseedor del predio pretendido no están.

Así, del juicioso estudio que su Despacho hace del presente proceso, encontrará que existen testimonios serios, coherentes, expontáneos, coincidentes como son los de los señores LUIS JORGE PARDO, un hombre humilde, que lleva trabajando para el demandante más de 20 años, deponente que de forma clara dió a conocer al Juzgado sobre que él como trabajador del demandante cercó el lote sin que ninguna persona le objetara el trabajo de cercado que el demandante le pidió hacer del predio, así mismo, que hizo un relleno, que se hizo una casa prefabricada desde el año 2002, que funcionó allí un parqueadero, todo esto además de reconocer al demandante como dueño y señor del predio.

Se tiene igualmente la declaración del Sr. CARLOS EDUARDO QUINTERO, quien es Agente de la Policía Nacional, según quedó claramente acreditado, por tanto, un funcionario público, quien fue claro y expontáneo en manifestar que conoció al demandante desde el año 2012, porque era el dueño del predio pretendido, además

porque tenía allí en funcionamiento un parqueadero, da fé de una casa allí construida. Este testimonio señor Juez, es importante porque viene de un funcionario público, quien en cumplimiento de sus funciones constató que el predio pretendido era ocupado por el demandante quien era reconocido como dueño del mismo, además claro está de dar cuenta en su testimonio del funcionamiento de un parqueadero y de la construcción de una casa, actos innegables de que el actor quien cedió los derechos a mis mandantes ejercía actos de señorío, públicos, pacíficos y de buena fé sobre el predio pretendido.

Tenemos además la declaración del Sr. VLADIMIR GOMEZ PINZON, quien manifiesta claramente que conoció el predio desde el año 2002 por el demandante, que ciertamente allí funcionaba un parqueadero, da fé que allí había una casa que a la postre fue derrumbada, incluso, manifiesta que allí habían cultivos de arveja, papa y tomate, todo esto sembrado y explotado por el demandante a quien estima como dueño del predio pretendido.

Como bien se vislumbra señora Magistrada, todos estos testigos, son coincidentes, coherentes e incluso coincidentes en su declaración, frente a que les consta que desde el año 2002 el demandante ejercía actos de señor y dueño sobre el predio pretendido, incluso, sobre el de mayor extensión que a la postre fue expropiado, pero que este acto administrativo no le quebró el derecho reclamado sobre la cuña triangular que ahora se pretende y sobre la cual continuo ejerciendo actos de señorío como bien quedó demostrado con estas testimoniales, esto señoría, a lo cual se debe adicionar las pruebas documentales obrantes en el proceso que igual ratifican y dan mayor fuerza de convicción frente a los actos de posesión que le fueron cedidos a mis mandantes por parte del actor.

Los testimonios antes referidos como las documentales, merecieron toda la valoración y apreciación debida para el objeto pretendido, máxime cuando no fueron tachados de falsos o siquiera de sospechosos.

Tenemos igualmente señoría, que en la declaración de mi representada Sra. MAGDA MILENA ESCOBAR, ésta también ratifica el señorío del demandante, hace claridad sobre la maquinaria pesada que contrato para aplanar y arreglar el predio en la cuota parte que le adquirió al demandante, así como que con anterioridad a la compra visito el predio y constató el señorío del Sr. Villalobos, de ahí que haya efectuado el negocio con el mismo.

Por último señor Juez, es tan grave y de bulto el yerro en que incurre la primera instancia en su análisis, que incluso, argumenta en su fallo para la reivindicación del predio, que como Juez, como administrador de justicia, debe proteger la propiedad privada que se le acredita en testa de la demandada, sin embargo, en ese juicio de deber que pregona, olvida proteger el derecho de posesión que aquí ha quedado demostrado en testa de mis mandantes como cesionarios del actor poseedor, más aún, cuando demostrado igualmente está dentro del presente asunto, el desinterés e incluso, el abandono del predio por parte del propietario cuando coadyuvó la petición de que era un bien público. Así, si bien los jueces deben salvaguardar los derechos de las personas, también lo es, que en tratándose de titularidad de un bien privado, corresponde con mayor razón hacerlo a su propietario y en el caso de marras, no fue así por parte de Malta S.A., quien como quedó fielmente demostrado, llegó a considerar que el bien que ahora pretende en reivindicación era un bien público, hecho que desde luego demuestra su total desinterés y abandono del mismo.

Bajo estos parámetros y someramente, están dados todos y cada uno de los presupuestos para que Ud. señora Magistrada REVOQUE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y EN SU DEFECTO PROCEDA A ACCEDER A LO PRETENDIDO, MEJOR AUN, A RECONOCERA MIS MANDANTES CESIONARIOS DEL DEMANDANTE EL DERECHO CEDIDO Y DEBIDAMENTE ACEPTADO A TRAVES DE AUTO EN FIRME. Dejo así sustentado el recurso de apelación que en su oportunidad impetré.

NELSON VIDALES MARTINEZ

TP. 104572 del C.S. de la J.

CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA

SEDE CENTRO

CÓDIGO DE VERIFICACIÓN: 119390121FE758

16 DE AGOSTO DE 2019 HORA 15:17:16

01NSR0815219 PÁGINA: 1 DE 1

* *

****

ESTE CERTIFICADO FUE GENERADO ELECTRÓNICAMENTE Y CUENTA CON UN CÓDIGO DE VERIFICACIÓN QUE LE PERMITE SER VALIDADO SOLO UNA VEZ, INGRESANDO A WWW.CCB.ORG.CO

****

****

PARA SU SEGURIDAD DEBE VERIFICAR LA VALIDEZ Y AUTENTICIDAD DE ESTE CERTIFICADO SIN COSTO ALGUNO DE FORMA FÁCIL, RÁPIDA Y SEGURA EN WWW.CCB.ORG.CO/CERTIFICADOSELECTRONICOS/

****

CERTIFICADO ESPECIAL

LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, CON FUNDAMENTO EN LAS MATRICULAS E INSCRIPCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL,

CERTIFICA

****

LA INFORMACION AQUI CONSIGNADA NO CONSTITUYE CERTIFICACION DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL DE ESTA COMPAÑIA.

****

CERTIFICA

MATRICULA: 02233038
N.I.T.: 09005370999
NOMBRE: BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS SAS
DOMICILIO B

CERTIFICADO HISTORICO DE NOMBRAMIENTOS DE REPRESENTANTE LEGAL

CERTIFICA:

CONSTITUCIÓN: QUE POR DOCUMENTO PRIVADO DE ACCIONISTA ÚNICO DEL 6 DE JULIO DE 2012, INSCRITA EL 11 DE JULIO DE 2012 BAJO EL NÚMERO 01649437 DEL LIBRO IX, SE CONSTITUYÓ LA SOCIEDAD COMERCIAL DENOMINADA BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS SAS.

CERTIFICA:

QUE POR ACTA NO. 08 DE ASAM CIO ISTAS DEL 30 DE JULIO DE 2015, INSCRITA EL 19 DE AGOSTO DE 2015 BAJO EL NÚMERO 02011623 DEL LIBRO IX, FUE (RON) NOMBRADO (S):

NOMBRE	IDENTIFICACIÓN
REPRESENTANTE LEGAL	
AGUILAR ZAPATA LINA MARIA	C.C. 000000063366666

CERTIFICA:

QUE POR ACTA NO. 16 DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2016, INSCRITA EL 2 DE DICIEMBRE DE 2016 BAJO EL NÚMERO 02163091 DEL LIBRO IX, FUE (RON) NOMBRADO (S):

NOMBRE	IDENTIFICACIÓN
GERENTE	

Constanza del Pilar Puentes Trujillo

PARRA SANABRIA MARIA ANTONIA C.C. 000000068304745

CERTIFICA:

QUE POR ACTA NO. 17 DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS DEL 7 DE DICIEMBRE DE 2016, INSCRITA EL 12 DE DICIEMBRE DE 2016 BAJO EL NÚMERO 02164916 DEL LIBRO IX, FUE (RON) NOMBRADO (S):

NOMBRE IDENTIFICACIÓN

REPRESENTANTE LEGAL SUPLENTE

ARANGO VALLEJO LORENA JAQUELINE C.C. 000000068303309

CERTIFICA:

QUE LOS ANTERIORES DOCUMENTOS REFERENTES A NOMBRAMIENTOS DE REPRESENTANTES LEGALES, FUERON INSCRITOS EN ESTA CAMARA DE COMERCIO EN LAS FECHAS DE REGISTROS INDICADAS EN CADA UNO DE ELLOS, PARA LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA.

CERTIFICA:

DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE LA LEY 962 DE 2005, LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE REGISTRO AQUÍ CERTIFICADOS QUEDAN EN FIRME DIEZ (10) DÍAS HÁBILES DESPUÉS DE LA FECHA DE LA CORRESPONDIENTE ANOTACIÓN, SIEMPRE QUE NO SEAN OBJETO DE RECURSO. LOS SÁBADOS NO SON TENIDOS EN CUENTA COMO DÍAS HÁBILES PARA LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ.

** ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACION JURIDICA DE LA **
** PERSONA NATURAL/JURIDICA, SUCURSAL, AGENCIA O ESTABLECIMIENTO **
** DE COMERCIO HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICION. **

EL SECRETARIO DE LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA,
VALOR : $ 5,800

****

PARA VERIFICAR QUE EL CONTENIDO DE ESTE CERTIFICADO CORRESPONDA CON LA INFORMACIÓN QUE REPOSA EN LOS REGISTROS PÚBLICOS DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, EL CÓDIGO DE VERIFICACIÓN PUEDE SER VALIDADO POR SU DESTINATARIO SOLO UNA VEZ, INGRESANDO A WWW.CCB.ORG.CO

****

ESTE CERTIFICADO FUE GENERADO ELECTRÓNICAMENTE CON FIRMA DIGITAL Y CUENTA CON PLENA VALIDEZ JURÍDICA CONFORME A LA LEY 527 DE 1999.

****

FIRMA MECÁNICA DE CONFORMIDAD CON EL DECRETO 2150 DE 1995 Y LA AUTORIZACIÓN IMPARTIDA POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, MEDIANTE EL OFICIO DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 1996.

CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA

SEDE CENTRO

CÓDIGO DE VERIFICACIÓN: 119390121FE758

16 DE AGOSTO DE 2019 HORA 15:17:16

01NSR0815219 PÁGINA: 1 DE 1

* *

****

ESTE CERTIFICADO FUE GENERADO ELECTRÓNICAMENTE Y CUENTA CON UN CÓDIGO DE VERIFICACIÓN QUE LE PERMITE SER VALIDADO SOLO UNA VEZ, INGRESANDO A WWW.CCB.ORG.CO

****

****

PARA SU SEGURIDAD DEBE VERIFICAR LA VALIDEZ Y AUTENTICIDAD DE ESTE CERTIFICADO SIN COSTO ALGUNO DE FORMA FÁCIL, RÁPIDA Y SEGURA EN WWW.CCB.ORG.CO/CERTIFICADOSELECTRONICOS/

****

CERTIFICADO ESPECIAL

LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, CON FUNDAMENTO EN LAS MATRICULAS E INSCRIPCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL,

CERTIFICA

****

LA INFORMACION AQUI CONSIGNADA NO CONSTITUYE CERTIFICACION DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL DE ESTA COMPAÑIA.

****

CERTIFICA

MATRICULA: 02233038
N.I.T.: 09005370999
NOMBRE: BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS SAS
DOMICILIO B

CERTIFICADO HISTORICO DE NOMBRAMIENTOS DE REPRESENTANTE LEGAL

CERTIFICA:

CONSTITUCIÓN: QUE POR DOCUMENTO PRIVADO DE ACCIONISTA ÚNICO DEL 6 DE JULIO DE 2012, INSCRITA EL 11 DE JULIO DE 2012 BAJO EL NÚMERO 01649437 DEL LIBRO IX, SE CONSTITUYÓ LA SOCIEDAD COMERCIAL DENOMINADA BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS SAS.

CERTIFICA:

QUE POR ACTA NO. 08 DE ASAM CIO ISTAS DEL 30 DE JULIO DE 2015, INSCRITA EL 19 DE AGOSTO DE 2015 BAJO EL NÚMERO 02011623 DEL LIBRO IX, FUE (RON) NOMBRADO (S):

NOMBRE	IDENTIFICACIÓN
REPRESENTANTE LEGAL	
AGUILAR ZAPATA LINA MARIA	C.C. 000000063366666

CERTIFICA:

QUE POR ACTA NO. 16 DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2016, INSCRITA EL 2 DE DICIEMBRE DE 2016 BAJO EL NÚMERO 02163091 DEL LIBRO IX, FUE (RON) NOMBRADO (S):

NOMBRE	IDENTIFICACIÓN
GERENTE	

Constanza del Pilar Puentes Trujillo

PARRA SANABRIA MARIA ANTONIA C.C. 000000068304745

CERTIFICA:

QUE POR ACTA NO. 17 DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS DEL 7 DE DICIEMBRE DE 2016, INSCRITA EL 12 DE DICIEMBRE DE 2016 BAJO EL NÚMERO 02164916 DEL LIBRO IX, FUE (RON) NOMBRADO (S):

NOMBRE IDENTIFICACIÓN

REPRESENTANTE LEGAL SUPLENTE

ARANGO VALLEJO LORENA JAQUELINE C.C. 000000068303309

CERTIFICA:

QUE LOS ANTERIORES DOCUMENTOS REFERENTES A NOMBRAMIENTOS DE REPRESENTANTES LEGALES, FUERON INSCRITOS EN ESTA CAMARA DE COMERCIO EN LAS FECHAS DE REGISTROS INDICADAS EN CADA UNO DE ELLOS, PARA LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA.

CERTIFICA:

DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE LA LEY 962 DE 2005, LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE REGISTRO AQUÍ CERTIFICADOS QUEDAN EN FIRME DIEZ (10) DÍAS HÁBILES DESPUÉS DE LA FECHA DE LA CORRESPONDIENTE ANOTACIÓN, SIEMPRE QUE NO SEAN OBJETO DE RECURSO. LOS SÁBADOS NO SON TENIDOS EN CUENTA COMO DÍAS HÁBILES PARA LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ.

** ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACION JURIDICA DE LA **
** PERSONA NATURAL/JURIDICA, SUCURSAL, AGENCIA O ESTABLECIMIENTO **
** DE COMERCIO HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICION. **

EL SECRETARIO DE LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA,
VALOR : $ 5,800

****

PARA VERIFICAR QUE EL CONTENIDO DE ESTE CERTIFICADO CORRESPONDA CON LA INFORMACIÓN QUE REPOSA EN LOS REGISTROS PÚBLICOS DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, EL CÓDIGO DE VERIFICACIÓN PUEDE SER VALIDADO POR SU DESTINATARIO SOLO UNA VEZ, INGRESANDO A WWW.CCB.ORG.CO

****

ESTE CERTIFICADO FUE GENERADO ELECTRÓNICAMENTE CON FIRMA DIGITAL Y CUENTA CON PLENA VALIDEZ JURÍDICA CONFORME A LA LEY 527 DE 1999.

****

FIRMA MECÁNICA DE CONFORMIDAD CON EL DECRETO 2150 DE 1995 Y LA AUTORIZACIÓN IMPARTIDA POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, MEDIANTE EL OFICIO DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 1996.

SEGUREXPO
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
R0007103
FEC:2012/01/26 HOR:11:07:59
CONTRATO 008 DE 2007 CONCES

CONSORCIO LA CORDIALIDAD
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
2012 ENE. 25
RECIBIDO PARA REVISIÓN
NO IMPLICA ACEPTACIÓN

Bogotá, Enero 23 de 2012

SOL-BOG-0064-12

Señores
CONSORCIO LA CORDIALIDAD
Atn. Dr. Eduardo Gómez
Representante Legal.
Carrera 4 No. 59-72/74
Ciudad.

Referencia: Contrato 008 de 2007 Concesión Vial Ruta Caribe., Construcción segunda calzada tramo Sabanalarga – Palmar de Varela, Orden de servicios No. 030 de 2009.

Asunto: Su comunicación CLC-004-12. Pólizas contractuales, notificación terminación anticipada por incumplimiento grave.

Respetado Doctor,

Genera desconcierto y confusión la comunicación del asunto, en la cual a pesar de los textos contractuales citados en los diversos requerimientos realizados por AUTOPISTAS DEL SOL S.A., EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD pareciera desconocer cualquier argumento o soporte presentado, argumentando sus respuestas con premisas falsas que pretenden hacer ver como ciertas, generando confusión frente a terceros intervinientes en el seguimiento del contrato, nos referimos al interventor y a la empresa aseguradora.

Para mayor claridad respecto del asunto, procedemos a contestar cada uno de los argumentos esgrimidos por ustedes en la comunicación del asunto, respecto del tema de las pólizas contractuales, siguiendo el orden planteado:

1.- Es cierto que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. es parte del contrato de seguro, pero como beneficiario del mismo en caso de incumplimiento por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD, razón por la cual no es de nuestro resorte adelantar los trámites necesarios para la actualización de las pólizas requeridas por el contrato, gestión que debería adelantar EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD en su calidad de tomador.

AUTOPISTAS DEL SOL S.A. no ha informado en ninguna forma a la empresa aseguradora que el contrato no se ejecutaría, razón por la cual rechazamos de plano dicha afirmación, la cual consideramos completamente falsa, siendo que sí se reporto a dicha entidad nuestra intención de revisar el tema de los dineros entregados en anticipo al CONSORCIO LA CORDIALIDAD para la ejecución de la obra, por cuanto no se ha recibido un informe serio, responsable y debidamente soportado de la inversión del mismo; Lo anterior a pesar de los múltiples requerimientos realizados.

EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD si tiene conocimiento del tema de anticipo tratado con la aseguradora, cuestión que se demuestra con los requerimientos hechos por ella a dicho consorcio, siendo que el tema también se manejo en presencia del representante legal del

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

CONSORCIO LA CORDIALIDAD, Dr. Eduardo Gomez, en reunión realizada en Diciembre de 2011.

2.- A la fecha AUTOPISTAS DEL SOL S.A. no ha recibido solicitud formal alguna de información por parte de la empresa aseguradora SEGUREXPO, razón por la cual no queda claro a que se refiere en su comunicación cuando señala *"En verdad agradeceremos que ustedes den respuesta al requerimiento de la compañía aseguradora (...)"*. En caso de que su comunicación haga referencia al tema del licenciamiento ambiental del proyecto, le aclaramos que el requerimiento fue contestado de manera oportuna, respuesta de la cual usted tiene copia.

En adición, le reiteramos lo expuesto en nuestra comunicación SOL-BOG-0011-11 de Diciembre cinco (5) de 2011, en la cual atendiendo la información suministrada por ustedes, respecto del requerimiento realizado por la empresa aseguradora SEGUREXPO al CONSORCIO LA CORDIALIDAD, nos permitimos manifestar:

> "No estamos de acuerdo con ustedes cuando pretenden imputar responsabilidad a AUTOPISTAS DEL SOL S.A. en la demora en la expedición de las modificaciones de las pólizas, si bien es cierto que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. hace parte como beneficiario del contrato de seguro, no es de nuestro resorte el suministro de la información solicitada por la compañía de seguros SEGUREXPO, información que en su totalidad corresponde a cuestiones internas del CONSORCIO LA CORDIALIDAD, con la excepción de los informes de interventoría, que como resulta lógico no existen por cuanto el acta de inicio se suscribió el pasado once (11) de Noviembre de 2011."

De conformidad con lo expuesto, es bastante evidente que carece de cualquier argumento o soporte valido lo afirmado por EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD en la comunicación del asunto, siendo que por el contrario, se evidencia una animo dilatorio por su parte al argumentar una y otra vez lo mismo, desconociendo los documentos contractuales y la correspondencia intercambiada; Elementos que demuestran para el presente caso, que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. no se encuentra en mora de entregar información alguna, ni al CONSORCIO LA CORDIALIDAD ni a la empresa aseguradora SEGUREXPO.

3.- No nos consta ni es de nuestro resorte el cumplimiento de términos por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD frente a la empresa aseguradora. Aclaramos que si bien lo anterior nos resulta irrelevante, si nos preocupa que a la fecha y además de la información previa suministrada por ustedes a la aseguradora, desconocemos cualquier tramite adelantado para la consecución de las pólizas contractuales.

Es importante aclarar que el contrato presenta posibilidades frente a este tipo de situaciones, por lo que para su conocimiento le recordamos lo estipulado el acuerdo tercero del acta modificatoria de la oferta mercantil, la cual señala:

> "**TERCERO.-** Una vez la Sociedad Autopistas del Sol S.A., Notifique al Consorcio La Cordialidad la firmeza del Acto Administrativo de Licenciamiento, dentro de los 5 días siguientes, este procederá a realizar los trámites pertinentes para que se actualicen las pólizas de que trata el numeral 7 de la oferta mercantil GCC-OMLC-03-09 de manera que el cubrimiento en plazo y valores se verifique desde la fecha prevista por las partes para la suscripción del Acta de Inicio. *Si la aseguradora no acepta expedir el certificado de modificación de las pólizas,* ***EL CONSORCIO LA***

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

CORDIALIDAD, *deberá entregar a* ***AUTOPISTAS DEL SOL S.A.*** *Unas nuevas pólizas que garanticen el cubrimiento de todos los riesgos en los términos del numeral 7 de la oferta mercantil a partir del acta de inicio de las obras."*(CURSIVA Y SUBRAYADO POR FUERA DEL TEXTO ORIGINAL)

En este orden de ideas, se puede concluir que (i) mas allá de cualquier consideración, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD no ha entregado las pólizas requeridas contractualmente; (ii) EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD ha incumplido todos los términos pactados para la entrega de dichos documentos, lo que lo ubica en situación de grave incumplimiento contractual; (iii) EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD no ha realizado, o cuando menos no ha informado ni soportado, la ejecución de ningún trámite tendiente al cumplimiento de su obligación y; (iv) En un claro desconocimiento de sus obligaciones y de los textos contractuales, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD ha optado por incumplir de manera consiente su obligación de aportar las pólizas, tal y como lo relata en el texto de su comunicación.

4.- Respecto del tema de la ejecutoria de la resolución de licenciamiento ambiental del proyecto, resulta realmente inentendible la posición asumida por EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD, el cual sin ningún tipo de sustento insiste en argumentar que contractualmente se requiere dicho documento.

Reiteramos una vez más que es completamente falso que el contrato exija la presentación de dicho documento, al respecto explicamos y soportamos contractualmente en nuestra comunicación SOL-BOG-008-11 lo siguiente:

> "6.- Es falso que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. se encuentre en mora de entregar la licencia ambiental del proyecto acorde a lo pactado en la documentación contractual, cuestión que se realizo a través de nuestra comunicación ASSA-SOL-1092-11, al respecto consideramos pertinente aclarar desde el punto de vista contractual la situación, para ello nos remitimos primeramente a lo estipulado en el acuerdo segundo del documento modificatorio de la orden de servicios No.030 de 2009, el cual expresa:
>
> "**SEGUNDO.-** Modificar el plazo para ejecución de las obras objeto de la oferta Mercantil No., GCC-OMLC-04-09 aceptada con la Orden de servicio No. 030 de marzo de 2.009, así:
>
> "**PLAZO:** EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD ejecutara las obras objeto de la oferta mercantil en un termino de veinticuatro (24) meses contados a partir de la fecha en que AUTOPISTAS DEL SOL le comunique al CONSORCIO LA CORDIALIDAD que se ha proferido la Resolución mediante la cual el MINISTERIO DE AMBIENTE VIVIENDA Y DESARROLLO TERITORIAL otorgue a la sociedad AUTOPISTAS DEL SOL S.A., la licencia ambiental para la construcción de las obras del tramo Sabanalarga .Palmar de Varela del proyecto de Concesión Vial Ruta Caribe, previa entrega de los diseños definitivos"
>
> Adicionalmente, citamos el texto del acuerdo tercero del mismo modificatorio, en que se indica:
>
> "**TERCERO.-** Una vez la sociedad Autopistas del Sol S.A., notifique al Consorcio La Cordialidad la firmeza del Acto Administrativo de Licenciamiento (...)"
>
> Se concluye de ambos textos que la obligación de AUTOPISTAS DEL SOL S.A. es notificar la firmeza del acto administrativo de licenciamiento, su existencia y materialización jurídica; contrario a lo que expresa el CONSORCIO LA CORDIALIDAD no existe en el texto la supuesta exigencia de aportar lo que han

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

denominado en su comunicación la constancia de ejecutoria de la licencia, por lo que basta con la presentación del documento y la afirmación por parte de AUTOPISTAS DEL SOL S.A. de que la licencia esta en firme para que el CONSORCIO LA CORDIALIDAD proceda con la ejecución de las obras.

No obstante lo anterior, resulta procedente señalar que la ejecutoria del acto administrativo de licenciamiento refiere al momento en que el acto adquiere total firmeza, para lo cual el artículo 62 del código contencioso administrativo presenta de manera expresa los 4 momentos en que el acto administrativo adquiere firmeza: (1) Cuando contra ellos no proceda ningún recurso; (2) Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido; (3) Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos; (4) Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos. Es obligatorio concluir que la ejecutoria del acto obedece a un momento procesal y no a un documento que certifique determinada situación, por lo que insistimos en que el acto administrativo de licenciamiento del tramo Sabanalarga – Palmar de Varela, se encuentra en firme."

Es claro entonces, que de conformidad con los textos contractuales no se fija ningún tipo de obligación referida a la supuesta entrega de de constancia de ejecutoria del acto de licenciamiento ambiental del proyecto, por lo que insistimos que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. no se encuentra en mora de entregar ningún tipo de documento al respecto.

Como viene expuesto el tema, resulta bastante evidente que EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD no ha dado cumplimiento a su obligación contractual de entregar las pólizas de seguro requeridas por los documentos contractuales; así mismo, se ha podido establecer que tampoco ha adoptado ningún tipo de medida conducente a la consecución de dicha documentación, de conformidad a como lo establece el acuerdo tercero del acta modificatoria de la oferta mercantil GCC-OMLC-03-09.

En este orden de ideas, tal y como se informo previamente, AUTOPISTAS DEL SOL S.A. procederá de conformidad a lo estipulado en la clausula 9 de la oferta mercantil GCC-OMLC-03-09, aceptada mediante orden de servicios No. 030 de 2009, la cual establece:

"9. TERMINACION ANTICIPADA: La relación jurídica derivada de la aceptación de la presente oferta terminara anticipadamente en cualquiera de los siguientes eventos:

(i) Por incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes derivadas de la presente oferta, cuando tal incumplimiento ponga en riesgo o le genere a la otra parte responsabilidades ante terceros.

(...)"

No sobra poner de presente que la no presentación de las pólizas de seguro requeridas generan tal y como lo considera la clausula previamente citada, riesgos de toda índole frente a terceros. A lo anterior se suman situaciones tales como los continuos atrasos en los pagos de seguridad social integral de los pocos trabajadores con los que cuenta a la fecha, siendo que aun no ha procedido a presentar los soportes de pago correspondientes al mes de Diciembre de 2011; En igual sentido se remarca que el hecho de ejecutar cualquier actividad en la vía, expone a AUTOPISTAS DEL SOL S.A. frente a eventualidades derivadas de la responsabilidad civil extracontractual.

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

En adición, tal y como lo hemos expuesto en diversas comunicaciones, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD se ha negado de manera reiterada y sin ningún tipo de justificación, a la entrega de un informe de inversión de anticipo, situación que precisamente se trata de prever con la póliza correspondiente y de la cual se generan riesgos frente al contratante principal.

De conformidad con lo expuesto, le manifestamos nuestra intención de dar por terminada la relación contractual, de manera anticipada y de conformidad con lo dispuesto con la clausula 9 de la oferta mercantil GCC-OMLC-03-09, aceptada mediante orden de servicios No. 030 de 2009; previa verificación del incumplimiento por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD y la incidencia de dicho incumplimiento en la responsabilidad frente a terceros; Por lo que le solicitamos que en un término no superior a tres (3) días calendarios, proceda a la entrega de l proyecto de liquidación de la relación contractual y al despeje de las areas entregadas por AUTOPISTAS DEL SOL S.A. para la ejecución de las obras.

Cordialmente,

MENZEL AMÍN AVENDAÑO
Representante Legal

Copia: Ing. Manuel José Bravo – Representante Legal PABLO EMILIO BRAVO S.A. Interventoría del proyecto.
Dra. Clara Inés Rusinque Cardona – Gerente Técnico Segurexpo.

Archivo

Proyectó: HHA

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

SEGUREXPO
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
R0007103
FEC:2012/01/26 HOR:11:07:59
CONTRATO 008 DE 2007 CONCES

CONSORCIO LA CORDIALIDAD
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
2012 ENE. 25
RECIBIDO PARA REVISIÓN
NO IMPLICA ACEPTACIÓN

Bogotá, Enero 23 de 2012

SOL-BOG-0064-12

Señores
CONSORCIO LA CORDIALIDAD
Atn. Dr. Eduardo Gómez
Representante Legal.
Carrera 4 No. 59-72/74
Ciudad.

Referencia: Contrato 008 de 2007 Concesión Vial Ruta Caribe., Construcción segunda calzada tramo Sabanalarga – Palmar de Varela, Orden de servicios No. 030 de 2009.

Asunto: Su comunicación CLC-004-12. Pólizas contractuales, notificación terminación anticipada por incumplimiento grave.

Respetado Doctor,

Genera desconcierto y confusión la comunicación del asunto, en la cual a pesar de los textos contractuales citados en los diversos requerimientos realizados por AUTOPISTAS DEL SOL S.A., EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD pareciera desconocer cualquier argumento o soporte presentado, argumentando sus respuestas con premisas falsas que pretenden hacer ver como ciertas, generando confusión frente a terceros intervinientes en el seguimiento del contrato, nos referimos al interventor y a la empresa aseguradora.

Para mayor claridad respecto del asunto, procedemos a contestar cada uno de los argumentos esgrimidos por ustedes en la comunicación del asunto, respecto del tema de las pólizas contractuales, siguiendo el orden planteado:

1.- Es cierto que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. es parte del contrato de seguro, pero como beneficiario del mismo en caso de incumplimiento por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD, razón por la cual no es de nuestro resorte adelantar los trámites necesarios para la actualización de las pólizas requeridas por el contrato, gestión que debería adelantar EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD en su calidad de tomador.

AUTOPISTAS DEL SOL S.A. no ha informado en ninguna forma a la empresa aseguradora que el contrato no se ejecutaría, razón por la cual rechazamos de plano dicha afirmación, la cual consideramos completamente falsa, siendo que sí se reporto a dicha entidad nuestra intención de revisar el tema de los dineros entregados en anticipo al CONSORCIO LA CORDIALIDAD para la ejecución de la obra, por cuanto no se ha recibido un informe serio, responsable y debidamente soportado de la inversión del mismo; Lo anterior a pesar de los múltiples requerimientos realizados.

EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD si tiene conocimiento del tema de anticipo tratado con la aseguradora, cuestión que se demuestra con los requerimientos hechos por ella a dicho consorcio, siendo que el tema también se manejo en presencia del representante legal del

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

CONSORCIO LA CORDIALIDAD, Dr. Eduardo Gomez, en reunión realizada en Diciembre de 2011.

2.- A la fecha AUTOPISTAS DEL SOL S.A. no ha recibido solicitud formal alguna de información por parte de la empresa aseguradora SEGUREXPO, razón por la cual no queda claro a que se refiere en su comunicación cuando señala *"En verdad agradeceremos que ustedes den respuesta al requerimiento de la compañía aseguradora (...)"*. En caso de que su comunicación haga referencia al tema del licenciamiento ambiental del proyecto, le aclaramos que el requerimiento fue contestado de manera oportuna, respuesta de la cual usted tiene copia.

En adición, le reiteramos lo expuesto en nuestra comunicación SOL-BOG-0011-11 de Diciembre cinco (5) de 2011, en la cual atendiendo la información suministrada por ustedes, respecto del requerimiento realizado por la empresa aseguradora SEGUREXPO al CONSORCIO LA CORDIALIDAD, nos permitimos manifestar:

> "No estamos de acuerdo con ustedes cuando pretenden imputar responsabilidad a AUTOPISTAS DEL SOL S.A. en la demora en la expedición de las modificaciones de las pólizas, si bien es cierto que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. hace parte como beneficiario del contrato de seguro, no es de nuestro resorte el suministro de la información solicitada por la compañía de seguros SEGUREXPO, información que en su totalidad corresponde a cuestiones internas del CONSORCIO LA CORDIALIDAD, con la excepción de los informes de interventoría, que como resulta lógico no existen por cuanto el acta de inicio se suscribió el pasado once (11) de Noviembre de 2011."

De conformidad con lo expuesto, es bastante evidente que carece de cualquier argumento o soporte valido lo afirmado por EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD en la comunicación del asunto, siendo que por el contrario, se evidencia una animo dilatorio por su parte al argumentar una y otra vez lo mismo, desconociendo los documentos contractuales y la correspondencia intercambiada; Elementos que demuestran para el presente caso, que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. no se encuentra en mora de entregar información alguna, ni al CONSORCIO LA CORDIALIDAD ni a la empresa aseguradora SEGUREXPO.

3.- No nos consta ni es de nuestro resorte el cumplimiento de términos por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD frente a la empresa aseguradora. Aclaramos que si bien lo anterior nos resulta irrelevante, si nos preocupa que a la fecha y además de la información previa suministrada por ustedes a la aseguradora, desconocemos cualquier tramite adelantado para la consecución de las pólizas contractuales.

Es importante aclarar que el contrato presenta posibilidades frente a este tipo de situaciones, por lo que para su conocimiento le recordamos lo estipulado el acuerdo tercero del acta modificatoria de la oferta mercantil, la cual señala:

> "**TERCERO.-** Una vez la Sociedad Autopistas del Sol S.A., Notifique al Consorcio La Cordialidad la firmeza del Acto Administrativo de Licenciamiento, dentro de los 5 días siguientes, este procederá a realizar los trámites pertinentes para que se actualicen las pólizas de que trata el numeral 7 de la oferta mercantil GCC-OMLC-03-09 de manera que el cubrimiento en plazo y valores se verifique desde la fecha prevista por las partes para la suscripción del Acta de Inicio. *Si la aseguradora no acepta expedir el certificado de modificación de las pólizas,* ***EL CONSORCIO LA***

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

CORDIALIDAD, *deberá entregar a* ***AUTOPISTAS DEL SOL S.A.*** *Unas nuevas pólizas que garanticen el cubrimiento de todos los riesgos en los términos del numeral 7 de la oferta mercantil a partir del acta de inicio de las obras."*(CURSIVA Y SUBRAYADO POR FUERA DEL TEXTO ORIGINAL)

En este orden de ideas, se puede concluir que (i) mas allá de cualquier consideración, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD no ha entregado las pólizas requeridas contractualmente; (ii) EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD ha incumplido todos los términos pactados para la entrega de dichos documentos, lo que lo ubica en situación de grave incumplimiento contractual; (iii) EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD no ha realizado, o cuando menos no ha informado ni soportado, la ejecución de ningún trámite tendiente al cumplimiento de su obligación y; (iv) En un claro desconocimiento de sus obligaciones y de los textos contractuales, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD ha optado por incumplir de manera consiente su obligación de aportar las pólizas, tal y como lo relata en el texto de su comunicación.

4.- Respecto del tema de la ejecutoria de la resolución de licenciamiento ambiental del proyecto, resulta realmente inentendible la posición asumida por EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD, el cual sin ningún tipo de sustento insiste en argumentar que contractualmente se requiere dicho documento.

Reiteramos una vez más que es completamente falso que el contrato exija la presentación de dicho documento, al respecto explicamos y soportamos contractualmente en nuestra comunicación SOL-BOG-008-11 lo siguiente:

> "6.- Es falso que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. se encuentre en mora de entregar la licencia ambiental del proyecto acorde a lo pactado en la documentación contractual, cuestión que se realizo a través de nuestra comunicación ASSA-SOL-1092-11, al respecto consideramos pertinente aclarar desde el punto de vista contractual la situación, para ello nos remitimos primeramente a lo estipulado en el acuerdo segundo del documento modificatorio de la orden de servicios No.030 de 2009, el cual expresa:
>
> "**SEGUNDO.-** Modificar el plazo para ejecución de las obras objeto de la oferta Mercantil No., GCC-OMLC-04-09 aceptada con la Orden de servicio No. 030 de marzo de 2.009, así:
>
> "**PLAZO:** EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD ejecutara las obras objeto de la oferta mercantil en un termino de veinticuatro (24) meses contados a partir de la fecha en que AUTOPISTAS DEL SOL le comunique al CONSORCIO LA CORDIALIDAD que se ha proferido la Resolución mediante la cual el MINISTERIO DE AMBIENTE VIVIENDA Y DESARROLLO TERITORIAL otorgue a la sociedad AUTOPISTAS DEL SOL S.A., la licencia ambiental para la construcción de las obras del tramo Sabanalarga .Palmar de Varela del proyecto de Concesión Vial Ruta Caribe, previa entrega de los diseños definitivos"
>
> Adicionalmente, citamos el texto del acuerdo tercero del mismo modificatorio, en que se indica:
>
> "**TERCERO.-** Una vez la sociedad Autopistas del Sol S.A., notifique al Consorcio La Cordialidad la firmeza del Acto Administrativo de Licenciamiento (...)"
>
> Se concluye de ambos textos que la obligación de AUTOPISTAS DEL SOL S.A. es notificar la firmeza del acto administrativo de licenciamiento, su existencia y materialización jurídica; contrario a lo que expresa el CONSORCIO LA CORDIALIDAD no existe en el texto la supuesta exigencia de aportar lo que han

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

denominado en su comunicación la constancia de ejecutoria de la licencia, por lo que basta con la presentación del documento y la afirmación por parte de AUTOPISTAS DEL SOL S.A. de que la licencia esta en firme para que el CONSORCIO LA CORDIALIDAD proceda con la ejecución de las obras.

No obstante lo anterior, resulta procedente señalar que la ejecutoria del acto administrativo de licenciamiento refiere al momento en que el acto adquiere total firmeza, para lo cual el artículo 62 del código contencioso administrativo presenta de manera expresa los 4 momentos en que el acto administrativo adquiere firmeza: (1) Cuando contra ellos no proceda ningún recurso; (2) Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido; (3) Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos; (4) Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos. Es obligatorio concluir que la ejecutoria del acto obedece a un momento procesal y no a un documento que certifique determinada situación, por lo que insistimos en que el acto administrativo de licenciamiento del tramo Sabanalarga – Palmar de Varela, se encuentra en firme."

Es claro entonces, que de conformidad con los textos contractuales no se fija ningún tipo de obligación referida a la supuesta entrega de de constancia de ejecutoria del acto de licenciamiento ambiental del proyecto, por lo que insistimos que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. no se encuentra en mora de entregar ningún tipo de documento al respecto.

Como viene expuesto el tema, resulta bastante evidente que EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD no ha dado cumplimiento a su obligación contractual de entregar las pólizas de seguro requeridas por los documentos contractuales; así mismo, se ha podido establecer que tampoco ha adoptado ningún tipo de medida conducente a la consecución de dicha documentación, de conformidad a como lo establece el acuerdo tercero del acta modificatoria de la oferta mercantil GCC-OMLC-03-09.

En este orden de ideas, tal y como se informo previamente, AUTOPISTAS DEL SOL S.A. procederá de conformidad a lo estipulado en la clausula 9 de la oferta mercantil GCC-OMLC-03-09, aceptada mediante orden de servicios No. 030 de 2009, la cual establece:

"9. TERMINACION ANTICIPADA: La relación jurídica derivada de la aceptación de la presente oferta terminara anticipadamente en cualquiera de los siguientes eventos:

(i) Por incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes derivadas de la presente oferta, cuando tal incumplimiento ponga en riesgo o le genere a la otra parte responsabilidades ante terceros.

(...)"

No sobra poner de presente que la no presentación de las pólizas de seguro requeridas generan tal y como lo considera la clausula previamente citada, riesgos de toda índole frente a terceros. A lo anterior se suman situaciones tales como los continuos atrasos en los pagos de seguridad social integral de los pocos trabajadores con los que cuenta a la fecha, siendo que aun no ha procedido a presentar los soportes de pago correspondientes al mes de Diciembre de 2011; En igual sentido se remarca que el hecho de ejecutar cualquier actividad en la vía, expone a AUTOPISTAS DEL SOL S.A. frente a eventualidades derivadas de la responsabilidad civil extracontractual.

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

En adición, tal y como lo hemos expuesto en diversas comunicaciones, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD se ha negado de manera reiterada y sin ningún tipo de justificación, a la entrega de un informe de inversión de anticipo, situación que precisamente se trata de prever con la póliza correspondiente y de la cual se generan riesgos frente al contratante principal.

De conformidad con lo expuesto, le manifestamos nuestra intención de dar por terminada la relación contractual, de manera anticipada y de conformidad con lo dispuesto con la clausula 9 de la oferta mercantil GCC-OMLC-03-09, aceptada mediante orden de servicios No. 030 de 2009; previa verificación del incumplimiento por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD y la incidencia de dicho incumplimiento en la responsabilidad frente a terceros; Por lo que le solicitamos que en un término no superior a tres (3) días calendarios, proceda a la entrega de l proyecto de liquidación de la relación contractual y al despeje de las areas entregadas por AUTOPISTAS DEL SOL S.A. para la ejecución de las obras.

Cordialmente,

MENZEL AMÍN AVENDAÑO
Representante Legal

Copia: Ing. Manuel José Bravo – Representante Legal PABLO EMILIO BRAVO S.A. Interventoría del proyecto.
Dra. Clara Inés Rusinque Cardona – Gerente Técnico Segurexpo.

Archivo

Proyectó: HHA

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

SEGUREXPO
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
R0006286
FEC:2011/12/12 HOR:02:57:10
RADICADO N SOL-BOG-0008-11

Bogotá, Diciembre 5 de 2011

CONSORCIO LA CORDIALIDAD
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
2011 DIC, 12
RECIBIDO PARA REVISIÓN
NO IMPLICA ACEPTACIÓN

SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.
SOL-BOG-0008-11
No.
Para: CORRESPONDENCIA RADICADA

Señores
CONSORCIO LA CORDIALIDAD
Atn. Dr. Eduardo Gómez
Representante Legal.
Carrera 4 No. 59-72/74
Ciudad.

Referencia: Contrato 008 de 2007 Concesión Vial Ruta Caribe., Construcción segunda calzada tramo Sabanalarga – Palmar de Varela, Orden de servicios No. 030 de 2009.

Asunto: Su comunicación CLC-0149-11. Inicio de obras.

Respetado Doctor,

En atención a la comunicación del asunto, en la cual realiza una serie de afirmaciones y observaciones respecto de los requerimientos realizados por AUTOPISTAS DEL SOL S.A. en lo referido a las evidentes demoras en el inicio de las obras a su cargo, nos permitimos realizar las siguientes aclaraciones:

1.- Estamos de acuerdo con que la movilización de equipo y personal se realice de conformidad con el cronograma contractual debidamente aceptado por la Interventoría de la obra y por parte de AUTOPISTAS DEL SOL S.A., sin embargo lo que se requiere al CONSORCIO LA CORDIALIDAD es precisamente la entrega y definición oportuna del cronograma, en atención a la suscripción del acta de inicio en fecha once (11) de Noviembre de 2011.

Adicionalmente con la suscripción del acta de inicio EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD debería haber por lo menos iniciado el traslado de personal y equipos al área de los trabajos, cuestión que no se evidencia y que genera incertidumbre respecto de los procedimientos a implementar para la ejecución y terminación de la obra de manera oportuna.

Respecto del tema, la interventoría del proyecto se pronuncio mediante comunicación PS-ISPV-DP-008 del pasado dos (2) de Diciembre de 2011, mencionando:

> "La Interventoría entiende que el contratista al hacer esta referencia, posiblemente se refiere a los "recursos" que alimentan el programa PROYECT con el cual se elaboro del Programa de Obra, pero lo que se solicita son estos documentos, debidamente firmados por el Director de Obra y representante legal, precisamente para darle soporte técnico y contractual a la Programación presentada.
>
> Cuando la Interventoría dice en comunicación PS-ISPV-DP-005 de fecha 25 nov/2011, que " .. Está de acuerdo con las fechas de inicio y terminación de las ACTIVIDADES PRELIMINARES, siempre y cuando estas estén enfocadas a dar inicio a las actividades de EXPLANACION a partir del 01 de diciembre del presente año ..." se entiende que está de acuerdo con las fechas e inicio y terminación programadas por el contratista, para la actividad de **contratación de personal**, del 23 de Noviembre al 7 de diciembre de 2011, y entiende que en este periodo de tiempo, el contratista se está comprometiendo a contratar todo el personal que necesita para la ejecución de la obra, por lo tanto se puede observa que a la fecha, CLC, está atrasado en este compromiso, ya que a tan solo cuatro (4) días de terminarse el plazo, solo dispone en obra, de un Director y de una comisión topográfica."

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

A fecha de la presente, la situación es la misma, no se reporta movilización de personal alguno a la zona de obra, así como tampoco se ha hecho entrega de la documentación que respalda el cronograma de obra presentado para aprobación por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD, particularmente del listado de personal que va a trabajar en el proyecto, sus cargos actividades asignadas, así como tampoco se ha realizado la entrega del equipo programado para el proyecto.

En lo relacionado con el equipo, a la fecha no se cuenta con ningún equipo en obra, teniendo como fecha límite propuesta por EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD el próximo siete (7) de Diciembre de 2011, para contar con la totalidad de equipo requerido para el inicio de las obras, por lo que solicitamos nos informe respecto del cumplimiento de dicha obligación.

En este orden de ideas, le aclaramos y reiteramos nuestra solicitud de que EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD cuente con el equipo y personal requerido para la ejecución de las obras, en los sitios donde se realizaran los trabajos, de otra manera no entendemos como se podría verificar la voluntad y capacidad del CONSORCIO LA CORDIALIDAD para ejecutar oportunamente los trabajos a su cargo.

2.- Es cierto que el contrato se suscribió hace más de 2 años, sin embargo su inicio y ejecución han estado suspendidos y supeditados al cumplimiento de requerimientos previos propios del proyecto como lo es la consecución de la correspondiente licencia ambiental; adicionalmente no hay claridad respecto del señalamiento realizado por la entrega de diseños y topografía, documentos que consideramos fueron entregados de manera oportuna, es decir antes del inicio de las obras y que además hasta el momento no han sido objeto de dilaciones en el inicio de las obras, así como tampoco han sido objetados en forma alguna; por lo que resulta irrelevante el termino transcurrido entre la presentación y aceptación de la oferta mercantil y el inicio de las obras.

Tampoco encontramos coherente el argumento en el que indican que se "allanaron a cumplir anticipadamente", realmente quisiéramos saber que han cumplido de manera anticipada, por el contrario, encontramos que no cuentan con equipo, personal, oficinas y a la fecha, transcurridos más de veinte (20) días desde que se suscribió el acta de inicio aun no tenemos claridad de los métodos constructivos a implementar por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD, por lo que realmente no nos queda claro en qué consiste la diligencia que supuestamente han tenido para el cumplimiento de sus obligaciones.

3.- Desafortunada resulta también su afirmación *"Pretender ahora que se construirán 18 kilómetros de doble calzada según tiempos caprichosos y plazos no contractuales desconoce palmaria y flagrantemente el contrato"*; Afirmación completamente salida de contexto y que desconoce por completo la realidad del contrato, realidad que demuestra con hechos y soportes que contamos con un acta de inicio firmada el pasado once (11) de Noviembre, hace más de veinte (20) días y que a la fecha EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD aun no cuenta con personal, equipos y oficinas entre otros elementos para el inicio de las obras.

Le invitamos de igual forma a que nos indique mediante que documento le hemos solicitado el cumplimiento del contrato en un término inferior al estipulado por las partes, término que se encuentra plasmado en el acta de inicio suscrita y que obedece a acuerdos previos, le recordamos que en el documento modificatorio de la orden de servicios No. 030 de 2009, las partes acuerdan en su clausula segunda un plazo de veinticuatro (24) meses, el mismo término que aparece plasmado en el acta de inicio de las obras.

4.- Respecto del tema de adquisición predial, es cierto que es un tema de exclusivo resorte de AUTOPISTAS DEL SOL S.A., sin embargo dicho tema no ha sido obstáculo para el inicio de las obras, tal y como lo aclaramos desde la misma suscripción del acta de inicio, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD cuenta con una longitud suficiente para dar inicio a las obras.

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

Adicionalmente y como usted mismo lo expresa, las partes, en particular EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD en su oferta mercantil GCC-OMLC-03-09 no establece ninguna condición o procedimiento para la entrega de los predios, razón por la cual insistimos en que si bien es cierto que en la actualidad no se cuenta con la totalidad de los predios requeridos, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD cuenta con los predios necesarios para el inicio de la obra, siendo que no ha dado inicio a ningún tipo de actividad al respecto.

En lo referido a la cita del artículo 1603 del código civil, el cual transcribimos a continuación:

> "ARTICULO 1603. EJECUCION DE BUENA FE. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella."

Le recomendamos dar aplicación al mismo, procediendo a la inmediata ejecución de las obras a su cargo, en atención de que cuenta con los elementos necesarios para ello.

En igual sentido cita en su comunicación el artículo 1627 del mismo código, el cual explica:

> "ARTICULO 1627. PAGO CEÑIDO A LA OBLIGACION. El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes.
>
> El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida."

Al respecto, se generan varias interrogantes, entre ellas ¿qué dineros adeuda en la actualidad AUTOPISTAS DEL SOL S.A. al CONSORCIO LA CORDIALIDAD por obra ejecutada?, la respuesta es sencilla, AUTOPISTAS DEL SOL S.A. no adeuda ninguna suma de dinero al CONSORCIO LA CORDIALIDAD por obras ejecutadas, debido precisamente a que este último no ha siquiera iniciado la ejecución de las mismas. Por el contrario, a la fecha y a pesar de los requerimientos realizados, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD se ha negado a la entrega de un informe serio de inversión de los dineros entregados por AUTOPISTAS DEL SOL S.A. a titulo de anticipo, cuyo fin es exclusivamente la ejecución de las obras.

5.- AUTOPISTAS DEL SOL S.A. no ha requerido al CONSORCIO LA CORDIALIDAD el cumplimiento total de sus obligaciones, refiriéndonos en particular a la ejecución total de la obra a su cargo, sin embargo si solicitamos y requerimos el inicio de las mismas, lo cual es una obligación del CONSORCIO LA CORDIALIDAD, por lo que insistimos en que debe disponer de manera inmediata del personal y equipo requerido para ello, se reitera también que se cuenta con predios suficientes para la ejecución de algunos trayectos, finalmente recordamos que consiente de la posibilidad de dar inicio a las obras, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD suscribió acta de inicio de las mismas el día once (11) de Noviembre de 2011.

6.- Es falso que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. se encuentre en mora de entregar la licencia ambiental del proyecto acorde a lo pactado en la documentación contractual, cuestión que se realizo a través de nuestra comunicación ASSA-SOL-1092-11, al respecto consideramos pertinente aclarar desde el punto de vista contractual la situación, para ello nos remitimos primeramente a lo estipulado en el acuerdo segundo del documento modificatorio de la orden de servicios No.030 de 2009, el cual expresa:

> "**SEGUNDO.-** Modificar el plazo para ejecución de las obras objeto de la oferta Mercantil No., GCC-OMLC-04-09 aceptada con la Orden de servicio No. 030 de marzo de 2.009, así:
>
> "**PLAZO:** EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD ejecutara las obras objeto de la oferta mercantil en un termino de veinticuatro (24) meses contados a partir de la fecha en que AUTOPISTAS DEL SOL le comunique al CONSORCIO LA CORDIALIDAD que se ha proferido la Resolución mediante la cual el MINISTERIO DE AMBIENTE VIVIENDA Y DESARROLLO TERITORIAL otorgue a la sociedad AUTOPISTAS DEL SOL S.A., la

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

licencia ambiental para la construcción de las obras del tramo Sabanalarga .Palmar de Varela del proyecto de Concesión Vial Ruta Caribe, previa entrega de los diseños definitivos"

Adicionalmente, citamos el texto del acuerdo tercero del mismo modificatorio, en que se indica:

"**TERCERO.-** Una vez la sociedad Autopistas del Sol S.A., notifique al Consorcio La Cordialidad la firmeza del Acto Administrativo de Licenciamiento (...)"

Se concluye de ambos textos que la obligación de AUTOPISTAS DEL SOL S.A. es notificar la firmeza del acto administrativo de licenciamiento, su existencia y materialización jurídica; contrario a lo que expresa el CONSORCIO LA CORDIALIDAD no existe en el texto la supuesta exigencia de aportar lo que han denominado en su comunicación la constancia de ejecutoria de la licencia, por lo que basta con la presentación del documento y la afirmación por parte de AUTOPISTAS DEL SOL S.A. de que la licencia esta en firme para que el CONSORCIO LA CORDIALIDAD proceda con la ejecución de las obras.

No obstante lo anterior, resulta procedente señalar que la ejecutoria del acto administrativo de licenciamiento refiere al momento en que el acto adquiere total firmeza, para lo cual el artículo 62 del código contencioso administrativo presenta de manera expresa los 4 momentos en que el acto administrativo adquiere firmeza: (1) Cuando contra ellos no proceda ningún recurso; (2) Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido; (3) Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos; (4) Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos. Es obligatorio concluir que la ejecutoria del acto obedece a un momento procesal y no a un documento que certifique determinada situación, por lo que insistimos en que el acto administrativo de licenciamiento del tramo Sabanalarga – Palmar de Varela, se encuentra en firme.

7.- Reiteramos que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. no se encuentra en mora de proporcionar predios para la construcción de las obras de la referencia, constancia de ello se anotó en el acta de reunión de fecha once (11) de Noviembre de 2001, en la cual se informo al CONSORCIO LA CORDIALIDAD que en dicha fecha se contaba con 4843.15 metros disponibles para la ejecución de las obras. En igual sentido insistimos en que no existe obligación contractual que disponga la entrega total de predios como requisito previo para el inicio de las obras.

8.- Resulta evidente la falta de personal y equipo de parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD, motivo principal por el cual no ha iniciado las obras a pesar de contar con los elementos necesarios para ello, situación que también se deduce de su comunicación, en la cual admiten sin ningún afán como después de transcurridos más de veinte (20) días de suscrita el acta de inicio, no presentan ninguna disposición de dar inicio a las mismas.

En igual sentido, le aclaramos que el requerimiento se hace no para satisfacer la necesidad de AUTOPISTAS DEL SOL S.A., sino en desarrollo de la relación contractual, la cual requiere para la ejecución de las obras, que el contratista cuente con personal y equipo para ello.

9.- No es cierto que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. pretenda la terminación anticipada del contrato, todo lo contrario, resulta de nuestro interés que EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD ejecute las obras a su cargo de manera oportuna y con la calidad requerida, sin embargo es claro como en ocasiones previas, que la intención es dilatar la ejecución de las obras apoyándose en argumentos carentes de soporte alguno, así mismo le aclaramos que en calidad de contratantes del proyecto estamos en la obligación y derecho de realizar los requerimientos permitidos por el contrato en aras de garantizar el cumplimiento por parte del contratista.

Respecto del plazo concedido por AUTOPISTAS DEL SOL S.A. para la presentación de su personal y equipo, le sugerimos proceda a leer atentamente la clausula 3.2 de la oferta mercantil GCC-OMLC-03-09 aceptada mediante orden de servicios No. 030 de 2009, la cual en su numeral (xiv) establece:

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

"**EL OFERENTE** deberá contestar de fondo, en un termino máximo de tres (3) días hábiles a partir de su recibo, los requerimientos hechos por **AUTOPISTAS DEL SOL** sobre la ejecución del objeto de la presente Oferta. El incumplimiento de la presente obligación, acarreara una sanción a **EL OFERENTE** de un (1) salario mínimo legal mensual por cada día de retraso, suma que se descontara automáticamente de los valores adeudados por **AUTOPISTAS DEL SOL.**"

Como se observa, el termino establecido en nuestras comunicaciones es contractual y no un capricho de AUTOPISTAS DEL SOL S.A., como desacertadamente lo pretende hacer ver EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD.

10.- Respecto del tema de la interventoría del proyecto, le recordamos que las partes establecieron acuerdos al respecto, tal y como lo señala el acuerdo cuarto del documento modificatorio de oferta mercantil GCC-OMLC-03-09 aceptada mediante orden de servicios No. 030 de 2009, se presenta de manera expresa el proceso de selección de interventoría para las obras, proceso que se surtió de acuerdo a lo consagrado en el mencionado acuerdo, solicitando cotizaciones a las empresas EDL LTDA, RESTREPO Y URIBE S.A., HMV y PAULO EMILIO BRAVO, propuestas que una vez presentadas se compartieron con EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD, quien incluso presento objeciones respecto de algunas de las propuestas presentadas.

Adicionalmente, le recordamos que de acuerdo al método de selección pactado en el acuerdo cuarto, se eligió la propuesta de menor valor, previa consideración de los elementos habilitantes de los proponentes, así mismo, indica el documento modificatorio que la interventoría se pagara de la siguiente forma:

"Los honorarios de la Interventoría se pagaran así: El 50% de los honorarios lo asumirá AUTOPISTAS DEL SOL y el 50% restante lo asumirá el Consorcio La Cordialidad. El 50% de los honorarios de la Interventoría a cargo del Consorcio La Cordialidad se descontara de las actas mensuales de obra."

Como viene expuesto, es bastante claro que el mecanismo de selección de interventoría si es de conocimiento del CONSORCIO LA CORDIALIDAD así como también la forma de pago, aclarando de igual forma que conocieron de dicho proceso de selección, por lo que no resulta lógico que pretendan desconocerlo en esta instancia.

Finalmente, nos permitimos recordarles el contenido de la comunicación PS-ISPV-DP-008, mediante la cual la interventoría del proyecto se pronuncia respecto de los temas tratados y otros, concluyendo que:

1. Acorde a la programación presentada por EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD, pendiente de aprobación, se está a punto de incumplir con las actividades preliminares y de explanación.

2. A pesar de las recomendaciones y objeciones presentadas por AUTOPISTAS DEL SOL S.A. y la interventoría, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD insiste en dilatar el inicio de las obras de drenaje, obras que como se indican en la comunicación en comento, de no iniciarse de manera inmediata comprometerían la estabilidad de las obras.

3. La interventoría no comparte las afirmaciones realizadas por EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD cuando expresa que algunos errores encontrados en detalles de los diseños puedan ser causales de atraso en el inicio de las obras, señalando que el contratista puede dar inicio a las actividades de corte, terraplén y obras de drenaje.

En virtud de lo expuesto, le insistimos en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, las cuales resulta evidente viene dilatando con argumentos injustificados y sin ningún tipo de soporte, haciendo caso

omiso de las disposiciones contractuales que permiten un seguimiento del cumplimiento por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD.

Cordialmente,

MENZEL AMÍN AVENDAÑO
Representante Legal

Anexo: Copia comunicación PS-ISPV-DP-008. (12 folios)

Copia: Ing. Manuel José Bravo – Representante Legal PABLO EMILIO BRAVO S.A. Interventoría del proyecto.
Dra. Clara Inés Rusinque Cardona – Gerente Técnico Segurexpo.

Archivo

Proyectó: HHA

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

PAULO EMILIO BRAVO
CONSULTORES S A

PS-ISPV-DP-008

Sabanalarga (Atlántico), 02 diciembre de 2011

AUTOPISTAS DEL SOL S.A.
RECIBIDO PARA REVISIÓN
NO IMPLICA ACEPTACIÓN
05 DIC. 2011
HORA. 8:49Am
COD. RES
NOMBRE

Señores
CONSORCIO LA CORDIALIDAD
Atn. Ing. **JOSÉ HERNÁN ESCOBAR**
Director de Obra
Ciudad

Ref.: Interventoría a la orden de servicio No. 030 de 2009 para la construcción de la doble calzada en el tramo 4: Sabanalarga - Palmar de Varela, en una longitud aproximada de 20 km.

Asunto: Estado del avance de las Actividades relacionadas en el Programa de trabajo, presentado el 21 de noviembre de 2011 y respuesta a temas mencionados en su comunicación CLC-PV-004-11 de fecha 29 de nov 2011.

Por medio de la presente, se hace un breve informe del estado actual de la ejecución y avance de las diferente actividades programadas, por EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD y se da respuesta a algunas inquietudes del contratista, mencionadas en la comunicación del asunto CLC-PV-004-11 de fecha 29 de nov 2011.

1. ACTIVIDADES PRELIMINARES

1.1. Contratación de personal

Hasta la fecha el contratista cuenta con el siguiente personal en obra:

- Un Director de Obra
- Una comisión de topografía integrada por un topógrafo y dos cadeneros + 1 equipo de topografía

Para poder evaluar el avance de esta actividad, se le solicitó al contratista, mediante comunicación anterior: **PS-ISPV-DP-005 de fecha 25** de noviembre los siguientes documentos:

- Flujo de caja para garantizar el programa de inversión.
- El Organigrama de la empresa constructora (a cargo del proyecto)
- Listado de personal que va a trabajar en el Proyecto, indicando cargo y actividad y/o actividades a que va estar asignado.
- Listado de equipo programado para la obra.

Desafortunadamente estos documentos no han sido entregados a la fecha, y no es cierto que estos se hayan entregado junto al Programa de Obra, tal como se afirma en

la comunicación CLC-PV-004-11 de fecha 29 de noviembre, en su primer párrafo del capítulo 1.PRELIMINARES.

La Interventoría entiende que el contratista al hacer esta referencia, posiblemente se refiere a los "recursos" que alimentan el programa PROYECT con el cual se elaboro el Programa de Obra, pero lo que se solicita son estos documentos, debidamente firmados por el Director de Obra y representante legal, precisamente para darle soporte técnico y contractual a la Programación presentada.

Cuando la Interventoría dice en comunicación PS-ISPV-DP-005 de fecha 25 nov/2011, que: " .. *está de acuerdo con las fechas de inicio y terminación de las ACTIVIDADES PRELIMINARES, siempre y cuando estas estén enfocadas a dar inicio a las actividades de EXPLANACIÓN a partir del 01 de diciembre del presente año ...*" se entiende que está de acuerdo con las fechas de inicio y terminación programadas por el contratista, para la actividad de **contratación del personal**, del 23 de noviembre al 7 de diciembre de 2011, y entiende que en este periodo de tiempo, el contratista, se está comprometiendo a contratar todo el personal que necesita para la ejecución de la obra, por lo tanto se puede observar que a la fecha, CLC, está atrasado en este compromiso, ya que a tan solo cuatro (4) días de terminarse el plazo, solo dispone en obra, de un Director y de una comisión de topografía.

1.2 Instalación de oficinas y campamentos

A la fecha, el contratista no ha informado a Autopistas del Sol S.A. y/o a la Interventoría, la ubicación y dirección de las oficinas y campamentos, que serán destinados a los trabajos objeto del contrato de obra.

1.3 Movilización de equipos

Hasta la fecha, el contratista no ha dispuesto de ningún equipo y/o maquinaria en el sitio de la obra, limitándose a informar a la Interventoría, de manera verbal, que el equipo está en camino, y que llegara dentro de lo programado. En esta actividad preliminar, el contratista, presenta una ejecución de cero (0%), y la interventoría hace ver al contratista, que el plazo vence el próximo siete (7) de diciembre del presente año, siendo muy probable su incumplimiento, y considera que el desplazamiento de los equipos, desde un lugar determinado al sitio de la obra, no es cuantificable para medir el avance de esta actividad, ya que lo que importa es que el equipo este en obra, **disponible para iniciar los trabajos**, además de estar en optimas condiciones, disponible para trabajar, de nada serviría si llega varado, sin operador, o con operador, pero sin combustible.

2. ACTIVIDADES DE EXPLANACIÓN

2.1 Localización y replanteo

Esta actividad ya fue iniciada el día 24 de noviembre, de acuerdo a lo programado, y la comisión de topografía, del contratista, ha estado coordinando sus trabajos con las

comisiones de topografía de Interventoría y Autopistas del Sol S.A. Al contratista se le entrego toda la información necesaria para la localización y replanteo del proyecto, tanto de planimetría, como de altimetría, además de cinco referencias (mojones de concreto).

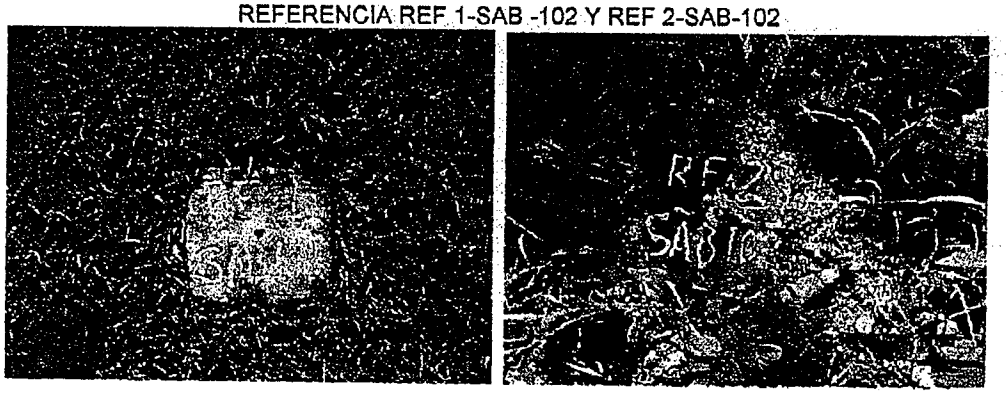
En el inicio de esta actividad han habido discrepancias, referente al replanteo, que han sido discutidas entre las partes, la Interventoría considera que no son base para no iniciar las actividades preliminares y de explanación. EL contratista asegura que solo ha encontrado un GPS y que existen errores de nivelación de hasta 6 cms, además de errores de planimetría considerables, esto último se aclaro, y el error estaba en que el contratista había chequeado unas "balizas" colocadas de manera aproximada, para que el buldozer de la empresa KMA, hiciera limpieza y desmonte.

La Interventoría no está de acuerdo con la afirmación (ver comunicación CLC-PV-004-11, de nov. 29 de 2011, parrafo titulado. 2.EXPLANACIONES), en el sentido de que por estos errores, se retrase el inicio de las obras, e informa que, al contratista, se le hizo entrega física de cinco mojones en concreto: cuatro referencias y un GPS, ver fotos

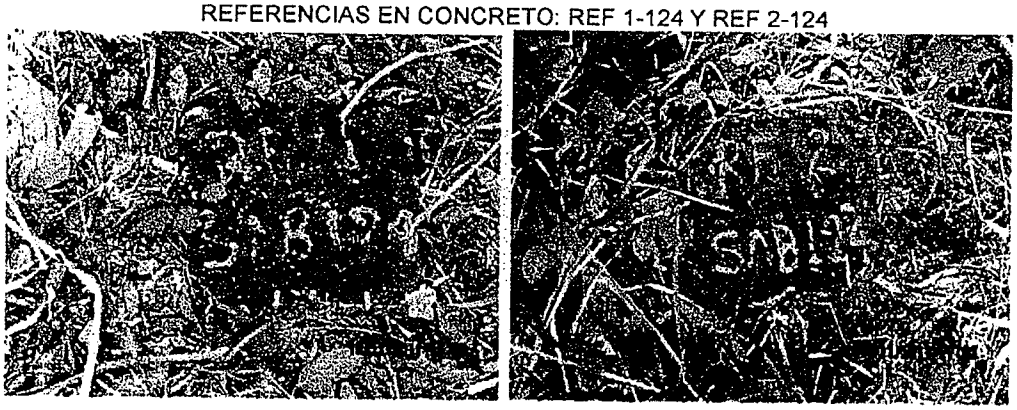
GPS-031



REFERENCIA REF 1-SAB -102 Y REF 2-SAB-102



REFERENCIAS EN CONCRETO: REF 1-124 Y REF 2-124



Estas referencias fueron verificas por la Interventoría, encontrándolas aceptables, con estas referencias Autopistas del Sol S.A. replanteo el eje del tramo comprendido entre el K3+200 al K3+550, donde la Interventoría procedió a toma de secciones transversales y colocación de chaflanes, tramo que está listo para que el contratista inicie los trabajos de excavación a máquina.

Con estas cuatro referencias y el GPS-031, el contratista puede replantear el proyecto en los primeros siete kilómetros, estas fueron entregadas por Autopistas del Sol S.A. y se solicita al contratista, que en conjunto con las comisiones de topografía de Interventoría y Autopistas del Sol S.A. se haga una "poligonal de trabajo". De acuerdo a lo informado por la Comisión de topografía de Autopistas del Sol S.A., estas referencias fueron utilizadas para la localización de la zona de vía, fichas prediales, para compra de predios, y localización de las obras ya construidas por KMA.

Los errores encontrados por el contratista, en planimetría y altimetría, se deben posiblemente a la descalibración de los equipos, por lo que se le solicita hacer verificación de los mismos, por los métodos tradicionales, además de presentar los certificados de calibración correspondientes, esta misma tarea quedaría para los equipos de la Interventoría y Autopistas del Sol. S.A., aunque se informa que la Interventoría realizo estos chequeos al inicio de los trabajos, y que tiene al día los certificados de calibración de los equipos topográficos.

2.2 Excavación en material común a maquina

El inicio de esta actividad está programada para el cinco (5) de diciembre, próximo lunes.

Al contratista se le entrego un tramo de zona de vía, entre el K3+200 al K3+550, con el eje del proyecto replanteado, secciones transversales tomadas con nivel de precisión y chaflanes; y solo se está a la espera de que inicie los trabajos este día. A continuación se presenta un registro fotográfico de este tramo, indicando las estacas de chaflanes colocadas.

FOTOS DE TRAMO DE VIA, EN ESPERA DE QUE CLC INICIE TRABAJOS



En este tramo, el contratista puede ya iniciar la actividad de corte a máquina, descapotando en una profundidad promedio de 0,30 metros, para estos trabajos debe tenerse en cuenta el ARTÍCULO 210 - 07 EXCAVACIÓN DE LA EXPLANACIÓN, CANALES Y PRÉSTAMOS del INVIAS

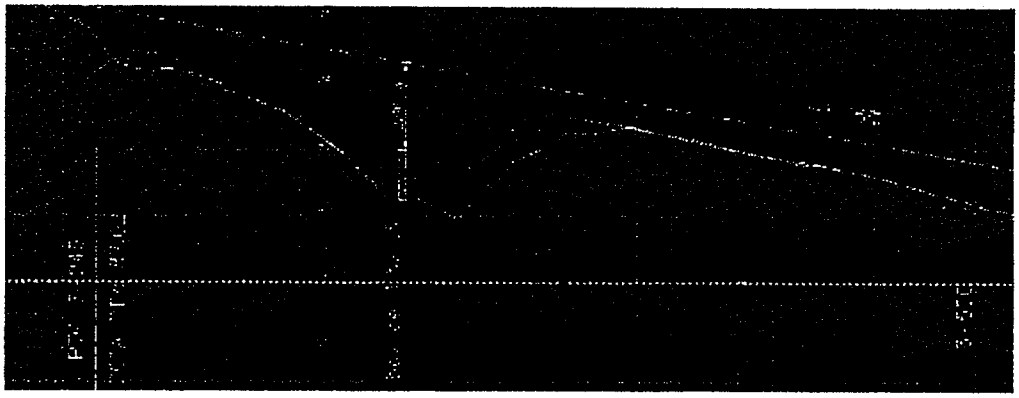
3. OBRAS DE DRENAJE (Box culvert, pontones y cunetas)

En la programación presentada por el contratista, el 21 de noviembre de 2011, la fecha de inicio de esta actividad está para el día diez y nueve (19) de julio de 2012, pero la Interventoría, mediante comunicación PS-ISPV-DP-005 de fecha 25 de noviembre, manifestó no estar de acuerdo con esta fecha, y propuso fuera el primero (01) de diciembre del presente año. La Interventoría, a pesar de la buena intención del contratista de adelantar el inicio de la construcción de las obras de drenaje en dos (2) meses, según lo manifestó en la comunicación CLC-PV-004-11 (NOV. 29/11, quedando para el 19 de mayo del año próximo, insiste en que esta actividad **debe iniciar de inmediato**. En el tramo ya chaflanado, K3+200 al K3+550, que está listo para que sea intervenido por el contratista, se localizo el eje del box culvert de 1,5x1,5 ubicado en el K3+385, a continuación se muestran fotos, en el momento en que se estaba localizando el eje de esta obra.



En este sitio, el terraplen tiene una altura de 2,66 m por encima de la obra, tal como se puede ver en el perfil de la via que se indica a continuación

PERFIL DEL TRAMO QUE ESTA CHAFLANADO : K3+200 –K3+550



De acuerdo a este perfil, se puede observar que no es razonable iniciar (19 mayo de 2012) la construcción de este box culvert de 1.5x1.5, después de cinco (5) meses de haber iniciado la construcción del terraplén (4 enero 2011), ya que la obra perdería continuidad en las actividades de colocación de subbase y base granular, que están programadas para el 20 de mayo y 18 de agosto de 2012 respectivamente.

Otra razón para dar inicio de inmediato a las obras de drenaje, es la conveniencia de iniciar los rellenos estructurales y terraplenes por encima de estas obras, para ganar tiempo de consolidación de los mismos, procesos que son demorados, evitando futuros asentamientos, que por lo general se manifiestan en fisuras o grietas en el pavimento.

Otro factor, que hay que tener en cuenta es el invierno del próximo año, ya que al parecer, este fenómeno, de de lluvias fuertes se volvió cíclico, y lo conveniente es avanzar en la construcción de las obras de drenaje, a la par con la construcción de los terraplenes, de lo contrario se **estaría arriesgando la estabilidad de la obra misma: calzada izquierda, y también la estabilidad de la calzada derecha, que en estos momentos está construyendo KMA.**

En el informe de estabilidad de taludes y en el de Diseño del pavimento, se hace énfasis, en mantener las mejores condiciones de drenaje para los cortes y las bases de los terraplenes, debido a la formación mecánica de los suelos que los conforman.

4. MEJORAMIENTO DE LA SUBRASANTE Y TERRAPLENES.

Estas actividades aún no han iniciado, debido a que la fecha de inicio está programada para los primeros días del mes de enero de 2012

5. SUBBASES, BASES Y PAVIMENTO

Las fechas de inicio de estas actividades, están programadas para el próximo año, pero se le solicita al contratista presentar desde ahora, los permisos mineros y licencias ambientales de las canteras a utilizar, igualmente suministrar los ensayos de laboratorio necesarios para la realizar la caracterización de estos materiales, de acuerdo a lo exigido en las Especificaciones generales de construcción INVIAS-2007.

Con el fin de atender la duda del contratista, acerca de la alternativa de diseño de pavimento escogida, se le informa que Autopistas del Sol S.A. escogió la alternativa 2 (R=85%), y un periodo de diseño de 5 años, tal como se indica en la tabla siguiente tabla, copiada del Estudio y Diseño de pavimento entregado por Autopistas del Sol S.A.

Alternativa 2: Carpeta Asfáltica + Base Granular + Subbase Granular (R=85%).

Tabla 23. Sentido Palmar de Varela - Sabanalarga (Alternativa 2)

SECTOR	INICIO	FIN	PERIODO DE DISEÑO	Carpeta Asfáltica (cm)	Base Granular (cm)	Subbase Granular (cm)	Terraplén (cm)
1	K0+000	K4+000	10 AÑOS	17	20	30	30
2	K4+000	K5+000		15	20	30	30
3	K5+000	K17+500		15	20	30	
4	K17+500	K19+000		17	25	35	30
1	K0+000	K4+000	5 AÑOS	12	20	30	30
2	K4+000	K5+000		10	20	30	30
3	K5+000	K17+500		10	20	30	
4	K17+500	K19+000		12	25	35	30

La sección transversal típica de la vía, donde se indican las inclinaciones de los cortes y taludes, se anexa a la presente comunicación, esta sección típica fue entregada al contratista mediante comunicación PS-ISPV-DP-007 de fecha 01 de diciembre de 2011, respecto a esta sección transversal, debe corregirse en el cuadro inferior, la columna que dice: MEJORAMIENTO CON PEDRAPLEN por TERRAPLEN CON MATERIAL SELECCIONADO CON CBR>=10%.

CONCLUSIONES

1. De acuerdo a lo anterior, el CONSORCIO LA CORDIALIDAD, basándonos en la Programación del 21 de noviembre de 2011, presentada para las actividades Preliminares y de Explanación, y la cual está en trámite de aprobación, **está en riesgo de incumplir con la contratación de personal y movilización de equipo**, ya que a tan solo cuatro (4) días de terminarse el plazo, no dispone, en obra de ningún equipo, y en cuanto a contratación de personal, solo dispone de un Director y de una comisión de topografía (3 personas), faltando el resto de personal, tales como: Ingeniero Residente, inspectores, laboratorista y cuadrillas para la construcción de obras de arte e instalación y reubicación de cercas.

2. La Programación de obra, presentada el 21 de nov. De 2011, está siendo ajustada por el contratista, en base a las observaciones y recomendaciones realizadas por la Interventoría mediante comunicación PS-ISPV-DP-005, de fecha 25 de noviembre y que, el contratista, contesto mediante comunicación CLC-PV-004-11 de fecha 29 de noviembre, pero desafortunadamente no hay acuerdo con las fecha de inicio de las actividades de OBRAS DE DRENAJE, propuestas en esta última comunicación, por tal motivo, la Interventoría vio la necesidad de justificar en este informe, de una manera más amplia, el inicio inmediato de estas obras, de no hacerlo **estaría arriesgando la estabilidad de la obra misma: calzada izquierda, y también la estabilidad de la calzada derecha, que en estos momentos está construyendo KMA**

3. La Interventoría no está de acuerdo con las afirmaciones hechas por el contratista, en su comunicación CLC-PV-004-11 de fecha 29 de noviembre, donde dice que algunos errores encontrados en los Estudios y Diseños, y en campo (planimetría y altimetría), son causa de atrasos en el inicio de las obras, ya que las actividades de explanación, se pueden iniciar en el tramo comprendido entre el K3+200 al K3+550, el cual, previa verificación de coordenadas y cotas por parte de la Interventoría, fue seccionado y chaflanado; en este mismo tramo se localizo un box culvert de 1.5x1.5, (K3+385,ver fotos del sitio en este informe) y el contratista puede iniciar ya los trabajos de corte, terraplén, y obras de drenaje, sin que tenga que esperar hasta el 19 de julio del 2012 para iniciar esta última actividad.

4. El contratista entrego una relación de precios unitarios no previstos (14 precios NP), en el Comité Técnico No. 02, realizado el 01 de diciembre de 2011, para revisión y aprobación de Autopistas del Sol S.A, esta lista según informó el Director de obra, se hizo con la aprobación del representante legal del Consorcio La Cordialidad, Dr. Eduardo Gómez. Estos precios son los mismos aprobados en el Contrato Cartagena Arjona, Orden de Servicio No. 028 de 2009, a excepción de dos (2) de ellos: 1. Sobreacarreo para Pedraplén (para distancia mayor a 4,7km), que el contratista considera que está por debajo de los precios de mercado, y 2. Concreto clase C para box culvert de 280 kg/cm2, el cual es necesario para el inicio de esta actividad. La Interventoría informó,

mediante E-mail, en el día de ayer, que estos precios no previstos ya fueron analizados y revisados y recomienda su aprobación a Autopistas del Sol S.A. Se anexa relación de precios no previstos, debidamente firmada por el Director de Obra.

Atentamente

ANTONIO J. ORDOÑEZ PEÑA
Director Asesor de Interventoría

C.c. ERNESTO CARVAJAL – Gerente de Proyecto Autopistas del Sol S.A.
GREGORIA GOMEZ – Supervisora del Proyecto Autopistas del Sol S.A.
MANUEL JOSÉ BRAVO FERNANDEZ, Gerente PEB CONSULTORES S.A.

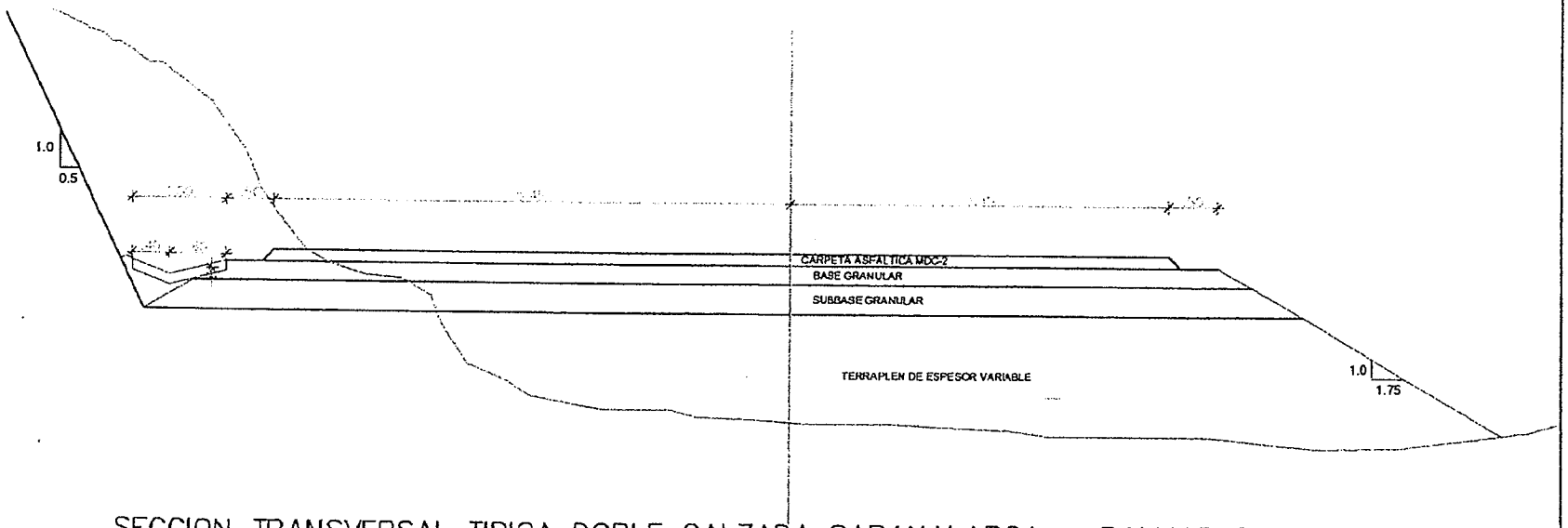
CONSORCIO LA CORDIALIDAD
SABANALARGA PALMAR DE VARELA
ORDEN DE SERVICIO No. 030 DE 2009
CONSTRUCCION DOBLE CALZADA SABANALARGA-PALMAR DE VARELA

No.	DESCRIPCIÓN	UNID.	PRECIO UNITARIO (COSTO DIRECTOS) NO PREVISTOS APROBADOS EN ORDEN DE SERVICIO No. 028 (TURBACO - ARJONA) PARA APROBAR EN ORDEN 030 (SABAN-PV)	PRECIO UNITARIO (COSTO DIRECTOS) CONTRACTUALES ORDEN DE SERVICIO No. 030	PRECIO UNITARIO COSTO DIRECTO + AIU(20%) Incluye IVA sobre Utilidad	NUEVO PRECIO UNITARIO NO PREVISTO (COSTO DIRECTO)	OBSERVACIONES
I	**EXPLANACIONES**						
210,3	Excavación en material común de la explanación, canales y préstamos	M3		3.930,47	$ 4.717,00		
220	Terraplén	M3		36.699,0	$ 46.439,00		
230,1	Mejoramiento de la subrasante involucrando suelo existente.	M2		1.444,1	$ 1.733,00		
	ADICIONALES EXPLANACIONES						
230	Pedraplén con acarreo a 4,7 km	M3	$ 36.956,0		$ 44.347,46,00		
230.0-A	Sobreacarreo para Pedraplén (para distancias mayores a 4,7 km)	M3-KM			$ 3.780,00	$ 650,00	Este precio unitario no previsto fue aprobado en Cartagena -Arjona a $430/m3-km, pero el contratista CLC, considera que este precio esta por debajo de los los valores comerciales de la región y propone ajustarlo a $650
	Geotextil tejido 2400	M2	$ 2.600,0		$ 4.020,00		
220-A	Terraplenes para Jarillón	M3	$ 3.997,5		$ 5.157,00		
800,1	Suministro e instalación de cercas de alambre con postes de madera	ML	$ 10.927,5		$ 14.097,00		
800,1P	Reubicación de cercas de alambre existentes en madera	ML	$ 2.250,0		$ 3.600,00		
	Sobreacarreo de los materiales de corte con distancias mayores a 100m en estaciones de 100m hasta una distancia de 1000m	M3-ES	$ 600,0		$ 720,00		
II	**SUBBASES Y BASES**						
320	Subbase granular (CBR>=30%)	M3		69.014,00	$ 82.817,00		
330	Base granular	M3		85.254,00	$ 102.306,00		
III	**PAVIMENTO FLEXIBLE**						
420	Imprimación	M2		1.200,14	$ 1.440,00		
450	Mezcla densa en caliente tipo MDC-2	M3		373.364,48	$ 448.037,00		
IV	**SEÑALIZACION**						
	Demarcación Horizontal	ML	$ 1.153,33		$ 1.384,00		
	Demarcación Vertical	UND	$ 266.254,17		$ 319.505,00		
	Defensas Metálicas	UND	$ 14.790,00		$ 17.748,00		
	Terminales Para Defensa	UND	$ 49.300,00		$ 59.160,00		
	Captafaros	UND	$ 10.883,33		$ 13.060,00		
V	**OBRAS DE DRENAJE**						
600	Excavaciones varias sin clasificar	M3		19.497,75	$ 23.397,00		
610	Relleno para estructuras	M3		47.514,66	$ 57.498,00		
	Concreto clase E(175 K/cm2)	M3		414.098,94	$ 496.919,00		
630,6	Concreto clase F(140 K/cm2)	M3		362.686,36	$ 435.224,00		
	Concreto clase G (ciclopeo)	M3		295.699,41	$ 354.839,00		
620	Concreto clase D(210 K/cm2)	M3		456.868,04	$ 548.243,00		
	Concreto de 245 Kg/cm2	M3	$ 509.293,00		$ 611.152,00		
	Concreto clase C (280 Kg/cm3) para box culvert.	M3			$ 510.699,00	$ 613.629,0	Este precio unitario es base en el aprobado de 245 kg/cm2, solo se cambio el valor del concreto premezclado , quedando iguales los otros costos.
640	Acero de refuerzo grado 60	KG		3.535,75	$ 4.243,00		
671	Cunetas revestidas en concreto	M3		364.936,35	$ 437.924,00		

PRECIOS CONTRACTUALES, SEGÚN ANEXO ACTA DE MODIFICACIÓN DE LA ORDEN DE SERVICIO No. 030 de 2009

PRECIOS NO PREVISTOS APROBADOS, CARTAGENA - ARJONA, ORDEN DE SERVICIO No. 28 DE 2009, QUE EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD SOLICITA QUE SE APRUEBEN PARA EL TRAMO SABANALARGA - PALMAR DE VARELA

PRECIOS NO PREVISTOS PROPUESTOS POR EL CONTRATISTA, ACARREO MAYOR A 1000 m y CONCRETO PARA BOX CULVERT 280 KG/CM2 QUE SE NECESITAN PARA INICIAR ALGUNAS ACTIVIDADES



SECCION TRANSVERSAL TIPICA DOBLE CALZADA SABANALARGA – PALMAR DE VARELA

NOTA: Los espesores de las diferentes capas de la estructura del pavimento, se indican en el cuadro de abajo, y de estos dependen los anchos de la subbase y terraplen, los anchos de la calzada (9.40 m) y de la corona de la base granular (10,40 m) sera constante. en los tramos en tangente y en las curvas debe tenerse en cuenta los sobreanchos.

ESPESORES DE LA ESTRUCTURA DE PAVIMENTO

DIEÑO DE PAVIMENTO – ALTERNATIVA 2-CON 85% DE CONFIABILIDAD					
ABSCISA INICIAL	ABSCISA FINAL	TERRAPLEN CON MATERIAL SELECCIONADO CBR>010%	SUBBASE GRANULAR	BASE GRANULAR	CARPETA AFALTICA
K0+000	K4+000	0,300	0,300	0,200	0,120
K4+000	K5+000	0,300	0,300	0,200	0,100
K5+000	K17+500		0,300	0,200	0,100
K17+500	K18+858	0,300	0,350	0,250	0,120

SEGUREXPO
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
R0006286
FEC:2011/12/12 HOR:02:57:10
RADICADO N SOL-BOG-0008-11

Bogotá, Diciembre 5 de 2011

CONSORCIO LA CORDIALIDAD
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
2011 DIC, 12
RECIBIDO PARA REVISIÓN
NO IMPLICA ACEPTACIÓN

SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.
SOL-BOG-0008-11
No.
Para: CORRESPONDENCIA RADICADA

Señores
CONSORCIO LA CORDIALIDAD
Atn. Dr. Eduardo Gómez
Representante Legal.
Carrera 4 No. 59-72/74
Ciudad.

Referencia: Contrato 008 de 2007 Concesión Vial Ruta Caribe., Construcción segunda calzada tramo Sabanalarga – Palmar de Varela, Orden de servicios No. 030 de 2009.

Asunto: Su comunicación CLC-0149-11. Inicio de obras.

Respetado Doctor,

En atención a la comunicación del asunto, en la cual realiza una serie de afirmaciones y observaciones respecto de los requerimientos realizados por AUTOPISTAS DEL SOL S.A. en lo referido a las evidentes demoras en el inicio de las obras a su cargo, nos permitimos realizar las siguientes aclaraciones:

1.- Estamos de acuerdo con que la movilización de equipo y personal se realice de conformidad con el cronograma contractual debidamente aceptado por la Interventoría de la obra y por parte de AUTOPISTAS DEL SOL S.A., sin embargo lo que se requiere al CONSORCIO LA CORDIALIDAD es precisamente la entrega y definición oportuna del cronograma, en atención a la suscripción del acta de inicio en fecha once (11) de Noviembre de 2011.

Adicionalmente con la suscripción del acta de inicio EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD debería haber por lo menos iniciado el traslado de personal y equipos al área de los trabajos, cuestión que no se evidencia y que genera incertidumbre respecto de los procedimientos a implementar para la ejecución y terminación de la obra de manera oportuna.

Respecto del tema, la interventoría del proyecto se pronuncio mediante comunicación PS-ISPV-DP-008 del pasado dos (2) de Diciembre de 2011, mencionando:

> "La Interventoría entiende que el contratista al hacer esta referencia, posiblemente se refiere a los "recursos" que alimentan el programa PROYECT con el cual se elaboro del Programa de Obra, pero lo que se solicita son estos documentos, debidamente firmados por el Director de Obra y representante legal, precisamente para darle soporte técnico y contractual a la Programación presentada.
>
> Cuando la Interventoría dice en comunicación PS-ISPV-DP-005 de fecha 25 nov/2011, que " .. Está de acuerdo con las fechas de inicio y terminación de las ACTIVIDADES PRELIMINARES, siempre y cuando estas estén enfocadas a dar inicio a las actividades de EXPLANACION a partir del 01 de diciembre del presente año ..." se entiende que está de acuerdo con las fechas e inicio y terminación programadas por el contratista, para la actividad de **contratación de personal**, del 23 de Noviembre al 7 de diciembre de 2011, y entiende que en este periodo de tiempo, el contratista se está comprometiendo a contratar todo el personal que necesita para la ejecución de la obra, por lo tanto se puede observa que a la fecha, CLC, está atrasado en este compromiso, ya que a tan solo cuatro (4) días de terminarse el plazo, solo dispone en obra, de un Director y de una comisión topográfica."

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

A fecha de la presente, la situación es la misma, no se reporta movilización de personal alguno a la zona de obra, así como tampoco se ha hecho entrega de la documentación que respalda el cronograma de obra presentado para aprobación por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD, particularmente del listado de personal que va a trabajar en el proyecto, sus cargos actividades asignadas, así como tampoco se ha realizado la entrega del equipo programado para el proyecto.

En lo relacionado con el equipo, a la fecha no se cuenta con ningún equipo en obra, teniendo como fecha límite propuesta por EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD el próximo siete (7) de Diciembre de 2011, para contar con la totalidad de equipo requerido para el inicio de las obras, por lo que solicitamos nos informe respecto del cumplimiento de dicha obligación.

En este orden de ideas, le aclaramos y reiteramos nuestra solicitud de que EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD cuente con el equipo y personal requerido para la ejecución de las obras, en los sitios donde se realizaran los trabajos, de otra manera no entendemos como se podría verificar la voluntad y capacidad del CONSORCIO LA CORDIALIDAD para ejecutar oportunamente los trabajos a su cargo.

2.- Es cierto que el contrato se suscribió hace más de 2 años, sin embargo su inicio y ejecución han estado suspendidos y supeditados al cumplimiento de requerimientos previos propios del proyecto como lo es la consecución de la correspondiente licencia ambiental; adicionalmente no hay claridad respecto del señalamiento realizado por la entrega de diseños y topografía, documentos que consideramos fueron entregados de manera oportuna, es decir antes del inicio de las obras y que además hasta el momento no han sido objeto de dilaciones en el inicio de las obras, así como tampoco han sido objetados en forma alguna; por lo que resulta irrelevante el termino transcurrido entre la presentación y aceptación de la oferta mercantil y el inicio de las obras.

Tampoco encontramos coherente el argumento en el que indican que se "allanaron a cumplir anticipadamente", realmente quisiéramos saber que han cumplido de manera anticipada, por el contrario, encontramos que no cuentan con equipo, personal, oficinas y a la fecha, transcurridos más de veinte (20) días desde que se suscribió el acta de inicio aun no tenemos claridad de los métodos constructivos a implementar por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD, por lo que realmente no nos queda claro en qué consiste la diligencia que supuestamente han tenido para el cumplimiento de sus obligaciones.

3.- Desafortunada resulta también su afirmación *"Pretender ahora que se construirán 18 kilómetros de doble calzada según tiempos caprichosos y plazos no contractuales desconoce palmaria y flagrantemente el contrato"*; Afirmación completamente salida de contexto y que desconoce por completo la realidad del contrato, realidad que demuestra con hechos y soportes que contamos con un acta de inicio firmada el pasado once (11) de Noviembre, hace más de veinte (20) días y que a la fecha EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD aun no cuenta con personal, equipos y oficinas entre otros elementos para el inicio de las obras.

Le invitamos de igual forma a que nos indique mediante que documento le hemos solicitado el cumplimiento del contrato en un término inferior al estipulado por las partes, término que se encuentra plasmado en el acta de inicio suscrita y que obedece a acuerdos previos, le recordamos que en el documento modificatorio de la orden de servicios No. 030 de 2009, las partes acuerdan en su clausula segunda un plazo de veinticuatro (24) meses, el mismo término que aparece plasmado en el acta de inicio de las obras.

4.- Respecto del tema de adquisición predial, es cierto que es un tema de exclusivo resorte de AUTOPISTAS DEL SOL S.A., sin embargo dicho tema no ha sido obstáculo para el inicio de las obras, tal y como lo aclaramos desde la misma suscripción del acta de inicio, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD cuenta con una longitud suficiente para dar inicio a las obras.

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

Adicionalmente y como usted mismo lo expresa, las partes, en particular EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD en su oferta mercantil GCC-OMLC-03-09 no establece ninguna condición o procedimiento para la entrega de los predios, razón por la cual insistimos en que si bien es cierto que en la actualidad no se cuenta con la totalidad de los predios requeridos, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD cuenta con los predios necesarios para el inicio de la obra, siendo que no ha dado inicio a ningún tipo de actividad al respecto.

En lo referido a la cita del artículo 1603 del código civil, el cual transcribimos a continuación:

> "ARTICULO 1603. EJECUCION DE BUENA FE. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella."

Le recomendamos dar aplicación al mismo, procediendo a la inmediata ejecución de las obras a su cargo, en atención de que cuenta con los elementos necesarios para ello.

En igual sentido cita en su comunicación el artículo 1627 del mismo código, el cual explica:

> "ARTICULO 1627. PAGO CEÑIDO A LA OBLIGACION. El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes.
>
> El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida."

Al respecto, se generan varias interrogantes, entre ellas ¿qué dineros adeuda en la actualidad AUTOPISTAS DEL SOL S.A. al CONSORCIO LA CORDIALIDAD por obra ejecutada?, la respuesta es sencilla, AUTOPISTAS DEL SOL S.A. no adeuda ninguna suma de dinero al CONSORCIO LA CORDIALIDAD por obras ejecutadas, debido precisamente a que este último no ha siquiera iniciado la ejecución de las mismas. Por el contrario, a la fecha y a pesar de los requerimientos realizados, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD se ha negado a la entrega de un informe serio de inversión de los dineros entregados por AUTOPISTAS DEL SOL S.A. a titulo de anticipo, cuyo fin es exclusivamente la ejecución de las obras.

5.- AUTOPISTAS DEL SOL S.A. no ha requerido al CONSORCIO LA CORDIALIDAD el cumplimiento total de sus obligaciones, refiriéndonos en particular a la ejecución total de la obra a su cargo, sin embargo si solicitamos y requerimos el inicio de las mismas, lo cual es una obligación del CONSORCIO LA CORDIALIDAD, por lo que insistimos en que debe disponer de manera inmediata del personal y equipo requerido para ello, se reitera también que se cuenta con predios suficientes para la ejecución de algunos trayectos, finalmente recordamos que consiente de la posibilidad de dar inicio a las obras, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD suscribió acta de inicio de las mismas el día once (11) de Noviembre de 2011.

6.- Es falso que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. se encuentre en mora de entregar la licencia ambiental del proyecto acorde a lo pactado en la documentación contractual, cuestión que se realizo a través de nuestra comunicación ASSA-SOL-1092-11, al respecto consideramos pertinente aclarar desde el punto de vista contractual la situación, para ello nos remitimos primeramente a lo estipulado en el acuerdo segundo del documento modificatorio de la orden de servicios No.030 de 2009, el cual expresa:

> "**SEGUNDO.-** Modificar el plazo para ejecución de las obras objeto de la oferta Mercantil No., GCC-OMLC-04-09 aceptada con la Orden de servicio No. 030 de marzo de 2.009, así:
>
> "**PLAZO:** EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD ejecutara las obras objeto de la oferta mercantil en un termino de veinticuatro (24) meses contados a partir de la fecha en que AUTOPISTAS DEL SOL le comunique al CONSORCIO LA CORDIALIDAD que se ha proferido la Resolución mediante la cual el MINISTERIO DE AMBIENTE VIVIENDA Y DESARROLLO TERITORIAL otorgue a la sociedad AUTOPISTAS DEL SOL S.A., la

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

licencia ambiental para la construcción de las obras del tramo Sabanalarga .Palmar de Varela del proyecto de Concesión Vial Ruta Caribe, previa entrega de los diseños definitivos"

Adicionalmente, citamos el texto del acuerdo tercero del mismo modificatorio, en que se indica:

"**TERCERO.-** Una vez la sociedad Autopistas del Sol S.A., notifique al Consorcio La Cordialidad la firmeza del Acto Administrativo de Licenciamiento (...)"

Se concluye de ambos textos que la obligación de AUTOPISTAS DEL SOL S.A. es notificar la firmeza del acto administrativo de licenciamiento, su existencia y materialización jurídica; contrario a lo que expresa el CONSORCIO LA CORDIALIDAD no existe en el texto la supuesta exigencia de aportar lo que han denominado en su comunicación la constancia de ejecutoria de la licencia, por lo que basta con la presentación del documento y la afirmación por parte de AUTOPISTAS DEL SOL S.A. de que la licencia esta en firme para que el CONSORCIO LA CORDIALIDAD proceda con la ejecución de las obras.

No obstante lo anterior, resulta procedente señalar que la ejecutoria del acto administrativo de licenciamiento refiere al momento en que el acto adquiere total firmeza, para lo cual el artículo 62 del código contencioso administrativo presenta de manera expresa los 4 momentos en que el acto administrativo adquiere firmeza: (1) Cuando contra ellos no proceda ningún recurso; (2) Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido; (3) Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos; (4) Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos. Es obligatorio concluir que la ejecutoria del acto obedece a un momento procesal y no a un documento que certifique determinada situación, por lo que insistimos en que el acto administrativo de licenciamiento del tramo Sabanalarga – Palmar de Varela, se encuentra en firme.

7.- Reiteramos que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. no se encuentra en mora de proporcionar predios para la construcción de las obras de la referencia, constancia de ello se anotó en el acta de reunión de fecha once (11) de Noviembre de 2001, en la cual se informo al CONSORCIO LA CORDIALIDAD que en dicha fecha se contaba con 4843.15 metros disponibles para la ejecución de las obras. En igual sentido insistimos en que no existe obligación contractual que disponga la entrega total de predios como requisito previo para el inicio de las obras.

8.- Resulta evidente la falta de personal y equipo de parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD, motivo principal por el cual no ha iniciado las obras a pesar de contar con los elementos necesarios para ello, situación que también se deduce de su comunicación, en la cual admiten sin ningún afán como después de transcurridos más de veinte (20) días de suscrita el acta de inicio, no presentan ninguna disposición de dar inicio a las mismas.

En igual sentido, le aclaramos que el requerimiento se hace no para satisfacer la necesidad de AUTOPISTAS DEL SOL S.A., sino en desarrollo de la relación contractual, la cual requiere para la ejecución de las obras, que el contratista cuente con personal y equipo para ello.

9.- No es cierto que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. pretenda la terminación anticipada del contrato, todo lo contrario, resulta de nuestro interés que EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD ejecute las obras a su cargo de manera oportuna y con la calidad requerida, sin embargo es claro como en ocasiones previas, que la intención es dilatar la ejecución de las obras apoyándose en argumentos carentes de soporte alguno, así mismo le aclaramos que en calidad de contratantes del proyecto estamos en la obligación y derecho de realizar los requerimientos permitidos por el contrato en aras de garantizar el cumplimiento por parte del contratista.

Respecto del plazo concedido por AUTOPISTAS DEL SOL S.A. para la presentación de su personal y equipo, le sugerimos proceda a leer atentamente la clausula 3.2 de la oferta mercantil GCC-OMLC-03-09 aceptada mediante orden de servicios No. 030 de 2009, la cual en su numeral (xiv) establece:

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

"**EL OFERENTE** deberá contestar de fondo, en un termino máximo de tres (3) días hábiles a partir de su recibo, los requerimientos hechos por **AUTOPISTAS DEL SOL** sobre la ejecución del objeto de la presente Oferta. El incumplimiento de la presente obligación, acarreara una sanción a **EL OFERENTE** de un (1) salario mínimo legal mensual por cada día de retraso, suma que se descontara automáticamente de los valores adeudados por **AUTOPISTAS DEL SOL.**"

Como se observa, el termino establecido en nuestras comunicaciones es contractual y no un capricho de AUTOPISTAS DEL SOL S.A., como desacertadamente lo pretende hacer ver EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD.

10.- Respecto del tema de la interventoría del proyecto, le recordamos que las partes establecieron acuerdos al respecto, tal y como lo señala el acuerdo cuarto del documento modificatorio de oferta mercantil GCC-OMLC-03-09 aceptada mediante orden de servicios No. 030 de 2009, se presenta de manera expresa el proceso de selección de interventoría para las obras, proceso que se surtió de acuerdo a lo consagrado en el mencionado acuerdo, solicitando cotizaciones a las empresas EDL LTDA, RESTREPO Y URIBE S.A., HMV y PAULO EMILIO BRAVO, propuestas que una vez presentadas se compartieron con EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD, quien incluso presento objeciones respecto de algunas de las propuestas presentadas.

Adicionalmente, le recordamos que de acuerdo al método de selección pactado en el acuerdo cuarto, se eligió la propuesta de menor valor, previa consideración de los elementos habilitantes de los proponentes, así mismo, indica el documento modificatorio que la interventoría se pagara de la siguiente forma:

"Los honorarios de la Interventoría se pagaran así: El 50% de los honorarios lo asumirá AUTOPISTAS DEL SOL y el 50% restante lo asumirá el Consorcio La Cordialidad. El 50% de los honorarios de la Interventoría a cargo del Consorcio La Cordialidad se descontara de las actas mensuales de obra."

Como viene expuesto, es bastante claro que el mecanismo de selección de interventoría si es de conocimiento del CONSORCIO LA CORDIALIDAD así como también la forma de pago, aclarando de igual forma que conocieron de dicho proceso de selección, por lo que no resulta lógico que pretendan desconocerlo en esta instancia.

Finalmente, nos permitimos recordarles el contenido de la comunicación PS-ISPV-DP-008, mediante la cual la interventoría del proyecto se pronuncia respecto de los temas tratados y otros, concluyendo que:

1. Acorde a la programación presentada por EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD, pendiente de aprobación, se está a punto de incumplir con las actividades preliminares y de explanación.

2. A pesar de las recomendaciones y objeciones presentadas por AUTOPISTAS DEL SOL S.A. y la interventoría, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD insiste en dilatar el inicio de las obras de drenaje, obras que como se indican en la comunicación en comento, de no iniciarse de manera inmediata comprometerían la estabilidad de las obras.

3. La interventoría no comparte las afirmaciones realizadas por EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD cuando expresa que algunos errores encontrados en detalles de los diseños puedan ser causales de atraso en el inicio de las obras, señalando que el contratista puede dar inicio a las actividades de corte, terraplén y obras de drenaje.

En virtud de lo expuesto, le insistimos en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, las cuales resulta evidente viene dilatando con argumentos injustificados y sin ningún tipo de soporte, haciendo caso

omiso de las disposiciones contractuales que permiten un seguimiento del cumplimiento por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD.

Cordialmente,

MENZEL AMÍN AVENDAÑO
Representante Legal

Anexo: Copia comunicación PS-ISPV-DP-008. (12 folios)

Copia: Ing. Manuel José Bravo – Representante Legal PABLO EMILIO BRAVO S.A. Interventoría del proyecto.
Dra. Clara Inés Rusinque Cardona – Gerente Técnico Segurexpo.

Archivo

Proyectó: HHA

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

PAULO EMILIO BRAVO
CONSULTORES S A

PS-ISPV-DP-008

Sabanalarga (Atlántico), 02 diciembre de 2011

AUTOPISTAS DEL SOL S.A.
RECIBIDO PARA REVISIÓN
NO IMPLICA ACEPTACIÓN
05 DIC. 2011
HORA. 8:49Am
COD. RES
NOMBRE

Señores
CONSORCIO LA CORDIALIDAD
Atn. Ing. **JOSÉ HERNÁN ESCOBAR**
Director de Obra
Ciudad

Ref.: Interventoría a la orden de servicio No. 030 de 2009 para la construcción de la doble calzada en el tramo 4: Sabanalarga - Palmar de Varela, en una longitud aproximada de 20 km.

Asunto: Estado del avance de las Actividades relacionadas en el Programa de trabajo, presentado el 21 de noviembre de 2011 y respuesta a temas mencionados en su comunicación CLC-PV-004-11 de fecha 29 de nov 2011.

Por medio de la presente, se hace un breve informe del estado actual de la ejecución y avance de las diferente actividades programadas, por EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD y se da respuesta a algunas inquietudes del contratista, mencionadas en la comunicación del asunto CLC-PV-004-11 de fecha 29 de nov 2011.

1. ACTIVIDADES PRELIMINARES

1.1. Contratación de personal

Hasta la fecha el contratista cuenta con el siguiente personal en obra:

- Un Director de Obra
- Una comisión de topografía integrada por un topógrafo y dos cadeneros + 1 equipo de topografía

Para poder evaluar el avance de esta actividad, se le solicitó al contratista, mediante comunicación anterior: **PS-ISPV-DP-005 de fecha 25** de noviembre los siguientes documentos:

- Flujo de caja para garantizar el programa de inversión.
- El Organigrama de la empresa constructora (a cargo del proyecto)
- Listado de personal que va a trabajar en el Proyecto, indicando cargo y actividad y/o actividades a que va estar asignado.
- Listado de equipo programado para la obra.

Desafortunadamente estos documentos no han sido entregados a la fecha, y no es cierto que estos se hayan entregado junto al Programa de Obra, tal como se afirma en

la comunicación CLC-PV-004-11 de fecha 29 de noviembre, en su primer párrafo del capítulo 1.PRELIMINARES.

La Interventoría entiende que el contratista al hacer esta referencia, posiblemente se refiere a los "recursos" que alimentan el programa PROYECT con el cual se elaboro el Programa de Obra, pero lo que se solicita son estos documentos, debidamente firmados por el Director de Obra y representante legal, precisamente para darle soporte técnico y contractual a la Programación presentada.

Cuando la Interventoría dice en comunicación PS-ISPV-DP-005 de fecha 25 nov/2011, que: " .. *está de acuerdo con las fechas de inicio y terminación de las ACTIVIDADES PRELIMINARES, siempre y cuando estas estén enfocadas a dar inicio a las actividades de EXPLANACIÓN a partir del 01 de diciembre del presente año ...*" se entiende que está de acuerdo con las fechas de inicio y terminación programadas por el contratista, para la actividad de **contratación del personal**, del 23 de noviembre al 7 de diciembre de 2011, y entiende que en este periodo de tiempo, el contratista, se está comprometiendo a contratar todo el personal que necesita para la ejecución de la obra, por lo tanto se puede observar que a la fecha, CLC, está atrasado en este compromiso, ya que a tan solo cuatro (4) días de terminarse el plazo, solo dispone en obra, de un Director y de una comisión de topografía.

1.2 Instalación de oficinas y campamentos

A la fecha, el contratista no ha informado a Autopistas del Sol S.A. y/o a la Interventoría, la ubicación y dirección de las oficinas y campamentos, que serán destinados a los trabajos objeto del contrato de obra.

1.3 Movilización de equipos

Hasta la fecha, el contratista no ha dispuesto de ningún equipo y/o maquinaria en el sitio de la obra, limitándose a informar a la Interventoría, de manera verbal, que el equipo está en camino, y que llegara dentro de lo programado. En esta actividad preliminar, el contratista, presenta una ejecución de cero (0%), y la interventoría hace ver al contratista, que el plazo vence el próximo siete (7) de diciembre del presente año, siendo muy probable su incumplimiento, y considera que el desplazamiento de los equipos, desde un lugar determinado al sitio de la obra, no es cuantificable para medir el avance de esta actividad, ya que lo que importa es que el equipo este en obra, **disponible para iniciar los trabajos**, además de estar en optimas condiciones, disponible para trabajar, de nada serviría si llega varado, sin operador, o con operador, pero sin combustible.

2. ACTIVIDADES DE EXPLANACIÓN

2.1 Localización y replanteo

Esta actividad ya fue iniciada el día 24 de noviembre, de acuerdo a lo programado, y la comisión de topografía, del contratista, ha estado coordinando sus trabajos con las

comisiones de topografía de Interventoría y Autopistas del Sol S.A. Al contratista se le entrego toda la información necesaria para la localización y replanteo del proyecto, tanto de planimetría, como de altimetría, además de cinco referencias (mojones de concreto).

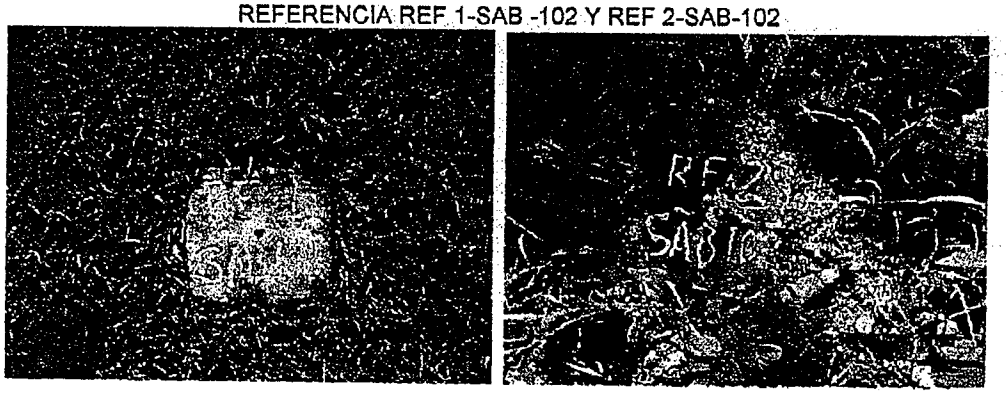
En el inicio de esta actividad han habido discrepancias, referente al replanteo, que han sido discutidas entre las partes, la Interventoría considera que no son base para no iniciar las actividades preliminares y de explanación. EL contratista asegura que solo ha encontrado un GPS y que existen errores de nivelación de hasta 6 cms, además de errores de planimetría considerables, esto último se aclaro, y el error estaba en que el contratista había chequeado unas "balizas" colocadas de manera aproximada, para que el buldozer de la empresa KMA, hiciera limpieza y desmonte.

La Interventoría no está de acuerdo con la afirmación (ver comunicación CLC-PV-004-11, de nov. 29 de 2011, parrafo titulado. 2.EXPLANACIONES), en el sentido de que por estos errores, se retrase el inicio de las obras, e informa que, al contratista, se le hizo entrega física de cinco mojones en concreto: cuatro referencias y un GPS, ver fotos

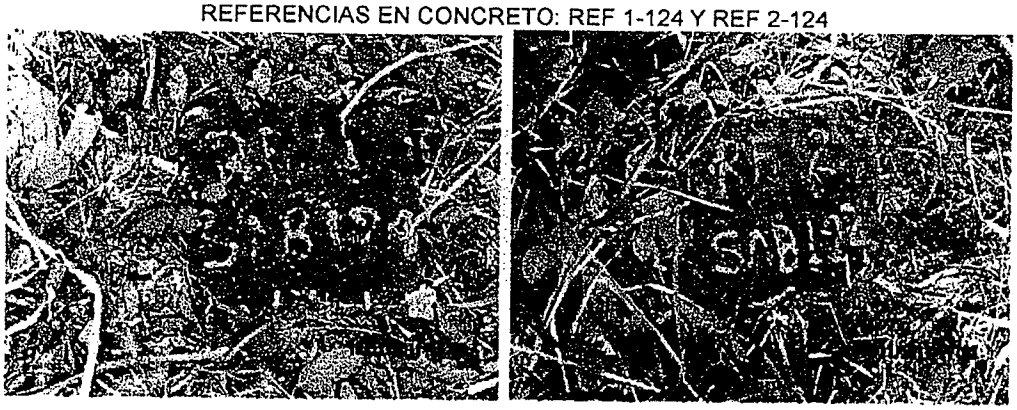
GPS-031



REFERENCIA REF 1-SAB -102 Y REF 2-SAB-102



REFERENCIAS EN CONCRETO: REF 1-124 Y REF 2-124



Estas referencias fueron verificas por la Interventoría, encontrándolas aceptables, con estas referencias Autopistas del Sol S.A. replanteo el eje del tramo comprendido entre el K3+200 al K3+550, donde la Interventoría procedió a toma de secciones transversales y colocación de chaflanes, tramo que está listo para que el contratista inicie los trabajos de excavación a máquina.

Con estas cuatro referencias y el GPS-031, el contratista puede replantear el proyecto en los primeros siete kilómetros, estas fueron entregadas por Autopistas del Sol S.A. y se solicita al contratista, que en conjunto con las comisiones de topografía de Interventoría y Autopistas del Sol S.A. se haga una "poligonal de trabajo". De acuerdo a lo informado por la Comisión de topografía de Autopistas del Sol S.A., estas referencias fueron utilizadas para la localización de la zona de vía, fichas prediales, para compra de predios, y localización de las obras ya construidas por KMA.

Los errores encontrados por el contratista, en planimetría y altimetría, se deben posiblemente a la descalibración de los equipos, por lo que se le solicita hacer verificación de los mismos, por los métodos tradicionales, además de presentar los certificados de calibración correspondientes, esta misma tarea quedaría para los equipos de la Interventoría y Autopistas del Sol. S.A., aunque se informa que la Interventoría realizo estos chequeos al inicio de los trabajos, y que tiene al día los certificados de calibración de los equipos topográficos.

2.2 Excavación en material común a maquina

El inicio de esta actividad está programada para el cinco (5) de diciembre, próximo lunes.

Al contratista se le entrego un tramo de zona de vía, entre el K3+200 al K3+550, con el eje del proyecto replanteado, secciones transversales tomadas con nivel de precisión y chaflanes; y solo se está a la espera de que inicie los trabajos este día. A continuación se presenta un registro fotográfico de este tramo, indicando las estacas de chaflanes colocadas.

FOTOS DE TRAMO DE VIA, EN ESPERA DE QUE CLC INICIE TRABAJOS



En este tramo, el contratista puede ya iniciar la actividad de corte a máquina, descapotando en una profundidad promedio de 0,30 metros, para estos trabajos debe tenerse en cuenta el ARTÍCULO 210 - 07 EXCAVACIÓN DE LA EXPLANACIÓN, CANALES Y PRÉSTAMOS del INVIAS

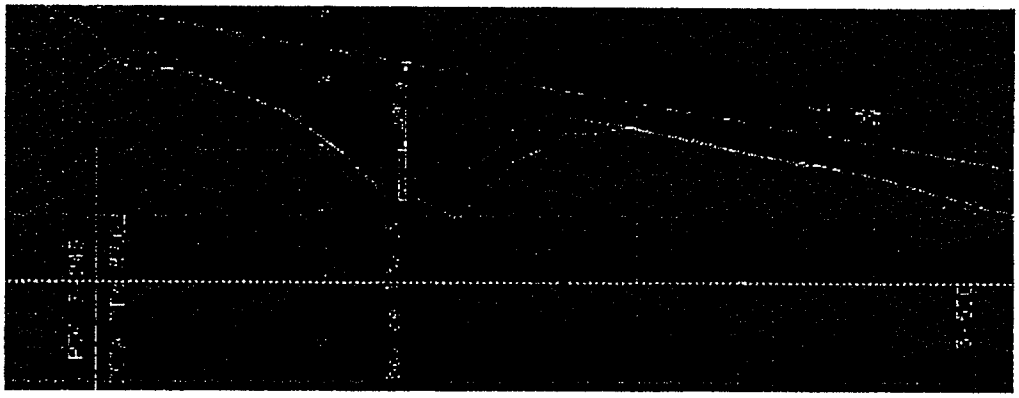
3. OBRAS DE DRENAJE (Box culvert, pontones y cunetas)

En la programación presentada por el contratista, el 21 de noviembre de 2011, la fecha de inicio de esta actividad está para el día diez y nueve (19) de julio de 2012, pero la Interventoría, mediante comunicación PS-ISPV-DP-005 de fecha 25 de noviembre, manifestó no estar de acuerdo con esta fecha, y propuso fuera el primero (01) de diciembre del presente año. La Interventoría, a pesar de la buena intención del contratista de adelantar el inicio de la construcción de las obras de drenaje en dos (2) meses, según lo manifestó en la comunicación CLC-PV-004-11 (NOV. 29/11, quedando para el 19 de mayo del año próximo, insiste en que esta actividad **debe iniciar de inmediato**. En el tramo ya chaflanado, K3+200 al K3+550, que está listo para que sea intervenido por el contratista, se localizo el eje del box culvert de 1,5x1,5 ubicado en el K3+385, a continuación se muestran fotos, en el momento en que se estaba localizando el eje de esta obra.



En este sitio, el terraplen tiene una altura de 2,66 m por encima de la obra, tal como se puede ver en el perfil de la via que se indica a continuación

PERFIL DEL TRAMO QUE ESTA CHAFLANADO : K3+200 –K3+550



De acuerdo a este perfil, se puede observar que no es razonable iniciar (19 mayo de 2012) la construcción de este box culvert de 1.5x1.5, después de cinco (5) meses de haber iniciado la construcción del terraplén (4 enero 2011), ya que la obra perdería continuidad en las actividades de colocación de subbase y base granular, que están programadas para el 20 de mayo y 18 de agosto de 2012 respectivamente.

Otra razón para dar inicio de inmediato a las obras de drenaje, es la conveniencia de iniciar los rellenos estructurales y terraplenes por encima de estas obras, para ganar tiempo de consolidación de los mismos, procesos que son demorados, evitando futuros asentamientos, que por lo general se manifiestan en fisuras o grietas en el pavimento.

Otro factor, que hay que tener en cuenta es el invierno del próximo año, ya que al parecer, este fenómeno, de de lluvias fuertes se volvió cíclico, y lo conveniente es avanzar en la construcción de las obras de drenaje, a la par con la construcción de los terraplenes, de lo contrario se **estaría arriesgando la estabilidad de la obra misma: calzada izquierda, y también la estabilidad de la calzada derecha, que en estos momentos está construyendo KMA.**

En el informe de estabilidad de taludes y en el de Diseño del pavimento, se hace énfasis, en mantener las mejores condiciones de drenaje para los cortes y las bases de los terraplenes, debido a la formación mecánica de los suelos que los conforman.

4. MEJORAMIENTO DE LA SUBRASANTE Y TERRAPLENES.

Estas actividades aún no han iniciado, debido a que la fecha de inicio está programada para los primeros días del mes de enero de 2012

5. SUBBASES, BASES Y PAVIMENTO

Las fechas de inicio de estas actividades, están programadas para el próximo año, pero se le solicita al contratista presentar desde ahora, los permisos mineros y licencias ambientales de las canteras a utilizar, igualmente suministrar los ensayos de laboratorio necesarios para la realizar la caracterización de estos materiales, de acuerdo a lo exigido en las Especificaciones generales de construcción INVIAS-2007.

Con el fin de atender la duda del contratista, acerca de la alternativa de diseño de pavimento escogida, se le informa que Autopistas del Sol S.A. escogió la alternativa 2 (R=85%), y un periodo de diseño de 5 años, tal como se indica en la tabla siguiente tabla, copiada del Estudio y Diseño de pavimento entregado por Autopistas del Sol S.A.

Alternativa 2: Carpeta Asfáltica + Base Granular + Subbase Granular (R=85%).

Tabla 23. Sentido Palmar de Varela - Sabanalarga (Alternativa 2)

SECTOR	INICIO	FIN	PERIODO DE DISEÑO	Carpeta Asfáltica (cm)	Base Granular (cm)	Subbase Granular (cm)	Terraplén (cm)
1	K0+000	K4+000	10 AÑOS	17	20	30	30
2	K4+000	K5+000		15	20	30	30
3	K5+000	K17+500		15	20	30	
4	K17+500	K19+000		17	25	35	30
1	K0+000	K4+000	5 AÑOS	12	20	30	30
2	K4+000	K5+000		10	20	30	30
3	K5+000	K17+500		10	20	30	
4	K17+500	K19+000		12	25	35	30

La sección transversal típica de la vía, donde se indican las inclinaciones de los cortes y taludes, se anexa a la presente comunicación, esta sección típica fue entregada al contratista mediante comunicación PS-ISPV-DP-007 de fecha 01 de diciembre de 2011, respecto a esta sección transversal, debe corregirse en el cuadro inferior, la columna que dice: MEJORAMIENTO CON PEDRAPLEN por TERRAPLEN CON MATERIAL SELECCIONADO CON CBR>=10%.

CONCLUSIONES

1. De acuerdo a lo anterior, el CONSORCIO LA CORDIALIDAD, basándonos en la Programación del 21 de noviembre de 2011, presentada para las actividades Preliminares y de Explanación, y la cual está en trámite de aprobación, **está en riesgo de incumplir con la contratación de personal y movilización de equipo**, ya que a tan solo cuatro (4) días de terminarse el plazo, no dispone, en obra de ningún equipo, y en cuanto a contratación de personal, solo dispone de un Director y de una comisión de topografía (3 personas), faltando el resto de personal, tales como: Ingeniero Residente, inspectores, laboratorista y cuadrillas para la construcción de obras de arte e instalación y reubicación de cercas.

2. La Programación de obra, presentada el 21 de nov. De 2011, está siendo ajustada por el contratista, en base a las observaciones y recomendaciones realizadas por la Interventoría mediante comunicación PS-ISPV-DP-005, de fecha 25 de noviembre y que, el contratista, contesto mediante comunicación CLC-PV-004-11 de fecha 29 de noviembre, pero desafortunadamente no hay acuerdo con las fecha de inicio de las actividades de OBRAS DE DRENAJE, propuestas en esta última comunicación, por tal motivo, la Interventoría vio la necesidad de justificar en este informe, de una manera más amplia, el inicio inmediato de estas obras, de no hacerlo **estaría arriesgando la estabilidad de la obra misma: calzada izquierda, y también la estabilidad de la calzada derecha, que en estos momentos está construyendo KMA**

3. La Interventoría no está de acuerdo con las afirmaciones hechas por el contratista, en su comunicación CLC-PV-004-11 de fecha 29 de noviembre, donde dice que algunos errores encontrados en los Estudios y Diseños, y en campo (planimetría y altimetría), son causa de atrasos en el inicio de las obras, ya que las actividades de explanación, se pueden iniciar en el tramo comprendido entre el K3+200 al K3+550, el cual, previa verificación de coordenadas y cotas por parte de la Interventoría, fue seccionado y chaflanado; en este mismo tramo se localizo un box culvert de 1.5x1.5, (K3+385,ver fotos del sitio en este informe) y el contratista puede iniciar ya los trabajos de corte, terraplén, y obras de drenaje, sin que tenga que esperar hasta el 19 de julio del 2012 para iniciar esta última actividad.

4. El contratista entrego una relación de precios unitarios no previstos (14 precios NP), en el Comité Técnico No. 02, realizado el 01 de diciembre de 2011, para revisión y aprobación de Autopistas del Sol S.A, esta lista según informó el Director de obra, se hizo con la aprobación del representante legal del Consorcio La Cordialidad, Dr. Eduardo Gómez. Estos precios son los mismos aprobados en el Contrato Cartagena Arjona, Orden de Servicio No. 028 de 2009, a excepción de dos (2) de ellos: 1. Sobreacarreo para Pedraplén (para distancia mayor a 4,7km), que el contratista considera que está por debajo de los precios de mercado, y 2. Concreto clase C para box culvert de 280 kg/cm2, el cual es necesario para el inicio de esta actividad. La Interventoría informó,

mediante E-mail, en el día de ayer, que estos precios no previstos ya fueron analizados y revisados y recomienda su aprobación a Autopistas del Sol S.A. Se anexa relación de precios no previstos, debidamente firmada por el Director de Obra.

Atentamente

ANTONIO J. ORDOÑEZ PEÑA
Director Asesor de Interventoría

C.c. ERNESTO CARVAJAL – Gerente de Proyecto Autopistas del Sol S.A.
GREGORIA GOMEZ – Supervisora del Proyecto Autopistas del Sol S.A.
MANUEL JOSÉ BRAVO FERNANDEZ, Gerente PEB CONSULTORES S.A.

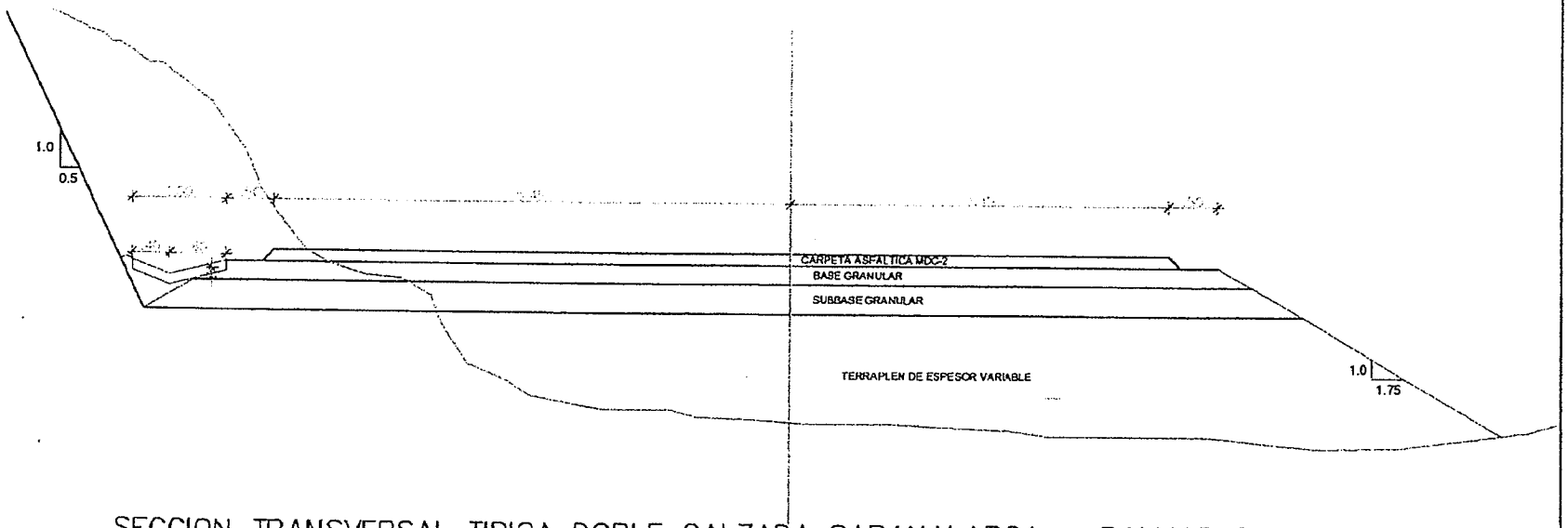
CONSORCIO LA CORDIALIDAD
SABANALARGA PALMAR DE VARELA
ORDEN DE SERVICIO No. 030 DE 2009
CONSTRUCCION DOBLE CALZADA SABANALARGA-PALMAR DE VARELA

No.	DESCRIPCIÓN	UNID.	PRECIO UNITARIO (COSTO DIRECTOS) NO PREVISTOS APROBADOS EN ORDEN DE SERVICIO No. 028 (TURBACO - ARJONA) PARA APROBAR EN ORDEN 030 (SABAN-PV)	PRECIO UNITARIO (COSTO DIRECTOS) CONTRACTUALES ORDEN DE SERVICIO No. 030	PRECIO UNITARIO COSTO DIRECTO + AIU(20%) Incluye IVA sobre Utilidad	NUEVO PRECIO UNITARIO NO PREVISTO (COSTO DIRECTO)	OBSERVACIONES
I	**EXPLANACIONES**						
210,3	Excavación en material común de la explanación, canales y préstamos	M3		3.930,47	$ 4.717,00		
220	Terraplén	M3		36.699,0	$ 46.439,00		
230,1	Mejoramiento de la subrasante involucrando suelo existente.	M2		1.444,1	$ 1.733,00		
	ADICIONALES EXPLANACIONES						
230	Pedraplén con acarreo a 4,7 km	M3	$ 36.956,0		$ 44.347,46,00		
230.0-A	Sobreacarreo para Pedraplén (para distancias mayores a 4,7 km)	M3-KM			$ 3.780,00	$ 650,00	Este precio unitario no previsto fue aprobado en Cartagena -Arjona a $430/m3-km, pero el contratista CLC, considera que este precio esta por debajo de los los valores comerciales de la región y propone ajustarlo a $650
	Geotextil tejido 2400	M2	$ 2.600,0		$ 4.020,00		
220-A	Terraplenes para Jarillón	M3	$ 3.997,5		$ 5.157,00		
800,1	Suministro e instalación de cercas de alambre con postes de madera	ML	$ 10.927,5		$ 14.097,00		
800,1P	Reubicación de cercas de alambre existentes en madera	ML	$ 2.250,0		$ 3.600,00		
	Sobreacarreo de los materiales de corte con distancias mayores a 100m en estaciones de 100m hasta una distancia de 1000m	M3-ES	$ 600,0		$ 720,00		
II	**SUBBASES Y BASES**						
320	Subbase granular (CBR>=30%)	M3		69.014,00	$ 82.817,00		
330	Base granular	M3		85.254,00	$ 102.306,00		
III	**PAVIMENTO FLEXIBLE**						
420	Imprimación	M2		1.200,14	$ 1.440,00		
450	Mezcla densa en caliente tipo MDC-2	M3		373.364,48	$ 448.037,00		
IV	**SEÑALIZACION**						
	Demarcación Horizontal	ML	$ 1.153,33		$ 1.384,00		
	Demarcación Vertical	UND	$ 266.254,17		$ 319.505,00		
	Defensas Metálicas	UND	$ 14.790,00		$ 17.748,00		
	Terminales Para Defensa	UND	$ 49.300,00		$ 59.160,00		
	Captafaros	UND	$ 10.883,33		$ 13.060,00		
V	**OBRAS DE DRENAJE**						
600	Excavaciones varias sin clasificar	M3		19.497,75	$ 23.397,00		
610	Relleno para estructuras	M3		47.514,66	$ 57.498,00		
	Concreto clase E(175 K/cm2)	M3		414.098,94	$ 496.919,00		
630,6	Concreto clase F(140 K/cm2)	M3		362.686,36	$ 435.224,00		
	Concreto clase G (ciclopeo)	M3		295.699,41	$ 354.839,00		
620	Concreto clase D(210 K/cm2)	M3		456.868,04	$ 548.243,00		
	Concreto de 245 Kg/cm2	M3	$ 509.293,00		$ 611.152,00		
	Concreto clase C (280 Kg/cm3) para box culvert.	M3			$ 510.699,00	$ 613.629,0	Este precio unitario es base en el aprobado de 245 kg/cm2, solo se cambio el valor del concreto premezclado , quedando iguales los otros costos.
640	Acero de refuerzo grado 60	KG		3.535,75	$ 4.243,00		
671	Cunetas revestidas en concreto	M3		364.936,35	$ 437.924,00		

PRECIOS CONTRACTUALES, SEGÚN ANEXO ACTA DE MODIFICACIÓN DE LA ORDEN DE SERVICIO No. 030 de 2009

PRECIOS NO PREVISTOS APROBADOS, CARTAGENA - ARJONA, ORDEN DE SERVICIO No. 28 DE 2009, QUE EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD SOLICITA QUE SE APRUEBEN PARA EL TRAMO SABANALARGA - PALMAR DE VARELA

PRECIOS NO PREVISTOS PROPUESTOS POR EL CONTRATISTA, ACARREO MAYOR A 1000 m y CONCRETO PARA BOX CULVERT 280 KG/CM2 QUE SE NECESITAN PARA INICIAR ALGUNAS ACTIVIDADES



SECCION TRANSVERSAL TIPICA DOBLE CALZADA SABANALARGA – PALMAR DE VARELA

NOTA: Los espesores de las diferentes capas de la estructura del pavimento, se indican en el cuadro de abajo, y de estos dependen los anchos de la subbase y terraplen, los anchos de la calzada (9.40 m) y de la corona de la base granular (10,40 m) sera constante. en los tramos en tangente y en las curvas debe tenerse en cuenta los sobreanchos.

ESPESORES DE LA ESTRUCTURA DE PAVIMENTO

DIEÑO DE PAVIMENTO – ALTERNATIVA 2-CON 85% DE CONFIABILIDAD					
ABSCISA INICIAL	ABSCISA FINAL	TERRAPLEN CON MATERIAL SELECCIONADO CBR>010%	SUBBASE GRANULAR	BASE GRANULAR	CARPETA AFALTICA
K0+000	K4+000	0,300	0,300	0,200	0,120
K4+000	K5+000	0,300	0,300	0,200	0,100
K5+000	K17+500		0,300	0,200	0,100
K17+500	K18+858	0,300	0,350	0,250	0,120

SEGUREXPO
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
R0006291
FEC:2011/12/12 HOR:03:06:46
RADICADO N SOL-BOG-0011-11

CONSORCIO LA CORDIALIDAD
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
2011 DIC. 12
RECIBIDO PARA REVISIÓN
NO IMPLICA ACEPTACIÓN

Bogotá, Diciembre 5 de 2011

SOL-BOG-0011-11

Señores
CONSORCIO LA CORDIALIDAD
Atn. Dr. Eduardo Gómez
Representante Legal.
Carrera 4 No. 59-72/74
Ciudad.

Referencia: Contrato 008 de 2007 Concesión Vial Ruta Caribe., Construcción segunda calzada tramo Sabanalarga – Palmar de Varela, Orden de servicios No. 030 de 2009.

Asunto: Su comunicación CLC-0154-11. Pólizas.

Respetado Doctor,

Como primero, consideramos pertinente aclararle que el término requerido para la entrega de las pólizas si es contractual y se encuentra dentro de la documentación perteneciente a la oferta mercantil GCC-OMLC-03-09 aceptada mediante orden de servicios No. 030 de 2009, particularmente se encuentra dentro del acuerdo tercero del acta modificatorio de dicha oferta, el cual señala:

> "**TERCERO.-** Una vez la Sociedad Autopistas del Sol S.A., Notifique al Consorcio La Cordialidad la firmeza del Acto Administrativo de Licenciamiento, dentro de los 5 días siguientes, este procederá a realizar los trámites pertinentes para que se actualicen las pólizas de que trata el numeral 7 de la oferta mercantil GCC-OMLC-03-09 de manera que el cubrimiento en plazo y valores se verifique desde la fecha prevista por las partes para la suscripción del Acta de Inicio. Si la aseguradora no acepta expedir el certificado de modificación de las pólizas, **EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD,** deberá entregar a **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.** Unas nuevas pólizas que garanticen el cubrimiento de todos los riesgos en los términos del numeral 7 de la oferta mercantil a partir del acta de inicio de las obras."

Del acuerdo citado podemos deducir: (i) El término de cinco días otorgados si es contractual; (ii) De la lectura del acuerdo se establece que los cinco (5) días empiezan a correr con la entrega de la licencia al CONSORCIO LA CORDIALIDAD, esto es a partir del nueve (9) de Noviembre de 2011 y; (iii) Es una obligación contractual a cargo del CONSORCIO LA CORDIALIDAD que no puede dilatarse por impedimentos o negativas de la empresa aseguradora respecto de la modificación de las pólizas.

Le insistimos en que la supuesta obligación de entrega por parte de AUTOPISTAS DEL SOL S.A. de la constancia de ejecutoria no es contractual, tal y como lo expusimos y soportamos con documentos contractuales en nuestra comunicación SOL-BOG-0008-11, para los efectos, basta con la entrega de la licencia y la afirmación por parte del contratante de la firmeza del acto, en este sentido la oferta mercantil, la orden de servicios y el acta de modificación no exigen documento adicional alguno.

No estamos de acuerdo con ustedes cuando pretenden imputar responsabilidad a AUTOPISTAS DEL SOL S.A. en la demora en la expedición de las modificaciones de las pólizas, si bien es cierto que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. hace parte como beneficiario del contrato de seguro, no es de nuestro resorte el suministro de la información solicitada por la compañía de seguros SEGUREXPO, información que en su totalidad corresponde a cuestiones internas del CONSORCIO LA CORDIALIDAD, con la excepción de los informes de

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

interventoría, que como resulta lógico no existen por cuanto el acta de inicio se suscribió el pasado once (11) de Noviembre de 2011.

Por lo anterior, antes que diligencia en los trámites, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD demuestra su falta de disposición al acudir a AUTOPISTAS DEL SOL S.A. por una documentación que en su totalidad es de manejo interno de ustedes y que en nada nos compete.

Cordialmente,

MENZEL AMÍN AVENDAÑO
Representante Legal

Copia: Ing. Manuel José Bravo – Representante Legal PABLO EMILIO BRAVO S.A. Interventoría del proyecto.
Dra. Clara Inés Rusinque Cardona – Gerente Técnico Segurexpo.

Archivo

Proyectó: HHA

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

SEGUREXPO
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
R0006291
FEC:2011/12/12 HOR:03:06:46
RADICADO N SOL-BOG-0011-11

CONSORCIO LA CORDIALIDAD
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
2011 DIC. 12
RECIBIDO PARA REVISIÓN
NO IMPLICA ACEPTACIÓN

Bogotá, Diciembre 5 de 2011

SOL-BOG-0011-11

Señores
CONSORCIO LA CORDIALIDAD
Atn. Dr. Eduardo Gómez
Representante Legal.
Carrera 4 No. 59-72/74
Ciudad.

Referencia: Contrato 008 de 2007 Concesión Vial Ruta Caribe., Construcción segunda calzada tramo Sabanalarga – Palmar de Varela, Orden de servicios No. 030 de 2009.

Asunto: Su comunicación CLC-0154-11. Pólizas.

Respetado Doctor,

Como primero, consideramos pertinente aclararle que el término requerido para la entrega de las pólizas si es contractual y se encuentra dentro de la documentación perteneciente a la oferta mercantil GCC-OMLC-03-09 aceptada mediante orden de servicios No. 030 de 2009, particularmente se encuentra dentro del acuerdo tercero del acta modificatorio de dicha oferta, el cual señala:

> "**TERCERO.-** Una vez la Sociedad Autopistas del Sol S.A., Notifique al Consorcio La Cordialidad la firmeza del Acto Administrativo de Licenciamiento, dentro de los 5 días siguientes, este procederá a realizar los trámites pertinentes para que se actualicen las pólizas de que trata el numeral 7 de la oferta mercantil GCC-OMLC-03-09 de manera que el cubrimiento en plazo y valores se verifique desde la fecha prevista por las partes para la suscripción del Acta de Inicio. Si la aseguradora no acepta expedir el certificado de modificación de las pólizas, **EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD,** deberá entregar a **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.** Unas nuevas pólizas que garanticen el cubrimiento de todos los riesgos en los términos del numeral 7 de la oferta mercantil a partir del acta de inicio de las obras."

Del acuerdo citado podemos deducir: (i) El término de cinco días otorgados si es contractual; (ii) De la lectura del acuerdo se establece que los cinco (5) días empiezan a correr con la entrega de la licencia al CONSORCIO LA CORDIALIDAD, esto es a partir del nueve (9) de Noviembre de 2011 y; (iii) Es una obligación contractual a cargo del CONSORCIO LA CORDIALIDAD que no puede dilatarse por impedimentos o negativas de la empresa aseguradora respecto de la modificación de las pólizas.

Le insistimos en que la supuesta obligación de entrega por parte de AUTOPISTAS DEL SOL S.A. de la constancia de ejecutoria no es contractual, tal y como lo expusimos y soportamos con documentos contractuales en nuestra comunicación SOL-BOG-0008-11, para los efectos, basta con la entrega de la licencia y la afirmación por parte del contratante de la firmeza del acto, en este sentido la oferta mercantil, la orden de servicios y el acta de modificación no exigen documento adicional alguno.

No estamos de acuerdo con ustedes cuando pretenden imputar responsabilidad a AUTOPISTAS DEL SOL S.A. en la demora en la expedición de las modificaciones de las pólizas, si bien es cierto que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. hace parte como beneficiario del contrato de seguro, no es de nuestro resorte el suministro de la información solicitada por la compañía de seguros SEGUREXPO, información que en su totalidad corresponde a cuestiones internas del CONSORCIO LA CORDIALIDAD, con la excepción de los informes de

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

interventoría, que como resulta lógico no existen por cuanto el acta de inicio se suscribió el pasado once (11) de Noviembre de 2011.

Por lo anterior, antes que diligencia en los trámites, EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD demuestra su falta de disposición al acudir a AUTOPISTAS DEL SOL S.A. por una documentación que en su totalidad es de manejo interno de ustedes y que en nada nos compete.

Cordialmente,

MENZEL AMÍN AVENDAÑO
Representante Legal

Copia: Ing. Manuel José Bravo – Representante Legal PABLO EMILIO BRAVO S.A. Interventoría del proyecto.
Dra. Clara Inés Rusinque Cardona – Gerente Técnico Segurexpo.

Archivo

Proyectó: HHA

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

SEGUREXPO
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
R0006293
FEC:2011/12/12 HOR:03:08:02
SOL-BOG-0014-11 CONTRATO 008

Bogotá, Diciembre 5 de 2011

CONSORCIO LA CORDIALIDAD
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
2011 DIC. 12
RECIBIDO PARA REVISIÓN
NO IMPLICA ACEPTACIÓN

SOL-BOG-0014-11

Señores
CONSORCIO LA CORDIALIDAD
Atn. Dr. Eduardo Gómez
Representante Legal.
Carrera 4 No. 59-72/74
Ciudad.

Referencia: Contrato 008 de 2007 Concesión Vial Ruta Caribe., Construcción segunda calzada tramo Sabanalarga – Palmar de Varela, Orden de servicios No. 030 de 2009.

Asunto: Su comunicación CLC-0157-11. Licencia ambiental.

Respetado Doctor,

En atención a la comunicación del asunto, en la cual solicita la entrega del documento denominado constancia de ejecutoria del acto administrativo que licencia el proyecto, nos permitimos remitirnos a lo expuesto en nuestra comunicación SOL-BOG-0008-11, en la cual aclaramos lo siguiente:

> "6.- Es falso que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. se encuentre en mora de entregar la licencia ambiental del proyecto acorde a lo pactado en la documentación contractual, cuestión que se realizo a través de nuestra comunicación ASSA-SOL-1092-11, al respecto consideramos pertinente aclarar desde el punto de vista contractual la situación, para ello nos remitimos primeramente a lo estipulado en el acuerdo segundo del documento modificatorio de la orden de servicios No.030 de 2009, el cual expresa:
>
> > "**SEGUNDO.-** Modificar el plazo para ejecución de las obras objeto de la oferta Mercantil No., GCC-OMLC-04-09 aceptada con la Orden de servicio No. 030 de marzo de 2.009, así:
> >
> > "**PLAZO:** EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD ejecutara las obras objeto de la oferta mercantil en un termino de veinticuatro (24) meses contados a partir de la fecha en que AUTOPISTAS DEL SOL le comunique al CONSORCIO LA CORDIALIDAD que se ha proferido la Resolución mediante la cual el MINISTERIO DE AMBIENTE VIVIENDA Y DESARROLLO TERITORIAL otorgue a la sociedad AUTOPISTAS DEL SOL S.A., la licencia ambiental para la construcción de las obras del tramo Sabanalarga .Palmar de Varela del proyecto de Concesión Vial Ruta Caribe, previa entrega de los diseños definitivos"

Adicionalmente, citamos el texto del acuerdo tercero del mismo modificatorio, en que se indica:

> "**TERCERO.-** Una vez la sociedad Autopistas del Sol S.A., notifique al Consorcio La Cordialidad la firmeza del Acto Administrativo de Licenciamiento (...)"

Se concluye de ambos textos que la obligación de AUTOPISTAS DEL SOL S.A. es notificar la firmeza del acto administrativo de licenciamiento, su existencia y materialización jurídica; contrario a lo que expresa el CONSORCIO LA CORDIALIDAD no existe en el texto la supuesta exigencia de aportar lo que han denominado en su comunicación la constancia de ejecutoria de la licencia, por lo que basta con la presentación del documento y la afirmación

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

por parte de AUTOPISTAS DEL SOL S.A. de que la licencia esta en firme para que el CONSORCIO LA CORDIALIDAD proceda con la ejecución de las obras.

No obstante lo anterior, resulta procedente señalar que la ejecutoria del acto administrativo de licenciamiento refiere al momento en que el acto adquiere total firmeza, para lo cual el artículo 62 del código contencioso administrativo presenta de manera expresa los 4 momentos en que el acto administrativo adquiere firmeza: (1) Cuando contra ellos no proceda ningún recurso; (2) Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido; (3) Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos; (4) Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos. Es obligatorio concluir que la ejecutoria del acto obedece a un momento procesal y no a un documento que certifique determinada situación, por lo que insistimos en que el acto administrativo de licenciamiento del tramo Sabanalarga – Palmar de Varela, se encuentra en firme."

Adicionalmente y luego de aclarado que en el contrato no reposa requerimiento alguno del documento denominado constancia de ejecutoria, AUTOPISTAS DEL SOL S.A. actuando de manera diligente ha solicitado a la autoridad ambiental que expida copia de la firmeza del acto, cuestión que sin embargo no obliga y que no puede ser utilizada como excusa por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, particularmente el inicio de la sobras a su cargo y la modificación de las pólizas que amparan la relación contractual.

Cordialmente,

MENZEL AMÍN AVENDAÑO
Representante Legal

Copia: Ing. Manuel José Bravo – Representante Legal PABLO EMILIO BRAVO S.A. Interventoría del proyecto.
Dra. Clara Inés Rusinque Cardona – Gerente Técnico Segurexpo.

Archivo

Proyectó: HHA

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

SEGUREXPO
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
R0006293
FEC:2011/12/12 HOR:03:08:02
SOL-BOG-0014-11 CONTRATO 008

Bogotá, Diciembre 5 de 2011

CONSORCIO LA CORDIALIDAD
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
2011 DIC. 12
RECIBIDO PARA REVISIÓN
NO IMPLICA ACEPTACIÓN

SOL-BOG-0014-11

Señores
CONSORCIO LA CORDIALIDAD
Atn. Dr. Eduardo Gómez
Representante Legal.
Carrera 4 No. 59-72/74
Ciudad.

Referencia: Contrato 008 de 2007 Concesión Vial Ruta Caribe., Construcción segunda calzada tramo Sabanalarga – Palmar de Varela, Orden de servicios No. 030 de 2009.

Asunto: Su comunicación CLC-0157-11. Licencia ambiental.

Respetado Doctor,

En atención a la comunicación del asunto, en la cual solicita la entrega del documento denominado constancia de ejecutoria del acto administrativo que licencia el proyecto, nos permitimos remitirnos a lo expuesto en nuestra comunicación SOL-BOG-0008-11, en la cual aclaramos lo siguiente:

> "6.- Es falso que AUTOPISTAS DEL SOL S.A. se encuentre en mora de entregar la licencia ambiental del proyecto acorde a lo pactado en la documentación contractual, cuestión que se realizo a través de nuestra comunicación ASSA-SOL-1092-11, al respecto consideramos pertinente aclarar desde el punto de vista contractual la situación, para ello nos remitimos primeramente a lo estipulado en el acuerdo segundo del documento modificatorio de la orden de servicios No.030 de 2009, el cual expresa:
>
> > "**SEGUNDO.-** Modificar el plazo para ejecución de las obras objeto de la oferta Mercantil No., GCC-OMLC-04-09 aceptada con la Orden de servicio No. 030 de marzo de 2.009, así:
> >
> > "**PLAZO:** EL CONSORCIO LA CORDIALIDAD ejecutara las obras objeto de la oferta mercantil en un termino de veinticuatro (24) meses contados a partir de la fecha en que AUTOPISTAS DEL SOL le comunique al CONSORCIO LA CORDIALIDAD que se ha proferido la Resolución mediante la cual el MINISTERIO DE AMBIENTE VIVIENDA Y DESARROLLO TERITORIAL otorgue a la sociedad AUTOPISTAS DEL SOL S.A., la licencia ambiental para la construcción de las obras del tramo Sabanalarga .Palmar de Varela del proyecto de Concesión Vial Ruta Caribe, previa entrega de los diseños definitivos"

Adicionalmente, citamos el texto del acuerdo tercero del mismo modificatorio, en que se indica:

> "**TERCERO.-** Una vez la sociedad Autopistas del Sol S.A., notifique al Consorcio La Cordialidad la firmeza del Acto Administrativo de Licenciamiento (...)"

Se concluye de ambos textos que la obligación de AUTOPISTAS DEL SOL S.A. es notificar la firmeza del acto administrativo de licenciamiento, su existencia y materialización jurídica; contrario a lo que expresa el CONSORCIO LA CORDIALIDAD no existe en el texto la supuesta exigencia de aportar lo que han denominado en su comunicación la constancia de ejecutoria de la licencia, por lo que basta con la presentación del documento y la afirmación

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

por parte de AUTOPISTAS DEL SOL S.A. de que la licencia esta en firme para que el CONSORCIO LA CORDIALIDAD proceda con la ejecución de las obras.

No obstante lo anterior, resulta procedente señalar que la ejecutoria del acto administrativo de licenciamiento refiere al momento en que el acto adquiere total firmeza, para lo cual el artículo 62 del código contencioso administrativo presenta de manera expresa los 4 momentos en que el acto administrativo adquiere firmeza: (1) Cuando contra ellos no proceda ningún recurso; (2) Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido; (3) Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos; (4) Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos. Es obligatorio concluir que la ejecutoria del acto obedece a un momento procesal y no a un documento que certifique determinada situación, por lo que insistimos en que el acto administrativo de licenciamiento del tramo Sabanalarga – Palmar de Varela, se encuentra en firme."

Adicionalmente y luego de aclarado que en el contrato no reposa requerimiento alguno del documento denominado constancia de ejecutoria, AUTOPISTAS DEL SOL S.A. actuando de manera diligente ha solicitado a la autoridad ambiental que expida copia de la firmeza del acto, cuestión que sin embargo no obliga y que no puede ser utilizada como excusa por parte del CONSORCIO LA CORDIALIDAD para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, particularmente el inicio de la sobras a su cargo y la modificación de las pólizas que amparan la relación contractual.

Cordialmente,

MENZEL AMÍN AVENDAÑO
Representante Legal

Copia: Ing. Manuel José Bravo – Representante Legal PABLO EMILIO BRAVO S.A. Interventoría del proyecto.
Dra. Clara Inés Rusinque Cardona – Gerente Técnico Segurexpo.

Archivo

Proyectó: HHA

Calle 93 B No 19 - 21 Tel 7 56 17 56 - Fax 7 55 04 85
Bogotá D.C.

Honorables Magistrados:
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA CIVIL
MAGISTRADA PONENTE: DRA. MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
E. S. D.

REF: EJECUTIVO DE BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS SAS contra CANTERA EL CAIRO SAS Y DULCELINA GALVIS CASTILLO
No.2018-345

ROSMERY ENITH RONDON SOTO, apoderada de la parte demandada, estando dentro de la oportunidad legal correspondiente y acorde su auto de fecha 08 de junio de 2020 corregido por auto de fecha 11 de junio de 2020, procedo a SUSTENTAR EL RECURSO y precisar los REPAROS CONCRETOS relacionados con la Apelación interpuesta por la suscrita apoderada en contra de la Sentencia proferida por el Juzgado 38 Civil de Circuito en Audiencia realizada el día 13 de Agosto de 2019 por medio de la cual se declaran NO probadas la excepciones planteadas por la parte que represento, se ordena seguir adelante con la Ejecución con la respectiva condena en costas y la fijación de agencias en derecho entre otras decisiones; a fin de que la misma sea REVOCADA en su totalidad, declarando en su lugar la prosperidad de las exceptivas presentadas con la consecuente condena en costas y perjuicios a cargo del actor.

REPAROS CONCRETOS

1) Indebida apreciación de la prueba
2) Violación al debido proceso y al principio de contradicción de la prueba.
3) Falta de congruencia del fallo impugnado.

Procederemos a analizar cada uno de ellos:

1) Indebida apreciación de la prueba

Acuso inconformidad con la decisión impugnada por considerar que el Despacho no valoro en forma adecuada la prueba recaudada, lo que generó una decisión contraria a derecho en perjuicio de los intereses de mis representados. Veamos:

En lo atinente a las excepciones denominadas *"inexistencia de la obligación incorporada en el titulo base de ejecución", "inexistencia del negocio jurídico subyacente", "No haber sido diligenciado el titulo acorde a las instrucciones autorizadas por los suscriptores", "Cobro de lo no debido" y "Abuso del derecho":*

- No analizo en debida forma la prueba trasladada allegada del Juzgado 32 Civil de Circuito y del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en proceso Ejecutivo entre las mismas partes a saber: BB EQUIPOS

TOPOGRAFIOS SAS contra CANTERAS DE CAIRO SAS Y DULCELINA GALVIS, donde se debatió exactamente los mismos hechos, habida cuenta que allí también se presentó para cobro jurídico un Pagare a cargo de las aquí demandadas y a favor de INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY SAS, endosado posterior a su vencimiento a la aquí demandante BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S., diligenciado por una suma de dinero en donde igualmente se incluyó el valor de la maquina incorporado en el Pagare base del presente recaudo judicial, debatiéndose por tanto los pormenores del contrato de compra venta celebrado y el contrato de explotación al cual estaba atado; y donde se escuchó en declaración juramentada a los mismos testigos aquí escuchados y en Interrogatorio de Parte a la misma actora y a la misma demandada.

Téngase en cuenta que el Artículo 174 CGP., establece que las pruebas practicadas válidamente en un proceso pueden trasladarse a otro en copia y deberán ser apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.

Y que importante era para la decisión del caso en estudio revisar el dicho de los testigos ante el Juzgado 32 Civil de Circuito en proceso radicado No.2018-355 y el dicho de los mismos testigos ante el Ad-quo; empezando por sus generales de Ley. Dando una mirada al testimonio de la señora LINA MARIA AGUILAR ZAPATA (base fundamental de la decisión adoptada), se puede observar que en tanto en aquel Despacho afirmo bajo la gravedad del juramento ser actualmente (Febrero 21/19) y desde hace aproximadamente 5 años la persona responsable del área de Operaciones de la Empresa BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S.; aquí lo omitió y lo omitió por una razón muy grande, porque aquí la coartada del actor en esta fase final, fue buscar el convencimiento del Juzgador en cuanto a que el contrato de compra venta de la maquina se realizo fue con la Empresa INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY SAS en cabeza de la referida señora, omitiendo deliberadamente que para esa fecha también dicha persona no solo trabajaba como empleada de BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S., sino que además también era su Representante Legal; empresa que realmente fue la que realizo la negociación según documento que reposa en el expediente y afirmación de todos los testigos ante aquel Despacho Judicial.

Así como este detalle de omisión deliberada en el testimonio, hay muchas contradicciones entre lo declarado ante uno y otro Despacho Judicial por los diferentes testigos, respecto de los mismos hechos investigados.

- No valoro adecuadamente la prueba testimonial acorde a las reglas de la sana crítica y partiendo de la imparcialidad del testigo respecto de los hechos que le consta, su relación directa o dependencia con alguna de las partes y los intereses que eventualmente puedan alterar su dicho; sin siquiera cuestionar el motivo por el cual reposa en poder de un testigo tanta prueba que allega al expediente y su interés para aportarla en pro del beneficio de una de las partes.

- Otorgo mayor valor probatorio al dicho de algunos de los testigos, que entre otras cosas faltan a la verdad o la callan total o parcialmente, que al documento contrato de compra venta sujeto a condición y del cual afirman se generó la obligación posteriormente incorporada en el titulo valor base de ejecución, según el mismo dicho del actor, quien como prueba lo aporto al expediente en el momento procesal oportuno, al igual que lo aporto en el proceso adelantado ante el Juzgado 32 Civil de Circuito bajo el mismo argumento.

- No valoro en debida forma y en todo su contexto el Interrogatorio de Parte que absolviera mi representada quien hasta la saciedad manifestó no haber tenido ningún tipo de relación comercial con la empresa INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY S.A.S.; por el contrario, presupone en la Interrogada la existencia de una apreciación subjetiva de pensar que estaba celebrando un contrato con BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS SAS cuando en realidad lo estaba haciendo con otra empresa. Apreciación del Despacho completamente errada, pues para las demandadas era perfectamente claro que el contrato de compra venta de la maquinaria se realizaba con esta última empresa porque: **1)** Así quedó plasmado en el documento contrato de compra venta sujeta a condición suscrito por las partes. **2)** El pago del precio estaba ligado a otro contrato también celebrado con esta misma Empresa BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. mediante un cruce de cuentas entre las mismas partes. **3)** En primero de Octubre de 2016 la misma señora LINA MARIA AGUILAR ZAPATA suscribió en calidad de Representante Legal de BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. con CANTERA EL CAIRO S.A.S. un contrato denominado "DOCUMENTO PRIVADO SUBCONTRATO DE EXPLOTACION Y OPERACIÓN MIRENA DENTRO DEL CONTRATO DE CONCESION No.01309-15" que obra dentro del expediente e incluso fue aportado por la parte actora. **4)** Con fecha Junio 18 de 2018 CANTERA EL CAIRO S.A.S. representada por la señora DULCELINA GALVIS CASTILLO suscribió comunicación dirigida a la señora LINA MARIA AGUILAR ZAPATA en calidad de Representante Legal de BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S para efectos relacionados con contratos de explotación y compra venta sujeta a condición; documento que igualmente

obra en el expediente. **5)** Porque la negociación se realizó inicialmente con el señor SATURNINO BARAJAS ENDEZ quien también es empleado de BB EQUIPOS S.A.S. según su propio dicho ante este Despacho cuando afirma que su conocimiento de la negociación es total por ser la persona que hace todos los negocios en la cuatro compañías, lo cual afirmo igualmente ante el Juzgado 32 Civil de Circuito en donde en forma textual dijo: "… yo soy el gestor de todos los negocios de las Empresas, incluyendo BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS …..". **6)** Porque la señora LINA MARIA AGUILAR ZAPATA también era empleada de BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS y así se presentó ante las hoy demandadas, no solo para efectos del contrato de explotación, sino también para lo relacionado con el contrato de compra venta de la maquina ligado a aquel; calidad corroborada en su declaración ante el Juzgado 32 Civil de Circuito en donde indico ser para esa fecha y desde hace 5 años aproximadamente, empleada de BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS SAS, indicando entre otras cosas que la Empresa SANYMAC era una empresa que estaba en su mínima expresión, que NO estaba operativa y que era una empresa pequeña. **7)** Por que la señora LINA MARIA AGUILAR ZAPATA además de ser empleada de BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS, era su **Representante Legal** para la época en que se realizó las negociaciones relacionadas con la compra venta de la maquina en cuestión, solo que para la fecha en que se perfecciono la misma y se suscribió el contrato, se produjo cambio de Representante Legal para ser entonces la señora MARIA ANTONIA PARRA SANABRIA quien finalmente firmo el documento no obstante no haber participado en la negociación y así lo acredita el certificado de Cámara de Comercio que se allega en donde consta que la señora AGUILAR ZAPATA fue nombrada por Acta No.8 de Asamblea de Accionistas del 30 de Julio de 2017 inscrita el 19 de Agosto de 2015 como Representante Legal cargo que desempeñó hasta el 12 de Diciembre de 2016, fecha en que se inscribió el Acta No.17 de Asamblea de Accionistas del 07 de Diciembre mediante la cual se nombró a la señora MARIA ANTONIA PARRA SANABRIA como nueva Representante Legal. **8)** Porque fue esta Empresa BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. quien les realizo algunos desembolsos relacionados con el contrato de explotación; situación que esta corroborada incluso con lo afirmado bajo la gravedad del juramento ante el Juzgado 32 Civil de Circuito por los señores SATURNINO BARAJAS ENDEZ y LINA MARIA AGUILAR ZAPATA quienes indicaron que los dineros se giraron desde BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS, empresa que tenía buen flujo de caja. **9)** Porque las reuniones realizadas en la Ciudad de Bogotá se desarrollaron en el domicilio de BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. ubicado en la carrera 19 B No.83 – 63 Oficina 401 (dirección corroborada con Cámara de Comercio que obra en el expediente) y aclaro en este punto que allí NO tiene su domicilio la empresa

INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY SAS como aquí se ha pretendido afirmar, pues según se observa en Cámara de Comercio aportada con la demanda y que obra en el expediente, su dirección es "Vereda Fusca Lote 1073 del Municipio de Chía.

Igualmente, respecto del Interrogatorio de Parte a mi representada, indica el fallo impugnado que por el hecho de afirmar la Interrogada haber conocido la declaración de importación según la cual el importador es SANYMAC significaba que tendría claro que la negociación la estaría realizando con dicha empresa. Afirmación igualmente errada: El importador es el primer vendedor del producto importado, más no el único por la misma cadena de negociación de que son susceptibles los bienes en materia comercial, tal teoría implicaría que con la primera venta se cercenaría el derecho del primer comprador de volver a vender el bien; tan es así que los mismos declarantes afirman ante este Despacho y ante el Juzgado 32 Civil de Circuito que la empresa INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY importa las maquinas que posteriormente son comercializadas por BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S., es decir, que aquella las ingresa al País en tanto que esta ultima las vende a clientes nacionales e internacionales. La declaración de importación no implica la titularidad actual del bien y mucho menos limita su posterior enajenación por parte de un posterior adquirente.

A contrario sensu de lo afirmado por el Ad-quo, jamás la demandada ha negado la existencia de un contrato de compra venta de una maquina cuyo documento obra en el expediente; lo que ha negado es que tal negociación se hubiese realizado con la sociedad INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY SAS como para dar lugar a la incorporación en el titulo valor de una obligación generada por el pago de un precio de una negociación realizada con otra empresa completamente diferente y además sin que sea exigible tal precio por estar sujeto a una condición: uso y disfrute del bien para que a su terminación teniendo por tal la misma de duración del contrato de explotación al cual está ligado, y una vez cancelado el valor total mediante cruce de cuentas con otro contrato realizado con BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS SAS adquiera el dominio o propiedad del bien, momento en el cual se emitirá la respectiva factura (solo hasta ese momento se perfecciona la venta y solo hasta ese momento se puede hablar de precio / Clausulas Primera, Segunda, Tercera y Cuarta). Y se aclara sobre el particular que acorde la cláusula cuarta del contrato de compra venta sujeta a condición, se establece que una vez vencido el término del contrato de compra venta sujeto a condición (que implica el término del contrato de explotación), si quedare algún saldo pendiente, el comprador pagare el saldo mediante trasferencia

bancaria; es decir que para que surja obligación de pago por parte del comprador primero debe cumplirse **una condición** y es el desarrollo del contrato de explotación y la realización del cruce de cuentas (no de otra manera está obligado a realizar pago) y luego para que surja la obligación de pago del saldo mediante trasferencia bancaria es indispensable no solo que el contrato de explotación haya sido terminado, sino que además las partes hayan determinado con exactitud los valores que hayan quedado pendientes de pago.

Este último análisis significa que, como siempre lo he manifestado, la obligación incorporada en el titulo ni siquiera es exigible aun a favor del vendedor BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. por cuanto: **1)** nunca se realizó cruce de cuentas entre las partes que permitiera verificar valores abonados o no abonados. **2)** A la fecha no se ha dado por terminado el contrato de explotación, no hay prueba que así lo acredite, no está demostrado el acuerdo de las partes para terminarlo y tampoco se allego decisión judicial en tal sentido; el simple retiro de una maquinaria no presupone su terminación. **3)** No está determinada una fecha de terminación del contrato que permita generar la obligación de un saldo. ¿Cuál sería la fecha de exigibilidad del pago del excedente si está sujeto a esa condición? **4)** No hay certeza sobre el valor exacto de un eventual saldo porque nunca ha habido un cruce de cuentas y nunca se liquidó por las partes en los términos de la cláusula cuarta el valor de un excedente pendiente de pago. Todo esto nos conduce a concluir que tal obligación no es clara, ni expresa, ni exigible.

- NO obstante restarle valides al documento contrato de compra venta suscrito entre BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. y CANTERAS DEL CAIRO S.A.S. respecto a sus extremos, considerando que entre estas dos empresas no existió en realidad el referido contrato sino que por el contrario la negociación se realizó entre INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY SAS y CANTERAS DEL CAIRO S.A.S.; le da valides a las cláusulas allí pactadas respecto de las obligaciones a cargo de la compradora relacionadas con el pago del precio en cuanto cruce de cuentas con otro contrato celebrado entre BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. Y CANTERAS DEL CAIRO S.A.S.

- Sin prueba válida, tiene por terminado un contrato de explotación minera suscrito entre BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. y CANTERAS DEL CAIRO S.A. generando consecuencias de carácter jurídico relacionadas con el documento de compra venta sujeto a condición suscrito entre las mismas partes para

concluir la exigibilidad de la obligación que se incorporó en la relación cartular aquí cuestionada.

- La providencia impugnada afirma que la excepcionante no cumplió la carga de la prueba respecto de la negación de relación contractual con la acreedora inicial como causa de la obligación cartular, en la medida que para el Despacho le quedo claro que dentro del proceso no se logró demostrar que no existieran negocios o relaciones jurídicas entre las citadas personas y que como consecuencia de ello no se hubiese emitido el pagare aquí ejecutado.

  Lo que queda muy en claro es que el Despacho invirtió la carga de la prueba y omitió la observancia de las disposiciones que sobre el particular establece el artículo 167 CGP en su inciso final en donde exceptúa de probar los hechos indefinidos, afirmados o negados.

2) **Violación al debido proceso y al principio de contradicción de la prueba.**
   Sobre el particular ha expresado nuestra Jurisprudencia: Como manifestación de la dimensión positiva en materia probatoria, el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, señala que "… es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", mandato que por su generalidad, permite colegir sin lugar a dudas, que su aplicabilidad no plantea ningún tipo de restricción o limitación, razón por la cual "la regla de exclusión en materia probatoria", como ha sido denominada por esta Corporación, es un "remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso."

   Pues bien, en Audiencia realizada ante el Ad-quo algunos de los testigos allegaron documentos, los cuales, sin aplicar el debido derecho de contradicción, sin ponerlos siquiera en conocimiento de la parte que se represento y sin darle por tanto la oportunidad de contradecirlos, fueron valorados y tenidos como base de la decisión adoptada; entre ellos, una Cámara de Comercio aportada por la testigo LINA MARIA AGUILAR ZAPATA en donde funge como Representante Legal de la Empresa INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY SAS para el año 2016, sin haber tenido la oportunidad la parte que represento, de allegar igualmente una Cámara de Comercio en donde la misma testigo funge como Representante Legal de la Empresa BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. para el año 2016.

3) **Falta de congruencia del fallo impugnado.**
La decisión impugnada parte de la base que la parte demandada fundamenta las exceptivas planteadas en la inexistencia del contrato de compra venta de una máquina, para concluir que dentro del expediente está plenamente acreditado que la demandada adquirió una máquina, que la tiene actualmente y que el precio no ha sido pagado; no obstante el fundamento de las exceptivas no es este, nunca se dijo que el contrato de compra venta no hubiese existido, el fundamento es que el contrato de compra venta no fue celebrado con quien funge como acreedor inicial en la relación cartular por no haber existido nunca relación jurídica con la empresa INTERNACIONAL MACHINERY FACTORY.

PRUEBAS SEGUNDA INSTANCIA

Con fundamento en las disposiciones del artículo 327 C.G.P. y ante la imposibilidad de allegar en primera instancia prueba que permitiera controvertir los documentos allegados por la testigo LINA MARIA AGUILAR ZAPATA al momento de su declaración al no haber sido puestos en conocimiento de la parte que represento y con violación al derecho de contradicción y al debido proceso, respetuosamente le solicito tener en cuenta la siguiente prueba documental:

- Certificado histórico de nombramientos de Representante Legal de la Empresa BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS SAS en donde consta que la señora LINA MARIA AGUILAR ZAPATA se desempeñó como su Representante Legal en el periodo comprendido entre el 19 de agosto de 2015 y hasta el 12 de diciembre de 2016.

ANEXOS

El documento relacionado en el capítulo de Pruebas Segunda Instancia.

Bajo estas circunstancias y reparos, respetuosamente solicito que el fallo impugnado sea REVOCADO en su integridad y en su lugar se declare PROBADAS las excepciones planteadas por la parte que represento.

Atentamente,

ROSMERY ENITH RONDON SOTO
C.C. No.20.380.752 de Cachipay
T.P. No.43.416 del C.S.J.

Honorables Magistrados:
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA CIVIL
MAGISTRADA PONENTE: DRA. MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
E. S. D.

REF: EJECUTIVO DE BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS SAS contra CANTERA EL CAIRO SAS Y DULCELINA GALVIS CASTILLO
No.2018-345

ROSMERY ENITH RONDON SOTO, apoderada de la parte demandada, estando dentro de la oportunidad legal correspondiente y acorde su auto de fecha 08 de junio de 2020 corregido por auto de fecha 11 de junio de 2020, procedo a SUSTENTAR EL RECURSO y precisar los REPAROS CONCRETOS relacionados con la Apelación interpuesta por la suscrita apoderada en contra de la Sentencia proferida por el Juzgado 38 Civil de Circuito en Audiencia realizada el día 13 de Agosto de 2019 por medio de la cual se declaran NO probadas la excepciones planteadas por la parte que represento, se ordena seguir adelante con la Ejecución con la respectiva condena en costas y la fijación de agencias en derecho entre otras decisiones; a fin de que la misma sea REVOCADA en su totalidad, declarando en su lugar la prosperidad de las exceptivas presentadas con la consecuente condena en costas y perjuicios a cargo del actor.

REPAROS CONCRETOS

1) Indebida apreciación de la prueba
2) Violación al debido proceso y al principio de contradicción de la prueba.
3) Falta de congruencia del fallo impugnado.

Procederemos a analizar cada uno de ellos:

1) Indebida apreciación de la prueba

Acuso inconformidad con la decisión impugnada por considerar que el Despacho no valoro en forma adecuada la prueba recaudada, lo que generó una decisión contraria a derecho en perjuicio de los intereses de mis representados. Veamos:

En lo atinente a las excepciones denominadas *"inexistencia de la obligación incorporada en el titulo base de ejecución", "inexistencia del negocio jurídico subyacente", "No haber sido diligenciado el titulo acorde a las instrucciones autorizadas por los suscriptores", "Cobro de lo no debido" y "Abuso del derecho":*

- No analizo en debida forma la prueba trasladada allegada del Juzgado 32 Civil de Circuito y del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en proceso Ejecutivo entre las mismas partes a saber: BB EQUIPOS

TOPOGRAFIOS SAS contra CANTERAS DE CAIRO SAS Y DULCELINA GALVIS, donde se debatió exactamente los mismos hechos, habida cuenta que allí también se presentó para cobro jurídico un Pagare a cargo de las aquí demandadas y a favor de INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY SAS, endosado posterior a su vencimiento a la aquí demandante BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S., diligenciado por una suma de dinero en donde igualmente se incluyó el valor de la maquina incorporado en el Pagare base del presente recaudo judicial, debatiéndose por tanto los pormenores del contrato de compra venta celebrado y el contrato de explotación al cual estaba atado; y donde se escuchó en declaración juramentada a los mismos testigos aquí escuchados y en Interrogatorio de Parte a la misma actora y a la misma demandada.

Téngase en cuenta que el Artículo 174 CGP., establece que las pruebas practicadas válidamente en un proceso pueden trasladarse a otro en copia y deberán ser apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.

Y que importante era para la decisión del caso en estudio revisar el dicho de los testigos ante el Juzgado 32 Civil de Circuito en proceso radicado No.2018-355 y el dicho de los mismos testigos ante el Ad-quo; empezando por sus generales de Ley. Dando una mirada al testimonio de la señora LINA MARIA AGUILAR ZAPATA (base fundamental de la decisión adoptada), se puede observar que en tanto en aquel Despacho afirmo bajo la gravedad del juramento ser actualmente (Febrero 21/19) y desde hace aproximadamente 5 años la persona responsable del área de Operaciones de la Empresa BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S.; aquí lo omitió y lo omitió por una razón muy grande, porque aquí la coartada del actor en esta fase final, fue buscar el convencimiento del Juzgador en cuanto a que el contrato de compra venta de la maquina se realizo fue con la Empresa INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY SAS en cabeza de la referida señora, omitiendo deliberadamente que para esa fecha también dicha persona no solo trabajaba como empleada de BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S., sino que además también era su Representante Legal; empresa que realmente fue la que realizo la negociación según documento que reposa en el expediente y afirmación de todos los testigos ante aquel Despacho Judicial.

Así como este detalle de omisión deliberada en el testimonio, hay muchas contradicciones entre lo declarado ante uno y otro Despacho Judicial por los diferentes testigos, respecto de los mismos hechos investigados.

- No valoro adecuadamente la prueba testimonial acorde a las reglas de la sana crítica y partiendo de la imparcialidad del testigo respecto de los hechos que le consta, su relación directa o dependencia con alguna de las partes y los intereses que eventualmente puedan alterar su dicho; sin siquiera cuestionar el motivo por el cual reposa en poder de un testigo tanta prueba que allega al expediente y su interés para aportarla en pro del beneficio de una de las partes.

- Otorgo mayor valor probatorio al dicho de algunos de los testigos, que entre otras cosas faltan a la verdad o la callan total o parcialmente, que al documento contrato de compra venta sujeto a condición y del cual afirman se generó la obligación posteriormente incorporada en el titulo valor base de ejecución, según el mismo dicho del actor, quien como prueba lo aporto al expediente en el momento procesal oportuno, al igual que lo aporto en el proceso adelantado ante el Juzgado 32 Civil de Circuito bajo el mismo argumento.

- No valoro en debida forma y en todo su contexto el Interrogatorio de Parte que absolviera mi representada quien hasta la saciedad manifestó no haber tenido ningún tipo de relación comercial con la empresa INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY S.A.S.; por el contrario, presupone en la Interrogada la existencia de una apreciación subjetiva de pensar que estaba celebrando un contrato con BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS SAS cuando en realidad lo estaba haciendo con otra empresa. Apreciación del Despacho completamente errada, pues para las demandadas era perfectamente claro que el contrato de compra venta de la maquinaria se realizaba con esta última empresa porque: **1)** Así quedó plasmado en el documento contrato de compra venta sujeta a condición suscrito por las partes. **2)** El pago del precio estaba ligado a otro contrato también celebrado con esta misma Empresa BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. mediante un cruce de cuentas entre las mismas partes. **3)** En primero de Octubre de 2016 la misma señora LINA MARIA AGUILAR ZAPATA suscribió en calidad de Representante Legal de BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. con CANTERA EL CAIRO S.A.S. un contrato denominado "DOCUMENTO PRIVADO SUBCONTRATO DE EXPLOTACION Y OPERACIÓN MIRENA DENTRO DEL CONTRATO DE CONCESION No.01309-15" que obra dentro del expediente e incluso fue aportado por la parte actora. **4)** Con fecha Junio 18 de 2018 CANTERA EL CAIRO S.A.S. representada por la señora DULCELINA GALVIS CASTILLO suscribió comunicación dirigida a la señora LINA MARIA AGUILAR ZAPATA en calidad de Representante Legal de BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S para efectos relacionados con contratos de explotación y compra venta sujeta a condición; documento que igualmente

obra en el expediente. **5)** Porque la negociación se realizó inicialmente con el señor SATURNINO BARAJAS ENDEZ quien también es empleado de BB EQUIPOS S.A.S. según su propio dicho ante este Despacho cuando afirma que su conocimiento de la negociación es total por ser la persona que hace todos los negocios en la cuatro compañías, lo cual afirmo igualmente ante el Juzgado 32 Civil de Circuito en donde en forma textual dijo: "… yo soy el gestor de todos los negocios de las Empresas, incluyendo BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS …..". **6)** Porque la señora LINA MARIA AGUILAR ZAPATA también era empleada de BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS y así se presentó ante las hoy demandadas, no solo para efectos del contrato de explotación, sino también para lo relacionado con el contrato de compra venta de la maquina ligado a aquel; calidad corroborada en su declaración ante el Juzgado 32 Civil de Circuito en donde indico ser para esa fecha y desde hace 5 años aproximadamente, empleada de BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS SAS, indicando entre otras cosas que la Empresa SANYMAC era una empresa que estaba en su mínima expresión, que NO estaba operativa y que era una empresa pequeña. **7)** Por que la señora LINA MARIA AGUILAR ZAPATA además de ser empleada de BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS, era su **Representante Legal** para la época en que se realizó las negociaciones relacionadas con la compra venta de la maquina en cuestión, solo que para la fecha en que se perfecciono la misma y se suscribió el contrato, se produjo cambio de Representante Legal para ser entonces la señora MARIA ANTONIA PARRA SANABRIA quien finalmente firmo el documento no obstante no haber participado en la negociación y así lo acredita el certificado de Cámara de Comercio que se allega en donde consta que la señora AGUILAR ZAPATA fue nombrada por Acta No.8 de Asamblea de Accionistas del 30 de Julio de 2017 inscrita el 19 de Agosto de 2015 como Representante Legal cargo que desempeñó hasta el 12 de Diciembre de 2016, fecha en que se inscribió el Acta No.17 de Asamblea de Accionistas del 07 de Diciembre mediante la cual se nombró a la señora MARIA ANTONIA PARRA SANABRIA como nueva Representante Legal. **8)** Porque fue esta Empresa BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. quien les realizo algunos desembolsos relacionados con el contrato de explotación; situación que esta corroborada incluso con lo afirmado bajo la gravedad del juramento ante el Juzgado 32 Civil de Circuito por los señores SATURNINO BARAJAS ENDEZ y LINA MARIA AGUILAR ZAPATA quienes indicaron que los dineros se giraron desde BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS, empresa que tenía buen flujo de caja. **9)** Porque las reuniones realizadas en la Ciudad de Bogotá se desarrollaron en el domicilio de BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. ubicado en la carrera 19 B No.83 – 63 Oficina 401 (dirección corroborada con Cámara de Comercio que obra en el expediente) y aclaro en este punto que allí NO tiene su domicilio la empresa

INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY SAS como aquí se ha pretendido afirmar, pues según se observa en Cámara de Comercio aportada con la demanda y que obra en el expediente, su dirección es "Vereda Fusca Lote 1073 del Municipio de Chía.

Igualmente, respecto del Interrogatorio de Parte a mi representada, indica el fallo impugnado que por el hecho de afirmar la Interrogada haber conocido la declaración de importación según la cual el importador es SANYMAC significaba que tendría claro que la negociación la estaría realizando con dicha empresa. Afirmación igualmente errada: El importador es el primer vendedor del producto importado, más no el único por la misma cadena de negociación de que son susceptibles los bienes en materia comercial, tal teoría implicaría que con la primera venta se cercenaría el derecho del primer comprador de volver a vender el bien; tan es así que los mismos declarantes afirman ante este Despacho y ante el Juzgado 32 Civil de Circuito que la empresa INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY importa las maquinas que posteriormente son comercializadas por BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S., es decir, que aquella las ingresa al País en tanto que esta ultima las vende a clientes nacionales e internacionales. La declaración de importación no implica la titularidad actual del bien y mucho menos limita su posterior enajenación por parte de un posterior adquirente.

A contrario sensu de lo afirmado por el Ad-quo, jamás la demandada ha negado la existencia de un contrato de compra venta de una maquina cuyo documento obra en el expediente; lo que ha negado es que tal negociación se hubiese realizado con la sociedad INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY SAS como para dar lugar a la incorporación en el titulo valor de una obligación generada por el pago de un precio de una negociación realizada con otra empresa completamente diferente y además sin que sea exigible tal precio por estar sujeto a una condición: uso y disfrute del bien para que a su terminación teniendo por tal la misma de duración del contrato de explotación al cual está ligado, y una vez cancelado el valor total mediante cruce de cuentas con otro contrato realizado con BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS SAS adquiera el dominio o propiedad del bien, momento en el cual se emitirá la respectiva factura (solo hasta ese momento se perfecciona la venta y solo hasta ese momento se puede hablar de precio / Clausulas Primera, Segunda, Tercera y Cuarta). Y se aclara sobre el particular que acorde la cláusula cuarta del contrato de compra venta sujeta a condición, se establece que una vez vencido el término del contrato de compra venta sujeto a condición (que implica el término del contrato de explotación), si quedare algún saldo pendiente, el comprador pagare el saldo mediante trasferencia

bancaria; es decir que para que surja obligación de pago por parte del comprador primero debe cumplirse **una condición** y es el desarrollo del contrato de explotación y la realización del cruce de cuentas (no de otra manera está obligado a realizar pago) y luego para que surja la obligación de pago del saldo mediante trasferencia bancaria es indispensable no solo que el contrato de explotación haya sido terminado, sino que además las partes hayan determinado con exactitud los valores que hayan quedado pendientes de pago.

Este último análisis significa que, como siempre lo he manifestado, la obligación incorporada en el titulo ni siquiera es exigible aun a favor del vendedor BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. por cuanto: **1)** nunca se realizó cruce de cuentas entre las partes que permitiera verificar valores abonados o no abonados. **2)** A la fecha no se ha dado por terminado el contrato de explotación, no hay prueba que así lo acredite, no está demostrado el acuerdo de las partes para terminarlo y tampoco se allego decisión judicial en tal sentido; el simple retiro de una maquinaria no presupone su terminación. **3)** No está determinada una fecha de terminación del contrato que permita generar la obligación de un saldo. ¿Cuál sería la fecha de exigibilidad del pago del excedente si está sujeto a esa condición? **4)** No hay certeza sobre el valor exacto de un eventual saldo porque nunca ha habido un cruce de cuentas y nunca se liquidó por las partes en los términos de la cláusula cuarta el valor de un excedente pendiente de pago. Todo esto nos conduce a concluir que tal obligación no es clara, ni expresa, ni exigible.

- NO obstante restarle valides al documento contrato de compra venta suscrito entre BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. y CANTERAS DEL CAIRO S.A.S. respecto a sus extremos, considerando que entre estas dos empresas no existió en realidad el referido contrato sino que por el contrario la negociación se realizó entre INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY SAS y CANTERAS DEL CAIRO S.A.S.; le da valides a las cláusulas allí pactadas respecto de las obligaciones a cargo de la compradora relacionadas con el pago del precio en cuanto cruce de cuentas con otro contrato celebrado entre BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. Y CANTERAS DEL CAIRO S.A.S.

- Sin prueba válida, tiene por terminado un contrato de explotación minera suscrito entre BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. y CANTERAS DEL CAIRO S.A. generando consecuencias de carácter jurídico relacionadas con el documento de compra venta sujeto a condición suscrito entre las mismas partes para

concluir la exigibilidad de la obligación que se incorporó en la relación cartular aquí cuestionada.

- La providencia impugnada afirma que la excepcionante no cumplió la carga de la prueba respecto de la negación de relación contractual con la acreedora inicial como causa de la obligación cartular, en la medida que para el Despacho le quedo claro que dentro del proceso no se logró demostrar que no existieran negocios o relaciones jurídicas entre las citadas personas y que como consecuencia de ello no se hubiese emitido el pagare aquí ejecutado.

  Lo que queda muy en claro es que el Despacho invirtió la carga de la prueba y omitió la observancia de las disposiciones que sobre el particular establece el artículo 167 CGP en su inciso final en donde exceptúa de probar los hechos indefinidos, afirmados o negados.

2) **Violación al debido proceso y al principio de contradicción de la prueba.**
   Sobre el particular ha expresado nuestra Jurisprudencia: Como manifestación de la dimensión positiva en materia probatoria, el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, señala que "… es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", mandato que por su generalidad, permite colegir sin lugar a dudas, que su aplicabilidad no plantea ningún tipo de restricción o limitación, razón por la cual "la regla de exclusión en materia probatoria", como ha sido denominada por esta Corporación, es un "remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso."

   Pues bien, en Audiencia realizada ante el Ad-quo algunos de los testigos allegaron documentos, los cuales, sin aplicar el debido derecho de contradicción, sin ponerlos siquiera en conocimiento de la parte que se represento y sin darle por tanto la oportunidad de contradecirlos, fueron valorados y tenidos como base de la decisión adoptada; entre ellos, una Cámara de Comercio aportada por la testigo LINA MARIA AGUILAR ZAPATA en donde funge como Representante Legal de la Empresa INTERNATIONAL MACHINERY FACTORY SAS para el año 2016, sin haber tenido la oportunidad la parte que represento, de allegar igualmente una Cámara de Comercio en donde la misma testigo funge como Representante Legal de la Empresa BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS S.A.S. para el año 2016.

3) **Falta de congruencia del fallo impugnado.**
La decisión impugnada parte de la base que la parte demandada fundamenta las exceptivas planteadas en la inexistencia del contrato de compra venta de una máquina, para concluir que dentro del expediente está plenamente acreditado que la demandada adquirió una máquina, que la tiene actualmente y que el precio no ha sido pagado; no obstante el fundamento de las exceptivas no es este, nunca se dijo que el contrato de compra venta no hubiese existido, el fundamento es que el contrato de compra venta no fue celebrado con quien funge como acreedor inicial en la relación cartular por no haber existido nunca relación jurídica con la empresa INTERNACIONAL MACHINERY FACTORY.

PRUEBAS SEGUNDA INSTANCIA

Con fundamento en las disposiciones del artículo 327 C.G.P. y ante la imposibilidad de allegar en primera instancia prueba que permitiera controvertir los documentos allegados por la testigo LINA MARIA AGUILAR ZAPATA al momento de su declaración al no haber sido puestos en conocimiento de la parte que represento y con violación al derecho de contradicción y al debido proceso, respetuosamente le solicito tener en cuenta la siguiente prueba documental:

- Certificado histórico de nombramientos de Representante Legal de la Empresa BB EQUIPOS TOPOGRAFICOS SAS en donde consta que la señora LINA MARIA AGUILAR ZAPATA se desempeñó como su Representante Legal en el periodo comprendido entre el 19 de agosto de 2015 y hasta el 12 de diciembre de 2016.

ANEXOS

El documento relacionado en el capítulo de Pruebas Segunda Instancia.

Bajo estas circunstancias y reparos, respetuosamente solicito que el fallo impugnado sea REVOCADO en su integridad y en su lugar se declare PROBADAS las excepciones planteadas por la parte que represento.

Atentamente,

ROSMERY ENITH RONDON SOTO
C.C. No.20.380.752 de Cachipay
T.P. No.43.416 del C.S.J.

Señores
HONORABLES MAGISTRADOS
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil
E. S. D.

REF:	**RADICADO**	:	**11001310300920140015401**
	PROCESO	:	DEMANDA DECLARATIVA DE MEJORAS
	DEMANDANTE	:	MIGUEL ARCANGEL LÓPEZ CARDENAS
	DEMANDADOS	:	MARIA HELENA LÓPEZ CARDENAS Y OTROS
	ASUNTO	:	SUSTENTACION RECURSO DE APELACION

MIGUEL ANGEL SALGADO BURGOS, mayor de edad, domiciliado y residente en la Ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 4.937.632 de Salado Blanco Huila, Abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 47.450 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de Apoderado Judicial del demandante en el proceso de la referencia, según poder que se adjunta, con el acostumbrado respeto, me permito presentar los reparos, contra la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Cuarenta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, D.C., calendada el día 19 de noviembre de 2019, que negó las pretensiones de la Demanda al permitir el surgimiento de la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO y condeno en costas a la parte Demandante, para que en su lugar, conforme a la sustentación del Recurso que ilustrara la existencia del derecho a mi poderdante, se revoque íntegramente la Sentencia apelada y en su lugar se proceda a condenar a los Demandados, al reconocimiento de las mejoras, de acuerdo con los hechos base de la acción, y conforme han sido pedidos en las pretensiones de la Demanda.

Honorables Magistrados, con el acostumbrado respeto expongo mis argumentos de sustentación así:

PRIMERO: Respetuosamente manifiesto mi disenso, oposición y contradicción contra la providencia de Primera Instancia, teniendo en cuenta que el fallo es a todas luces contrario a derecho, desprovisto de un análisis objetivo, adecuado y juicioso del caso puesto bajo estudio del fallador de Primera Instancia, quien para negar las pretensiones de forma abiertamente equivocada, para impedir la prosperidad de las pretensiones de la Demanda, negando el derecho de mi prohijado trasladando equivocadamente los efectos de COBRO DE LO NO DEBIDO.

SEGUNDO: Está probado que la Señora ELISA CARDENAS DE LÓPEZ mediante escritura pública No. 3.454 del 17 de junio de 1988 de la Notaría Cuarta (4) de Bogotá, (Arrimada como prueba al proceso), adquirió el inmueble que hoy nos ocupa, distinguido con la Matrícula Inmobiliaria No. 050S- 272245, que en su CLAUSULA PRIMERA, indica " Un lote de terreno junto con la construcción que existe dentro del mismo, lote número 15 de la manzana "E" de la Urbanización LOS ANGELES, distinguido con la nomenclatura urbana con el número 50-34 de la calle 34 Sur de esta ciudad, con una extensión de 128.94 metros cuadrados aproximadamente....."

Al final de la CLAUSULA SEGUNDA de la mencionada Escritura Pública señala "La construcción que existe dentro del mismo lote fue hecha a las expensas y con dineros de la vendedora y consta de: **"Dos habitaciones, cocina, baño y servicios y el teléfono número 238 83 97 junto con su línea y aparato".**

Quiere decir lo anterior que este inmueble, constaba de dos (2) pisos.

Actualmente el inmueble consta de tres (3) pisos, con dos placas de entrepiso en concreto, en el segundo y tercer piso.

TERCERO: El inmueble con escritura pública No. 3.454 del 17 de junio de 1988 de la Notaría Cuarta (4) de Bogotá, aparece construido con material antiguo en muros hechos en adobe y vigas de madera, techos en teja de asbesto-cemento las cuales a la vista se observa el deterioro de los años y posteriormente la construcción con material moderno, con columnas, bigas, ladrillo y placas de entrepiso en concreto y tejas de asbesto-cemento, las cuales a la vista se observa el menor uso; comprobándose claramente que se hicieron mejoras en el inmueble, después de la compra (1988).

CUARTO: Para corroborar lo dicho nos trasladamos a la Escritura No. 67 del 17 de enero de 2014, de la Notaría 61 del Círculo de Bogotá, donde compareció el aquí demandante señor MIGUEL ARCANGEL LÓPEZ CARDENAS, protocolizando en 266 folios útiles, sobre la construcción levantada en la CASA: Calle 34 Sur No. 52 C-34 De Bogotá, Matrícula Inmobiliaria No. 50S-272245 Código Catastral AAA0039ZDAF, que es el mismo inmueble del que se discuten las mejoras.

QUINTO: En esta escritura están especificados los linderos del inmueble y fotocopias de los recibos de pago de las mejoras en 266 folios, demostrando los elementos legales necesarios para que el señor Juez satisfaga las pretensiones incoadas en la demanda como fundamento jurídico en favor de mi defendido.

SEXTO: El señor Notario 61 del Círculo de Bogotá, declaró incorporado al protocolo de su cargo, a fin de que surtiera los efectos legales y se expidieran las copias que los interesados soliciten, por lo tanto se admite toda la credibilidad legal, de los actos protocolarios en ejercicio de su profesión y de la responsabilidad civil frente a un acto jurídico, adquiriendo dichos documentos fuerza probatoria y desde ese instante donde tras la firma en notaria por las partes y la rubrica del notario, se presume su legalidad.

SEPTIMO: Ahora bien, todos los documentos que echan de menos tanto el Señor Juez como los apoderados de los demandados, se encuentran en la mencionada escritura Pública No. 67 de 2014, que fue arrimada como prueba de la presente demanda, y que el señor Juez de primera instancia no tuvo en cuenta, a pesar de ser una prueba contundente y que sirve de base para tomar una decisión correcta.

Esta escritura pública no fue tachada de falsa por los apoderados de la parte demandada, razón por la cual con mayor veras, el señor Juez de primera instancia debió tenerla como prueba fehaciente, que efectivamente se hicieron las mejoras por parte de mi poderdante.

OCTAVO: Adicionalmente la perito señora FLOR NELLY USAQUEN RODRIGUEZ, es contundente en el interrogatorio, al dictaminar que realmente se efectuó la obra en construcción, indicó las normas técnicas en que se apoyó, las herramientas utilizadas, describió claramente las mejoras realizadas y detalló la situación actual de inmueble, concluyendo que efectivamente el señor MIGUEL ARCANGEL LOPEZ CARDENAS, realizo dichas mejoras en el inmueble, que ascienden a $193.500.000.oo., quedando en firme y siendo una prueba definitiva, para que el Señor Juez de primera instancia se pronunciara positivamente y hubiera despachado favorablemente las pretensiones de la demanda.

NOVENO: No ofrece ninguna credibilidad las manifestaciones realizadas en el interrogatorio de parte por los señores EFRAIN CARDENAS, MARIA HELENA LÓPEZ CARDENAS Y JOSE MANUEL SANABRIA CRADENAS, puesto que la descripción que hacen del inmueble, comprado por la señora ELISA CARDENAS DE LÓPEZ, mediante Escritura Pública 3454 del 17 de junio de 1988 de la Notaría 4 del circulo de Bogotá, no concuerda con lo estipulado en la CLAUSULA SEGUNDA, donde reza que el bien inmueble consta de " Dos habitaciones, cocina, baño y servicios y el teléfono número 2388397 junto con su línea y aparato". El inmueble para la fecha de compra no constaba de nada más.

DECIMO: Así mismo el señor EFRAIN CARDENAS, indicó que la última vez que ingreso al inmueble fue en mayo de 2007. Entonces desconoce que mejoras se le hicieron, y la señora MARIA HELENA LÓPEZ CARDENAS, aseveró, que hace 11 años no va al inmueble, entonces tampoco sabe que mejoras se le hicieron. Es más ratifica una descripción de compra, y se contradice al decir que la mamá edifico la plancha.

Está demostrado con las pruebas documentales, Escritura inicial 3454 del 17 de junio de 1988, Escritura 67 de 2014, peritaje con fotos de la edificación antigua y edificación nueva e interrogatorios, aporte de facturas, que efectivamente mi poderdante realizó las mejoras al inmueble.

El señor Juez de primera instancia no hizo una valoración, adecuada, integral, ni juiciosa de las pruebas arrimadas al proceso, despachando negativamente las pretensiones de la demanda, a pesar de las pruebas documentales tanto la escritura numero 67 de 2014, los soportes de facturas de gastos, el peritaje, las fotos donde se evidencia la edificación antigua y la edificación nueva, que refleja el reconocimiento de mejoras del bien inmueble, que se busca el pago del valor de éstas, dado que quien ostenta la propiedad sobre el bien, en las cuales éstas se han ejecutado, sin que se reconozca lo invertido en ellas por el demandante señor MIGUEL ARCANGEL LOPEZ CARDENAS. (Artículo 969 del código Civil).

PETICIÓN

Conforme las anteriores argumentaciones en sustento del recurso de apelación, respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados:

PRIMERO: Revocar el Fallo de Primera Instancia dictado por el Juzgado Cuarenta y ocho Civil del Circuito de Bogotá, para que en su lugar se proceda a Dictar Sentencia condenatoria a los demandados y procedan a pagar las mejoras a mi poderdante.
SEGUNDO: Despachar favorablemente todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con la respectiva condena en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

TERCERO: Acéptese como pruebas contundentes las documentales, escritura numero 3454 del 17 de junio de 1988, Escritura 67 de 2014, aporte de facturas, las del peritaje

con fotos de la edificación antigua y edificación nueva, las de interrogatorios, donde efectivamente mi poderdante realizó las mejoras al inmueble.

En los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de primera instancia dictada por el Juzgado Cuarenta y ocho Civil del circuito de Bogotá el 19 de noviembre de 2019.

De los Honorables Magistrados,

Respetuosamente,

MIGUEL ANGEL SALGADO BURGOS
C.C. No. 4.937.632 de Salado Blanco Huila
T.P. No. 47.450 del C. S. de la J.
Correo. salgadoeslava@yahoo.com

Señores:
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA– SALA CIVIL.
E. S. D.

REF: Proceso Numero: 11001310301220140015401
Demandante: Miguel Arcángel López Cárdenas.
Demandados: María Elena López Cárdenas y otros.

MIGUEL ARCANGEL LOPEZ CARDENAS, mayor, vecino y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cedula de ciudadanía numero 19.444.171 de Bogotá, en pleno uso de mis facultades, otorgo **PODER ESPECIAL AMPLIO Y SUSFICIENTE** a la firma de Asesorías Jurídicas **AVANZAR SERVICIOS Sociedad por Acciones Simplificadas,** con nit numero 900433615-2, sede en la calle 17 # 8-49 oficina 705 de Bogotá, correo electrónico **avanzarservicios@gmail.com,** representada legalmente por su Gerente **JOANNA LISETTE BARBOSA SANCHEZ,** identificada como aparece al pie de su firma, quien asigna como apoderado al **Dr. MIGUEL ANGEL SALGADO BURGOS,** mayor, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de su firma, para que en mi nombre y representación continúe conociendo del proceso de la referencia.

Para tal fin el apoderado goza de las facultades de ley y además de estos se le faculta para recibir, sustituir y reasumir, renunciar, conciliar, transar, ejecutar y en general todas las inherentes al mandato, de conformidad con el articulo 77 del Código General del Proceso.

Cordialmente,

MIGUEL ARCANGEL LOPEZ CARDENAS
C.C. N° 19.444.171 de Bogotá

Acepto:

AVANZAR SERVICIOS SAS
NIT 900.433.615-2
JOANNA L. BARBOSA SANCHEZ.
C.C. N° 20.358.005
R-L AVANZAR SERVICIOS S.A.S.

MIGUEL ANGEL SLAGADO BURGOS
C.C. N° 4937632
T.P N° 47.450

NOTARIA 4
PRESENTACIÓN PERSONAL
Autenticación Biométrica Decreto-Ley 019 de 2012
El anterior memorial fue presentado personalmente por:
LOPEZ CARDENAS MIGUEL ARCANGEL
quien se identifico con C.C. 19444171
ante la suscrita Notaria. Y autorizó el tratamiento de sus datos personales al ser verificada su identidad cotejando sus huellas digitales y datos biográficos contra la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.
Bogotá D.C., 2020-01-27 14:16:44
-b805cc1
Ingrese a www.notariaenlinea.com para verificar este documento
Código verificación: 5h4jq
FIRMA
VIDAL AUGUSTO MARTINEZ VELASQUEZ
NOTARIO (E) 4 DEL CIRCULO DE BOGOTA D.C

6

****

LA MATRÍCULA MERCANTIL PROPORCIONA SEGURIDAD Y CONFIANZA EN LOS NEGOCIOS.
RENUEVE SU MATRÍCULA A MAS TARDAR EL 31 DE MARZO Y EVITE SANCIONES DE HASTA 17 S.M.L.M.V.

****

ESTE CERTIFICADO FUE GENERADO ELECTRÓNICAMENTE Y CUENTA CON UN CODIGO DE VERIFICACIÒN QUE LE PERMITE SER VALIDADO SOLO UNA VEZ, INGRESANDO A WWW.CCB.ORG.CO

****

RECUERDE QUE ESTE CERTIFICADO LO PUEDE ADQUIRIR DESDE SU CASA U OFICINA DE FORMA FÁCIL, RAPIDA Y SEGURA EN WWW.CCB.ORG.CO

****

PARA SU SEGURIDAD DEBE VERIFICAR LA VALIDEZ Y AUTENTICIDAD DE ESTE CERTIFICADO SIN COSTO ALGUNO DE FORMA FÁCIL, RÁPIDA Y SEGURA EN WWW.CCB.ORG.CO/CERTIFICADOSELECTRONICOS/

****

CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL O INSCRIPCION DE DOCUMENTOS.
LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, CON FUNDAMENTO EN LAS MATRICULAS E INSCRIPCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL

CERTIFICA:

NOMBRE : AVANZAR SERVICIOS SAS
N.I.T. : 900433615-2 ADMINISTRACION : DIRECCION SECCIONAL DE IMPUESTOS DE BOGOTA, REGIMEN COMUN
DOMICILIO : BOGOTA D.C.

CERTIFICA:

MATRICULA NO: 02094618 DEL 6 DE MAYO DE 2011

CERTIFICA:

RENOVACION DE LA MATRICULA : 6 DE MARZO DE 2020
ULTIMO AÑO RENOVADO : 2020
ACTIVO TOTAL : 1,000,000
TAMAÑO EMPRESA : MICROEMPRESA

CERTIFICA:

DIRECCION DE NOTIFICACION JUDICIAL : AV JIMENEZ NO. 5 30 OF 205
MUNICIPIO : BOGOTA D.C.
EMAIL DE NOTIFICACION JUDICIAL : avanzarservicios@gmail.com
DIRECCION COMERCIAL : AV JIMENEZ NO. 5 - 30 OF 307
MUNICIPIO : BOGOTA D.C.
EMAIL COMERCIAL : avanzarservicios@gmail.com

CERTIFICA:

CONSTITUCION: QUE POR DOCUMENTO PRIVADO DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS DEL 3 DE MAYO DE 2011, INSCRITA EL 6 DE MAYO DE 2011 BAJO EL NUMERO 01476287 DEL LIBRO IX, SE CONSTITUYO LA SOCIEDAD COMERCIAL DENOMINADA

Signature Not Verified
Constanza del Pilar Portilla Trujillo

7

AVANZAR SERVICIOS SAS.

CERTIFICA:

VIGENCIA: QUE EL TERMINO DE DURACION DE LA SOCIEDAD ES INDEFINIDO

CERTIFICA:

OBJETO SOCIAL: LA SOCIEDAD TENDRÁ COMO OBJETO PRINCIPAL (EL OBJETIVO SOCIAL DE LA EMPRESA, SERÁ EL DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TERCEROS PARA COLABORAR TEMPORALMENTE EN EL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES LABORALES DESARROLLADAS POR PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS, PARA EFECTOS DE INDUSTRIA, COMERCIO, TRANSPORTE, HOTELERO, CONSTRUCCIÓN, LOCÁTIVOS, SERVICIOS GENERALES, TEXTILEROS, TELECOMUNICACIONES, MINERO, ENERGÉTICO, MADERERO, TURISMO, VIVIENDA, INMOBILIARIO, EDUCACIÓN, ELÉCTRICO, SALUD, DE SEGUROS, Y DEMÁS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL OBJETO SOCIAL DE LA EMPRESA EN DESARROLLO DEL OBJETO SOCIAL DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADAS PODRÁ CELEBRAR CONTRATOS DE SOCIEDAD, TOMAR INTERÉS O PARTICIPACIÓN EN SOCIEDADES Y/O EMPRESAS, ADQUIRIR, ENAJENAR, DAR O TOMAR EN ARRIENDO BIENES MUEBLES O INMUEBLES, GRABADOS, EN CUALQUIER FORMA, EFECTUAR CONSTRUCCIONES, TOMAR O DAR EN MUTUO O CON SIN GARANTÍAS DE LOS BIENES SOCIALES Y CELEBRAR TODA CLASE DE OPERACIONES BANCARIAS, DE CRÉDITO, ADUANERAS, GIRAR, ENDOSAR, DESCONTAR, PROTESTAR, CEDER, ACEPTAR, ANULAR, CANCELAR, COBRAR, RECIBIR LETRAS DE CAMBIO Y NEGOCIAR TODA CLASE DE TÍTULOS ASÍ COMO TENERLOS, PAGARLOS, COBRARLOS, NEGOCIARLOS, Y PROTESTADOS, ADQUIRIR A CUALQUIER TITULO, CONCESIONES, PERMISO, MARCAS, PATENTES, FRANQUICIAS, REPRESENTACIONES Y DEMÁS BIENES Y DERECHOS MERCANTILES ADEMÁS DE PRESTAR EN COLOMBIA O EN EL EXTERIOR, CONSULTARLA Y/O ASESORIA EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN PUBLICA, ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHO PENAL, DERECHO URBANÍSTICO, DERECHO CIVIL, DERECHO LABORAL, DERECHO DE FAMILIA, Y EN TODAS LAS ÁREAS DEL DERECHO EN GENERAL ASÍ COMO REALIZAR PROGRAMAS DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN TODAS Y CADA UNA DE LAS ÁREAS MENCIONADAS COMO TAMBIÉN, SALUD, PENSIÓN, RIESGOS PROFESIONALES, SEGURIDAD SOCIAL, PRESTACIÓN DE SERVIDOS EN ARBITRAJE, MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN, AMIGABLE COMPOSICIÓN Y OTRAS FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL. REALIZAR CONVENIOS, CONTRATOS, CONSORCIOS, O UNIONES TEMPORALES CON ENTIDADES PÚBLICAS O PRIVADAS. ABRIR, MOVER Y MANEJAR LAS CUENTAS BANCARIAS BAJO LA FIRMA SOCIAL CON LA DEL GERENTE Y LA DEL TESORERO DE LA EMPRESA, DAR Y RECIBIR DINEROS EN MUTUO, GIRAR, ACEPTAR Y NEGOCIAR CON CUALQUIER TITULO O VALOR EN GENERAL REALIZAR TODAS LAS OPERACIONES QUE SE RELACIONEN DIRECTA O INDIRECTAMENTE CON EL OBJETO SOCIAL PRINCIPAL, LA CONTRATACIÓN CON PERSONAS NATURALES O ENTIDADES ESPECIALIZADAS, CONTRATAR TODA CLASE DE OPERACIONES QUE SEAN NECESARIAS AL OBJETO SOCIAL., PRESENTAR LICITACIONES, CONCURSAR Y EN GENERAL TODA DE ACTOS, CONTRATOS, QUE SE RELACIONEN CON EL OBJETO SOCIAL PRINCIPAL O QUE SEAN FINES O COMPLEMENTARIOS AL MISMO. EFECTO A TODA CLASE DE OPERACIONES Y TRANSACCIONES CON ENTIDADES DE CRÉDITO E EN GENERAL DESARROLLAR, IMPULSAR O INCREMENTAR CUALQUIER OTRA ACTIVIDAD LÍCITA DE COMERCIO QUE TIENDA AL MEJOR LOGRO DE SU OBJETO SOCIAL). ASÍ MISMO, PODRÁ REALIZAR CUALQUIER OTRA ACTIVIDAD ECONÓMICA LÍCITA TANTO EN COLOMBIA COMO EN EL EXTRANJERO. LA SOCIEDAD PODRÁ LLEVAR A CABO, EN GENERAL, TODAS LAS OPERACIONES, DE CUALQUIER NATURALEZA QUE ESAS FUEREN, RELACIONADAS CON EL OBJETO MENCIONADO; ASÍ COMO CUALESQUIERA ACTIVIDADES SIMILARES, CONEXAS O COMPLEMENTARIAS O QUE PERMITAN FACILITAR O DESARROLLAR EL COMERCIO O LA INDUSTRIA DE LA SOCIEDAD.

CERTIFICA:

8

ACTIVIDAD PRINCIPAL:
7020 (ACTIVIDADES DE CONSULTORIA DE GESTION)
ACTIVIDAD SECUNDARIA:
6910 (ACTIVIDADES JURIDICAS)

CERTIFICA:

CAPITAL:

** CAPITAL AUTORIZADO **

VALOR : $3,500,000.00
NO. DE ACCIONES : 2.00
VALOR NOMINAL : $1,750,000.00

** CAPITAL SUSCRITO **

VALOR : $2,250,000.00
NO. DE ACCIONES : 2.00
VALOR NOMINAL : $1,125,000.00

** CAPITAL PAGADO **

VALOR : $2,250,000.00
NO. DE ACCIONES : 2.00
VALOR NOMINAL : $1,125,000.00

CERTIFICA:

REPRESENTACION LEGAL: LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA ESTARÁ A CARGO DE UNA PERSONA NATURAL O JURÍDICA, ACCIONISTA O NO, QUIEN NO TENDRÁ SUPLENTES DESIGNADO PARA UN TÉRMINO DE UN AÑO POR LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS.

CERTIFICA:

** NOMBRAMIENTOS **

QUE POR DOCUMENTO PRIVADO DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS DEL 3 DE MAYO DE 2011, INSCRITA EL 6 DE MAYO DE 2011 BAJO EL NUMERO 01476287 DEL LIBRO IX, FUE (RON) NOMBRADO (S):

NOMBRE	IDENTIFICACION
REPRESENTANTE LEGAL	
BARBOSA SANCHEZ JOANNA LISETTE	C.C. 000000020358005

CERTIFICA:

FACULTADES DEL REPRESENTANTE LEGAL: LA SOCIEDAD SERÁ GERENCIADA, ADMINISTRADA Y REPRESENTADA LEGALMENTE ANTE TERCEROS POR EL REPRESENTANTE LEGAL, QUIEN NO TENDRÁ RESTRICCIONES DE CONTRATACIÓN POR RAZÓN DE LA NATURALEZA NI DE LA CUANTÍA DE LOS ACTAS QUE CELEBRE. POR LO TANTO, SE ENTENDERÁ QUE EL REPRESENTANTE LEGAL PODRÁ CELEBRAR O EJECUTAR TODOS LOS ACTOS Y CONTRATOS COMPRENDIDOS EN EL OBJETO SOCIAL O QUE SE RELACIONEN DIRECTAMENTE CON LA EXISTENCIA Y EL FINANCIAMIENTO DE LA SOCIEDAD. EL REPRESENTARÍA LEGAL SE ENTENDERÁ INVESTIDO DE LOS MÁS AMPLIOS PODERES PARA ACTUAR EN TODAS LAS CIRCUNSTANCIAD EN NOMBRE DE LA SOCIEDAD, CON EXCEPCIÓN DE AQUELLAS FACULTADES QUE, DE ACUERDO CON LOS ESTATUTOS SE HUBIEREN RESERVADO LOS ACCIONISTAS EN LAS

RELACIONES FRENTE A TERCEROS, LA SOCIEDAD QUEDARÁ OBLIGADA POR LOS ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS POR EL REPRESENTANTE LEGAL. LE ESTÁ PROHIBIDO AL REPRESENTANTE LEGAL Y A LOS DEMÁS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD, POR SÍ O POR INTERPUESTA PERSONA, OBTENER BAJO CUALQUIER FORMA O MODALIDAD JURÍDICA PRESTAMOS POR PARTE DE LA SOCIEDAD U OBTENER DE PARTE DE LA SOCIEDAD AVAL, FIANZA O CUALQUIER OTRO TIPO DE GARANTÍA DE SUS OBLIGACIONES PERSONALES.

CERTIFICA:

DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE LA LEY 962 DE 2005, LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE REGISTRO AQUI CERTIFICADOS QUEDAN EN FIRME DIEZ (10) DIAS HABILES DESPUES DE LA FECHA DE LA CORRESPONDIENTE ANOTACIÃ"N. SIEMPRE QUE NO SEAN OBJETO DE RECURSO. (LOS SABADOS NO SON TENIDOS EN CUENTA COMO DIAS HABILES PARA LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA

* * * EL PRESENTE CERTIFICADO NO CONSTITUYE PERMISO DE * * *
* * * FUNCIONAMIENTO EN NINGUN CASO * * *

INFORMACION COMPLEMENTARIA

LOS SIGUIENTES DATOS SOBRE RIT Y PLANEACION DISTRITAL SON INFORMATIVOS CONTRIBUYENTE INSCRITO EN EL REGISTRO RIT DE LA DIRECCION DISTRITAL DE IMPUESTOS, FECHA DE INSCRIPCION : 13 DE MARZO DE 2017
FECHA DE ENVIO DE INFORMACION A PLANEACION DISTRITAL : 13 DE MARZO DE 2017

SEÑOR EMPRESARIO, SI SU EMPRESA TIENE ACTIVOS INFERIORES A 30.000 SMLMV Y UNA PLANTA DE PERSONAL DE MENOS DE 200 TRABAJADORES, USTED TIENE DERECHO A RECIBIR UN DESCUENTO EN EL PAGO DE LOS PARAFISCALES DE 75% EN EL PRIMER AÑO DE CONSTITUCION DE SU EMPRESA, DE 50% EN EL SEGUNDO AÑO Y DE 25% EN EL TERCER AÑO. LEY 590 DE 2000 Y DECRETO 525 DE 2009.

RECUERDE INGRESAR A www.supersociedades.gov.co PARA VERIFICAR SI SU EMPRESA ESTA OBLIGADA A REMITIR ESTADOS FINANCIEROS. EVITE SANCIONES.

****

** ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACION JURIDICA DE LA **
** SOCIEDAD HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICION... **

****

EL SECRETARIO DE LA CAMARA DE COMERCIO,
VALOR : $ 5,500

****

PARA VERIFICAR QUE EL CONTENIDO DE ESTE CERTIFICADO CORRESPONDA CON LA INFORMACION QUE REPOSA EN LOS REGISTROS PUBLICOS DE LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, EL CODIGO DE VERIFICACION PUEDE SER VALIDADO POR SU DESTINATARIO SOLO UNA VEZ, INGRESANDO A WWW.CCB.ORG.CO

****

ESTE CERTIFICADO FUE GENERADO ELECTRONICAMENTE CON FIRMA DIGITAL Y

****

****

****

****

****

****

10

CUENTA CON PLENA VALIDEZ JURIDICA CONFORME A LA LEY 527 DE 1999.
****

FIRMA MECANICA DE CONFORMIDAD CON EL DECRETO 2150 DE 1995 Y LA AUTORIZACION IMPARTIDA POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, MEDIANTE EL OFICIO DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 1996.

Doctora
HILDA GONZALEZ NEIRA
Magistrada.
H. Tribunal Superior de Bogotá D.C
Sala Civil. .
E.S.D.

REFERENCIA: ORDINARIO DE DORALBA ROMERO y OTROS contra: JULIO HERNAN RINCON y OTROS N° **2.011 - 0435**. (Origen Juzgado 7° Civil Circuito)

Asunto: Sustentación de recurso de APELACION contra sentencia.

JOSE MANUEL CHIQUIZA QUINTANA, reconocido como apoderado judicial del demandado, señor: JULIO HERNAN RINCON, de manera atenta me dirijo a su despacho con el fin de SUSTENTAR recurso de APELACION contra la sentencia proferida el día 01 de octubre de 2.019, de la siguiente manera.

PRIMER REPARO:
Falta de aplicación de la jurisprudencia que anula responsabilidad objetiva y la presunción de culpa que de ella se deriva por el ejercicio de actividades peligrosas, previsto en el artículo 2356 del C.C., cuando todas las partes intervinientes en el accidente ejercían la misma actividad, caso en el cual el tema a decidir debe girar en torno a la culpa probada, descrita en el artículo 2341 del C.C., como se puso de presente en los alegatos de conclusión.

En el N° 2 de la parte considerativa de la sentencia, fl. 644 y 645, al abordar el tema de la responsabilidad civil, se manifiesta que tratándose de actividades peligrosas la culpa se presume en quien ocasionó el daño, debiendo eximirse de dicha presunción con las causales eximentes contenidas en la norma. En este punto el juzgador se aparta sin razón alguna, a los pronunciamientos de este Tribunal y a los de la H. C.S.J., en relación con que dicha presunción de responsabilidad, o dicha responsabilidad objetiva, no tiene aplicación en tratándose de actividades peligrosas donde los intervinientes (demandante y demandado) realizan dicha actividad. La jurisprudencia ha señalado que en tal evento, dicha responsabilidad objetiva se anula para dar paso a la culpa probada contenida en el artículo 2341 del C.C., donde quien alega la culpa, del otro debe probarla. Este error incide poderosamente en la sentencia debido a que, por un lado, para el fallador el tema probatorio de la responsabilidad que le compete al demandante pasa a un segundo plano en virtud a que dicha culpa no habría que probarla sino que se presume y de otro lado, la carga se traslada a quien debe despojarse de dicha presunción por medio de las pruebas de la existencia de las causales eximentes que la norma prevé. En resumen: relevar de la carga de probar a quien demanda y trasladarla a quien es demandado, no es lo que el desarrollo jurisprudencial ha determinado cuando se realizan actividades peligrosas concurrentes. En efecto la la H.C.S.J. ha abordado el tema, entre otras, en la SC 2.001-1054 así: "*cuando se trata de responsabilidad civil por actividades peligrosas concurrentes se debe analizar la incidencia que dentro de la causación del daño tuvo cada una de esas actividades peligrosas. Es menester analizar el curso causal de las conductas y actividades reciprocas para determinar cuál fue relevante. (…)*"

SEGUNDO REPARO.
Fundamentar la decisión (fl.650) en el testimonio de ANGIE LORENA RODRIGUEZ contenido en el folio 519, citado incorrectamente en la sentencia como fl. 514, quien manifiesta haber visto el accidente, a pesar que en el mismo proceso reposa

el testimonio de la misma persona rendida ante el CTI de Villeta, donde es enfática en afirmar que no vio el accidente (fl. 360 y 361), sin que el despacho, a pesar de la advertencia en los alegatos sobre la ostensible contradicción, haya motivado la mayor credibilidad que otorgó a una versión sobre los hechos, prescindiendo de la otra.

Desde los alegatos de conclusión se le había advertido al despacho la contradicción del testimonio ante las dos autoridades, en ambos casos, bajo la gravedad del juramento, lo cual obligaba al despacho a motivar porque razón decidió dar credibilidad a la versión de la testigo cuando dijo que presenció el accidente y se apartó de otra declaración que reposa en el expediente donde depuso que no vio el accidente. La norma exije ala funcionario a motivar el merito que le asigna a cada prueba y además a hacer una manifestación sobre las alegaciones de las partes, lo cual no se hizo. De haberlo hecho, el despacho se habría encontrado con la barrera infranqueable de esa protuberante contradicción.

TERCER REPARO
Dar pleno valor probatoria a lo manifestado por un funcionario de policía judicial, que elaboró un álbum fotográfico de los vehículos en los patios, varios días después del accidente (fl 236), donde hay una anotación que dice que: "*el automóvil iba adelantando en zona prohibida*", sin tener que en el mismo proceso obra a folio 216 la manifestación del funcionario JHON FREDI ROBAYO, quien se hizo presente en el sitio del accidente y elaboró el informe policial de tránsito, dejando constancia que: "*según informaciones de personas del sector que no quisieron dar la entrevista o ser testigos del hecho, la motocicleta venia sentido Bogotá - La Vega sin luces y por la mitad de la vía y el automóvil iba sentido La Vega – Bogotá adelantando otro vehículo, donde se chocaron y resultado el conductor de la motocicleta herido"*, es decir que la versión del funcionario que tuvo en cuenta el juzgado, es la repetición de lo acopiado por el agente que estuvo en el sitio, el cual dejo constancia que esa manifestación no pudo ser confirmada porque las personas de la que provino, no quisieron suministrar sus datos ni ser testigos. (se subraya). Todo ello a pesar de lo manifestado en los alegatos sobre la carencia de pruebas sobre la forma como aconteció el siniestro.

Es decir, el fallador hizo eco en la sentencia de versiones sin fundamento sobre declaraciones sin verificar de personas que no se logró identificar y que carecen de todo fundamento.

CUARTO REPARO.
No advertir la presencia de pruebas que comprometen la responsabilidad del conductor de la motocicleta, como lo es el dictamen de embriaguez positivo que obra a folios 390 y 391.

La comunidad científica ha decantado suficientemente que la embriaguez en una persona de grado 2° tiene como consecuencia falta de reflejos ,demora en la reacción, disminución de la visión, pérdida del equilibrio, perdida de la conciencia sobre distancia y velocidad, etc, elementos que de haberlos observado, habría cambiado el sentido de la sentencia.

QUINTO REPARO
Dar credibilidad al contenido de un documento para sustentar la responsabilidad de una parte, sin consideración a que ese mismo documento comprometía la responsabilidad de la otra parte, sin motivar ese raciocinio. En efecto, el juzgado dio credibilidad (muy a pesar de lo dicho antes al respecto) a la versión del

funcionario que hizo el álbum fotográfico de los vehículos, fl. 236, prescindiendo de la versión del mismo funcionario sobre el hecho que: "La motocicleta transitaba sin luces por la mitad de la vía", lo cual, de ser cierto, comprometería la responsabilidad del motociclista.

La norma procesal civil exige al funcionario judicial analizar las pruebas en su conjunto. Esto con el fin de evitar que en aras de edificar una teoría del caso, sin razón alguna, arme la tesis con pequeños trozos de pruebas prescindiendo de aquellos aspectos que siendo igualmente relevantes se encuentran, como es el caso, en el mismo documento, sin que tal hecho merezca una explicación al momento del análisis.

SWEXTO REPARO.

Exonerar de responsabilidad a la sociedad FINANDINA S.A., a pesar que en el contrato de Leasing no se desprendió en forma total de la guarda de la cosa, en razón a que no solo exigió el pago de la póliza de automóviles al locatario, donde la Leasing aparece como asegurado principal y beneficiario, sino que permitió que el demandado JULIO HERNAN RINCON GARCIA fungiera como segundo asegurado, y porque en virtud de dicho contrato la Leasing puede recuperar el vehículo frente a un eventual incumplimiento de las condiciones del contrato.

No se puede concebir un contrato donde solamente una de las partes adquiere obligaciones y la otra no. La leasing exigía el pago de las primas del seguro y podía recuperar el valor del daño en el evento en un siniestro, ello conlleva una contraprestación en cuanto a la responsabilidad solidaria en el evento de un accidente como el que tuvo ocurrencia.

SEPTIMO REPARO.
No dar aplicación al artículo 280 del C.G.P., sobre la obligatoriedad de pronunciarse sobre las excepciones en la sentencia.

De haberlo hecho, el despacho habría encontrado con miras a mejor proveer cada una de los elementos probatorios presentes y ausentes que habrían incidido en la exoneración de responsabilidad civil de mi patrocinado.

Con estos argumentos de hecho y de derecho sustento el recurso de apelación interpuesto.

Señora Magistrada, Atentamente,

JOSE MANUEL CHIQUIZA QUINTANA
C.C. 19.491.172 de Bogotá
T.P. 93.638 del C.S.J.,
Correo: jmanuelchq@yahoo.es
Cel: 3106280875

MAGISTRADA,

DRA MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
E. S. D.

REF: PROCESO DECLARATIVO DE RESPOSSABILIDAD
DEMANDANTES: YOLIMA HERNANDEZ Y OTROS
DEMANDADOS: CLINICA JORGE PIÑEROS Y OTROS
RADICADO: 2012-589

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA.

IVAN SINESIO GOMEZ MORAD, mayor de edad, identificado con C.C. No 79.942.072 de Bogotá D.C., portador de la T.P No 131.474 de C.S. de la J. Sustento (en forma adicional y complementaria, al escrito de fecha 12 de noviembre de 2019) recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, proferida el día 6 de noviembre de 2019, por el Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá. En cumplimiento del Auto de 8 de junio de 2020, notificado por estado de 9 de junio de 2020,.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Se debe definir si la atención que se brindó a JOSÉ RAUL SÁNCHEZ CEPEDA en la IPS SALUDCOOP CALLE 104 (CLÍNICA JORGE PIÑEROS CORPAS) fue inadecuada y contribuyó al fallecimiento del paciente.

Teniendo en cuenta que (Hechos Probados en el proceso):

1. DAÑO: Muerte de José Raul Sánchez el 12 de octubre de 2006.
2. CAUSA: PROCESO INFECCIOSO (MEDIASTINITIS) que projudo deterioro progresivo, hasta el fallecimiento por paro cardiorespiratorio.
3. ERRORES DE CONDUCTA: Tras la cirugía (Remplazo Valvular) realizada el 15 de septiembre de 2006, el paciente presentó signos de infección (infección nosocomial) en el lugar de la herida quirúrgica (nivel anterior del tórax). Los cuales: 1) No fueron tratados oportunamente (se demoró el inicio de antibióticos; no hubo continuidad del tratamiento antibiótico); 2) No se realizó manejo quirúrgico (lavado del lugar de la infección) por la especialidad de cirugía torácica en forma oportuna; 3) No se brindó manejo oportuno por la especialidad de infectología.

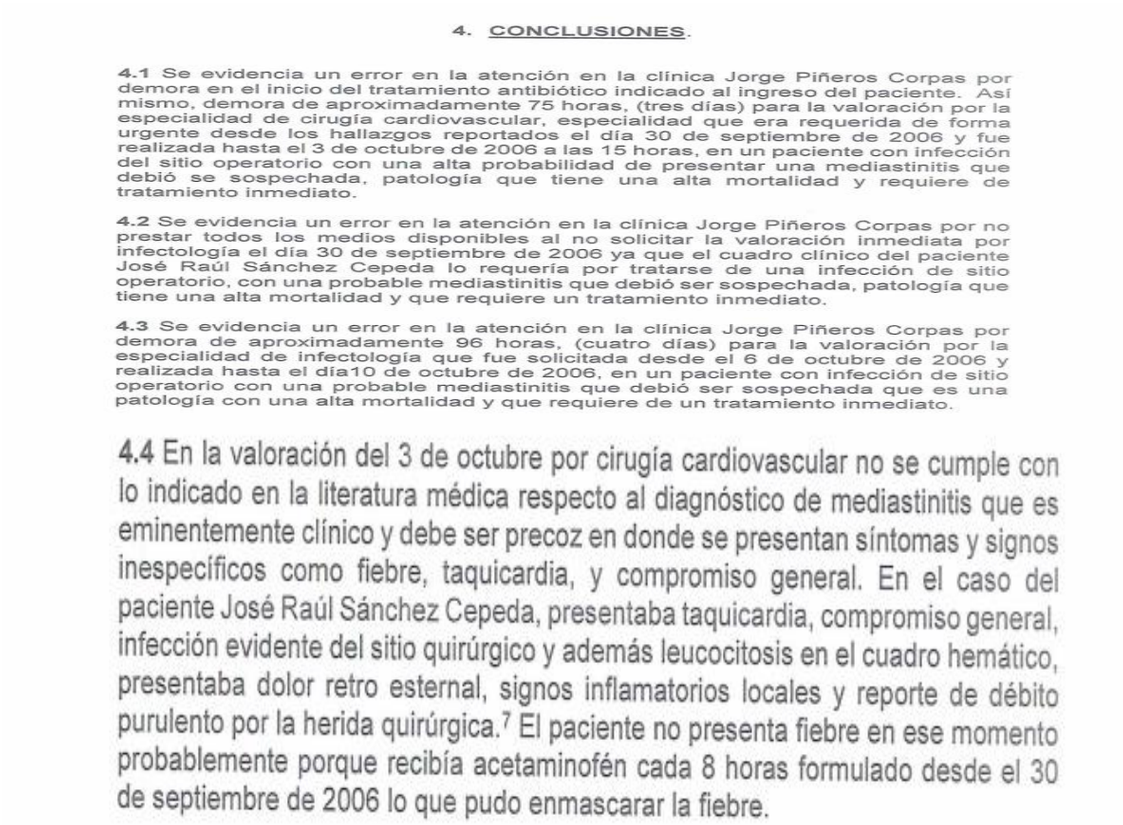
1. ARGUMENTOS DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA, POR MEDIO DE LOS CUALES SE NEGARON LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Los dos argumentos principales del Juzgado para negar las pretensiones fueron:

1) No se probó cuales fueron los errores (TARDANZAS) que supuestamente se presentaron durante la atención.
2) No se probó la relación de causalidad directa entre los supuestos erores endilgados y el fallecimiento del paciente. TENIENDO en cuenta que según lo evidenciado en la historia clínica el paciente murió por causa de un paro cardiorrespiratorio que pudo provenir de diferentes causas como lo son inestabilidad hemodinámica, ruptura de la aorta rafia, choque hipovolémico, mediastinitis.
3) Que el Dictamen Pericial, al ser relizado por un Médico Especialista en Gerncia en Salud; no era idóneo (por no acreditar en infectologia o cirugía vascular), para emitir las conclusiones del dictamen pericial.

Tal como se puede corroborar en la transcripción del audio de la audiencia, donde la señora Juez indicó:

(…) "no existe un pronunciamiento objetivo por parte del referido profesional que con lleve a establecer que efectivamente fue la demora en la atención de la subespecialidad de infectologia y cirugía cardiovascular lo que genero el deceso del paciente, en otras palabras no se consignó expresamente por parte del profesional que la presunta demora con que se trató la infección que presentó el paciente desde el 6 octubre de 2006 sea la causa determinante de su muerte , en efecto del trabajo pericial rendido por médico cirujano especialista en administración de la salud con énfasis en seguridad social DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO obrante a folios 637 -652 , se puede evidenciar que el mismo llego a las siguientes conclusiones:



4. CONCLUSIONES.

4.1 Se evidencia un error en la atención en la clínica Jorge Piñeros Corpas por demora en el inicio del tratamiento antibiótico indicado al ingreso del paciente. Así mismo, demora de aproximadamente 75 horas, (tres días) para la valoración por la especialidad de cirugía cardiovascular, especialidad que era requerida de forma urgente desde los hallazgos reportados el día 30 de septiembre de 2006 y fue realizada hasta el 3 de octubre de 2006 a las 15 horas, en un paciente con infección del sitio operatorio con una alta probabilidad de presentar una mediastinitis que debió se sospechada, patología que tiene una alta mortalidad y requiere de tratamiento inmediato.

4.2 Se evidencia un error en la atención en la clínica Jorge Piñeros Corpas por no prestar todos los medios disponibles al no solicitar la valoración inmediata por infectología el día 30 de septiembre de 2006 ya que el cuadro clínico del paciente José Raúl Sánchez Cepeda lo requería por tratarse de una infección de sitio operatorio, con una probable mediastinitis que debió ser sospechada, patología que tiene una alta mortalidad y que requiere un tratamiento inmediato.

4.3 Se evidencia un error en la atención en la clínica Jorge Piñeros Corpas por demora de aproximadamente 96 horas, (cuatro días) para la valoración por la especialidad de infectología que fue solicitada desde el 6 de octubre de 2006 y realizada hasta el día10 de octubre de 2006, en un paciente con infección de sitio operatorio con una probable mediastinitis que debió ser sospechada que es una patología con una alta mortalidad y que requiere de un tratamiento inmediato.

4.4 En la valoración del 3 de octubre por cirugía cardiovascular no se cumple con lo indicado en la literatura médica respecto al diagnóstico de mediastinitis que es eminentemente clínico y debe ser precoz en donde se presentan síntomas y signos inespecíficos como fiebre, taquicardia, y compromiso general. En el caso del paciente José Raúl Sánchez Cepeda, presentaba taquicardia, compromiso general, infección evidente del sitio quirúrgico y además leucocitosis en el cuadro hemático, presentaba dolor retro esternal, signos inflamatorios locales y reporte de débito purulento por la herida quirúrgica.[7] El paciente no presenta fiebre en ese momento probablemente porque recibía acetaminofén cada 8 horas formulado desde el 30 de septiembre de 2006 lo que pudo enmascarar la fiebre.

4.5 En las valoraciones medicas no se tuvo en cuenta los numerosos reportes de enfermería indicando secreción purulenta por la herida quirúrgica, dolor en la misma, fiebre y taquicardia, signos y síntomas indicativos de mediastinitis que indicaban una intervención quirúrgica inmediata.

4.6 Existe un error en la atención por la demora de aproximadamente 36 horas en la segunda valoración por cirugía cardiovascular desde que la especialidad de infectología solicita ese concepto el día 10 de octubre a las 9 horas, para decidir necesidad de intervención quirúrgica.

4.7 Existe un error en la atención por la demora de aproximadamente 12 horas para reintervenir quirúrgicamente al señor José Raúl Sánchez Cepeda evidenciada en el registro de enfermería en folio 179 de la historia clínica con fecha 11 de octubre de 2006 a las 19 horas donde reporta que por falta de salas de cirugía la especialidad de cirugía cardiovascular intervendrá al paciente hasta el 12 de octubre a las 7 horas, en un paciente que requería el procedimiento quirúrgico de forma inmediata.

Como bien puede evidenciarse en la prueba relacionada con antelación aunque se erige como un criterio unánime y determinante por parte del precitado galeno DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO, especialista en administración de salud con énfasis en seguridad social que en la atención brindada al paciente JOSE RAUL SANCHEZ CEPEDA (Q.E.P.D) , se presentaron diferente fallas derivadas de una inoportuna atención por parte de la subespecialistas en infectologia y cirugía cardiovascular así como también que no se tuvo en cuenta los números reportes de enfermería que indicaban la existencia de secreción purulenta postquirúrgica se advierte que no existe un criterio idóneo y justificado dentro del expediente que determine con certeza que fue la presunta tardanza en el servicio de valoración de subespecialistas la relación o causa directa de la muerte del paciente encontrándose el Despacho sin herramientas jurídicas para realizar este tipo de afirmación , téngase en cuenta que según lo evidenciado en la historia clínica el paciente murió por causa de un paro cardiorrespiratorio que pudo provenir de diferentes causas como lo son inestabilidad hemodinámica, ruptura de la aorta rafia, choque hipovolémico, mediastinitis , luego ante la falta de un criterio objetivo e idóneo que determine cuál fue la causa directa que produjo la complicación y posteriormente la muerte del paciente, no puede el Despacho establecer con certeza que efectivamente fue la tardanza en la valoración por parte del especialista la causa determinante de su deceso , para ello el perito quien además no posee especialización alguna en infectologia , cardiología u otra especialidad a fin debió conceptuar dentro de sus consideraciones que efectivamente fue la infección posquirúrgica la causa que desato todas las complicaciones que el paciente presento y que posteriormente te conllevaron a su muerte y que además fue la falta de suministros de los medicamentos idóneos para tratar la misma, la causa de la muerte , sin embargo esto no fue así, pues nada se ,dijo al respecto sin que resulte procedente presumirlo por parte del Despacho , pues la decisiones únicamente pueden basarse en las pruebas y concepto real y oportunamente aportados , téngase en cuenta y además que en la historia clínica si le fue tratada la infección desde el día 30 de septiembre de 2006"

Al no encontrarme de acuerdo, con los argumentos de la Señóra Juez, por considerar que se equivoca en sus conclusiones; además de realizar una valoración superficial de las pruebas incorporadas, se interpone el presente recurso de apelación, con fundamento en las siguientes consideraciones:

2. CONSIDERACIONES Y ARGUMENTOS DE LA APELACION INTERPUESTA.

2.1. CARGA PROBATORIA

En cumplimiento de la carga probatoria impuesta a la parte demandante, es preciso mencionar que, en el proceso de referencia, se decretaron, incorporaron y practicaron bajo el Código de procedimiento Civil, las pruebas listadas a continuación, es de saber que las mismas y su correcta valoración, son de suma importancia para conectar los errores de conducta de las demandadas con la muerte del paciente *JOSE RAUL SANCHEZ CEPEDA* (Q.E.P.D) que ocasionó un daño irreversible e irremediable a los demandantes.

Cabe anotar que, del cumplimiento de la carga probatoria, no puede decirse lo mismo, para la parte demandada, quien no mostró interés alguno en el proceso y estuvo ausente en la etapa probatorio, indicio que solicito al Honorable Tribunal se tenga en cuenta.

Desde este momento advierte la parte actora que, éstas pruebas no fueron valoradas de manera integral, por el fallador de primera instancia.

Pruebas documentales aportadas

- Artículo científico: Doherty G., Lowney J., Mason J., et. Al. WASHINGON CIRUGÍA Ed. Marbán y Escuela de Medicina de la Universidad de Washington. 2005 Cap. 36: Cirugía Cardíaca; p. 606-1Tema: Cuidados perioperatorios en cirugía cardíaca y manejo de complicaciones infecciosas Disponible en: BLAA, Sala Ciencia y Tecnología, ref,. int. 617w17C
- Artículo científico: Durán H., Arcelos I., García-Sancho L., et. Aal. COMPENDIO DE CIRUGÍA. Ed. McGraw Hill Interamericana. 2002. Sección 6: Infección Quirúrgica; p. 150-71.
- Clara L. SternL, et. Al. Mediastinitis post-quirúrgica: Estudio caso – control. Rev. Chil Infect (2002); 19 (1): 37-48.Tema: Manifestaciones Clínicas y factores de riesgo para mediastinitis postquirúrgica. Gonzalez R. Raffo M. et. Al. Mediastinitis postquirúrgica en Cirugía cardíaca. Rev. Chilena de Cirugía Vol 57 No. 3 Junio 2005; 203-208
- Factores de riesgo para la mediastinitis postquirúrgica, y factores para mortalidad por la misma.
- Méndez I. Pamplona L. Mediastinitis. Libro electrónico de temas de Urgencia. Tema: Definición, manifestaciones clínicas y diagnóstico de mediastinitis.
- Otras incorporadas con la demanda.

Pruebas documentales mediante oficio

- Historia clínica completa del paciente *JOSE RAUL SANCHEZ CEPEDA (Q.E.P. D)*, de las atenciones brindadas en la IPS CLINICA JORGE PIÑEROS CORPAS.

Testimonio TECNICO.

- Dr. Pedro Nel Rodríguez

Dictamen pericial

- Emitido por el Dr. DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO, Médico Cirujano de la Pontificia Universidad Javeriana, Especialista en Administración en salud.

Lo anterior muestra, que contrario a lo que expresa el fallador, la carga probatoria por la parte actora se cumplió en debida forma, y se le proporcionaron las herramientas al fallador para realizar una valoración correcta de cada de ellas.

2.2. IDONEIDAD DEL PERITO -DEFECTO PROCEDIMENTAL, POR EXCESO RITUAL MANIFESTÓ

Respecto al perito el Dr. DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO, menciona la señora Juez que no lo considera idóneo y objetivo para determinar errores de conducta en especialidades de infectologia y medicina cardiovascular. Criterio que debo reprocahar, en tanto el Dr. DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO es médico Cirujano de la Universidad Javeriana, con especialización en Administración de la salud y con experiencia soportada.

NO es correcto, como lo menciona el Juzgador, que el hecho de no ostentar un título de infectologia o cirugía cardiovascular le limite técnicamente para dar su concepto científico, pues como se puede evidenciar en su experticia tiene amplio conocimiento en medicina y su concepto esta soportado en literatura médica y científica.

Además, es necesario resaltar que lo mencionado en el art 227 C.G.P el cual refiere, *"el dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado"* no es otra cosa, que en casos de responsabilidad medica el experto idóneo deba ser un médico.

Ahora bien, el concepto del Dr. DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO, plasmado en el dictamen pericial esta soportado por una amplia y contundente literatura médica y científica, sobre el tema en particular, que no fue analizada por el fallador de primera instancia.

Contrario a lo que argumenta el fallador, la especialidad en Administración en Salud, permite al perito realizar un dictamen con visión amplia acerca de las obligaciones que tienen las instituciones prestadoras de salud, en cumplir estrictamente los protocolos y guías médicas, frente a patologías tan específicas como la mediastinitis.

Esbozado lo anterior, el fallador incurre en un defecto procedimental por ritual manifiesto, en tanto realiza una apegada interpretación al artículo 227 C.G.P, con referencia a la especialización del perito y de manera anticipada crea un sesgo sobre el concepto que éste genera en la experticia aportada, lo anterior ocasionó por una inferencia lógica que los hallazgos que plasmó el perito, conceptos y conclusiones no fueran suficientes.

En el argumento del fallador sin lugar a duda, atenta con lo consagrado en nuestra Constitución Política en su artículo 228 .

Con referencia al defecto procedimental por ritual manifiesto ha establecido la corte constitucional en SU 355-17 lo siguiente:

> *"Breve caracterización del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto.*
>
> *3.6. (…) El defecto procedimental, que se puede estructurar a partir de dos formas: (i) la absoluta, que se presenta en los eventos donde el funcionario judicial sigue un procedimiento diferente al establecido en la ley, u omite alguna de las principales fases del proceso y quebranta los derechos de defensa y contradicción de las partes; y (ii)* ***por exceso ritual manifiesto, el cual se manifiesta cuando el fallador desconoce el contenido del artículo 228 de la Constitución Política, en tanto le impide a las personas el acceso a la administración de justicia[19] y el deber de dar prevalencia al derecho sustancial.*** *(negrita fuera de texto)*
>
> *En ese sentido, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta en los casos donde el juez o magistrado obstaculiza "la efectividad de los derechos constitucionales por motivos formales"[20], es decir, el procedimiento es una barrera para la eficacia del derecho sustancial y en ese sentido, deniegan justicia, por "(i) aplicar disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; (ii) exigir el cumplimiento de requisitos formales de forma irreflexiva y que en determinadas circunstancias puedan constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada; o (iii)* ***, incurrir en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas"[21]. (negrita fuera de texto)***

Igualmente, esta Corporación ha reiterado que el funcionario judicial "incurre en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando (i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, ***(ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto****, (iii) por la aplicación en exceso rigurosa del derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales"*[22]*.* ***(negrita fuera de texto)***

Aunado a lo anterior, el fallador desconoce, lo establecido el artículo 232 del C.G.P , en virtud del cual "el juez apreciara el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana critica, teniendo en cuenta (…) las demás pruebas que obren dentro del proceso. En consonancia, señala el artículo 176 ibídem que las pruebas deben ser apreciadas conforme a la sana critica, se resalta que, este estándar probatorio comprende, la lógica, el sentido común, las reglas de la experiencia y los conocimientos básicos sobre las ciencias, artes y tradiciones.

2.3. CONEXIÓN DIRECTA ENTRE ERRORES DE CONDUCTA Y NEXO CAUSAL

Menciona el fallador que, "*no existe un criterio idóneo y justificado dentro del expediente que determine con certeza que fue la presunta tardanza en el servicio de valoración de su-bespecialistas la relación o causa directa de la muerte" además agrega que* debido a la naturaleza del asunto, esto es, la responsabilidad médica, la prueba técnica (dictamen pericial) debe precisarle con exactitud (literalidad) y certeza que las acciones y omisiones que se alegan se conectan ineludiblemente con el daño ocasionado y de no ser así, por no ser un tema de su especialidad no puede realizar ningún otro tipo de análisis.

En síntesis, el fallador refiere, que no obraban elementos científicos que permitieran con exactitud determinar que los errores de conducta reprochados contribuyeron a la producción de la muerte del paciente JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D), pues a su juicio el perito Dr. DANIEL ORLANDO ALVARADO no indico de forma expresa que la causa del deceso fue la demora en el tratamiento de la mediastinitis.

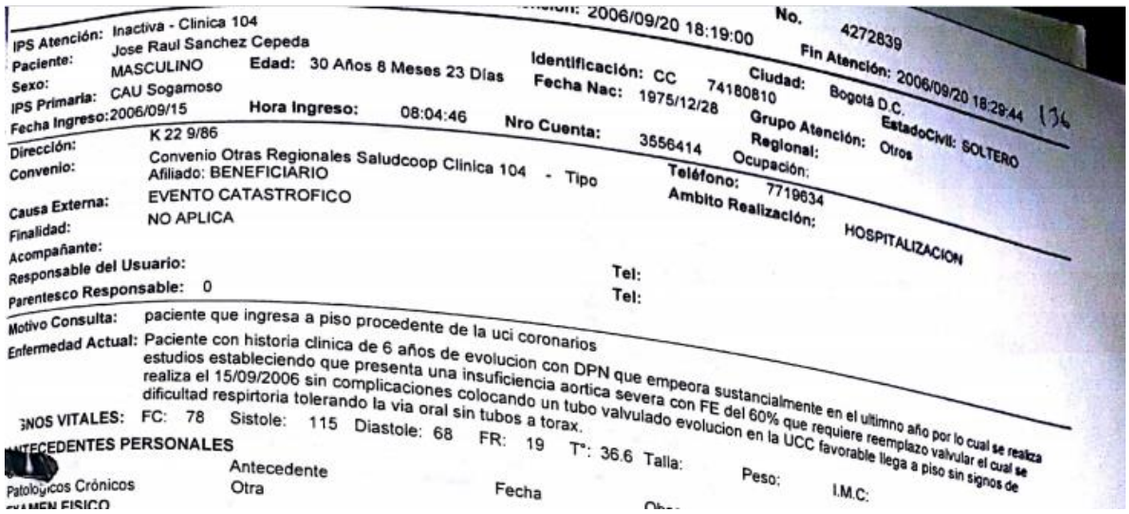
De acuerdo a lo anterior, me permito advertir que, en el fallo proferido en primera instancia, además de lo anterior relacionado, se configuraron sin lugar a duda las siguientes situaciones, que serán esbozadas de manera minuciosa.

- DEFECTO FACTICO POR INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA.
- RESOLUCIÓN ERRÓNEA DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

2.3.1. DEFECTO FACTICO POR INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA.

Como se puso en conocimiento al empezar esta argumentación, la parte demandante incorporo en debida forma, pruebas documentales, testimoniales y periciales con el fin de proporcionarle todas las herramientas probatorias posibles al fallador, sin embargo, se observa que su valoración no fue integral y contiene deficiencias.

Conforme con los registros de la historia clínica, el 15 de septiembre de 2006 al paciente de 30 años el señor paciente JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D), le fue realizado un procedimiento quirúrgico de reemplazo valvular aórtico.



IPS Atención: Inactiva - Clinica 104 — Fecha Atención: 2006/09/20 18:19:00 — No. 4272839
Paciente: Jose Raul Sanchez Cepeda — Identificación: CC 74180810 — Ciudad: Bogotá D.C. — Fin Atención: 2006/09/20 18:29:44
Sexo: MASCULINO — Edad: 30 Años 8 Meses 23 Días — Fecha Nac: 1975/12/28 — EstadoCivil: SOLTERO
IPS Primaria: CAU Sogamoso — Grupo Atención: Otros
Fecha Ingreso: 2006/09/15 — Hora Ingreso: 08:04:46 — Nro Cuenta: 3556414 — Regional:
Dirección: K 22 9/86 — Ocupación:
Convenio: Convenio Otras Regionales Saludcoop Clinica 104 - Tipo — Teléfono: 7719634
Afiliado: BENEFICIARIO — Ambito Realización: HOSPITALIZACION
Causa Externa: EVENTO CATASTROFICO
Finalidad: NO APLICA
Acompañante:
Responsable del Usuario: — Tel:
Parentesco Responsable: 0 — Tel:

Motivo Consulta: paciente que ingresa a piso procedente de la uci coronarios

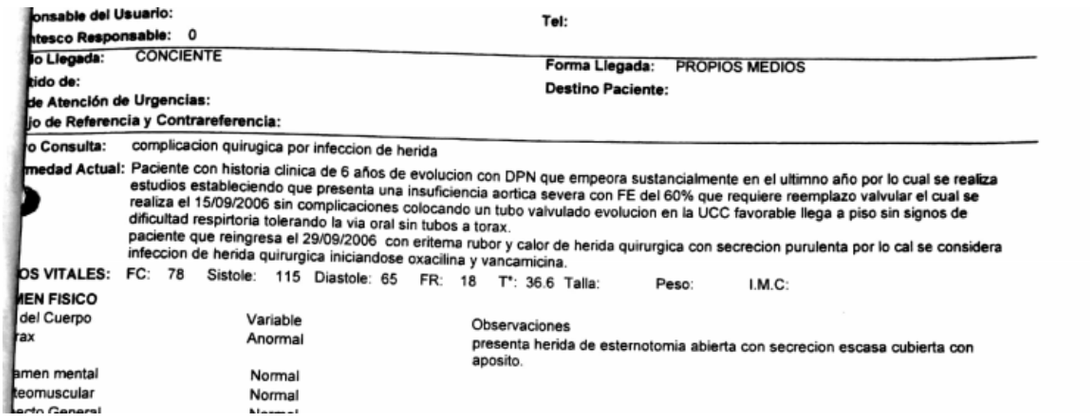
Enfermedad Actual: Paciente con historia clinica de 6 años de evolucion con DPN que empeora sustancialmente en el ultimno año por lo cual se realiza estudios estableciendo que presenta una insuficiencia aortica severa con FE del 60% que requiere reemplazo valvular el cual se realiza el 15/09/2006 sin complicaciones colocando un tubo valvulado evolucion en la UCC favorable llega a piso sin signos de dificultad respirtoria tolerando la via oral sin tubos a torax.

SIGNOS VITALES: FC: 78 Sistole: 115 Diastole: 68 FR: 19 T°: 36.6 Talla: Peso: I.M.C:

ANTECEDENTES PERSONALES

	Antecedente		
Patologicos Crónicos	Otra	Fecha	

EXAMEN FISICO



Responsable del Usuario: — Tel:
Parentesco Responsable: 0
Modo Llegada: CONCIENTE — Forma Llegada: PROPIOS MEDIOS
Medio de: — Destino Paciente:
Servicio de Atención de Urgencias:
Motivo de Referencia y Contrareferencia:

Motivo Consulta: complicacion quirugica por infeccion de herida

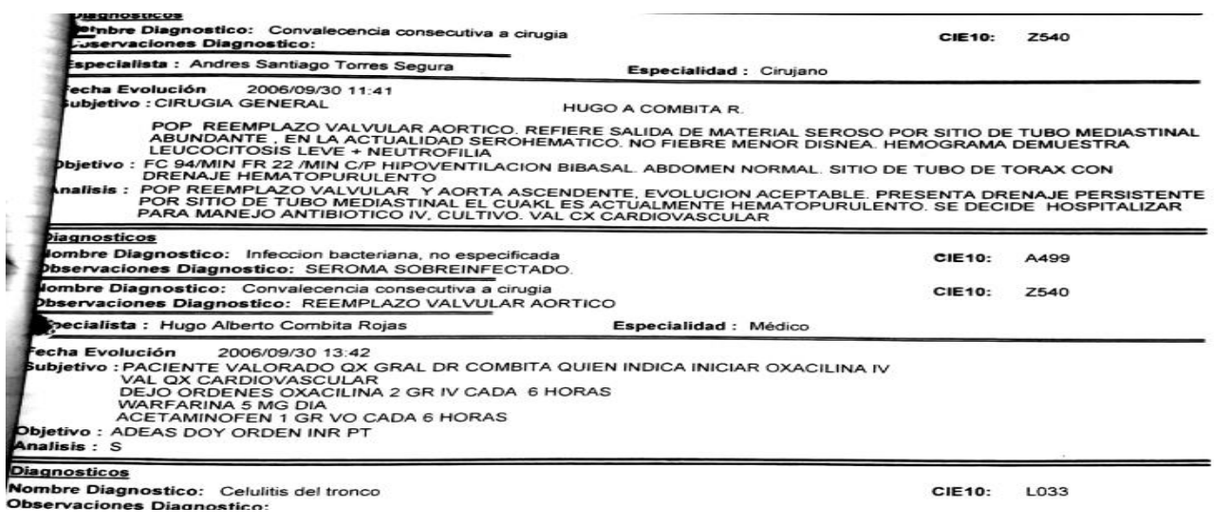
Enfermedad Actual: Paciente con historia clinica de 6 años de evolucion con DPN que empeora sustancialmente en el ultimno año por lo cual se realiza estudios estableciendo que presenta una insuficiencia aortica severa con FE del 60% que requiere reemplazo valvular el cual se realiza el 15/09/2006 sin complicaciones colocando un tubo valvulado evolucion en la UCC favorable llega a piso sin signos de dificultad respirtoria tolerando la via oral sin tubos a torax.
paciente que reingresa el 29/09/2006 con eritema rubor y calor de herida quirurgica con secrecion purulenta por lo cal se considera infeccion de herida quirurgica iniciandose oxacilina y vancamicina.

SIGNOS VITALES: FC: 78 Sistole: 115 Diastole: 65 FR: 18 T°: 36.6 Talla: Peso: I.M.C:

EXAMEN FISICO

Aspecto del Cuerpo	Variable	Observaciones
Torax	Anormal	presenta herida de esternotomia abierta con secrecion escasa cubierta con aposito.
Examen mental	Normal	
Osteomuscular	Normal	
Aspecto General	Normal	

La historia clínica demuestra que 14 días después de la cirugía, ingreso el 29 de septiembre de 2006 a la CLINICA JORGE PIÑEROS CORPAS, presentando eritema (Enrojecimiento de la piel debido al aumento de la sangre contenida en los capilares) , calor, rubor en área quirúrgica y secreción purulenta a través de esta, para ese momento el MEDICO HUGO ALBERTO COMBITA ROJAS, ordenando al paciente iniciar OXACILINA IV 2 GR CADA 6 HORAS +WARAFARINA Y ACETAMINOFEN, e indicar que el paciente debía ser valorado por CIRUGIA CARDIOVASCULAR.



Diagnosticos
Nombre Diagnostico: Convalecencia consecutiva a cirugia — CIE10: Z540
Observaciones Diagnostico:
Especialista : Andres Santiago Torres Segura — Especialidad : Cirujano

Fecha Evolución 2006/09/30 11:41
Subjetivo : CIRUGIA GENERAL — HUGO A COMBITA R.
POP REEMPLAZO VALVULAR AORTICO. REFIERE SALIDA DE MATERIAL SEROSO POR SITIO DE TUBO MEDIASTINAL ABUNDANTE , EN LA ACTUALIDAD SEROHEMATICO. NO FIEBRE MENOR DISNEA. HEMOGRAMA DEMUESTRA LEUCOCITOSIS LEVE + NEUTROFILIA
Objetivo : FC 94/MIN FR 22 /MIN C/P HIPOVENTILACION BIBASAL. ABDOMEN NORMAL. SITIO DE TUBO DE TORAX CON DRENAJE HEMATOPURULENTO
Analisis : POP REEMPLAZO VALVULAR Y AORTA ASCENDENTE, EVOLUCION ACEPTABLE. PRESENTA DRENAJE PERSISTENTE POR SITIO DE TUBO MEDIASTINAL EL CUAKL ES ACTUALMENTE HEMATOPURULENTO. SE DECIDE HOSPITALIZAR PARA MANEJO ANTIBIOTICO IV. CULTIVO. VAL CX CARDIOVASCULAR

Diagnosticos
Nombre Diagnostico: Infeccion bacteriana, no especificada — CIE10: A499
Observaciones Diagnostico: SEROMA SOBREINFECTADO.
Nombre Diagnostico: Convalecencia consecutiva a cirugia — CIE10: Z540
Observaciones Diagnostico: REEMPLAZO VALVULAR AORTICO
Especialista : Hugo Alberto Combita Rojas — Especialidad : Médico

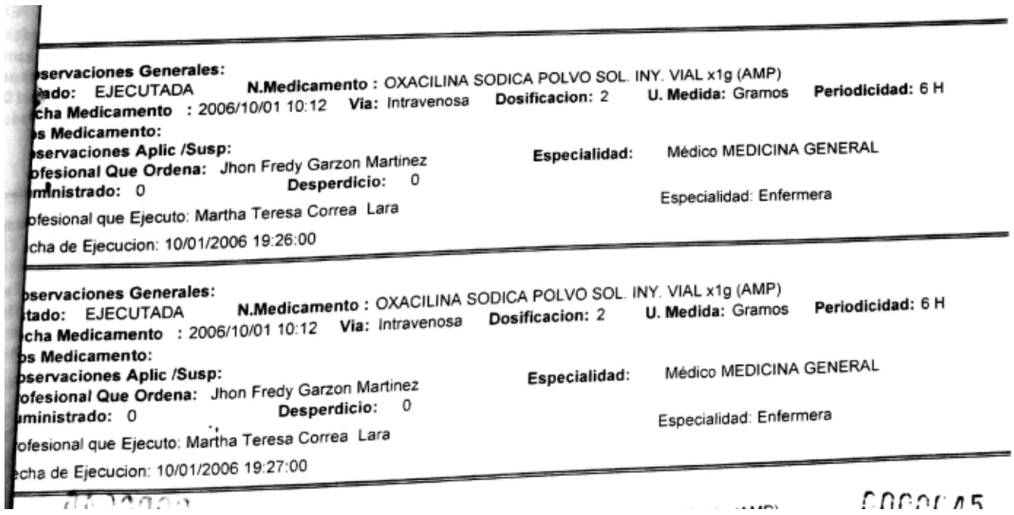
Fecha Evolución 2006/09/30 13:42
Subjetivo : PACIENTE VALORADO QX GRAL DR COMBITA QUIEN INDICA INICIAR OXACILINA IV
VAL QX CARDIOVASCULAR
DEJO ORDENES OXACILINA 2 GR IV CADA 6 HORAS
WARFARINA 5 MG DIA
ACETAMINOFEN 1 GR VO CADA 6 HORAS
Objetivo : ADEAS DOY ORDEN INR PT
Analisis : S

Diagnosticos
Nombre Diagnostico: Celulitis del tronco — CIE10: L033
Observaciones Diagnostico:

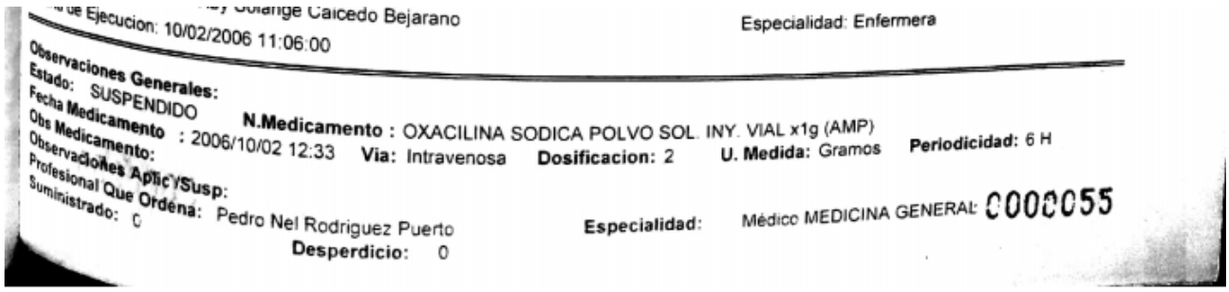
la historia clínica demuestra que el medicamento denominado OXACILINA [i],que fue ordenado al paciente a su ingreso, inicio solo hasta el 1 de octubre de 2006 a las 11:35, aproximadamente 24 horas después a lo ordenado, hasta ese momento, UNICAMENTE, se le había administrado

ACETAMINOFEN, pese al cuadro clínico evidente del paciente, el cual era eritema (Enrojecimiento de la piel debido al aumento de la sangre contenida en los capilares) , calor, rubor en área quirúrgica y secreción purulenta, además, sin razón alguna, que soporte la historia clínica fue suspendido el 2/10/20006.

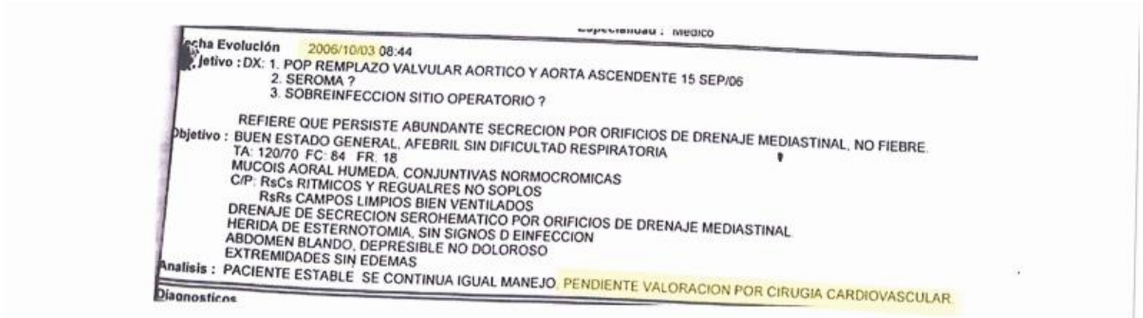
a) Inicio de aplicación de la OXACILINA



b) Suspensión de aplicación de OXACILINA

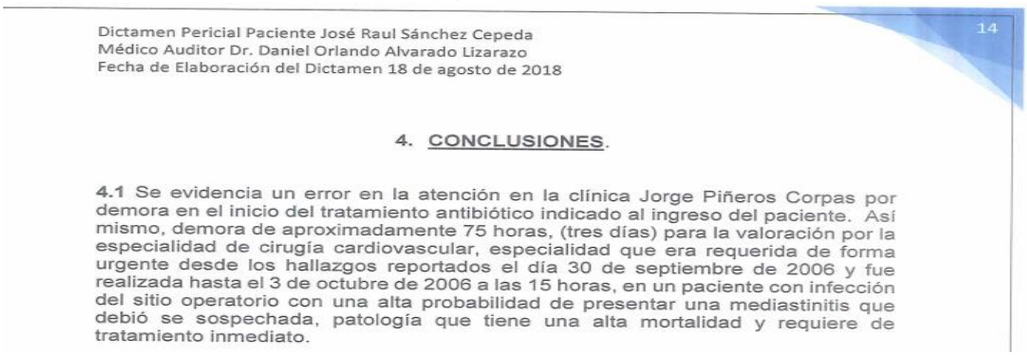


c) Demora en la Valoración Por Cirugía Cardio Vascular: Se acreditó, de acuerdo los registros de las historias clínicas, que la valoración por CIRUGIA CARDIOVASCULAR, no se realizó los días 30,31 de septiembre, ni los días 1,2,3 de octubre, es de resaltar que en los registros de la historia clínica, del día 3 de octubre de 2006, se puede apreciar que dicha valoración seguía pendiente.



Aunado a lo anterior, en el dictamen pericial rendido por el DR DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO, posterior a una explicación detallada, exhaustiva y cronológica de la historia del cliente del paciente, en sus hallazgos (pagina 14 del dictamen pericial) refiere claramente la mora de la CLINICA PIÑEROS CORPAS en la valoración por cirugía cardiovascular, la cual estaba

solicitada desde el día 30 de septiembre de 2006, e identifica en esta conducta un error de manejo, pues de trataba de una patología que requería tratamiento inmediato.



Dictamen Pericial Paciente José Raul Sánchez Cepeda
Médico Auditor Dr. Daniel Orlando Alvarado Lizarazo
Fecha de Elaboración del Dictamen 18 de agosto de 2018

14

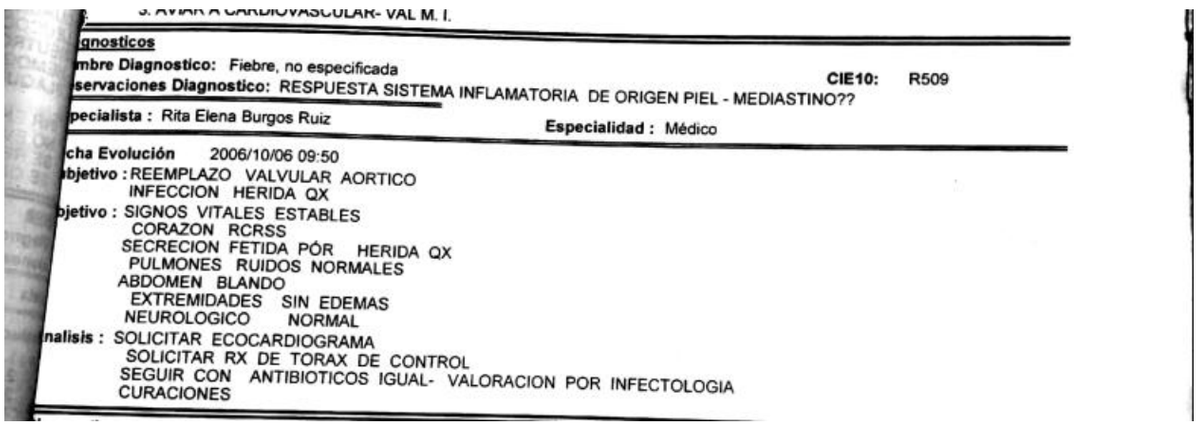
4. CONCLUSIONES.

4.1 Se evidencia un error en la atención en la clínica Jorge Piñeros Corpas por demora en el inicio del tratamiento antibiótico indicado al ingreso del paciente. Así mismo, demora de aproximadamente 75 horas, (tres días) para la valoración por la especialidad de cirugía cardiovascular, especialidad que era requerida de forma urgente desde los hallazgos reportados el día 30 de septiembre de 2006 y fue realizada hasta el 3 de octubre de 2006 a las 15 horas, en un paciente con infección del sitio operatorio con una alta probabilidad de presentar una mediastinitis que debió se sospechada, patología que tiene una alta mortalidad y requiere de tratamiento inmediato.

Como lo indica el perito experto, la mora presentada, aumento el riesgo del paciente a presentar una mediastinitis, patología que tiene una alta mortalidad y requería de tratamiento inmediato. Dicho concepto, esta soportado en la literatura médica, anexa a la experticia presentada.

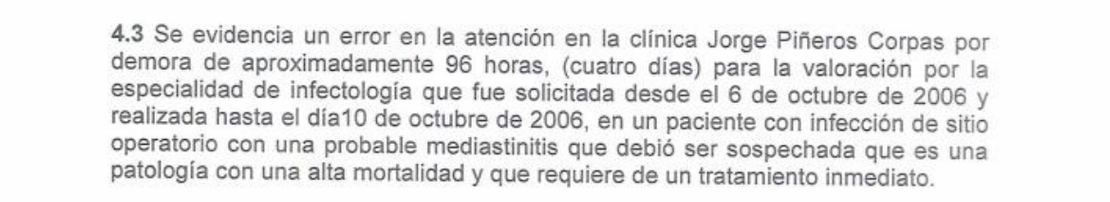
d) Demora en la Valoración por Infectología: De la misma manera se demostró a través de las historias clínicas que existió retardo en la atención por infectologia, no solo porque fue solicitada tarde, la intervención de ésta especialidad, sino porque también como ocurrió con el cirujano cardiovascular, la valoración NO se realizó con la inmediatez que exigía la condición del paciente.

Como se puede evidenciar en la historia clínica la solicitud por infectologia se realizó HASTA el 6 de octubre de 2006,



...AVIAR A CARDIOVASCULAR- VAL M. I.
...gnosticos
...mbre Diagnostico: Fiebre, no especificada CIE10: R509
...servaciones Diagnostico: RESPUESTA SISTEMA INFLAMATORIA DE ORIGEN PIEL - MEDIASTINO??
...pecialista : Rita Elena Burgos Ruiz Especialidad : Médico
...cha Evolución 2006/10/06 09:50
...bjetivo : REEMPLAZO VALVULAR AORTICO
INFECCION HERIDA QX
...jetivo : SIGNOS VITALES ESTABLES
CORAZON RCRSS
SECRECION FETIDA PÓR HERIDA QX
PULMONES RUIDOS NORMALES
ABDOMEN BLANDO
EXTREMIDADES SIN EDEMAS
NEUROLOGICO NORMAL
...nalisis : SOLICITAR ECOCARDIOGRAMA
SOLICITAR RX DE TORAX DE CONTROL
SEGUIR CON ANTIBIOTICOS IGUAL- VALORACION POR INFECTOLOGIA
CURACIONES

Igualmente se demostró el retardo de la valoración que requería el paciente por la especialidad de infectologia, conforme lo indica el Dr. DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO en su experticia (página 14 del dictamen pericial)



4.3 Se evidencia un error en la atención en la clínica Jorge Piñeros Corpas por demora de aproximadamente 96 horas, (cuatro días) para la valoración por la especialidad de infectología que fue solicitada desde el 6 de octubre de 2006 y realizada hasta el día10 de octubre de 2006, en un paciente con infección de sitio operatorio con una probable mediastinitis que debió ser sospechada que es una patología con una alta mortalidad y que requiere de un tratamiento inmediato.

solo hasta el 10 de octubre de 2006, se evidencia la tan esperada valoración por infectologia, donde por supuesto y como era de esperarse el estado general del paciente es REGULAR, se evidenciaba ABUNDANTE SECRECION POR HERIDA QUIRURGICA, DOLOR TORACICO Y FIEBRE.

Esta situación, como ya se indicó no solo genero un deterioro evidente en la salud del paciente, si no también, produjo un retraso en la administración de los antibióticos necesarios para tratar la patología, se destaca, en consonancia con la experticia citada, que el pronóstico del paciente depende del DIAGNOSTICO Y TRATAMIENTO OPORTUNO.

Como lo evidencia la historia clínica el paciente desde su ingreso a la institución prestadora de servicios de salud, cursaba con manifestaciones clínicas que incluían eritema, calor, rubor, en área quirúrgica y secreción purulenta a través de esta. Conforme a la experticia elaborada por el DR DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO, se trata de manifestaciones clínicas propias de una infección en sitio operatorio, derivado de la cirugía de remplazo valvular aórtico. sobre los signos de la infección, indico el experto:

> Ocurre dentro de los 30 días siguientes a la cirugía. La infección implica sólo piel o tejido subcutáneo y por lo menos uno de los siguientes criterios: 1. Secreción purulenta de la incisión, con o sin confirmación del laboratorio. 2. Identificación de microorganismos aislados en un cultivo obtenido asépticamente del líquido o tejido de la incisión superficial. 3. Al menos uno de los siguientes signos o síntomas de infección: dolor o hipersensibilidad, edema local, eritema o calor y que la incisión superficial esté deliberadamente abierta por el cirujano. 4. Diagnóstico de ISO superficial realizado por el cirujano o médico tratante.

Los signos que presentaba el paciente JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D) eran suficientes para advertir la presencia de una infección en la zona de cirugía. Según la experticia citada:

> **3.4 Las manifestaciones clínicas son suficientes para configurar al menos sospecha de INFECCIÓN postquirúrgica?**
>
> En el caso de la mediastinitis el diagnóstico es eminentemente clínico y debe ser precoz, se presentan signos y síntomas inespecíficos como fiebre, taquicardia y compromiso del estado general, también se presentan signos y síntomas más específicos, como el dolor retroesternal, la inestabilidad esternal, signos inflamatorios locales o débito purulento en los drenes.

De la misma manera obra en el plenario prueba documental N° 26 aportada con la demanda, obrante a folio 189-191, literatura médica titulada "Definición, manifestaciones clínicas y diagnóstico de la mediastinitis" el cual refiere la celeridad y determinación con la que se debe manejar este tipo de patología.

Diagnóstico

La diligencia y determinación en el diagnóstico desde su sospecha son determinantes para el pronóstico (la demora diagnóstica y el incorrecto drenaje son los principales condicionantes de la mortalidad tras el diagnóstico)

Hemograma, bioquímica, coagulación y hemocultivos
ECG: Puede observarse elevación de ST en todas las derivaciones excepto en aVR
Radiología: Cervical AP y lateral y tórax PA y lateral:
- Ensanchamiento del espacio retrocervical más del doble de la anchura del cuerpo vertebral (de normal más estrecho) con o sin nivel hidroaéreo.
- Desplazamiento anterior de la vía aérea.
- Enfisema mediastínico
- Corrección de la lordosis cervical
- Derrame pleural, derrame pericárdico.

TAC: Ante sospecha cierta no debe demorarse esta exploración que nos puede mostrar aumento de partes blandas, presencia de abscesos, gas o compresión de estructuras mediastínicas. Extensión bajo T4. Afectación pericárdica o pleural.

Libro electrónico de Temas de Urgencia

El perito DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO, así mismo señalo que ante la configuración de la sospecha de infección debió ejecutarse tratamiento de manera inmediata

3.2 El pronóstico de una infección tipo MEDIASTINITIS depende del tiempo y rapidez del momento del diagnóstico, y del manejo antibiótico que se utilice?

Según la literatura médica del año 2005 la letalidad de la mediastinitis tiene un rango de 8.6 a 40%. Y, depende del diagnóstico y tratamiento oportuno. Por lo tanto, la principal recomendación que incide en el pronóstico es que el tratamiento sea precoz. El tratamiento es quirúrgico y antimicrobiano y ambos deben ejecutarse tan pronto como haya sospecha clínica del diagnóstico.[1]Por lo cual la oportunidad y diligencia del tratamiento influyen en el pronóstico del paciente.

3.3 Cuáles son las manifestaciones clínicas de una infección del sitio operatorio, particularmente de cirugía cardíaca de remplazo valvular aórtico vía esternotomía?

El retraso en cada una de las valoraciones requeridas por el paciente, la impericia y la negligencia de las entidades demandadas, evitaron tener un diagnostico a tiempo, PESE A QUE ERA EVIDENTE, cada día que paso sin ser visto por cirujano cardiovascular y por infectologia, tratado con acetaminofén, ocasionaron la perdida de la ventana terapéutica del paciente y aumentaron el riesgo de muerte sin lugar a duda.

EN ESTE MOMENTO SU SEÑORIA, SOLO CON LA APRECIACION DE LAS HISTORIAS CLINICAS ESTAS, YA DAN FE, DE UN DETERIORO PROFUNDO EN LA SALUD DEL PACIENTE DE 30 AÑOS DE EDAD, POR TAL RAZON ES INCOCEBIBLE QUE EL FALLADOR, INCLUSO REFIERA EN ALGUNOS DE SUS APARTES, QUE EL PACIENTE MOSTRO UNA "NOTABLE MEJORIA"

Ahora bien, dentro del proceso de referencia, se practicó en debida forma el testimonio Técnico del médico PEDRO NEL RODRIGUEZ, en audiencia de pruebas, el día 4 de julio de 2017, quien fue enfático, en mencionar la importancia que tiene para un diagnóstico y tratamiento oportuno la asistencia inmediata de las especialidades de infectologia y cirugía cardiovascular.

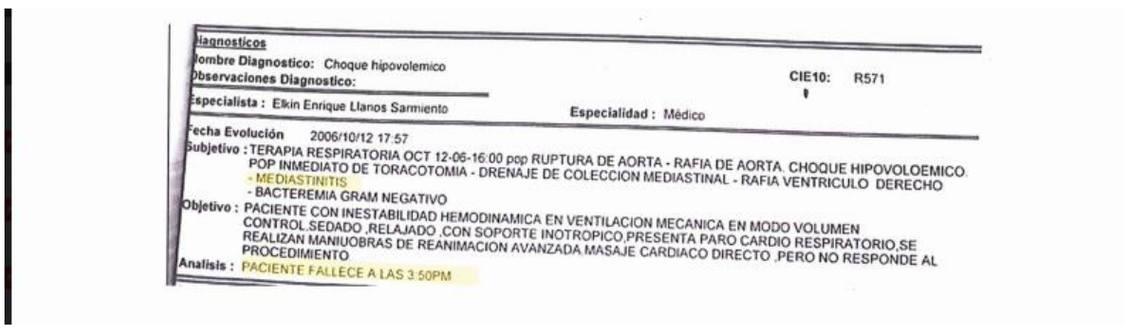
> *"PREGUNTADO: ¿De acuerdo a su conocimiento y experticia indíquenos si la mediastinitis, es un evento que se puede que se puede derivar de un proceso infeccioso, en el lugar quirúrgico donde se realizó la cirugía cardiovascular a José Raúl y por qué motivo?*
> *CONTESTO: la mediastinitis está contemplada como una posible complicación de un procedimiento quirúrgico dependiendo de múltiples factores como patologías asociadas o inmunosupresión por diversas causas en la generalidad de los pacientes*
> *PREGUNTADO: Indíquenos cuál es la importancia de un diagnóstico oportuno y tratamiento inmediato en un paciente con mediastinitis, indicando si esta infección es grave y puede producir la muerte*
> *CONTESTO: Cualquier diagnostico infeccioso puede llevar a complicaciones mayores si no se diagnostica a tiempo incluyendo el diagnostico de mediastinitis para lo cual se deberá seguir el protocolo correspondiente de acuerdo a los múltiples factores desencadenantes.*
> *PREGUNTADO: ¿De acuerdo a su conocimiento y experiencia, por favor indíquenos por que en algunas oportunidades es importante además el tratamiento antibiótico, el lavado quirúrgico del mediastino, pericardio y demás zonas adyacentes en casos de infección como la mediastinitis?*
> *CONTESTO: **En los casos en que se confirma la infección en mediastino y presencia de colecciones se indican tratamiento antibiótico y el lavado correspondiente, porque si no se drenan las colecciones el proceso infeccioso puede complicar el estado general**.*
> *PREGUNTADO: ¿En aquella época el responsable de realizar los lavados quirúrgicos en mediastinos eran los cirujanos cardiovasculares?*

CONTESTO: En la época como médico hospitalario registraba la valoración ya solicitada desde el ingreso para cirugía cardiovascular y una vez ellos la realizaban determinaban si era necesaria quien realizaba el lavado quirúrgico.
PREGUNTADO: ¿En la época en que trabajo como médico hospitalario de la Clínica Jorge Piñeros Corpas tras la solicitud de valoración por cirugía cardiovascular e infectologia, en materia de calidad en cuanto tiempo se esperaba que estos servicios brindaran su apoyo, y cómo funcionaba en la institución en ese momento?
CONTESTO: Para la época y de acuerdo a la historia clínica el paciente fue valorado por cirugía general quienes iniciaron el manejo y solicitaron la valoración por cirugía cardiovascular , dicha solicitud de valoración la pasaban a la coordinación del servicio donde estaba el paciente y de allí se le notificaba a la especialidad, no recuerdo exactamente para la época cuanto tiempo tardaban en contestar la solicitud pero normalmente en las siguientes 24 o 48 horas ya debía estar la respuesta, de igual manera para infectologia se seguía con el mismo proceso.
PREGUNTADO: ¿De acuerdo a su conocimiento y experiencia por favor indíquenos porque es importante que la respuesta a una interconsulta como cirugía cardiovascular e infectologia se realice lo más pronto posible y tal como usted lo indico en respuesta anterior que fuera a más tardar dentro de las siguientes 24 a 48 horas?
CONTESTO: Es importante la respuesta a las interconsultas se realicen para establecer por parte de las especialidades interconsultantes de acuerdo a cada uno de los pacientes si se requieren manejos adicionales o diferentes o confirman los que ya están iniciados"

El anterior testimonio técnico, tampoco fue tenido en cuenta, ni valorado de manera integral con las historias clínicas y el dictamen pericial, razón por la cual, considera la parte demandante que el fallador si tenía las herramientas técnicas y científicas, para determinar la existencia ineludible de la causalidad entre los hechos y el daño causado.

e) CAUSA DE LA MUERTE: LA MEDIASTINIS COMO FACTOR DETERMINANTE AL FALLECIMIENTO DE JOSÉ RAUL

De acuerdo con los registros de la historia clínica el 12 de octubre de 2006, la mediastinitis reporta dentro de las causales de muerte y fue precisamente dicha patología que lo llevo a esa segunda intervención quirúrgica, que presento otras complicaciones en efecto por para ese momento la salud del paciente ya estaba deteriorada, a causa del actuar tardío de las demandadas.


Diagnosticos
Nombre Diagnostico: Choque hipovolemico
Observaciones Diagnostico:
CIE10: R571
Especialista : Elkin Enrique Llanos Sarmiento
Especialidad : Médico
Fecha Evolución 2006/10/12 17:57
Subjetivo : TERAPIA RESPIRATORIA OCT 12-06-16:00 pop RUPTURA DE AORTA - RAFIA DE AORTA. CHOQUE HIPOVOLOEMICO. POP INMEDIATO DE TORACOTOMIA - DRENAJE DE COLECCION MEDIASTINAL - RAFIA VENTRICULO DERECHO - MEDIASTINITIS - BACTEREMIA GRAM NEGATIVO
Objetivo : PACIENTE CON INESTABILIDAD HEMODINAMICA EN VENTILACION MECANICA EN MODO VOLUMEN CONTROL,SEDADO ,RELAJADO ,CON SOPORTE INOTROPICO,PRESENTA PARO CARDIO RESPIRATORIO,SE REALIZAN MANIUOBRAS DE REANIMACION AVANZADA,MASAJE CARDIACO DIRECTO ,PERO NO RESPONDE AL PROCEDIMIENTO
Analisis : PACIENTE FALLECE A LAS 3:50PM

Teniendo en cuenta estas consideraciones, ,no es plausible que el juez de primera instancia considere que en el proceso no existieron elementos técnicos que permitieran asignar un nexo causal entre los errores de conducta de las instituciones demandadas y la precipitada muerte del paciente de 30 años es el señor JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D), lo anterior considerando que los registros de la historia clínica aportados correctamente al proceso, son claros al indicar que entre las causas de muerte el paciente se encontraba la mediastinitis, La causalidad entre los errores y el daño es evidente.

La causalidad entre los errores y el daño es evidente, ante la aparición de la sospecha debió iniciarse de forma INMEDIATA el tratamiento correspondiente, el mismo dictamen indico que el tratamiento oportuno mejora el pronóstico del paciente. Igualmente, aseveró que el no haber brindado un tratamiento INMEDIATO constituye un error en la atención brindada al paciente de 30 años JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D). En ese sentido es claro que el manejo de antibiótico precoz y oportuno efectuado ante la sospecha derivada de las manifestaciones clínicas que presentaba el paciente, hubiera permitido conjurar los efectos nocivos de la infección, la cual. fue registrada en la historia clínica como causa del deceso del paciente.

Deviene evidente, en consecuencia, el yerro en que incurrió el fallador de primera instancia, toda vez que omitió las reglas sobre apreciación probatoria, al no estudiar de forma integral la totalidad de elementos de conocimiento debidamente incorporados al proceso. Concatenando los registros de las historias clínicas con lo señalado por el perito y lo relacionado en la literatura médica aportada, es perfectamente posible inferir que la causa del fallecimiento del señor paciente JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D) fue a causa del diagnóstico y tratamiento TARDIO, de la infección, mediastinitis.

Razón por la cual no tiene asidero alguno las consideraciones realizadas por el fallador, al afirmar, con base en el diagnóstico de muerte reflejado en la historia clínica, que no era posible concluir que la mediastinitis fue la causa principal de la muerte del paciente.

Es razonable concluir que todas y cada una de las condiciones registradas en la historia clínica como diagnóstico de muerte con llevan a la muerte, el ejemplo para figurarlo es que un paciente que tiene cáncer puede morir de un paro respiratorio, pero con ocasión a su patología y bajo estas circunstancias la causa de su muerte únicamente no puede ser el paro cardiorrespiratorio.

Es preciso reiterar que el fallador desconoce, *lo establecido el artículo 232 del CGP , en virtud del cual "el juez apreciara el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana critica, teniendo en cuenta (…) las demás pruebas que obren dentro del proceso. En consonancia, señala el artículo 176 ibídem que las pruebas deben ser apreciadas conforme a la sana critica, se resalta que, este estándar probatorio comprende, la lógica, el sentido común, las reglas de la experiencia y los conocimientos básicos sobre las ciencias, artes y tradiciones.*

Incluso lo que ha manifestado la Honorable corte constitucional:

> *"Sobre la sana crítica,*
>
> > *"Ese concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.*
> >
> > *Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.*
> >
> > *El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería*

sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"[48].

Por su parte, esta Corporación señaló que el sistema de la sana crítica o persuasión racional, es aquel en que el "juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia". Sistema que igualmente, requiere motivación, la cual consiste en la exposición de las razones que el juez ha tenido para determinar el valor de cada una de las pruebas, con fundamento en las reglas citadas[49].
5.3.6. Lo anterior significa que el juez cuenta con autonomía e independencia para valorar las pruebas que se aportan al proceso. Ese análisis probatorio debe realizarse de manera conjunta, descartando las pruebas ilegales, las que no fueron aportadas oportunamente y justificando el valor que se le da a aquellas que sustentan la decisión"

Esbozado lo anterior, considera la parte actora que en el fallo atacado se incurre en un defecto factico por una defectuosa valoración probatoria y así lo ha considerado la corte constitucional en sentencia SU 335-17

"DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

Una positiva, que se presenta cuando el Despacho resuelve el caso con fundamento en pruebas ilícitas, inconducentes o impertinentes y, por lo mismo, su actuación se tacha de ilegal. En otras palabras, en su versión positiva, el debate gira en torno a la actuación judicial (la valoración realizada por el juzgador) que termina siendo inadecuada, en tanto utiliza medios de prueba no aptos para tomar una correcta decisión. Sobre la dimensión negativa del defecto fáctico, por el contrario, la controversia tiene como eje de discusión las omisiones del funcionario judicial en la etapa probatoria (lo que dejó de realizar teniendo el deber de hacerlo), en cuyo caso se cuestiona la falta de una prueba determinante o esencial para resolver adecuadamente el litigio.

iii) El defecto fáctico se configura por la valoración defectuosa del material probatorio
Así las cosas, siguiendo la jurisprudencia de esta Corporación, se ha sostenido que la valoración defectuosa se presenta cuando i) la autoridad judicial adopta una decisión desconociendo las reglas de la sana crítica, es decir, que las pruebas no fueron apreciadas bajo la óptica de un pensamiento objetivo y racional, ii) realiza una valoración por completo equivocada o contraevidente, iii) fundamenta la decisión en pruebas que por disposición de la ley no son demostrativas del hecho objeto de discusión, iv) valora las pruebas desconociendo las reglas previstas en la Constitución y la ley, v) la decisión presenta notorias incongruencias entre los hechos probados y lo resuelto, vi) decide el caso con fundamento en pruebas ilícitas y, finalmente vii) le resta o le da un alcance a las pruebas no previsto en la ley"

2.3.2. RESOLUCION ERRONEA DEL PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO

En el caso concreto, debió verificarse la confluencia de los elementos de la responsabilidad civil derivada de los errores que se endilgan a las entidades demandadas, no obstante, el fallador omitió la realización del estudio serio sobre elemento causalidad. Como se explicó, es claro que los errores de manejo antibiótico oportuno, como consecuencia de un diagnostico TARDIO a la

infección provocaron un TRATAMIENTO TARDIO A LA INFECCION QUE CAUSO LA MUERTE DEL PA´CIENTE DE 30 AÑOS EL SEÑOR JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D.).

Contrario a lo dicho en el fallo atacado, si se contaba con elementos científicos suficientes para concluir que existió un nexo de causalidad real y cierto, entre los errores de conducta y la muerte del paciente. No es plausible que el fallador indique que no contaba con "herramientas jurídicas que le permitieran inferir este elemento.

Así las cosas, se demostró de forma fehaciente que la atención brindada a JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D NO CUMPLIO con la LEX ARTIS medica, pues ante la sospecha de infección debió instaurarse tratamiento antibiótico inmediato. Se acredito igualmente que, en casos de mediastinitis, el tratamiento oportuno y precoz mejora el pronóstico del paciente, Finalmente se verifico que el paciente falleció por diagnóstico de mediastinitis. De esta manera se encuentran configurados los elementos de la responsabilidad civil.

El juez entonces, resolvió erróneamente el problema jurídico propuesto, pues al no realizar un análisis integral de las pruebas, concluyo que no se había demostrado el elemento de causalidad basándose exclusivamente en el dictamen pericial, aun cuando los mismos profesionales que atendieron al paciente registraron como causa de la muerte MEDIASTINITIS.

CONCLUSIONES FINALES

- De acuerdo a lo anterior, probado está a través de las historias clínicas y el dictamen pericial, que existían signos y síntomas muy claros para sospechar una infección, la cual, de acuerdo a la literatura médica debía ser tratada inmediatamente.
- Los hallazgos del dictamen pericial, prueban que debido a que se trataba de una infección posquirúrgica cardiovascular, era urgente la valoración de un cirujano cardiovascular, la cual, fue probado con las historias clínicas llego de manera tardía, quitándole oportunidad de tratamiento al paciente de 30 años de edad.
- Mediante los hallazgos del perito experto, basado en literatura médica y su experiencia, hubo mora en la atención del médico especialista y así aumento la probabilidad mortalidad.
- Debido a la mora en el diagnóstico y tratamiento oportuno, las demandadas omitieron su deber legal de procurar una atención diligente, perita, oportuna y prudente en pro del principio de beneficencia y de la disminución del riesgo de la salud del paciente, se expuso a su complicación o agravamiento.
- Al realizar un análisis probatorio integral, incluyendo los elementos del dictamen pericial, la historia clínica y la literatura médica, se concluye de forma inexorable que la causa de la muerte del paciente fue el diagnóstico y tratamiento tardío de la mediastinitis.
- Se desperdició tiempo fundamental que incidió notoriamente en el diagnóstico del pronóstico y tratamiento del paciente.
- Hubo pleno desconocimiento de protocolos médicos, a través del dictamen pericial, se pudo determinar la mora en las atenciones de las subespecialidades y la tardanza en ejecutar el tratamiento que requería el señor JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D para vivir.

SOLICITUD

Demostrados los yerros en los que incurrió el fallador de primera instancia y los hechos que probaron la responsabilidad de las entidades demandadas, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal, se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se concedan las pretensiones de la demandada, condenando solidariamente a las demandadas.

Cordialmente,



IVAN SINESIO GOMEZ MORAD
C.C. 79.942.072
T.P. 131.474 del C.S. de la J.

MAGISTRADA,

DRA MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
E. S. D.

REF: PROCESO DECLARATIVO DE RESPOSSABILIDAD
DEMANDANTES: YOLIMA HERNANDEZ Y OTROS
DEMANDADOS: CLINICA JORGE PIÑEROS Y OTROS
RADICADO: 2012-589

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA.

IVAN SINESIO GOMEZ MORAD, mayor de edad, identificado con C.C. No 79.942.072 de Bogotá D.C., portador de la T.P No 131.474 de C.S. de la J. Sustento (en forma adicional y complementaria, al escrito de fecha 12 de noviembre de 2019) recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, proferida el día 6 de noviembre de 2019, por el Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá. En cumplimiento del Auto de 8 de junio de 2020, notificado por estado de 9 de junio de 2020,.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Se debe definir si la atención que se brindó a JOSÉ RAUL SÁNCHEZ CEPEDA en la IPS SALUDCOOP CALLE 104 (CLÍNICA JORGE PIÑEROS CORPAS) fue inadecuada y contribuyó al fallecimiento del paciente.

Teniendo en cuenta que (Hechos Probados en el proceso):

1. DAÑO: Muerte de José Raul Sánchez el 12 de octubre de 2006.
2. CAUSA: PROCESO INFECCIOSO (MEDIASTINITIS) que projudo deterioro progresivo, hasta el fallecimiento por paro cardiorespiratorio.
3. ERRORES DE CONDUCTA: Tras la cirugía (Remplazo Valvular) realizada el 15 de septiembre de 2006, el paciente presentó signos de infección (infección nosocomial) en el lugar de la herida quirúrgica (nivel anterior del tórax). Los cuales: 1) No fueron tratados oportunamente (se demoró el inicio de antibióticos; no hubo continuidad del tratamiento antibiótico); 2) No se realizó manejo quirúrgico (lavado del lugar de la infección) por la especialidad de cirugía torácica en forma oportuna; 3) No se brindó manejo oportuno por la especialidad de infectología.

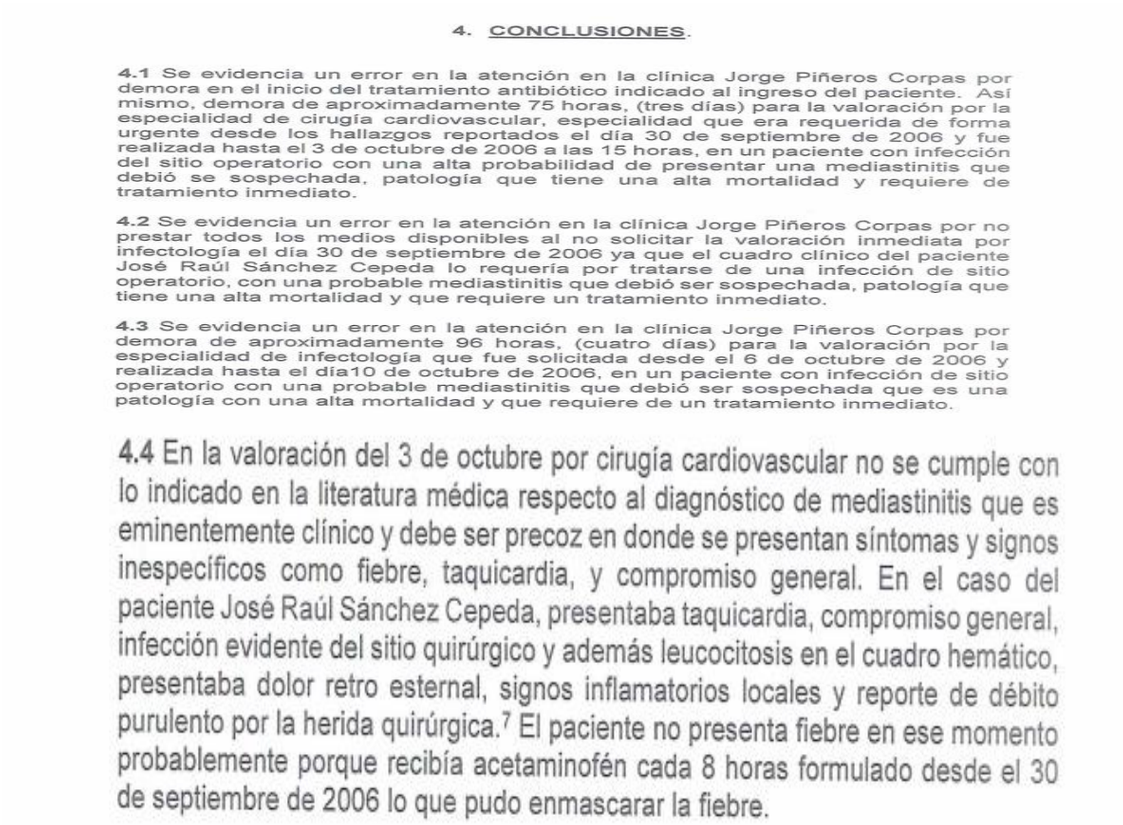
1. ARGUMENTOS DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA, POR MEDIO DE LOS CUALES SE NEGARON LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Los dos argumentos principales del Juzgado para negar las pretensiones fueron:

1) No se probó cuales fueron los errores (TARDANZAS) que supuestamente se presentaron durante la atención.
2) No se probó la relación de causalidad directa entre los supuestos erores endilgados y el fallecimiento del paciente. TENIENDO en cuenta que según lo evidenciado en la historia clínica el paciente murió por causa de un paro cardiorrespiratorio que pudo provenir de diferentes causas como lo son inestabilidad hemodinámica, ruptura de la aorta rafia, choque hipovolémico, mediastinitis.
3) Que el Dictamen Pericial, al ser relizado por un Médico Especialista en Gerncia en Salud; no era idóneo (por no acreditar en infectologia o cirugía vascular), para emitir las conclusiones del dictamen pericial.

Tal como se puede corroborar en la transcripción del audio de la audiencia, donde la señora Juez indicó:

(…) "no existe un pronunciamiento objetivo por parte del referido profesional que con lleve a establecer que efectivamente fue la demora en la atención de la subespecialidad de infectologia y cirugía cardiovascular lo que genero el deceso del paciente, en otras palabras no se consignó expresamente por parte del profesional que la presunta demora con que se trató la infección que presentó el paciente desde el 6 octubre de 2006 sea la causa determinante de su muerte , en efecto del trabajo pericial rendido por médico cirujano especialista en administración de la salud con énfasis en seguridad social DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO obrante a folios 637 -652 , se puede evidenciar que el mismo llego a las siguientes conclusiones:



4. CONCLUSIONES.

4.1 Se evidencia un error en la atención en la clínica Jorge Piñeros Corpas por demora en el inicio del tratamiento antibiótico indicado al ingreso del paciente. Así mismo, demora de aproximadamente 75 horas, (tres días) para la valoración por la especialidad de cirugía cardiovascular, especialidad que era requerida de forma urgente desde los hallazgos reportados el día 30 de septiembre de 2006 y fue realizada hasta el 3 de octubre de 2006 a las 15 horas, en un paciente con infección del sitio operatorio con una alta probabilidad de presentar una mediastinitis que debió se sospechada, patología que tiene una alta mortalidad y requiere de tratamiento inmediato.

4.2 Se evidencia un error en la atención en la clínica Jorge Piñeros Corpas por no prestar todos los medios disponibles al no solicitar la valoración inmediata por infectología el día 30 de septiembre de 2006 ya que el cuadro clínico del paciente José Raúl Sánchez Cepeda lo requería por tratarse de una infección de sitio operatorio, con una probable mediastinitis que debió ser sospechada, patología que tiene una alta mortalidad y que requiere un tratamiento inmediato.

4.3 Se evidencia un error en la atención en la clínica Jorge Piñeros Corpas por demora de aproximadamente 96 horas, (cuatro días) para la valoración por la especialidad de infectología que fue solicitada desde el 6 de octubre de 2006 y realizada hasta el día10 de octubre de 2006, en un paciente con infección de sitio operatorio con una probable mediastinitis que debió ser sospechada que es una patología con una alta mortalidad y que requiere de un tratamiento inmediato.

4.4 En la valoración del 3 de octubre por cirugía cardiovascular no se cumple con lo indicado en la literatura médica respecto al diagnóstico de mediastinitis que es eminentemente clínico y debe ser precoz en donde se presentan síntomas y signos inespecíficos como fiebre, taquicardia, y compromiso general. En el caso del paciente José Raúl Sánchez Cepeda, presentaba taquicardia, compromiso general, infección evidente del sitio quirúrgico y además leucocitosis en el cuadro hemático, presentaba dolor retro esternal, signos inflamatorios locales y reporte de débito purulento por la herida quirúrgica.[7] El paciente no presenta fiebre en ese momento probablemente porque recibía acetaminofén cada 8 horas formulado desde el 30 de septiembre de 2006 lo que pudo enmascarar la fiebre.

4.5 En las valoraciones medicas no se tuvo en cuenta los numerosos reportes de enfermería indicando secreción purulenta por la herida quirúrgica, dolor en la misma, fiebre y taquicardia, signos y síntomas indicativos de mediastinitis que indicaban una intervención quirúrgica inmediata.

4.6 Existe un error en la atención por la demora de aproximadamente 36 horas en la segunda valoración por cirugía cardiovascular desde que la especialidad de infectología solicita ese concepto el día 10 de octubre a las 9 horas, para decidir necesidad de intervención quirúrgica.

4.7 Existe un error en la atención por la demora de aproximadamente 12 horas para reintervenir quirúrgicamente al señor José Raúl Sánchez Cepeda evidenciada en el registro de enfermería en folio 179 de la historia clínica con fecha 11 de octubre de 2006 a las 19 horas donde reporta que por falta de salas de cirugía la especialidad de cirugía cardiovascular intervendrá al paciente hasta el 12 de octubre a las 7 horas, en un paciente que requería el procedimiento quirúrgico de forma inmediata.

Como bien puede evidenciarse en la prueba relacionada con antelación aunque se erige como un criterio unánime y determinante por parte del precitado galeno DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO, especialista en administración de salud con énfasis en seguridad social que en la atención brindada al paciente JOSE RAUL SANCHEZ CEPEDA (Q.E.P.D) , se presentaron diferente fallas derivadas de una inoportuna atención por parte de la subespecialistas en infectologia y cirugía cardiovascular así como también que no se tuvo en cuenta los números reportes de enfermería que indicaban la existencia de secreción purulenta postquirúrgica se advierte que no existe un criterio idóneo y justificado dentro del expediente que determine con certeza que fue la presunta tardanza en el servicio de valoración de subespecialistas la relación o causa directa de la muerte del paciente encontrándose el Despacho sin herramientas jurídicas para realizar este tipo de afirmación , téngase en cuenta que según lo evidenciado en la historia clínica el paciente murió por causa de un paro cardiorrespiratorio que pudo provenir de diferentes causas como lo son inestabilidad hemodinámica, ruptura de la aorta rafia, choque hipovolémico, mediastinitis , luego ante la falta de un criterio objetivo e idóneo que determine cuál fue la causa directa que produjo la complicación y posteriormente la muerte del paciente, no puede el Despacho establecer con certeza que efectivamente fue la tardanza en la valoración por parte del especialista la causa determinante de su deceso , para ello el perito quien además no posee especialización alguna en infectologia , cardiología u otra especialidad a fin debió conceptuar dentro de sus consideraciones que efectivamente fue la infección posquirúrgica la causa que desato todas las complicaciones que el paciente presento y que posteriormente te conllevaron a su muerte y que además fue la falta de suministros de los medicamentos idóneos para tratar la misma, la causa de la muerte , sin embargo esto no fue así, pues nada se ,dijo al respecto sin que resulte procedente presumirlo por parte del Despacho , pues la decisiones únicamente pueden basarse en las pruebas y concepto real y oportunamente aportados , téngase en cuenta y además que en la historia clínica si le fue tratada la infección desde el día 30 de septiembre de 2006"

Al no encontrarme de acuerdo, con los argumentos de la Señóra Juez, por considerar que se equivoca en sus conclusiones; además de realizar una valoración superficial de las pruebas incorporadas, se interpone el presente recurso de apelación, con fundamento en las siguientes consideraciones:

2. CONSIDERACIONES Y ARGUMENTOS DE LA APELACION INTERPUESTA.

2.1. CARGA PROBATORIA

En cumplimiento de la carga probatoria impuesta a la parte demandante, es preciso mencionar que, en el proceso de referencia, se decretaron, incorporaron y practicaron bajo el Código de procedimiento Civil, las pruebas listadas a continuación, es de saber que las mismas y su correcta valoración, son de suma importancia para conectar los errores de conducta de las demandadas con la muerte del paciente *JOSE RAUL SANCHEZ CEPEDA* (Q.E.P.D) que ocasionó un daño irreversible e irremediable a los demandantes.

Cabe anotar que, del cumplimiento de la carga probatoria, no puede decirse lo mismo, para la parte demandada, quien no mostró interés alguno en el proceso y estuvo ausente en la etapa probatorio, indicio que solicito al Honorable Tribunal se tenga en cuenta.

Desde este momento advierte la parte actora que, éstas pruebas no fueron valoradas de manera integral, por el fallador de primera instancia.

Pruebas documentales aportadas

- Artículo científico: Doherty G., Lowney J., Mason J., et. Al. WASHINGON CIRUGÍA Ed. Marbán y Escuela de Medicina de la Universidad de Washington. 2005 Cap. 36: Cirugía Cardíaca; p. 606-1Tema: Cuidados perioperatorios en cirugía cardíaca y manejo de complicaciones infecciosas Disponible en: BLAA, Sala Ciencia y Tecnología, ref,. int. 617w17C
- Artículo científico: Durán H., Arcelos I., García-Sancho L., et. Aal. COMPENDIO DE CIRUGÍA. Ed. McGraw Hill Interamericana. 2002. Sección 6: Infección Quirúrgica; p. 150-71.
- Clara L. SternL, et. Al. Mediastinitis post-quirúrgica: Estudio caso – control. Rev. Chil Infect (2002); 19 (1): 37-48.Tema: Manifestaciones Clínicas y factores de riesgo para mediastinitis postquirúrgica. Gonzalez R. Raffo M. et. Al. Mediastinitis postquirúrgica en Cirugía cardíaca. Rev. Chilena de Cirugía Vol 57 No. 3 Junio 2005; 203-208
- Factores de riesgo para la mediastinitis postquirúrgica, y factores para mortalidad por la misma.
- Méndez I. Pamplona L. Mediastinitis. Libro electrónico de temas de Urgencia. Tema: Definición, manifestaciones clínicas y diagnóstico de mediastinitis.
- Otras incorporadas con la demanda.

Pruebas documentales mediante oficio

- Historia clínica completa del paciente *JOSE RAUL SANCHEZ CEPEDA (Q.E.P. D)*, de las atenciones brindadas en la IPS CLINICA JORGE PIÑEROS CORPAS.

Testimonio TECNICO.

- Dr. Pedro Nel Rodríguez

Dictamen pericial

- Emitido por el Dr. DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO, Médico Cirujano de la Pontificia Universidad Javeriana, Especialista en Administración en salud.

Lo anterior muestra, que contrario a lo que expresa el fallador, la carga probatoria por la parte actora se cumplió en debida forma, y se le proporcionaron las herramientas al fallador para realizar una valoración correcta de cada de ellas.

2.2. IDONEIDAD DEL PERITO -DEFECTO PROCEDIMENTAL, POR EXCESO RITUAL MANIFESTÓ

Respecto al perito el Dr. DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO, menciona la señora Juez que no lo considera idóneo y objetivo para determinar errores de conducta en especialidades de infectologia y medicina cardiovascular. Criterio que debo reprocahar, en tanto el Dr. DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO es médico Cirujano de la Universidad Javeriana, con especialización en Administración de la salud y con experiencia soportada.

NO es correcto, como lo menciona el Juzgador, que el hecho de no ostentar un título de infectologia o cirugía cardiovascular le limite técnicamente para dar su concepto científico, pues como se puede evidenciar en su experticia tiene amplio conocimiento en medicina y su concepto esta soportado en literatura médica y científica.

Además, es necesario resaltar que lo mencionado en el art 227 C.G.P el cual refiere, *"el dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado"* no es otra cosa, que en casos de responsabilidad medica el experto idóneo deba ser un médico.

Ahora bien, el concepto del Dr. DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO, plasmado en el dictamen pericial esta soportado por una amplia y contundente literatura médica y científica, sobre el tema en particular, que no fue analizada por el fallador de primera instancia.

Contrario a lo que argumenta el fallador, la especialidad en Administración en Salud, permite al perito realizar un dictamen con visión amplia acerca de las obligaciones que tienen las instituciones prestadoras de salud, en cumplir estrictamente los protocolos y guías médicas, frente a patologías tan específicas como la mediastinitis.

Esbozado lo anterior, el fallador incurre en un defecto procedimental por ritual manifiesto, en tanto realiza una apegada interpretación al artículo 227 C.G.P, con referencia a la especialización del perito y de manera anticipada crea un sesgo sobre el concepto que éste genera en la experticia aportada, lo anterior ocasionó por una inferencia lógica que los hallazgos que plasmó el perito, conceptos y conclusiones no fueran suficientes.

En el argumento del fallador sin lugar a duda, atenta con lo consagrado en nuestra Constitución Política en su artículo 228 .

Con referencia al defecto procedimental por ritual manifiesto ha establecido la corte constitucional en SU 355-17 lo siguiente:

> *"Breve caracterización del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto.*
>
> *3.6. (…) El defecto procedimental, que se puede estructurar a partir de dos formas: (i) la absoluta, que se presenta en los eventos donde el funcionario judicial sigue un procedimiento diferente al establecido en la ley, u omite alguna de las principales fases del proceso y quebranta los derechos de defensa y contradicción de las partes; y (ii)* ***por exceso ritual manifiesto, el cual se manifiesta cuando el fallador desconoce el contenido del artículo 228 de la Constitución Política, en tanto le impide a las personas el acceso a la administración de justicia[19] y el deber de dar prevalencia al derecho sustancial.*** *(negrita fuera de texto)*
>
> *En ese sentido, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta en los casos donde el juez o magistrado obstaculiza "la efectividad de los derechos constitucionales por motivos formales"[20], es decir, el procedimiento es una barrera para la eficacia del derecho sustancial y en ese sentido, deniegan justicia, por "(i) aplicar disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; (ii) exigir el cumplimiento de requisitos formales de forma irreflexiva y que en determinadas circunstancias puedan constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada; o (iii)* ***, incurrir en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas"[21]. (negrita fuera de texto)***

Igualmente, esta Corporación ha reiterado que el funcionario judicial "incurre en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando (i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, ***(ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto****, (iii) por la aplicación en exceso rigurosa del derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales"*[22]*.* ***(negrita fuera de texto)***

Aunado a lo anterior, el fallador desconoce, lo establecido el artículo 232 del C.G.P , en virtud del cual "el juez apreciara el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana critica, teniendo en cuenta (…) las demás pruebas que obren dentro del proceso. En consonancia, señala el artículo 176 ibídem que las pruebas deben ser apreciadas conforme a la sana critica, se resalta que, este estándar probatorio comprende, la lógica, el sentido común, las reglas de la experiencia y los conocimientos básicos sobre las ciencias, artes y tradiciones.

2.3. CONEXIÓN DIRECTA ENTRE ERRORES DE CONDUCTA Y NEXO CAUSAL

Menciona el fallador que, "*no existe un criterio idóneo y justificado dentro del expediente que determine con certeza que fue la presunta tardanza en el servicio de valoración de su-bespecialistas la relación o causa directa de la muerte" además agrega que* debido a la naturaleza del asunto, esto es, la responsabilidad médica, la prueba técnica (dictamen pericial) debe precisarle con exactitud (literalidad) y certeza que las acciones y omisiones que se alegan se conectan ineludiblemente con el daño ocasionado y de no ser así, por no ser un tema de su especialidad no puede realizar ningún otro tipo de análisis.

En síntesis, el fallador refiere, que no obraban elementos científicos que permitieran con exactitud determinar que los errores de conducta reprochados contribuyeron a la producción de la muerte del paciente JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D), pues a su juicio el perito Dr. DANIEL ORLANDO ALVARADO no indico de forma expresa que la causa del deceso fue la demora en el tratamiento de la mediastinitis.

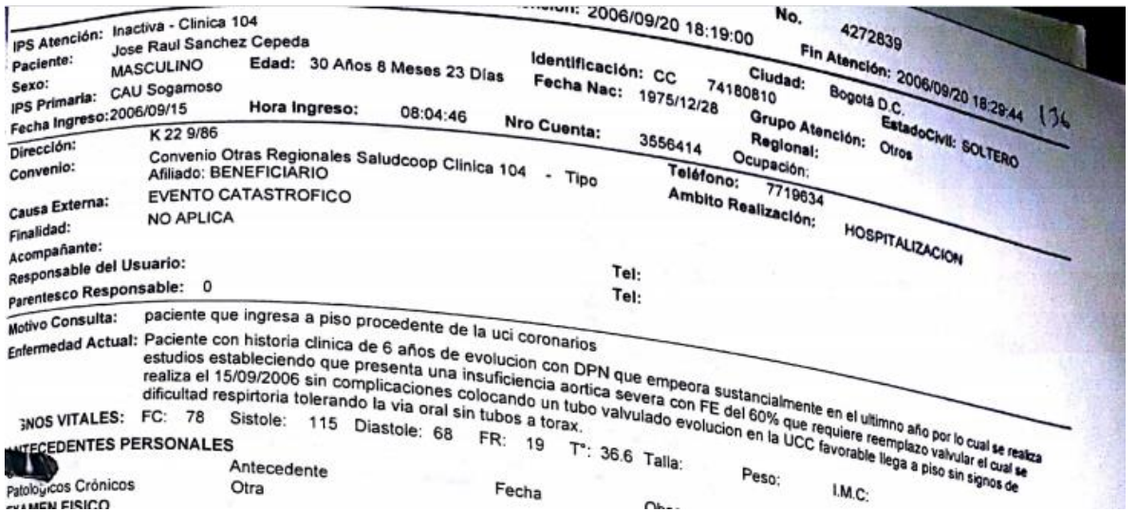
De acuerdo a lo anterior, me permito advertir que, en el fallo proferido en primera instancia, además de lo anterior relacionado, se configuraron sin lugar a duda las siguientes situaciones, que serán esbozadas de manera minuciosa.

- DEFECTO FACTICO POR INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA.
- RESOLUCIÓN ERRÓNEA DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

2.3.1. DEFECTO FACTICO POR INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA.

Como se puso en conocimiento al empezar esta argumentación, la parte demandante incorporo en debida forma, pruebas documentales, testimoniales y periciales con el fin de proporcionarle todas las herramientas probatorias posibles al fallador, sin embargo, se observa que su valoración no fue integral y contiene deficiencias.

Conforme con los registros de la historia clínica, el 15 de septiembre de 2006 al paciente de 30 años el señor paciente JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D), le fue realizado un procedimiento quirúrgico de reemplazo valvular aórtico.



IPS Atención: Inactiva - Clinica 104 — Fecha Atención: 2006/09/20 18:19:00 — No. 4272839
Paciente: Jose Raul Sanchez Cepeda — Identificación: CC 74180810 — Ciudad: Bogotá D.C. — Fin Atención: 2006/09/20 18:29:44
Sexo: MASCULINO — Edad: 30 Años 8 Meses 23 Días — Fecha Nac: 1975/12/28 — EstadoCivil: SOLTERO
IPS Primaria: CAU Sogamoso — Grupo Atención: Otros
Fecha Ingreso: 2006/09/15 — Hora Ingreso: 08:04:46 — Nro Cuenta: 3556414 — Regional:
Dirección: K 22 9/86 — Ocupación:
Convenio: Convenio Otras Regionales Saludcoop Clinica 104 - Tipo — Teléfono: 7719634
Afiliado: BENEFICIARIO — Ambito Realización: HOSPITALIZACION
Causa Externa: EVENTO CATASTROFICO
Finalidad: NO APLICA
Acompañante:
Responsable del Usuario: — Tel:
Parentesco Responsable: 0 — Tel:

Motivo Consulta: paciente que ingresa a piso procedente de la uci coronarios

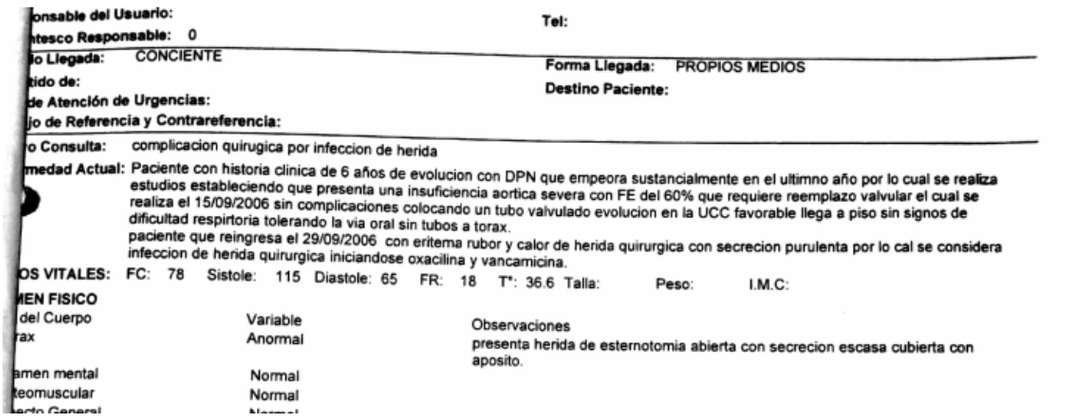
Enfermedad Actual: Paciente con historia clinica de 6 años de evolucion con DPN que empeora sustancialmente en el ultimno año por lo cual se realiza estudios estableciendo que presenta una insuficiencia aortica severa con FE del 60% que requiere reemplazo valvular el cual se realiza el 15/09/2006 sin complicaciones colocando un tubo valvulado evolucion en la UCC favorable llega a piso sin signos de dificultad respirtoria tolerando la via oral sin tubos a torax.

SIGNOS VITALES: FC: 78 Sistole: 115 Diastole: 68 FR: 19 T°: 36.6 Talla: Peso: I.M.C:

ANTECEDENTES PERSONALES

	Antecedente		
Patologicos Crónicos	Otra	Fecha	

EXAMEN FISICO



Responsable del Usuario: — Tel:
Parentesco Responsable: 0
Modo Llegada: CONCIENTE — Forma Llegada: PROPIOS MEDIOS
Medio de: — Destino Paciente:
Servicio de Atención de Urgencias:
Motivo de Referencia y Contrareferencia:

Motivo Consulta: complicacion quirugica por infeccion de herida

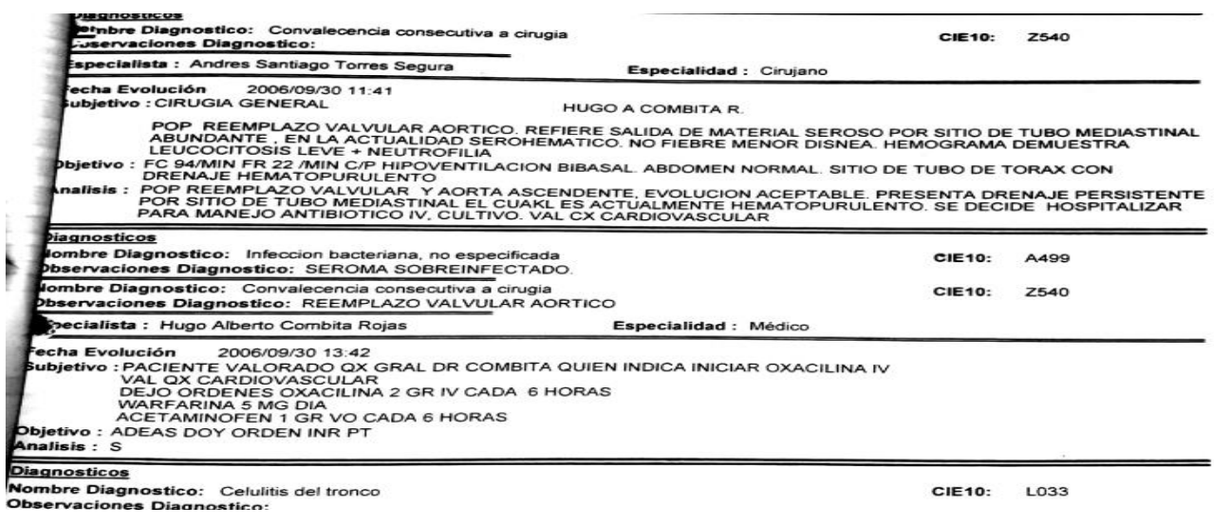
Enfermedad Actual: Paciente con historia clinica de 6 años de evolucion con DPN que empeora sustancialmente en el ultimno año por lo cual se realiza estudios estableciendo que presenta una insuficiencia aortica severa con FE del 60% que requiere reemplazo valvular el cual se realiza el 15/09/2006 sin complicaciones colocando un tubo valvulado evolucion en la UCC favorable llega a piso sin signos de dificultad respirtoria tolerando la via oral sin tubos a torax.
paciente que reingresa el 29/09/2006 con eritema rubor y calor de herida quirurgica con secrecion purulenta por lo cal se considera infeccion de herida quirurgica iniciandose oxacilina y vancamicina.

SIGNOS VITALES: FC: 78 Sistole: 115 Diastole: 65 FR: 18 T°: 36.6 Talla: Peso: I.M.C:

EXAMEN FISICO

Aspecto del Cuerpo	Variable	Observaciones
Torax	Anormal	presenta herida de esternotomia abierta con secrecion escasa cubierta con aposito.
Examen mental	Normal	
Osteomuscular	Normal	
Aspecto General	Normal	

La historia clínica demuestra que 14 días después de la cirugía, ingreso el 29 de septiembre de 2006 a la CLINICA JORGE PIÑEROS CORPAS, presentando eritema (Enrojecimiento de la piel debido al aumento de la sangre contenida en los capilares) , calor, rubor en área quirúrgica y secreción purulenta a través de esta, para ese momento el MEDICO HUGO ALBERTO COMBITA ROJAS, ordenando al paciente iniciar OXACILINA IV 2 GR CADA 6 HORAS +WARAFARINA Y ACETAMINOFEN, e indicar que el paciente debía ser valorado por CIRUGIA CARDIOVASCULAR.



Diagnosticos
Nombre Diagnostico: Convalecencia consecutiva a cirugia — CIE10: Z540
Observaciones Diagnostico:
Especialista : Andres Santiago Torres Segura — Especialidad : Cirujano

Fecha Evolución 2006/09/30 11:41
Subjetivo : CIRUGIA GENERAL — HUGO A COMBITA R.
POP REEMPLAZO VALVULAR AORTICO. REFIERE SALIDA DE MATERIAL SEROSO POR SITIO DE TUBO MEDIASTINAL ABUNDANTE , EN LA ACTUALIDAD SEROHEMATICO. NO FIEBRE MENOR DISNEA. HEMOGRAMA DEMUESTRA LEUCOCITOSIS LEVE + NEUTROFILIA
Objetivo : FC 94/MIN FR 22 /MIN C/P HIPOVENTILACION BIBASAL. ABDOMEN NORMAL. SITIO DE TUBO DE TORAX CON DRENAJE HEMATOPURULENTO
Analisis : POP REEMPLAZO VALVULAR Y AORTA ASCENDENTE, EVOLUCION ACEPTABLE. PRESENTA DRENAJE PERSISTENTE POR SITIO DE TUBO MEDIASTINAL EL CUAKL ES ACTUALMENTE HEMATOPURULENTO. SE DECIDE HOSPITALIZAR PARA MANEJO ANTIBIOTICO IV. CULTIVO. VAL CX CARDIOVASCULAR

Diagnosticos
Nombre Diagnostico: Infeccion bacteriana, no especificada — CIE10: A499
Observaciones Diagnostico: SEROMA SOBREINFECTADO.
Nombre Diagnostico: Convalecencia consecutiva a cirugia — CIE10: Z540
Observaciones Diagnostico: REEMPLAZO VALVULAR AORTICO
Especialista : Hugo Alberto Combita Rojas — Especialidad : Médico

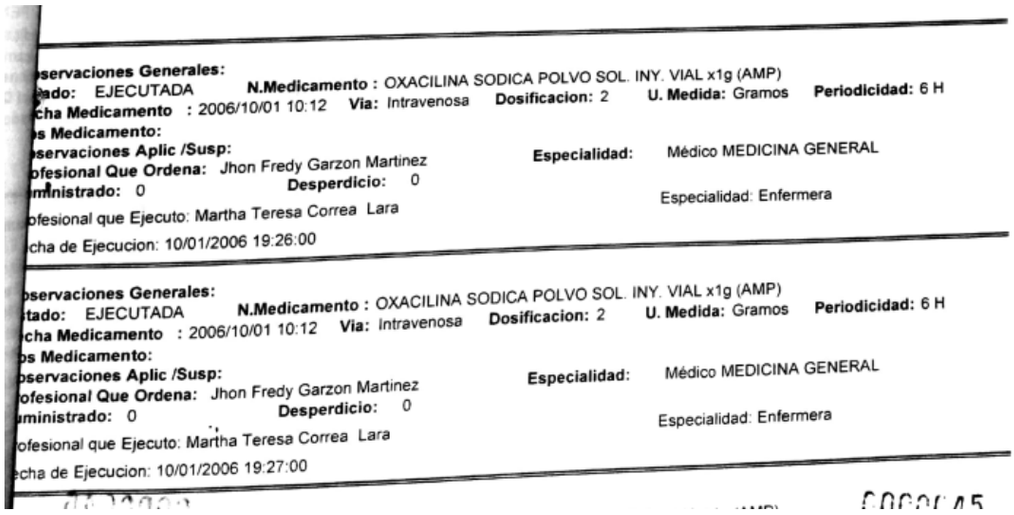
Fecha Evolución 2006/09/30 13:42
Subjetivo : PACIENTE VALORADO QX GRAL DR COMBITA QUIEN INDICA INICIAR OXACILINA IV
VAL QX CARDIOVASCULAR
DEJO ORDENES OXACILINA 2 GR IV CADA 6 HORAS
WARFARINA 5 MG DIA
ACETAMINOFEN 1 GR VO CADA 6 HORAS
Objetivo : ADEAS DOY ORDEN INR PT
Analisis : S

Diagnosticos
Nombre Diagnostico: Celulitis del tronco — CIE10: L033
Observaciones Diagnostico:

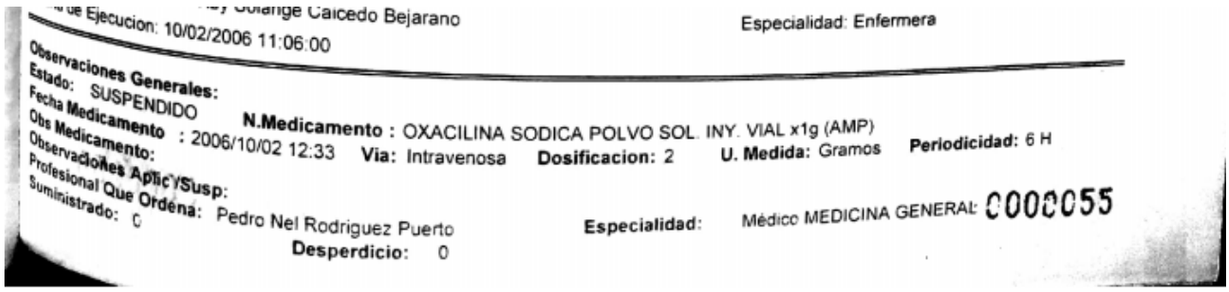
la historia clínica demuestra que el medicamento denominado OXACILINA [i],que fue ordenado al paciente a su ingreso, inicio solo hasta el 1 de octubre de 2006 a las 11:35, aproximadamente 24 horas después a lo ordenado, hasta ese momento, UNICAMENTE, se le había administrado

ACETAMINOFEN, pese al cuadro clínico evidente del paciente, el cual era eritema (Enrojecimiento de la piel debido al aumento de la sangre contenida en los capilares) , calor, rubor en área quirúrgica y secreción purulenta, además, sin razón alguna, que soporte la historia clínica fue suspendido el 2/10/20006.

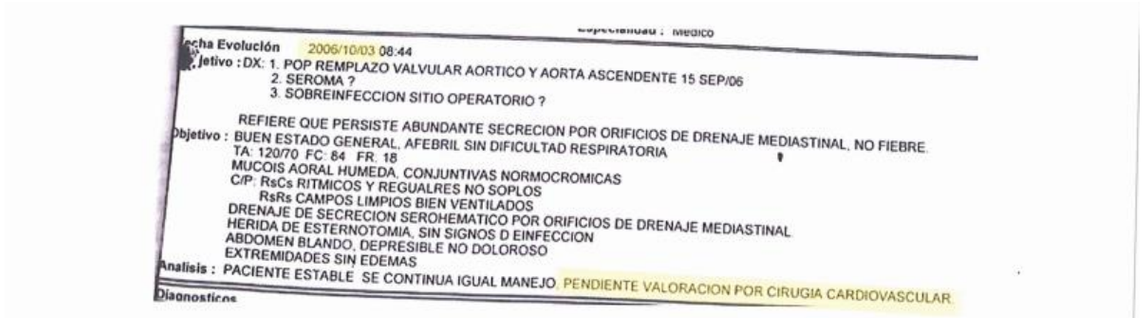
a) Inicio de aplicación de la OXACILINA



b) Suspensión de aplicación de OXACILINA

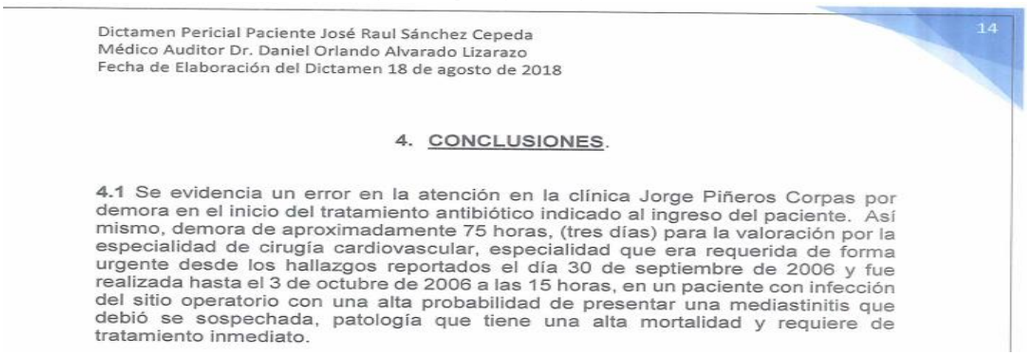


c) Demora en la Valoración Por Cirugía Cardio Vascular: Se acreditó, de acuerdo los registros de las historias clínicas, que la valoración por CIRUGIA CARDIOVASCULAR, no se realizó los días 30,31 de septiembre, ni los días 1,2,3 de octubre, es de resaltar que en los registros de la historia clínica, del día 3 de octubre de 2006, se puede apreciar que dicha valoración seguía pendiente.



Aunado a lo anterior, en el dictamen pericial rendido por el DR DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO, posterior a una explicación detallada, exhaustiva y cronológica de la historia del cliente del paciente, en sus hallazgos (pagina 14 del dictamen pericial) refiere claramente la mora de la CLINICA PIÑEROS CORPAS en la valoración por cirugía cardiovascular, la cual estaba

solicitada desde el día 30 de septiembre de 2006, e identifica en esta conducta un error de manejo, pues de trataba de una patología que requería tratamiento inmediato.



Dictamen Pericial Paciente José Raul Sánchez Cepeda
Médico Auditor Dr. Daniel Orlando Alvarado Lizarazo
Fecha de Elaboración del Dictamen 18 de agosto de 2018

14

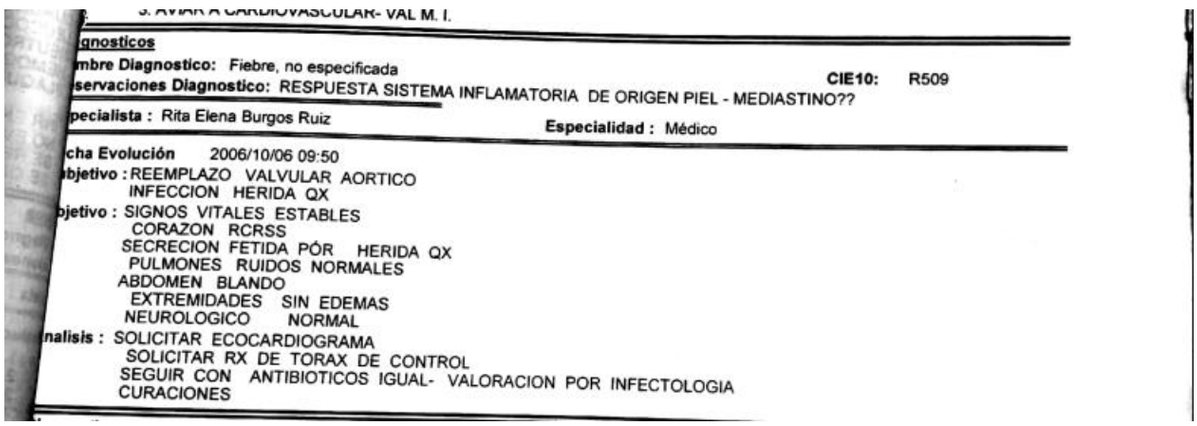
4. CONCLUSIONES.

4.1 Se evidencia un error en la atención en la clínica Jorge Piñeros Corpas por demora en el inicio del tratamiento antibiótico indicado al ingreso del paciente. Así mismo, demora de aproximadamente 75 horas, (tres días) para la valoración por la especialidad de cirugía cardiovascular, especialidad que era requerida de forma urgente desde los hallazgos reportados el día 30 de septiembre de 2006 y fue realizada hasta el 3 de octubre de 2006 a las 15 horas, en un paciente con infección del sitio operatorio con una alta probabilidad de presentar una mediastinitis que debió se sospechada, patología que tiene una alta mortalidad y requiere de tratamiento inmediato.

Como lo indica el perito experto, la mora presentada, aumento el riesgo del paciente a presentar una mediastinitis, patología que tiene una alta mortalidad y requería de tratamiento inmediato. Dicho concepto, esta soportado en la literatura médica, anexa a la experticia presentada.

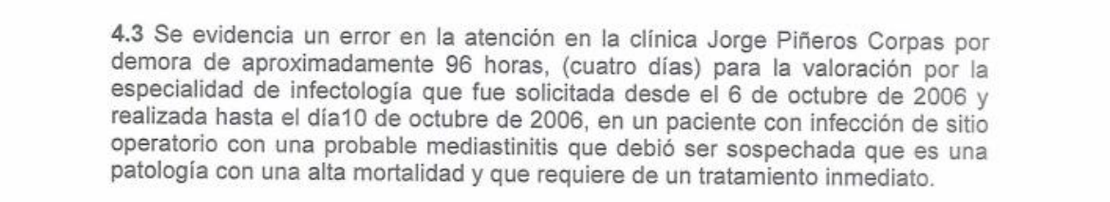
d) Demora en la Valoración por Infectología: De la misma manera se demostró a través de las historias clínicas que existió retardo en la atención por infectologia, no solo porque fue solicitada tarde, la intervención de ésta especialidad, sino porque también como ocurrió con el cirujano cardiovascular, la valoración NO se realizó con la inmediatez que exigía la condición del paciente.

Como se puede evidenciar en la historia clínica la solicitud por infectologia se realizó HASTA el 6 de octubre de 2006,



...AVIAR A CARDIOVASCULAR- VAL M. I.
...gnosticos
...mbre Diagnostico: Fiebre, no especificada CIE10: R509
...servaciones Diagnostico: RESPUESTA SISTEMA INFLAMATORIA DE ORIGEN PIEL - MEDIASTINO??
...pecialista : Rita Elena Burgos Ruiz Especialidad : Médico
...cha Evolución 2006/10/06 09:50
...bjetivo : REEMPLAZO VALVULAR AORTICO
INFECCION HERIDA QX
...jetivo : SIGNOS VITALES ESTABLES
CORAZON RCRSS
SECRECION FETIDA PÓR HERIDA QX
PULMONES RUIDOS NORMALES
ABDOMEN BLANDO
EXTREMIDADES SIN EDEMAS
NEUROLOGICO NORMAL
...nalisis : SOLICITAR ECOCARDIOGRAMA
SOLICITAR RX DE TORAX DE CONTROL
SEGUIR CON ANTIBIOTICOS IGUAL- VALORACION POR INFECTOLOGIA
CURACIONES

Igualmente se demostró el retardo de la valoración que requería el paciente por la especialidad de infectologia, conforme lo indica el Dr. DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO en su experticia (página 14 del dictamen pericial)



4.3 Se evidencia un error en la atención en la clínica Jorge Piñeros Corpas por demora de aproximadamente 96 horas, (cuatro días) para la valoración por la especialidad de infectología que fue solicitada desde el 6 de octubre de 2006 y realizada hasta el día10 de octubre de 2006, en un paciente con infección de sitio operatorio con una probable mediastinitis que debió ser sospechada que es una patología con una alta mortalidad y que requiere de un tratamiento inmediato.

solo hasta el 10 de octubre de 2006, se evidencia la tan esperada valoración por infectologia, donde por supuesto y como era de esperarse el estado general del paciente es REGULAR, se evidenciaba ABUNDANTE SECRECION POR HERIDA QUIRURGICA, DOLOR TORACICO Y FIEBRE.

Esta situación, como ya se indicó no solo genero un deterioro evidente en la salud del paciente, si no también, produjo un retraso en la administración de los antibióticos necesarios para tratar la patología, se destaca, en consonancia con la experticia citada, que el pronóstico del paciente depende del DIAGNOSTICO Y TRATAMIENTO OPORTUNO.

Como lo evidencia la historia clínica el paciente desde su ingreso a la institución prestadora de servicios de salud, cursaba con manifestaciones clínicas que incluían eritema, calor, rubor, en área quirúrgica y secreción purulenta a través de esta. Conforme a la experticia elaborada por el DR DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO, se trata de manifestaciones clínicas propias de una infección en sitio operatorio, derivado de la cirugía de remplazo valvular aórtico. sobre los signos de la infección, indico el experto:

> Ocurre dentro de los 30 días siguientes a la cirugía. La infección implica sólo piel o tejido subcutáneo y por lo menos uno de los siguientes criterios: 1. Secreción purulenta de la incisión, con o sin confirmación del laboratorio. 2. Identificación de microorganismos aislados en un cultivo obtenido asépticamente del líquido o tejido de la incisión superficial. 3. Al menos uno de los siguientes signos o síntomas de infección: dolor o hipersensibilidad, edema local, eritema o calor y que la incisión superficial esté deliberadamente abierta por el cirujano. 4. Diagnóstico de ISO superficial realizado por el cirujano o médico tratante.

Los signos que presentaba el paciente JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D) eran suficientes para advertir la presencia de una infección en la zona de cirugía. Según la experticia citada:

> **3.4 Las manifestaciones clínicas son suficientes para configurar al menos sospecha de INFECCIÓN postquirúrgica?**
>
> En el caso de la mediastinitis el diagnóstico es eminentemente clínico y debe ser precoz, se presentan signos y síntomas inespecíficos como fiebre, taquicardia y compromiso del estado general, también se presentan signos y síntomas más específicos, como el dolor retroesternal, la inestabilidad esternal, signos inflamatorios locales o débito purulento en los drenes.

De la misma manera obra en el plenario prueba documental N° 26 aportada con la demanda, obrante a folio 189-191, literatura médica titulada "Definición, manifestaciones clínicas y diagnóstico de la mediastinitis" el cual refiere la celeridad y determinación con la que se debe manejar este tipo de patología.

Diagnóstico

La diligencia y determinación en el diagnóstico desde su sospecha son determinantes para el pronóstico (la demora diagnóstica y el incorrecto drenaje son los principales condicionantes de la mortalidad tras el diagnóstico)

Hemograma, bioquímica, coagulación y hemocultivos
ECG: Puede observarse elevación de ST en todas las derivaciones excepto en aVR
Radiología: Cervical AP y lateral y tórax PA y lateral:
- Ensanchamiento del espacio retrocervical más del doble de la anchura del cuerpo vertebral (de normal más estrecho) con o sin nivel hidroaéreo.
- Desplazamiento anterior de la vía aérea.
- Enfisema mediastínico
- Corrección de la lordosis cervical
- Derrame pleural, derrame pericárdico.

TAC: Ante sospecha cierta no debe demorarse esta exploración que nos puede mostrar aumento de partes blandas, presencia de abscesos, gas o compresión de estructuras mediastínicas. Extensión bajo T4. Afectación pericárdica o pleural.

Libro electrónico de Temas de Urgencia

El perito DANIEL ORLANDO ALVARADO LIZARAZO, así mismo señalo que ante la configuración de la sospecha de infección debió ejecutarse tratamiento de manera inmediata

3.2 El pronóstico de una infección tipo MEDIASTINITIS depende del tiempo y rapidez del momento del diagnóstico, y del manejo antibiótico que se utilice?

Según la literatura médica del año 2005 la letalidad de la mediastinitis tiene un rango de 8.6 a 40%. Y, depende del diagnóstico y tratamiento oportuno. Por lo tanto, la principal recomendación que incide en el pronóstico es que el tratamiento sea precoz. El tratamiento es quirúrgico y antimicrobiano y ambos deben ejecutarse tan pronto como haya sospecha clínica del diagnóstico.[1]Por lo cual la oportunidad y diligencia del tratamiento influyen en el pronóstico del paciente.

3.3 Cuáles son las manifestaciones clínicas de una infección del sitio operatorio, particularmente de cirugía cardíaca de remplazo valvular aórtico vía esternotomía?

El retraso en cada una de las valoraciones requeridas por el paciente, la impericia y la negligencia de las entidades demandadas, evitaron tener un diagnostico a tiempo, PESE A QUE ERA EVIDENTE, cada día que paso sin ser visto por cirujano cardiovascular y por infectologia, tratado con acetaminofén, ocasionaron la perdida de la ventana terapéutica del paciente y aumentaron el riesgo de muerte sin lugar a duda.

EN ESTE MOMENTO SU SEÑORIA, SOLO CON LA APRECIACION DE LAS HISTORIAS CLINICAS ESTAS, YA DAN FE, DE UN DETERIORO PROFUNDO EN LA SALUD DEL PACIENTE DE 30 AÑOS DE EDAD, POR TAL RAZON ES INCOCEBIBLE QUE EL FALLADOR, INCLUSO REFIERA EN ALGUNOS DE SUS APARTES, QUE EL PACIENTE MOSTRO UNA "NOTABLE MEJORIA"

Ahora bien, dentro del proceso de referencia, se practicó en debida forma el testimonio Técnico del médico PEDRO NEL RODRIGUEZ, en audiencia de pruebas, el día 4 de julio de 2017, quien fue enfático, en mencionar la importancia que tiene para un diagnóstico y tratamiento oportuno la asistencia inmediata de las especialidades de infectologia y cirugía cardiovascular.

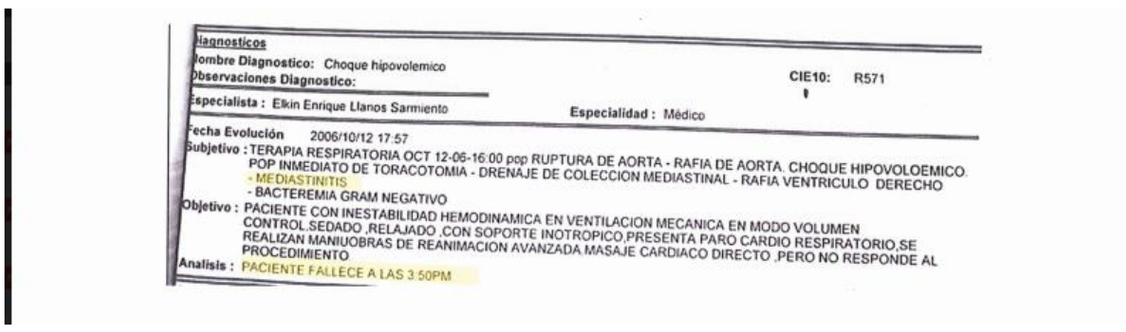
> *"PREGUNTADO: ¿De acuerdo a su conocimiento y experticia indíquenos si la mediastinitis, es un evento que se puede que se puede derivar de un proceso infeccioso, en el lugar quirúrgico donde se realizó la cirugía cardiovascular a José Raúl y por qué motivo?*
> *CONTESTO: la mediastinitis está contemplada como una posible complicación de un procedimiento quirúrgico dependiendo de múltiples factores como patologías asociadas o inmunosupresión por diversas causas en la generalidad de los pacientes*
> *PREGUNTADO: Indíquenos cuál es la importancia de un diagnóstico oportuno y tratamiento inmediato en un paciente con mediastinitis, indicando si esta infección es grave y puede producir la muerte*
> *CONTESTO: Cualquier diagnostico infeccioso puede llevar a complicaciones mayores si no se diagnostica a tiempo incluyendo el diagnostico de mediastinitis para lo cual se deberá seguir el protocolo correspondiente de acuerdo a los múltiples factores desencadenantes.*
> *PREGUNTADO: ¿De acuerdo a su conocimiento y experiencia, por favor indíquenos por que en algunas oportunidades es importante además el tratamiento antibiótico, el lavado quirúrgico del mediastino, pericardio y demás zonas adyacentes en casos de infección como la mediastinitis?*
> *CONTESTO: **En los casos en que se confirma la infección en mediastino y presencia de colecciones se indican tratamiento antibiótico y el lavado correspondiente, porque si no se drenan las colecciones el proceso infeccioso puede complicar el estado general**.*
> *PREGUNTADO: ¿En aquella época el responsable de realizar los lavados quirúrgicos en mediastinos eran los cirujanos cardiovasculares?*

CONTESTO: En la época como médico hospitalario registraba la valoración ya solicitada desde el ingreso para cirugía cardiovascular y una vez ellos la realizaban determinaban si era necesaria quien realizaba el lavado quirúrgico.
PREGUNTADO: ¿En la época en que trabajo como médico hospitalario de la Clínica Jorge Piñeros Corpas tras la solicitud de valoración por cirugía cardiovascular e infectologia, en materia de calidad en cuanto tiempo se esperaba que estos servicios brindaran su apoyo, y cómo funcionaba en la institución en ese momento?
CONTESTO: Para la época y de acuerdo a la historia clínica el paciente fue valorado por cirugía general quienes iniciaron el manejo y solicitaron la valoración por cirugía cardiovascular , dicha solicitud de valoración la pasaban a la coordinación del servicio donde estaba el paciente y de allí se le notificaba a la especialidad, no recuerdo exactamente para la época cuanto tiempo tardaban en contestar la solicitud pero normalmente en las siguientes 24 o 48 horas ya debía estar la respuesta, de igual manera para infectologia se seguía con el mismo proceso.
PREGUNTADO: ¿De acuerdo a su conocimiento y experiencia por favor indíquenos porque es importante que la respuesta a una interconsulta como cirugía cardiovascular e infectologia se realice lo más pronto posible y tal como usted lo indico en respuesta anterior que fuera a más tardar dentro de las siguientes 24 a 48 horas?
CONTESTO: Es importante la respuesta a las interconsultas se realicen para establecer por parte de las especialidades interconsultantes de acuerdo a cada uno de los pacientes si se requieren manejos adicionales o diferentes o confirman los que ya están iniciados"

El anterior testimonio técnico, tampoco fue tenido en cuenta, ni valorado de manera integral con las historias clínicas y el dictamen pericial, razón por la cual, considera la parte demandante que el fallador si tenía las herramientas técnicas y científicas, para determinar la existencia ineludible de la causalidad entre los hechos y el daño causado.

e) CAUSA DE LA MUERTE: LA MEDIASTINIS COMO FACTOR DETERMINANTE AL FALLECIMIENTO DE JOSÉ RAUL

De acuerdo con los registros de la historia clínica el 12 de octubre de 2006, la mediastinitis reporta dentro de las causales de muerte y fue precisamente dicha patología que lo llevo a esa segunda intervención quirúrgica, que presento otras complicaciones en efecto por para ese momento la salud del paciente ya estaba deteriorada, a causa del actuar tardío de las demandadas.


Diagnosticos
Nombre Diagnostico: Choque hipovolemico
Observaciones Diagnostico:
CIE10: R571
Especialista : Elkin Enrique Llanos Sarmiento
Especialidad : Médico
Fecha Evolución 2006/10/12 17:57
Subjetivo : TERAPIA RESPIRATORIA OCT 12-06-16:00 pop RUPTURA DE AORTA - RAFIA DE AORTA. CHOQUE HIPOVOLOEMICO. POP INMEDIATO DE TORACOTOMIA - DRENAJE DE COLECCION MEDIASTINAL - RAFIA VENTRICULO DERECHO - MEDIASTINITIS - BACTEREMIA GRAM NEGATIVO
Objetivo : PACIENTE CON INESTABILIDAD HEMODINAMICA EN VENTILACION MECANICA EN MODO VOLUMEN CONTROL,SEDADO ,RELAJADO ,CON SOPORTE INOTROPICO,PRESENTA PARO CARDIO RESPIRATORIO,SE REALIZAN MANIUOBRAS DE REANIMACION AVANZADA,MASAJE CARDIACO DIRECTO ,PERO NO RESPONDE AL PROCEDIMIENTO
Analisis : PACIENTE FALLECE A LAS 3:50PM

Teniendo en cuenta estas consideraciones, ,no es plausible que el juez de primera instancia considere que en el proceso no existieron elementos técnicos que permitieran asignar un nexo causal entre los errores de conducta de las instituciones demandadas y la precipitada muerte del paciente de 30 años es el señor JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D), lo anterior considerando que los registros de la historia clínica aportados correctamente al proceso, son claros al indicar que entre las causas de muerte el paciente se encontraba la mediastinitis, La causalidad entre los errores y el daño es evidente.

La causalidad entre los errores y el daño es evidente, ante la aparición de la sospecha debió iniciarse de forma INMEDIATA el tratamiento correspondiente, el mismo dictamen indico que el tratamiento oportuno mejora el pronóstico del paciente. Igualmente, aseveró que el no haber brindado un tratamiento INMEDIATO constituye un error en la atención brindada al paciente de 30 años JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D). En ese sentido es claro que el manejo de antibiótico precoz y oportuno efectuado ante la sospecha derivada de las manifestaciones clínicas que presentaba el paciente, hubiera permitido conjurar los efectos nocivos de la infección, la cual. fue registrada en la historia clínica como causa del deceso del paciente.

Deviene evidente, en consecuencia, el yerro en que incurrió el fallador de primera instancia, toda vez que omitió las reglas sobre apreciación probatoria, al no estudiar de forma integral la totalidad de elementos de conocimiento debidamente incorporados al proceso. Concatenando los registros de las historias clínicas con lo señalado por el perito y lo relacionado en la literatura médica aportada, es perfectamente posible inferir que la causa del fallecimiento del señor paciente JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D) fue a causa del diagnóstico y tratamiento TARDIO, de la infección, mediastinitis.

Razón por la cual no tiene asidero alguno las consideraciones realizadas por el fallador, al afirmar, con base en el diagnóstico de muerte reflejado en la historia clínica, que no era posible concluir que la mediastinitis fue la causa principal de la muerte del paciente.

Es razonable concluir que todas y cada una de las condiciones registradas en la historia clínica como diagnóstico de muerte con llevan a la muerte, el ejemplo para figurarlo es que un paciente que tiene cáncer puede morir de un paro respiratorio, pero con ocasión a su patología y bajo estas circunstancias la causa de su muerte únicamente no puede ser el paro cardiorrespiratorio.

Es preciso reiterar que el fallador desconoce, *lo establecido el artículo 232 del CGP , en virtud del cual "el juez apreciara el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana critica, teniendo en cuenta (…) las demás pruebas que obren dentro del proceso. En consonancia, señala el artículo 176 ibídem que las pruebas deben ser apreciadas conforme a la sana critica, se resalta que, este estándar probatorio comprende, la lógica, el sentido común, las reglas de la experiencia y los conocimientos básicos sobre las ciencias, artes y tradiciones.*

Incluso lo que ha manifestado la Honorable corte constitucional:

> *"Sobre la sana crítica,*
>
> > *"Ese concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.*
> >
> > *Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.*
> >
> > *El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería*

sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"[48].

Por su parte, esta Corporación señaló que el sistema de la sana crítica o persuasión racional, es aquel en que el "juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia". Sistema que igualmente, requiere motivación, la cual consiste en la exposición de las razones que el juez ha tenido para determinar el valor de cada una de las pruebas, con fundamento en las reglas citadas[49].
5.3.6. Lo anterior significa que el juez cuenta con autonomía e independencia para valorar las pruebas que se aportan al proceso. Ese análisis probatorio debe realizarse de manera conjunta, descartando las pruebas ilegales, las que no fueron aportadas oportunamente y justificando el valor que se le da a aquellas que sustentan la decisión"

Esbozado lo anterior, considera la parte actora que en el fallo atacado se incurre en un defecto factico por una defectuosa valoración probatoria y así lo ha considerado la corte constitucional en sentencia SU 335-17

"DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

Una positiva, que se presenta cuando el Despacho resuelve el caso con fundamento en pruebas ilícitas, inconducentes o impertinentes y, por lo mismo, su actuación se tacha de ilegal. En otras palabras, en su versión positiva, el debate gira en torno a la actuación judicial (la valoración realizada por el juzgador) que termina siendo inadecuada, en tanto utiliza medios de prueba no aptos para tomar una correcta decisión. Sobre la dimensión negativa del defecto fáctico, por el contrario, la controversia tiene como eje de discusión las omisiones del funcionario judicial en la etapa probatoria (lo que dejó de realizar teniendo el deber de hacerlo), en cuyo caso se cuestiona la falta de una prueba determinante o esencial para resolver adecuadamente el litigio.

iii) El defecto fáctico se configura por la valoración defectuosa del material probatorio
Así las cosas, siguiendo la jurisprudencia de esta Corporación, se ha sostenido que la valoración defectuosa se presenta cuando i) la autoridad judicial adopta una decisión desconociendo las reglas de la sana crítica, es decir, que las pruebas no fueron apreciadas bajo la óptica de un pensamiento objetivo y racional, ii) realiza una valoración por completo equivocada o contraevidente, iii) fundamenta la decisión en pruebas que por disposición de la ley no son demostrativas del hecho objeto de discusión, iv) valora las pruebas desconociendo las reglas previstas en la Constitución y la ley, v) la decisión presenta notorias incongruencias entre los hechos probados y lo resuelto, vi) decide el caso con fundamento en pruebas ilícitas y, finalmente vii) le resta o le da un alcance a las pruebas no previsto en la ley"

2.3.2. RESOLUCION ERRONEA DEL PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO

En el caso concreto, debió verificarse la confluencia de los elementos de la responsabilidad civil derivada de los errores que se endilgan a las entidades demandadas, no obstante, el fallador omitió la realización del estudio serio sobre elemento causalidad. Como se explicó, es claro que los errores de manejo antibiótico oportuno, como consecuencia de un diagnostico TARDIO a la

infección provocaron un TRATAMIENTO TARDIO A LA INFECCION QUE CAUSO LA MUERTE DEL PA´CIENTE DE 30 AÑOS EL SEÑOR JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D.).

Contrario a lo dicho en el fallo atacado, si se contaba con elementos científicos suficientes para concluir que existió un nexo de causalidad real y cierto, entre los errores de conducta y la muerte del paciente. No es plausible que el fallador indique que no contaba con "herramientas jurídicas que le permitieran inferir este elemento.

Así las cosas, se demostró de forma fehaciente que la atención brindada a JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D NO CUMPLIO con la LEX ARTIS medica, pues ante la sospecha de infección debió instaurarse tratamiento antibiótico inmediato. Se acredito igualmente que, en casos de mediastinitis, el tratamiento oportuno y precoz mejora el pronóstico del paciente, Finalmente se verifico que el paciente falleció por diagnóstico de mediastinitis. De esta manera se encuentran configurados los elementos de la responsabilidad civil.

El juez entonces, resolvió erróneamente el problema jurídico propuesto, pues al no realizar un análisis integral de las pruebas, concluyo que no se había demostrado el elemento de causalidad basándose exclusivamente en el dictamen pericial, aun cuando los mismos profesionales que atendieron al paciente registraron como causa de la muerte MEDIASTINITIS.

CONCLUSIONES FINALES

- De acuerdo a lo anterior, probado está a través de las historias clínicas y el dictamen pericial, que existían signos y síntomas muy claros para sospechar una infección, la cual, de acuerdo a la literatura médica debía ser tratada inmediatamente.
- Los hallazgos del dictamen pericial, prueban que debido a que se trataba de una infección posquirúrgica cardiovascular, era urgente la valoración de un cirujano cardiovascular, la cual, fue probado con las historias clínicas llego de manera tardía, quitándole oportunidad de tratamiento al paciente de 30 años de edad.
- Mediante los hallazgos del perito experto, basado en literatura médica y su experiencia, hubo mora en la atención del médico especialista y así aumento la probabilidad mortalidad.
- Debido a la mora en el diagnóstico y tratamiento oportuno, las demandadas omitieron su deber legal de procurar una atención diligente, perita, oportuna y prudente en pro del principio de beneficencia y de la disminución del riesgo de la salud del paciente, se expuso a su complicación o agravamiento.
- Al realizar un análisis probatorio integral, incluyendo los elementos del dictamen pericial, la historia clínica y la literatura médica, se concluye de forma inexorable que la causa de la muerte del paciente fue el diagnóstico y tratamiento tardío de la mediastinitis.
- Se desperdició tiempo fundamental que incidió notoriamente en el diagnóstico del pronóstico y tratamiento del paciente.
- Hubo pleno desconocimiento de protocolos médicos, a través del dictamen pericial, se pudo determinar la mora en las atenciones de las subespecialidades y la tardanza en ejecutar el tratamiento que requería el señor JOSE RAUL SANCHEZ (Q.E.P.D para vivir.

SOLICITUD

Demostrados los yerros en los que incurrió el fallador de primera instancia y los hechos que probaron la responsabilidad de las entidades demandadas, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal, se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se concedan las pretensiones de la demandada, condenando solidariamente a las demandadas.

Cordialmente,



IVAN SINESIO GOMEZ MORAD
C.C. 79.942.072
T.P. 131.474 del C.S. de la J.

Honorable:
Magistrado Juan Pablo Suárez Orozco
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA CIVIL
E. S. D.

REF: ESCRITO SUSTENTARORIO Y REPLICA – PROCESO VERBAL REIVINDICATORIO DE ORLANDO ALBERTO AYALA CONTRA MARIA DORIS PAEZ
PROCESO: 11001-31-03-044-2018-00544-01

WILLIAM ORLANDO GUTIERREZ OCHOA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía **No. 80.242.504** expedida en Bogotá D.C. y portador de la **T.P. No.335.121 del C. S. de la J**., actuando como **apoderado principal.,** del señor **ORLANDO AYALA VELASQUEZ.,** y por otra parte los abogados **FRANKLIN SANCHEZ RIVERA** identificado con C.C. **N° 88.210.592** expedida en Cúcuta, portador de la **T.P.N°325.857 del C. S. de la J**., y **FREDY REYES BERNAL**., identificado con C.C. **No.79.696.440** de Bogotá D.C. y portador de la **T. P. No. 300.887 del C. S. de la J.,** quienes actuaran como suplentes de acuerdo al poder conferido por el mismo, agradeciendo de antemano la oportunidad para la ampliar y sustentar el Recurso de Apelación contra los reparos del fallo de primera instancia del Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá, y en concordancia del auto proferido por tan distinguido Tribunal de fecha 08 de junio de 2020, el suscrito profesional del derecho da aplicación al traslado en los siguientes términos:

I. PETICION

Que el Honorable Tribunal reconozca en segunda instancia los presupuestos legales y jurisprudenciales para que concurra y sea prospera la acción reivindicatoria en contra de la señora **MARIA DORIS PAEZ** como demandada en el presente proceso, y a favor de mi prohijado el señor **ORLANDO ALBERTO AYALA VELASQUEZ** como titular pleno de todo Derecho, y que se revoque en su totalidad la sentencia proferida y fechada del 23 de octubre del año 2019, mediante la cual el fallador de primer grado del Juzgado 44 civil del circuito de Bogotá, negó las pretensiones de libelo genitor, y condeno en costas a la parte demandante. En consecuencia, solicito a su Honorable Tribunal se despachen favorablemente las pretensiones del libelo introductorio a favor del demandante el señor **ORLANDO ALBERTO AYALA VELASQUEZ**, quien cumplió con los requisitos exigidos por la Ley para llevar a prosperar la acción reivindicatoria.

II. RECUENTO DE LOS HECHOS

PRIMERO: Por intermedio de apoderado judicial el señor **ORLANDO ALBERTO AYALA VELASQUEZ** ejercito la acción reivindicatoria, en contra de la señora **MARIA DORIS PAEZ**, con el fin que el demandante y dueño del bien inmueble entrabado en el proceso, pueda retomar la posesión que está en poder actualmente por parte de la demandada, y que por conducto de reparto el Juzgado 44 civil del circuito avoco conocimiento.

SEGUNDO: El Juzgado 44 civil del circuito de Bogotá, mediante auto fechado el día 24 de septiembre del año 2018 admitió la causa.

TERCERO: El fallo de primer grado fue contrario a mi mandante, habida cuenta que el juzgador de primera instancia, incurrió en error sustancial y

en error procesal, hechos que se analizaran en los cargos que sustentaran el presente recurso de alzada.

CUARTO: La demandada **MARIA DORIS PAEZ** adelanto proceso de declaración y existencia de la unión marital de hecho en contra del señor **ORLANDO ALBERTO AYALA** que por conducto de reparto conoció el Juzgado 11 de familia de Bogotá.

QUINTO: El Juzgado 11 de familia dicto sentencia el día 23 de febrero del año 2018.

SEXTO: El referido despacho judicial declaro en sede, que entre el señor **ORLANDO ALBERTO AYALA VELÁSQUEZ**, y la aquí demanda la señora **MARIA DORIS PAEZ,** existió unión marital de hecho desde el mes de marzo de 1989, hasta el mes de junio del año 2013.

SEPTIMO: En virtud del hecho anterior el Juzgado 11 de familia de Bogotá, declaro probada la ***exceptiva denominada PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN de la sociedad patrimonial que pudo haber existido entre el señor ORLANDO ALBERTO AYALA VELASQUEZ, y la aquí accionada, la señora MARIA DORIS PAEZ.***

OCTAVO: Como consecuencia de lo anterior la parte demanda la señora **MARIA DORIS PAEZ,** ha venido desplegando acciones tendientes a obtener el dominio pleno y absoluto del inmueble objeto de la acción reivindicatoria, actuando con temeridad o mala fe de conformidad con lo preceptuado en el artículo 79 de la obra procedimental general.

NOVENO: De conformidad con el hecho anterior la demandada señora **MARIA DORIS PAEZ**, inicio proceso declarativo de prescripción extraordinaria de dominio, en el Juzgado 62 Civil Municipal Bogotá mediante radicado 2015-0394, como consta en el oficio 1428 expedido por el Juzgado 44 Civil del Circuito, con el fin de conocer la actuación adelantada por la aquí demandada y que fue aportado al proceso reivindicatorio como prueba.

DECIMO: De igual forma la demandada por conducto de su apoderado en la actualidad adelanta proceso verbal de sociedad civil de hecho, que cursa en el Juzgado 2 Civil del Circuito de Bogotá, bajo el radicado 2018-169, como consta en la contestación de la demanda del proceso reivindicatorio y que en el canon primero **"en cuanto a las pretensiones"**, dando cuenta así que la aquí demandada desarrolla conductas sistemáticas de temeridad o mala fe, queriendo obtener por cualquier medio el dominio pleno o absoluto, o en parte del bien inmueble objeto a reivindicar.

III. PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO

Señores Magistrados con el fin de sustentar el recurso de alzada, y con el fin de argumentar los errores de derecho y de hecho en que incurrió el fallador de primer grado en su **RATIO DECIDENDI**, es de precisar el siguiente cuestionamiento que surge en virtud de la decisión adoptada por el Juzgado en primera instancia a su distinguido Tribunal: **¿Cumplió el demandante el señor ORLANDO ALBERTO AYALA VELASQUEZ con los presupuestos legales y jurisprudenciales para que concurra y sea prospera**

la acción reivindicatoria en contra de la señora MARIA DORIS PAEZ como demandada en el presente proceso?

IV. SUSTENTACION DEL RECURSO DE ALZADA

- ✓ **ERRORES DE DERECHO Y DE HECHO.**

PRIMERO: Es de precisar señores Magistrados respecto de los errores de derecho en los que incurrió el Juez de primera instancia para la decisión, los cuales versan sobre la inexacta interpretación y falta de requisitos para la acción reivindicatoria; donde él ***a quo*** en su ratio decidendi estableció que la demandada la señora **MARIA DORIS PAEZ *NO*** tiene la calidad de poseedora del inmueble objeto del debate, como requisito para que la acción reivindicatoria sea prospera.

SEGUNDO: Dicho lo anterior se debe examinar que la juzgadora de primera línea, no tuvo en cuenta en la **ratio decidendi** los requisitos contemplados en la ley, y en la jurisprudencia para que la acción reivindicatoria tenga éxito, por cuanto no dio aplicabilidad a la Ley sustancial para tales efectos.

TERCERO: Es así señores magistrados que en la decisión de primera instancia la falladora al manifestar que no se reúnen todos los requisitos de la acción reivindicatoria, no se tuvo en cuenta lo consagrado en el canon 946 del código civil que señala ***"la reivindicación o acción de dominio, es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla",*** y tal como consta en los pronunciamientos realizados en sus sentencias por parte de la Corte Suprema de Justicia; en cuanto a lo que atañe el derecho a ejercer la reivindicación por parte del señor **ORLANDO ALBERTO AYALA VELASQUEZ**, habida cuenta que dentro del proceso se logró demostrar que el aquí demandante reúne todos y cada uno de los presupuestos que pretende.

CUARTO: En virtud de lo anterior en cuanto a los requisitos de la acción reivindicatoria, la juzgadora debió valorar el precedente judicial como fuente soporte para interpretar el cumplimiento de los requisitos del derecho solicitado y razonado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC 25151310300120060019101, del 11 de noviembre de 2016, cuando expresa que deben concurrir los siguientes requisitos que se deben cumplir para dicha acción (reivindicatoria) los cuales se desprenden de la misma definición en los siguientes términos:

1. Derecho de dominio en cabeza del actor
2. Posesión material ejercida por el demandado sobre la cosa corporal, raíz o mueble, y que la misma sea singular o una cuota determinada de ella susceptible de reivindicación, y
3. Identidad entre el bien mueble o inmueble reclamado por quien acciona y el detentado por el convocado al litigio.

QUINTO: Dicho lo anterior se resalta al Tribunal que el señor **ORLANDO ALBERTO AYALA VELASQUEZ,** como demandante en el presente proceso es quien detenta la calidad de titular del derecho real del domino pleno y absoluto, del bien inmueble objeto de la reivindicación, hecho que no se tuvo en cuenta en la decisión de primer grado por el Juzgado 44 Civil del

Circuito de Bogotá, apartándose por completo la Ley sustancial, tal como lo señala el artículo 950 del código civil *"la acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa"*

SEXTO: Respecto a la interpretación aplicada de la norma sobre el cumplimiento de los requisitos de la acción reivindicatoria de la demanda él *a quo* resolvió **NEGAR** las pretensiones argumentando que la demandada no detentaba la calidad de poseedora, siendo este un requisito indispensable para ser llamada a prosperar la acción reivindicatoria en el presente proceso, la falladora no valoró las pruebas en su totalidad aportadas al sumario, como lo fue la sentencia del Juzgado 11 de Familia de Bogotá, que si bien es cierto reconoció la existencia de la unión marital de hecho, **NUNCA NACIO A LA VIDA JURIDICA LA RESPECTIVA SOCIEDAD PATRIMONIAL**, y es a partir de ese momento donde la demandada ostenta la calidad de poseedora ejerciendo la tenencia real y material del inmueble objeto de la reivindicación, con la características que están plasmadas en el artículo **762 del Código Civil** que a la letra dice ***" la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se dar por tal tenga la cosa por sí mismo, o otra persona que la tenga en lugar y a nombre él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo".***

SEPTIMO: En virtud del hecho anterior la juzgadora de primer grado debió valorar en conjunto todo el cardumen probatorio con los argumentos de su decisión al tener las pruebas y requisitos suficientes que fueron demostrados en el transcurso del proceso en primera instancia, hecho que se materializo con la calidad que detenta a la fecha la demandada que no es otro que la **POSESIÓN** real y material, y que como consecuencia fue conocida por el fallador de primera instancia, por cuanto la accionada adelanto un proceso de declaración extraordinaria de dominio conocida bajo el radicado **No. 2015-394** actuación que fue adelantada por el **Juzgado 62 Civil Municipal de Bogotá,** donde la señora **MARIA DORIS PAEZ** manifestó por intermedio de su apoderado**, poseer el bien inmueble objeto de la Litis, por más de 15 años.**

OCTAVO: En virtud del hecho anterior la señora **MARIA DORIS PAEZ**, señaló que ha sido poseedora, ejerciendo sobre el inmueble actos de señora y dueña, efectuando construcciones, mejoras, pagando servicios públicos y los respectivos impuestos, allegando pruebas por medio de facturas de los correspondientes arreglos; que dan cuenta que la demandada si ejercita actos de posesión sobre el inmueble objeto del presente litigio, como lo señala la Ley y la jurisprudencia, como también se debió valorar por el juzgador en su totalidad los testimonios aportados por la demandada donde pretendía demostrar su ocupación como poseedora del predio.

NOVENO: En consecuencia de lo anteriormente expuesto el Juez de primer grado no dio por acreditado, que el inmueble objeto de la controversia se identifica plenamente con el pretendido en la reivindicación, y que como consecuencia de este hecho ***no existe duda alguna acerca que el bien inmueble poseído por la demandada corresponde totalmente al predio que es de propiedad del accionante.***

V. PANORAMA JURÍDICO QUE SE HUBIERE PRESENTADO SI EL FALLADOR DE PRIMER GRADO NO HUBIERE INCURRIDO EN LOS ERRORES DE DERECHO Y ERRORES DE HECHO ARGUMENTADOS EN SU DECISIÓN

De lo expuesto en líneas precedentes señores Magistrados, si el fallador de primer grado no hubiera realizado una lectura equivocada de las piezas procesales, habría fallado en derecho y a favor del señor **ORLANDO ALBERTO AYALA VELASQUEZ** quien logro demostrar por medio de pruebas documentales y testimonios que la aquí demandada ejerce la posesión real y material el bien inmueble objeto a reivindicar, por cuanto como se indicó en los errores de derecho y de hecho, que según sentencia del 23 de febrero de 2018 a través del Juzgado 11 de familia de Bogotá declaro la existencia de la unión marital de hecho, sin sociedad patrimonial por haberse probado el fenómeno de la **PRESCRIPCION DE LA ACCION**, y cumpliendo así con los presupuestos para que el señor **ORLANDO ALBERTO AYALA VELASQUEZ** , se le reconozca su derecho a la tutela judicial efectiva y se le reivindique el inmueble de su propiedad como dictan las normas sustanciales, toda vez que la señora **MARIA DORIS PAEZ** tiene el corpus y animus elementos de la posesión, ostentada por la demandada, quien no logro demostrar titulo que le otorgue la calidad de propietaria, societaria o compradora dentro del proceso.

De otra parte señores del Tribunal, si el fallador hubiese valorado la confesión vertida en el interrogatorio de forma exhaustiva que contestó el señor **ORLANDO ALBERTO AYALA** practicado en la audiencia inicial contemplada en el artículo 372 del Código General del Proceso, al igual que el folio de matrícula inmobiliaria, se hubiera podido determinar que el aquí accionante es el único titular del derecho real de dominio pleno y absoluto.

Así las cosas, señores Magistrados del Tribunal, si la Juez de primera instancia hubiere tenido encuenta los pronunciamientos de la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia donde ha precisado que tratándose de bienes inmuebles se considera satisfecho otro de los requisitos como lo es la identidad entre el bien inmueble reclamado por quien acciona y el detentado por el convocado al litigio para que la acción reivindicatoria tenga éxito, es "***cuando no exista duda acerca de que lo poseído por el accionado, esto es a la señora MARIA DORIS PAEZ, corresponde totalmente al predio de propiedad del actor en reivindicación, "según la descripción contenida en el título registrado y lo expresado en el libelo introductorio del juicio".*** Hecho que se logró demostrar mediante pruebas documentales, e interrogatorio por parte del fallador de primer grado que hiciera al aquí demandante.

Dicho en otras palabras señores magistrados el juzgador de primera instancia obvio y se apartó de lo señalado por la honorable corte suprema de justicia cuando esta alta corporación afirma que la identidad simplemente llama a constatar la coincidencia entre todo o parte del bien cuya restitución reclama el demandante en su condición de dueño, con el que efectivamente posee el demandado.

A lo anterior Honorables Magistrados, la acción reivindicatoria no es otra cosa que el derecho de propiedad que pretende la restitución de la cosa que indebidamente posee un tercero, actos que ha ejercido la señora **MARIA DORIS PAEZ** por más de 15 años como lo afirmo por medio de su apoderado en el proceso de declaración de pertenencia anteriormente mencionado, y en todos los demás procesos que adelanta y que adelanto donde deja entrever hechos que se han sustentado en la mala fe y temeridad como se logró demostrar en el transcurso del proceso reivindicatorio.

Finalizando, el panorama jurídico que debió adoptar el fallador en primera instancia, donde se logra vislumbrar la aplicación errónea de la ley, la cual no se encuentra desactualizada sino todo lo contrario es vigente; el juzgador le dio una interpretación inexacta y al aplicarla generó el motivo de llegar a esta instancia para que sean ustedes Honorables Magistrados quienes por su poder de sapiencia jerárquica logren corregir el hierro en derecho que infringió él a quo.

De otra parte señores magistrados del tribunal, es preciso analizar las actuaciones que ha venido desplegando la aquí demanda con el fin de obtener la titularidad en todo o en parte del bien inmueble objeto del debate, acciones que dan cuenta de la **TEMERIDAD O MALA FE** como lo ha dejado entrever la demandada señora **MARIA DORIS PAEZ**, en el transcurso del presente proceso, y como a lo señalado el numeral 2° del canon 79 de la obra procedimental general que a su tenor dice ***"cuando se aduzcan calidades inexistentes",*** lo anterior con el fin de explicar al tribunal que la aquí accionante ha pretendido confundir acudiendo a la administración de justicia, para que en sede judicial se le reconozca por cualquier medio un derecho inexistente al no tener las calidades que ha querido acreditar.

Para finalizar señores magistrados, mientras no exista sentencia judicial, o titulo de oficina de registro de instrumentos públicos, o escritura pública, o contrato donde acrediten que la señora **MARIA DORIS PAEZ** es la titular del derecho real del dominio, tendrá la calidad de **POSEEDORA**, y como quiera al cardumen probatorio aportado al proceso que debió valorarse en conjunto por la juzgadora de primer grado.

Es así que la **SENTENCIA** que debió proferirse en derecho por parte del juez 44 civil del circuito de Bogota, es del siguiente tenor:

PRIMERO: que se declare que pertenece el dominio pleno y absoluto al señor **ORLANDO ALBERTO AYALA VELASQUEZ**, con cedula de ciudadanía N° 19.158.345., de Bogotá el inmueble ubicado en la carrera 80 d bis N° 42F – 82 sur de la ciudad de Bogota distinguido con la cedula CATASTRAL N°43S-87A-4, con chip N° AAA0149CDMR, y folio de matrícula inmobiliaria N°50s-40056456, cuyos linderos generales y especiales se encuentran en la escritura pública N° 651 de fecha febrero 8 de 1994 de la notaria 14 del circulo de Bogotá.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la demandada MARIA DORIS PAEZ, identificada con cedula de ciudadanía n° 41.758.770 de Bogotá a restituir el inmueble descrito anteriormente libre de personas, cosas y animales una vez ejecutoriada la sentencia emitida al favor del demandante.

TERCERO: Que la demandada deberá pagar al demandante, el valor de los frutos naturales y civiles del inmueble mencionado con anterioridad, no solo los percibidos sino también los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado desde el 1° de julio de 2013 hasta la fecha de la entrega del inmueble ***por ser poseedora de mala fe***, como quedó demostrado en el libelo genitor, y demostrado en los argumentos expuestos en el presente recurso.

VI. CONTESTACION AL PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO

Señores Magistrados, si su distinguido tribunal analiza las razones argumentadas y probadas anteriormente pueden observar que el señor **ORLANDO ALBERTO AYALA VELASQUEZ** cumplió con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley para ejercer la acción reivindicatoria, y debe ser el único reconocido en la cálida que detenta desde el inicio del proceso, y en consecuencia deben ser despachadas favorablemente las pretensiones incoadas en el petitum inicial.

De los Honorables Magistrados:

Abogado principal

WILLIAM ORLANDO GUTIERREZ OCHOA
80.242.504 expedida en Bogotá D.C
T.P. No.335.121 del C. S. de la J.

Abogados Suplentes:

FRANKLIN SANCHEZ RIVERA
88.210.592 expedida en Cúcuta
T.P.325.857 del C. S. de la J.

FREDY REYES BERNAL
C. C. No. 79.696.440 de Bogotá D.C.
T.P. No. 300.887 del C. S. de la J.

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
E. S. D.

Proceso:	Verbal declarativo
Expediente:	2013-74701
Demandante:	EMMA BARACALDO ALDANA
Demandado:	GLOBAL SECURITIES S.A. COMISIONISTA DE BOLSA Y OTRO.
Asunto:	Recurso de reposición

LUIS HUMBERTO USTÁRIZ GONZÁLEZ, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía número 79.506.641 de Bogotá, abogado titulado e inscrito con la tarjeta profesional de abogado número 71.478 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado judicial de la señora **EMMA BARACALDO ALDANA** de conformidad con el poder que aporto con el presente escrito, respetuosamente me permito presentar oportunamente **RECURSO DE REPOSICIÓN** contra el Auto del 10 de junio de 2020 mediante el cual este Honorable Tribunal corrió traslado de 5 días a mi mandante para presentar por escrito la sustentación de los reparos que fundamentaron el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá.

I. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Manifiesto que presento este recurso de reposición oportunamente, de acuerdo con la contabilización de términos que a continuación refiero:

- El Auto del 10 de junio de 2020 proferido por este Honorable Tribunal fue notificado en el Estado electrónico del 11 de junio de 2020 tal como se evidencia a continuación:

SALA CIVIL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SECRETARÍA
ESTADO ELECTRÓNICO No. E-24
Junio 11 de 2020

Número del Expediente	Clase de Proceso	Demandante	Demandado	Fecha Auto	Descripción	Magistrado
11001310303142017005280 2	Verbal	LATINLINK PROYECTOS E INVERSIONES S.A	CONSTRUCTORA BOLIVAR S.A.	10/06/2020	Admite el recurso en el efecto suspensivo	GERMÁN VALENZUELA VALBUENA
11001310301220100006102	Ordinario	MARCIA DENISE ECHEVERRIA RUIZ	SERVIAVANTE COOPERATIVA DE SERVICIOS	10/06/2020	Corre traslado por el término de 5 al apelante	GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

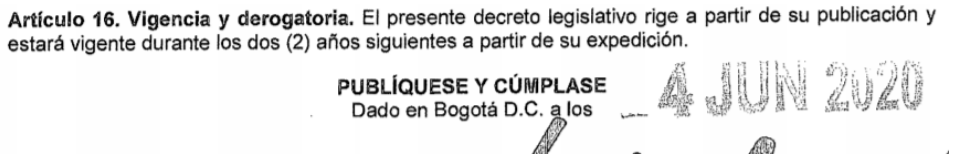
❖ Es importante precisar que el día 15 de junio de 2020 fue un día feriado en Colombia.

❖ En ese sentido, el término de los 3 días para interponer el recurso de reposición empieza a contar desde el 12 de junio de 2020 y culmina el 17 de junio de 2020. Por consiguiente, manifiesto que presento este recurso en la forma y oportunidad debidas.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

A. Análisis del Decreto 806 del año 2020.

1. El artículo 16 del Decreto 806 del año 2020 establece claramente que este decreto legislativo entró a regir a partir de su publicación, esto es, a partir del 4 de junio de 2020:



Artículo 16. Vigencia y derogatoria. El presente decreto legislativo rige a partir de su publicación y estará vigente durante los dos (2) años siguientes a partir de su expedición.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE
Dado en Bogotá D.C. a los 4 JUN 2020

2. Lo anterior significa que el Decreto 806 del año 2020 tiene efectos jurídicos hacia futuro, es decir, del 4 de junio de 2020 en adelante. El Gobierno Nacional en su calidad de legislador extraordinario de ninguna manera determinó que este Decreto tuviese efectos retroactivos.

3. De otra parte, el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 establece que, tratándose de apelaciones de sentencias civiles, el apelante debe sustentar por escrito sus reparos concretos contra la sentencia de primera instancia dentro de los 5 días siguientes contados a partir de la ejecutoria del Auto que admita el recurso de apelación. Este artículo en efecto establece:

Artículo 14. Apelación de sentencias en materia civil y familia. El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalado en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes.

Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto.

4. Resalto el hecho de que el término de los 5 días para sustentar por escrito los reparos de la apelación empieza a contar únicamente a partir de la ejecutoria del Auto que admite el recurso de apelación. El artículo 14 del Decreto en mención no contempla una salida distinta.

B. Análisis del caso concreto

5. Mediante Auto del 10 de junio de 2020, este Tribunal con fundamento en el Decreto 806 de 2020[1] corrió traslado de 5 días para que la apelante sustentara por escrito los reparos que fundamentaron su recurso de apelación.

6. Sin embargo, es importante precisar que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 establece con suma claridad que los recursos se rigen por las leyes vigentes al momento de su interposición:

> *"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*
>
> *Sin embargo, **los recursos interpuestos**, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos**, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones"* (Negrilla fuera del texto original)

7. Para este caso, mi mandante interpuso en la forma y oportunidad debidas el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia el 31 de julio de 2019 tal como consta en la grabación del fallo correspondiente.

8. Las normas que estaban vigentes al momento de interponer el recurso de apelación (31 de julio de 2019) correspondían a las del Código General del Proceso. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el trámite de la apelación debe continuar bajo la regulación del Código General del Proceso y no bajo una norma posterior como el Decreto 806 de 2020 como lo aduce el Auto en cuestión.

---

1 Cabe resaltar que el Auto en cuestión citó el Decreto 806 de 2020 de manera muy general, sin hacer alusión a una disposición normativa en particular.

9. El Auto del 10 de junio de 2020 aplicó de manera retroactiva e indebida del Decreto 806 de 2020 en la medida en que su objeto versa sobre una apelación que mi mandante interpuso y que el Honorable Tribunal admitió con anterioridad a la vigencia de este decreto.

10. Con todo, y aún en gracia de discusión, el término de 5 días contemplado en el Auto del 10 de junio de 2020 no empezó a contar desde la ejecutoria del Auto que admitió la apelación como lo ordena el Decreto en mención, pues lo cierto es que para este caso la apelación ya había sido admitida desde el 14 de febrero de 2020, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 806 de 2020.

11. En efecto, el Auto que admitió la apelación fue proferido por este Tribunal el 14 de febrero de 2020 tal como se evidencia de la página oficial de la Rama Judicial:

14 Feb 2020	NOTIFICACIÓN POR ESTADO	ACTUACIÓN REGISTRADA EL 14/02/2020 A LAS 13:08:51.	17 Feb 2020	17 Feb 2020	14 Feb 2020
14 Feb 2020	ADMITE	ADMITE RECURSO DE APELACIÓN. -- PRORROGA.			14 Feb 2020

12. Por lo anterior, el Auto del 10 de junio de 2020 también aplicó de manera retroactiva e indebida el Decreto 806 de 2020 en la medida en que su objeto versa sobre una apelación fue admitida en febrero, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de este decreto.

13. Cosa distinta hubiera sido que el Auto que admite el recurso de apelación hubiera sido proferido dentro de la vigencia del Decreto 806 de 2020, es decir, a partir del 4 de junio de 2020. En este escenario, es claro que el apelante sí tendría 5 días para sustentar por escrito la apelación, pues ese es precisamente el supuesto de hecho que contempla el artículo 14 del Decreto 806. Sin embargo, aclaro que este no es el caso que nos ocupa, pues la apelación fue admitida mucho antes de la entrada en vigor del Decreto referido.

14. El Decreto 806 de 2020 solamente tiene efectos hacia futuro (4 de junio de 2020) y, en consecuencia, no es dable que el operador judicial lo aplique retroactivamente (14 de febrero de 2020). Ello significaría tanto como desconocer un principio general del derecho como la irretroactividad de la ley.

15. En este orden de ideas, es claro desde todos los ángulos que la legislación aplicable al trámite del presente recurso de apelación corresponde al Código General del Proceso y no al Decreto 806 de 2020 como lo sugiere el Auto del 10 de junio de 2020. En consecuencia, solicito al Tribunal revocar el Auto que se impugna y fijar fecha de audiencia virtual para sustentar el recurso de apelación de conformidad con lo establecido en el artículo 327 del Estatuto procesal.

16. En cualquier caso, en el improbable evento en que el Tribunal decida aplicar el Decreto 806 de 2020, respetuosamente solicito copia escaneada de (i) la presentación entregada por el apoderado anterior de la parte demandante al Juzgado Primero Civil del Circuito en sus alegatos de conclusión, y (ii) el escrito de los reparos expuestos por el apoderado anterior de la parte demandante en su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

17. La anterior solicitud se fundamenta en el artículo 4 del Decreto 806 de 2020 y en que asumí el poder otorgado por la señora Emma Baracaldo hasta hace apenas unos días.

III. SOLICITUD

1. Con base en las consideraciones que preceden, respetuosamente solicito al Honorable Tribunal que revoque el Auto del 10 de junio de 2020 y, en su lugar, proceda a fijar fecha de audiencia virtual de sustentación de los reparos de la apelación de conformidad con lo establecido en el artículo 327 del Código General del Proceso.

2. En cualquier caso, solicito copia escaneada de (i) la presentación entregada por el apoderado anterior de la parte demandante al Juzgado Primero Civil del Circuito en sus alegatos de conclusión, y (ii) el escrito contentivo de los reparos expuestos por el apoderado anterior de la parte demandante en su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

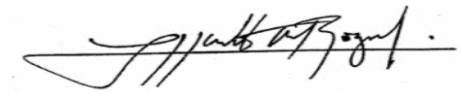
IV. ANEXOS

Acompaño con el presente recurso el poder a mi conferido y una copia escaneada de mi tarjeta profesional.

V. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones electrónicas a los correos ejustariz@ustarizabogados.com y salcedofranco.c@gmail.com
Recibiré notificaciones en físico en la Carrera 11 A No. 96-51, Oficina 203 en la ciudad de Bogotá.

Atentamente,



LUIS HUMBERTO USTÁRIZ GONZÁLEZ
C.C. No. 79.506.641 de Bogotá D.C.
T.P. No. 71.478 del C. S. de la J.

Señor:
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA CIVIL
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D.

REFERENCIA: NULIDAD DE LA ESCRITURA PÚBLICA 5744 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2006
DEMANDANTE: JAIME JESUS GALINDO REYES
DEMANDADO: CARMEN ROSA GALINDO REYES.
RADICADO: 11001310301520170038501
SUSTENTACION DE APELACIÓN.

JOSE ALEXANDER MEDELLIN URREGO, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, identificado con Cedula de Ciudadanía No.80.188.381 de Bogotá, portador de la tarjeta de Abogado No. 210.323, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura actuando como apoderado judicial del señor **JAIME JESUS GALINDO REYES**, conforme al poder que obra en el expediente, estando dentro del término legal conferido, respetuosamente me permito presentar **RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la **SENTENCIA DE MERITO** de fecha 22 de noviembre de 2019 en los siguientes términos:

PRIMERO: Que el despacho manifiesta que: "*No existe declaración judicial de interdicción del señor PABLO EMILIO GALINDO (q. e. p. d.) al menos culminada y probada dentro del proceso*",

Con la anterior manifestación el legislador de primera instancia no tomo las pruebas arrimadas al despacho, tanto en la presentación de la demanda, como en el interrogatorio de parte, las cuales fueron la historia clínica del señor PABLO EMILIO GALINDO (q. e. p. d.), en donde claramente se observa que mucho antes de firmar la escritura pública de compraventa, el señor PABLO EMILIO, no se encontraba gozando de sus plenas capacidades mentales, tal y como me permito retrotraer de la siguiente forma:

1. Según obra en la historia clínica del 14 de enero de 2006, emitida por la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galan Sarmiento dice:

    a. "*paciente sin acompañantes, desconoce las circunstancias en que fue hospitalizado*"
    b. Según la remisión EPOC y SMO.

    EPOC: Es una enfermedad crónica inflamatoria de los pulmones que obstruye el flujo de aire desde los pulmones. Los síntomas incluyen dificultad para respirar, tos, producción de mucosidad (esputo) y silbido al respirar

    SMO: Trastorno **M**ental **O**rgánico y/o **S**índrome **M**ental **O**rgánico, para referirnos a un grupo de trastornos psiquiátricos secundarios a enfermedad cerebral estructural demostrable, tal como tumores, traumatismos, o degeneración.

    Describe la disminución de la función mental debido a una enfermedad, distinta a una enfermedad psiquiátrica. A menudo se utiliza (aunque incorrectamente) como sinónimo de demencia

2. Seguidamente, el 15 de enero de 2006 la Historia Clínica, que también es emitida por la empresa social del estado Luis Carlos Galan Sarmiento dice:

    Paciente de 90 años con:

CARRERA 41 A SUR #. 39 A – 91 INTERIOR 18 BARRIO VILLA SONIA
TELEFONO 3125135638 – 3105846788
BOGOTÁ D.C.

EPOC exacerbado
SMO: Trastorno **M**ental **O**rgánico y/o **S**índrome **M**ental **O**rgánico
El paciente refiere mepría, pero por su SMO **S**índrome **M**ental **O**rgánico, las respuestas no son muy coherentes, esta desorientado, alerta Hidratado con síntomas y signos de SMO.
.
.
. Neurológico: Con cuadro de SMO desorientado..,, se encuentra desordenado en tiempo y espacio y con clínica de SMO.

Plan: continuar manejo instaurado.

El anterior informe fue suscrito por la doctora Sonia Delgadillo, Medico General.

De igual forma el doctor Mauricio Jaramillo Medico Psiquiatra, del seguro social manifiesta de su puño y letra "***Paciente presenta cuadro compatible con demencia, ahogo.., delirios y agitación".***

En enero 18 de 2006, nuevamente el doctor Mauricio Jaramillo Medico Psiquiatra informa: "*Familiares del paciente, presento cambios de deterioro cognitivo…, alucinaciones audiovisuales*"

Por otro lado y como si fuera poco el 17 de abril de 2016 la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galan Sarmiento, le realiza un cuestionario en donde en la escala de Depresión Geriátrica se evidencia las respuestas dadas al cuestionario en donde me permito retrotraer algunas de la siguiente forma:

1. ¿Esta usted satisfecho con su vida? **NO**
2. Ha abandonado alguna de sus actividades o intereses. **SI**
3. ¿Se siente que su vida esta vacía? **SI**
4. ¿Se aburre con frecuencia? **SI**
5. ¿Tiene usted esperanza acerca del futuro? **NO**
6. .
7. .
8. .
9. ¿Se siente feliz la mayor parte del tiempo? **NO**
10. ¿Suele sentirse impotente? **SI**
11. ¿Suele sentirse nerviosos inquieto? **SI**
12. .
13. ¿Se preocupa con frecuencia por el Futuro? **SI**
14. ¿Se siente que tiene mas problemas de memoria que la mayoría? **SI**
15. ¿Piensa que es hermoso encontrarse vivo hoy? **NO**
16. ¿Se siente desconsolado y triste a menudo? **SI**
20. Es fácil para usted tomar decisiones? **NO**
21. Es su mente tan clara como lo solía ser? **NO**

De igual forma el 19 de abril de 2006, el doctor JOSE E. CASTILLEJO Medico Cirujano de su puño y letra informa: que padece de Demencia senil, epoc..,

Con todo lo anterior, es prueba indiscutible que el señor PABLO EMILIO GALINDO GALINDO (q.e.p.d.,), antes de suscribir la escritura pública número 5744 del 14 de diciembre de 2006, esto es desde ***ENERO DE 2006***, ya lo habían diagnosticado con **T**rastorno **M**ental **O**rgánico y/o **S**índrome **M**ental **O**rgánico, Demencia senil, delirios, aunado a su avanzada edad la cual para la fecha se encontraba con 90 años de edad.

Sobre la protección especial que ameritan las personas que por su especial condición necesitan de otras que las representen por no poder ellas desempeñarse por sí mismas, ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia T-941 del 2005:

CARRERA 41 A SUR #. 39 A – 91 INTERIOR 18 BARRIO VILLA SONIA
TELEFONO 3125135638 – 3105846788
BOGOTÁ D.C.

> *4.El deber del Estado de otorgar una protección especial a las personas que por padecer una enfermedad mental se encuentran en circunstancias de indefensión y debilidad manifiesta. El artículo 13 de la Constitución Política contempla que el Estado tiene el deber de proteger a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. De igual forma el artículo 47 Superior consagra que el Estado debe adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, quienes deben recibir una atención especializada. En este orden de ideas, la Constitución prevé una protección especial para a aquellas personas que por su estado físico o mental tengan la calidad de disminuidos y como consecuencia de ello se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.*

Al respecto, la Corte en sentencia T-378 de 1997, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, señaló:

En distintas sentencias, la Corte Constitucional ha indicado la necesidad de brindar un trato especial a las personas discapacitadas y ha señalado que la omisión de ese trato especial puede constituir una medida discriminatoria. Ello, por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones.

Así las cosas, y conforme a las pruebas que se encuentran en el expediente, es claro el grave estado de salud metal que padecía el señor Galindo y que por lo mismos no era capaz de suscribir documento alguno.

Por otro lado, y no menos importante en razón a que los únicos hijos que tenía esto es la señora CARMEN ROSA GALINDO REYES, y mi cliente, fue que no se realizó ningún proceso de interdicción, toda vez que jamás mi cliente pensó que su papá vendería el inmueble donde vivía.

Sin embargo es muy claro que no se necesitaba de una interdicción en curso o vigente para darse cuenta del grave estado de salud mental que estaba pasando el señor *PABLO EMILIO GALINDO (q. e. p. d.)* para la fecha de la celebración del contrato.

Aunado a lo anterior y no menos cierto, es que la señora CARMEN ROSA GALINDO REYES., no pudo demostrar siquiera sumariamente, en que circunstancia entrego el supuesto valor del inmueble acordado en la escritura pública objeto de la litis, más aún cuando no presentó ninguna prueba que permitiera establecer que las ventas, los préstamos y supuestos ahorros existieran para la época de los hechos, y mucho menos que destino tuvieron los dineros por ella entregados al señor Galindo Galindo, padre de la aquí demandada.

Así las cosas y conforme lo establecen el artículo 1849 del código civil que reza:

> ***ARTICULO 1849. <CONCEPTO DE COMPRAVENTA>****. La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.*

La señora CARMEN ROSA GALINDO REYES, nunca entrego suma de dinero pactada en la escritura pública como precio, por el bien inmueble, generando esto la no existencia del contrato de compraventa, por falta de requisito esencial como es el pago del precio.

Por otro lado y no menos cierto es que la señora CARMEN ROSA, se aprovecho del estado de indefensión y de incapacidad absoluta de su señor padre para hacerle firmar la escritura, y de esta forma dejar a su hermano el señor Jaime Jesus, sin lo que por derecho le correspondía lo cual era el 50% del bien inmueble por ser hijo legitimo del causante señor PABLO EMILIO GALINDO GALINDO.

CARRERA 41 A SUR #. 39 A – 91 INTERIOR 18 BARRIO VILLA SONIA
TELEFONO 3125135638 – 3105846788
BOGOTÁ D.C.

Así las cosas, ruego al señor Magistrado Doctor JUAN PABLO SUAREZ OROZCO reponga en su totalidad la sentencia de primera instancia y en su defecto acceda a las pretensiones de la misma.

Por otro lado, y no menos importante es que este profesional en tiempo le manifestó al señor juez 15 civil del circuito de Bogotá, que debía dar aplicación a lo establecido en el artículo 121 del CGP de la siguiente forma:

> *La demanda declarativa fue radicada el 14 de julio de 2017, y que la notificación personal de la demandada se dio el 23 de enero de 2018, tal y como consta en el expediente.*
>
> *Con las anteriores precisiones, el término del año, previsto en el artículo 121 del CGP, feneció el 23 de enero de 2019.*
>
> *Por otro lado si bien es cierto que existe auto en donde prorroga por 6 meses el termino para resolver la instancia respectiva, no menos cierto es que la misma se hizo extemporánea, toda vez que se realizó el 15 de marzo de 2019, fecha en la cual ya había operado la perdida automática de competencia del Juzgado 15 civil del circuito.*
>
> *Por lo anterior, solcito a su señoría, se proceda conforme a lo ordenado en Artículo 121 del CGP, y ordene la remisión del expediente en su totalidad al juzgado 16 civil del circuito de Bogotá, y en donde se le informo:*

Del Señor Magistrado:

Atentamente:

JOSE ALEXANDER MEDELLIN URREGO
C.C. Nro. 80.188.381 Expedida en Bogotá.
TP. 210.323 del C.S de la Judicatura.

CARRERA 41 A SUR #. 39 A – 91 INTERIOR 18 BARRIO VILLA SONIA
TELEFONO 3125135638 – 3105846788
BOGOTÁ D.C.

Honorable Magistrada
HILDA GONZÁLEZ NEIRA
SALA CIVIL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

REFERENCIA. PROCESO No: 11001310302120160014901
Asunto: sustentación Apelación Sentencia – Verbal
DE: ISBELIA CUBILLOS
CONTRA: HUMBERTO CUBILLOS CASTRO y otros

NAPOLEÓN SEGURA SIERRA, mayor, domiciliado en Bogotá, D.C., identificado como aparece al pie de mi firma, actuando dentro de la referencia, en nombre de la parte demandada en proceso de pertenencia, quien a su vez actúa como demandante en reconvención en proceso reivindicatorio; me dirijo al despacho a su digno cargo, para sustentar recurso de apelación contra la sentencia que negó reivindicación de inmueble en favor de los demandados en pertenencia y demandantes en reconvención en el proceso reivindicatorio, para que en su lugar y en uso principalmente del artículo 961 del Código Civil, se dicte por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, nueva sentencia conforme a las pretensiones de la demanda de reconvención dentro del proceso reivindicatorio en el presente radicado y según las sustentos que a continuación expongo:

1. El suscrito, está conforme con la sentencia de primera instancia en el presente asunto y que declara, que la señora ISBELIA CUBILLOS, no es poseedora del inmueble que en el proceso de pertenencia de la referencia pretendió adquirir por prescripción.

2. Pero, no estoy de acuerdo con la negación en la sentencia a la reivindicación del inmueble en favor de los demandantes que represento en proceso reivindicatorio, por cuanto dicha negación se dio, por lo que considero fue una falla en el análisis probatorio del Juzgador de primera instancia por cuanto no se observó que se probó:

a. Que en el presente asunto, los demandantes en proceso reivindicatorio son herederos de los causantes DOLORES CASTRO y MIGUEL CUBILLOS.
b. Que por ser herederos de los causantes mencionados, tienen el derecho de herencia y la posesión legal de la misma (artículos 665, 673, 757, 783, del Código Civil) sobre el inmueble objeto del proceso de pertenencia de la referencia.
c. Que el inmueble objeto del proceso de la referencia, fue comprado dentro de la sociedad conyugal de los esposos CUBILLOS CASTRO.
d. Que la sucesión acumulada de los esposos CUBILLOS CASTRO, se tramita ante el Juzgado 17 de Familia de Bogotá, donde se inventarió el inmueble objeto del proceso de la referencia y como consta en folio anexo al proceso.
e. Que ISBELIA CUBILLOS, es también heredera de los esposos CUBILLOS CASTRO.
f. Que aunque ISBELIA CUBILLOS, compró algunos derechos de la herencia de la sucesión acumulada de los esposos CUBILLOS CASTRO, lo cierto es que: siempre reconoció derecho ajeno y precisamente lo plasmó al comprar dichos derechos.
g. Que en su calidad de heredera, ISBELIA CUBILLOS, al declararse poseedora, sustrajo efectos pertenecientes a la sucesión de los esposos CUBILLOS CASTRO. y en consecuencia, no tendrá parte alguna en lo sustraído y debe ser obligada a restituir a los demás herederos, el duplo de lo sustraído (artículo 1288 del Código Civil).
h. Y finalmente, se probó que en el presente proceso, podía actuar la parte que represento en su calidad de herederos de los esposos CUBILLOS CASTRO, según el contenido de los artículos 951 y 1325 del Código Civil; en demanda de reconvención proceso reivindicatorio, contra: ISBELIA CUBILLOS, quien según sentencia en primera instancia de pertenencia dentro del presente asunto, no prescribió en su favor el bien objeto del proceso de la misma pertenencia.

De la Honorable Magistrada, atentamente.

NAPOLEÓN SEGURA SIERRA
C.C. No. 80418626 de Bogotá
T.P. 98097 del C. S. de la J.

LAURA MARCELA CORREDOR GONZÁLEZ
ABOGADA
ESPECIALISTA EN DERECHO COMERCIAL Y SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL

Doctora:
MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
MAGISTRADA SALA CIVIL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C
E. S. D.

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN
REF: PROCESO ORDINARIO DECLARATIVO
DEMANDANTE: SUMEDIX S.A.S.
DEMANDADO: CAFESALUD EPS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN
RADICADO No. 11001310300120190005401

LAURA MARCELA CORREDOR GONZÁLEZ, mayor de edad y con domiciliada en esta ciudad, identificada como aparece al pie de mi firma, abogada en ejercicio y en calidad de apoderada judicial de la parte demandante, me dirijo a su honorable despacho, a efectos de promover **RECURSO DE REPOSICIÓN**, en contra del auto de fecha 10 de junio de 2020, mediante el cual, esa oficina judicial negó el decreto de pruebas solicitadas en el trámite del recurso de alzada, fincado en los siguientes motivos de censura:

La presente censura tiene como fundamento precisamente el objeto de la relación jurídico – litigiosa, habida cuenta que la parte demandada durante todo el trámite de primera instancia aceptó no haber cumplido con el contrato de suministro, como quiera que no procedió al pago de la facturación que se generó con ocasión del mismo, tampoco blandió una causal de exoneración de responsabilidad que justificara su incumplimiento contractual; en su defensa alegó entre otros argumentos, que de accederse a las pretensiones de la demanda, se estaría reparando doblemente el daño, en consideración a que el Juzgado 4º Civil del Circuito de Ibagué - Tolima, dentro del proceso ejecutivo que mi representada incoó en contra de la aquí demandada, se tasaron intereses moratorios, reconociendo perjuicios por el incumplimiento contractual.

No obstante, el tema del debate jurídico y sin duda probatorio, estriba precisamente en que dicha tasación es insuficiente; habida cuenta que mi representada padeció

laumaco@gmail.com
CELULAR 301 4103272

ante el incumplimiento contratual, un perjuicio superior, que da cuenta dictamen confeccionado dentro de la oportunidad procesal pertinente y que no fue objeto de objeción alguna.

Ahora bien, sin duda el supuesto de hecho que se planteó en la presentación de la demanda, ha venido consolidándose, porque para estos eventos el daño es dinámico, las pérdidas acumuladas año tras año son evidentes en los libros de comercio, no sólo para el año en que se presentó la acción declarativa, sino hasta la actualidad; la pérdida de la confianza por parte de los proveedores, redonda en la ausencia de crédito y por ende en acciones judiciales tendientes al recaudo de las obligaciones, que a su vez mi representada tenía con éstos; y sin duda, los dichos que puedan dar las personas encargadas de la contabilidad y los aspectos financieros, darán claridad respecto del tema que se pretende demostrar, máxime, si se tiene en cuenta, que muchos de los contratos que se suscribieron para la época de la presente acción, no se pudieron ejecutar por incapacidad económica, y ese aspecto solo es evidente hoy.

En ese orden de ideas, no entiende éste libelista, la razón por la cual, ese Honorable Tribunal, tilda de superfluas, inútiles e impertinentes las pruebas que le fueron solicitadas, algunas en trámite de la alzada y otras desde la misma demanda; cuando por un indebido raciocinio del juez de primera instancia, se privó al expediente, del conocimiento que pudiera verter la contadora de la empresa, sobre la situación financiera y su desequilibrio derivado del incumplimiento contractual por parte de la demandada, toda vez que ella, sabía y conocía que los proveedores le estaban cerrando los créditos, la ausencia de flujo de efectivo para asumir dichas obligaciones de contado, la imposiblidad de cumplir a su vez, con contratos firmados con otros clientes.

Entonces, pese a lo plasmado en la providencia materia de la presente censura, sin duda existe un vínculo lógico, entre la versión que nos pueda brindar la contadora Yenny Alexandra Pérez Bonilla, los contratos que se iniciaron a ejecutar al momento de presentarse la acción ordinaria, los que se suscribieron con posterioridad, y su imposibilidad de ejecución, todo enlazado a los libros de comercio; que para estos efectos tienen virtualidad probatoria según lo expresa con claridad meridiana el artículo 1º del Decreto 2649 de 1993.

Por último, es menester señalar que no es cierto que el daño consolidado se funde en una afectación causada con antelación a la presentación de la demanda, toda vez que la demandada, a la fecha de este memorial, no ha cumplido con su obligación contractual de PAGAR la facturación que originó el contrato de suministro. En ese orden de ideas, hasta que el acreedor no alcance la satisfacción de la obligación, los perjuicios se seguirán causando, no en el monto de los intereses moratorios, sino en los tasados en el dictamen en comento.

Ahora bien, en lo que ciñe a la sentencia dictada dentro del proceso ejecutivo que cursó en el Juzgado 4º Civil del Circuito de Ibagué, y donde se ordenó seguir adelante con la ejecución, el mismo nos dará luces sobre el incumplimiento contractual, pues no tendría lógica que un despacho judicial tuviera por insoluta la obligación de pagar una suma de dinero derivada de un contrato, y otro a su turno tuviera por cumplida dicha obligación. Asi las cosas, solicito a esa oficina judicial que en uso de las facultades oficiosas y en aras de preservar la coherencia del ordenamiento, solicite copia de dicha providencia.

De conformidad con lo anteriormente manifestado, solicito comedidamente se reponga el auto recurrido, para revocar el auto materia de censura y en su lugar se decreten las pruebas deprecadas.

La suscrita recibe notificaciones en la Carrera 26 No. 45C-63 Oficina 501 en la ciudad de Bogotá D.C. También en el correo electrónico: laumaco@gmail.com y celular 3014103272.

Cordialmente,



Laura Marcela Corredor González
C.C. No. 46.380.724 de Sogamoso (Boyacá)
T.P. No. 155.213 del C.S. de la J.

Bogotá, D. C., 17 de junio de 2020

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ Sala de decisión Civil
Dra. MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrado sustanciador
E. S. D.

Referencia: Verbal No. 11001310303820180007501
Demandante: WILSON ARIZA FONTECHA
Demandado: AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ y OTRA
Asunto: Recurso de reposición contra auto del 4 de junio de 2020

FABIO ROJAS ROJAS, en mi calidad de apoderado judicial del Demandante, estando en oportunidad, manifiesto que interpongo recurso de reposición contra su providencia datada del cuatro de junio del corriente año, a fin de que se sirva reponer la providencia y en consecuencia aceptar y darle el trámite respectivo al escrito de sustentación del recurso de apelación, presentado a su Despacho y recibido, según el sistema de siglo XXI el pasado 19 de mayo de 2020.

Lo anterior en razón de que el Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020, en su artículo 14 señala que ***ejecutoriado el auto que admite el recuso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco días siguientes****.*

Agradezco su atención y quedó pendiente de su positiva respuesta.

Cordialmente,

FABIO ROJAS ROJAS
C. C. No. 19.325.660 de Bogotá.
T. P. No. 71.769 de C. S. de la J.

Calle 18 No. 9-79 Oficina 512, Torre Norte Centro Colseguros teléfonos 2826051 - 2867031 Bogotá D. C.
abogadosdecolombia@hotmail.com - fabiorojas@abogadosdecolombiasas.com

Señores Magistrados
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil
E. S. D.

Ref. Juicio Ordinario de ELSA ZARATE MANTILLA contra JOSÉ IGNACIO FORERO LUQUE y otro (JOSÉ IGNACIO FORERO OTERO). **Exp.1995-514 -04 (Juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá).**

Mag Pte. Dra. HILDA GONZALEZ NEIRA

En mi condición de apoderado de las señoras ADRIANA Y CLEMENCIA FORERO OTERO, en cuyo nombre se interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida en el juicio de la referencia, recurso que ya fue admitido por el Tribunal, de la manera mas atenta procedo a descorrer el traslado para alegar de conclusión en segunda instancia.

Como se dice en la sustentación de las excepciones perentorias que se interpusieron al responder la demanda, mis actuales procuradas CLEMENCIA y ADRIANA FORERO OTERO en su condición de sucesoras procesales de JOSE IGNACIO FORERO LUQUE, si es que realmente lo fueron respecto de lo que aquí se reclama, como mas adelante se verá, no están llamadas a cumplir las decisiones de la sentencia, que como consecuencia del retorno de la situación al momento previo a la celebración del contrato de promesa de compraventa, para que se reintegre por su valor indexado de $84.600.000.oo la suma de $21.000.000.oo, que la señora ELSA ZARATE DE MANTILLA pagó al señor JOSE IGNACIO FORERO OTERO (q.e.p.d.), como parte del precio del inmueble prometido en venta y quien ha comparecido al proceso representado por su hijo JOSE IGNACIO FORERO ZULUAGA, según poder otorgado a la abogada……., quien fue reconocida como apoderada en la audiencia de fallo de primera instancia, pero no se hizo presente.

Sostengo que mis procuradas no están llamadas a responder por la condena que se acaba de mencionar por las siguientes razones:

En primer lugar, , en la respuesta de la demanda se dijo que las obligaciones deprecadas en la demanda no podía trasmitirlas JOSE IGNACIO FORERO LUQUE a sus herederos por causa de muerte, ya que al momento de su fallecimiento el 7 de junio de 1996, no las tenia; por haberse consolidado por la muerte del titular del usufucto, el dominio pleno en cabeza del titular de la nuda propiedad, JOSÉ IGNACIO FORERO OTERO, su hijo; y en esos términos entre las obligaciones de JOSE IGNACIO FORERO LUQUE que podía trasmitir por causa de muerte a sus herederos, no estaba la de restitución de una suma recibida

como parte del precio de un inmueble sobre el cual, al momento de morir perdió todo vínculo jurídico u obligacional.

No obstante, cualquier duda, respecto a que por fuerza de la consolidación del usufructo con la nuda propiedad, las obligaciones de JOSE IGNACIO FORERO LUQUE se hubieran extinguido, se despeja con el documento, Escritura 82 de 22 de mayo de 1996 de la Notaria Única de Tenjo, sobre cuya existencia en los autos, en su alegato de conclusión llamó la atención del juzgado la Dra. ELSA ZARATE DE MANTILLA, demandante en nombre propio en el juicio de la referencia y según la cual JOSE IGNACIO FORERO LUQUE trasmitió a JOSE IGNACIO FORERO OTERO el usufructo del que era titular sobre el inmueble objeto del contrato de promesa de compraventa; resultando de ello, que JOSE IGNACIO FORERO LUQUE terminó siendo la única parte contractual incumplida; y la única co-parte que por haber recibido él solo la totalidad del dinero, ver hechos 2.7., 2.7.1., 2.7.2 y 2.7.3., estaría obligado a restituirlo indexado como lo dispuso el fallo apelado, si este llegaré a cobrar ejecutoria; y por último la única parte contractual existente al momento de conformarse el contradictorio en el juicio de la referencia como a continuación se expone:

1. Si por acto entre vivos o sea por la Escritura 82 de 1996, ya citada JOSE IGNACIO FORERO LUQUE trasmitió a JOSE IGNACIO FORERO OTERO, quien ya poseía la nuda propiedad, el usufructo del inmueble objeto del contrato de promesa de compraventa, el último de los nombrados devino en propietario pleno y en la única persona obligada, ora a cumplir el contrato de promesa de compraventa suscribiendo la correspondiente escritura; ora a reintegrar el dinero por su valor real como corresponde en caso que operase por acuerdo o por sentencia el *mutuo disenso* que ya no se podía exigir de JOSE IGNACIO FORERO LUQUE porque le era imposible firmar la escritura de venta de un inmueble sobre el que ya no tenia ningún derecho real, o restituir el dinero que como se desprende de los hechos 2.7., 2.7.1, 2.7.2. y 2.7.3. de la demanda quien los había recibido en su totalidad era JOSE IGNACIO FORERO OTERO, su hijo.

2. Si por acto entre vivos JOSE IGNACIO FORERO LUQUE trasmitió el usufructo y consolidó la plena propiedad a JOSE IGNACIO FORERO OTERO, en ningún momento aquél, tenía capacidad para ser demandado a la realización de un acto imposible a saber, la suscripción de la escritura de un inmueble sobre el cual con anterioridad a la formación del contradictorio ya se había desprendido del derecho real de usufructo; de la misma manera que tampoco podía ser demandado como se pretende en la demanda para la devolución de un dinero que no había recibido ver hechos 27, 2.7.1 2.7.2 y 2.7.3 de la demanda.

3. Ahora bien, si por fuerza de la escritura 82 de la Notaria Única de Tenjo y por la confesión de los hechos 2.7., 2.7.1, 2.7.2. y 2.7.3., de la demanda JOSE IGNACIO FORERO OTERO se encontraba en imposibilidad física y jurídica de dar o de hacer lo que no tenia

el dinero, ni podía cumplir la firma de la escritura¸ mucho menos podía trasmitir las obligaciones y los derechos derivados de un contrato de compraventa imposible de cumplir por su parte a sus herederos porque a estos últimos, que nunca fueron continuadores de la personalidad jurídica del causante en lo que a esos derechos y obligaciones se refiere, el cumplimiento de las obligaciones que el causante nunca tuvo le resultó doblemente imposible.

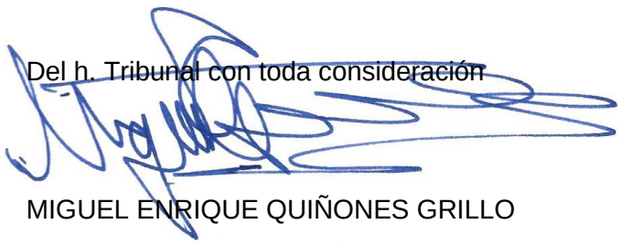
Por lo demás, solicito que la sentencia en lo que pudiera llegar a afectar a mis procuradas CLEMENCIA y ADRIANA FORERO OTERO, se revoque en todas sus partes porque en la parte resolutiva se condena "…a ***la sucesión…"*** de JOSE IGNACIO FORERO LUQUE (y a la sucesión de JOSE IGNACIO FORERO OTERO) a restituir a la demandante el valor indexado ($84.000.000) de los $21.000.000 que la demandante entregó a JOSE IGNACIO FORERO OTERO (q.e.p.d), en vida de este último, como se confiesa en la demanda, ya que como las sucesiones por causa de muerte como la de JOSE IGNACIO FORERO LUQUE no son personas jurídicas, tampoco se podrá confirmar la sentencia como fue concebida porque va a resultar imposible su ejecución si cupiere.

Con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia y en tiempo oportuno solicité en vano al señor Juez 48 Civil del Circuito de Bogotá que aclarase los términos de la condena o disposición que en equidad dispuso volver las cosas al estado inicial y al reintegro del dinero recibido por JOSE IGNACIO FORERO OTERO, como aquí se expone.

Un tercer argumento adicional y demostrativo de que ni a JOSE IGNACIO FORERO LUQUE (ni a la sucesión) se les puede condenar a la restitución de un dinero que este nunca recibió es el siguiente:

1. Según el fallo apelado en la demanda de reconvención por confesión del apoderado de JOSE IGNACIO FORERO LUQUE existe la plena prueba de que este recibió los $21.000.000, parte del precio del inmueble prometido en venta en el contrato de marras, sin embargo y como también se dice en el fallo que respecto de JOSE IGNACIO FORERO LUQUE esa confesión del apoderado de JOSE IGNACIO FORERO OTERO, debe tomarse como un testimonio de terceros, se hace necesario confrontar la confesión de apoderado y la confesión de parte (ver hechos 27., 27.1, 27.2, y 27.3) con el medio probatorio declaración de terceros para concluir que dos confesiones sobre el hecho de que JOSE IGNACIO FORERO OTERO recibió los 21 millones de pesos no puede ser superada por la fuerza probatoria de testimonio de terceros sobre el mismo hecho, recepción de los 21 millones de pesos, pero en relación con JOSE IGNACIO FORERO LUQUE.

Con JOSE IGNACIO FORERO LUQUE nunca se conformó el contradictorio porque como consta en el auto de 24 de julio de 2009, proferido en ese Tribunal por la Magistrada MAGDALENA MOJICA RODRIGUEZ, el señor JOSE IGNACIO FORERO LUQUE falleció el 7 de junio de 1996 sin que estuviera actuando por conducto de apoderado judicial, representante o curador.



Del h. Tribunal con toda consideración

MIGUEL ENRIQUE QUIÑONES GRILLO
C.C.17.126.596 de Bogotá
T.P. 2960 del Consejo Sup de la Judicatura

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA CIVIL
LA CIUDAD
E. S. D.

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION

VERBAL: 11001 31 03 004 2017 00319 01

DEMANDANTES: WILLIAM RODRIGUEZ YEPES Y MARTHA ISABEL GONZALEZ DUQUE
DEMANDADO : MARIA DOLLY BETANCOUR

Respetada Magistrada**:DRA MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO**

Reciba Un Cordial Saludo,

WILLIAM RODRIGUEZ YEPES, reconocido en autos, obrando en causa propia y en mi calidad de apoderado de la demandante **MARTHA ISABEL GONZALEZ DUQUE**, con todo respeto, por medio del presente escrito, estando dentro del término procedo a **SUSTENTAR** el recurso de Apelación interpuesto contra la **sentencia de fecha 16 de septiembre de 2019**, proferida por el Juez Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, de acuerdo a lo ordenado por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, mediante autos de fecha 8 y 11 de Junio del 2020, en los siguientes términos:

1. Siendo congruente frente a la inconformidad planteada a la sentencia apelada y la sustentación, reitero lo enunciado en sala y el escrito de complemento presentado, pues como lo expuse, el señor Juez de conocimiento, al pronunciarse en el fondo del asunto, desestimó las pretensiones principales y subsidiarias suplicadas en la demanda al considerar, que supuestamente la parte demandante

incumplió el contrato apartándose totalmente de lo sustancial del asunto, por eso manifesté que el *a quo* desde el momento de la admisión de la demanda se mostró sesgado en sus decisiones razón por la cual el suscrito tuvo que acudir a la Acción Constitucional por la flagrante violación al Debido Proceso, Acceso a la Administración de justicia y el Exceso Ritual Manifiesto, donde la **Corte Suprema** hizo valer nuestros derechos.

2. Nuestra inconformidad para apelar la decisión radica en que el señor Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá, NO realizó un estudio riguroso frente al tema principal del debate que no era más que *la declaración de la existencia de los vicios ocultos* de la compra realizada, razón por la cual una vez proferida la decisión me asalto la duda y tuve que preguntar atónito, asombrado y admirado con la decisión del señor Juez --- ***¿ que se resolvió frente a los vicios ocultos?,*** --- quedando establecido que no se resolvió nada, no tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas incorporadas y recaudadas es decir que no hizo un análisis y estudio adecuado de cada una de ellas.

3. Expuse que el sentenciador no realizo un análisis jurídico y adecuado de cada una de las pretensiones tanto principales como subsidiarias las cuales me permito transcribir:

“ 1. PRETENSION PRINCIPAL

1.1 *Que se declare la existencia de vicios ocultos dentro del inmueble base de la Promesa de compraventa celebrada el diez (10) de noviembre del 2015, entre la señora María Dolly Betancur Vásquez, como Prometiente vendedora y William Rodríguez Yepes y Martha Isabel González Duque como Prometientes compradores, por incumplimiento de las obligaciones de salir al saneamiento.*

1.2 *Que se declare que la parte demandada actuó de manera culposa conforme a las documentales aportadas por los vicios encontrados, donde según dictamen pericial*

dichos desperfectos afectan a elementos esenciales de la construcción, por lo que, hacen imposible su habitabilidad, por lo que, es inútil para la finalidad que le es propia.

1.3 *Que se declare la procedencia de la (actio quanti minoris), ordenando la rebaja del precio contrato a su justo valor de acuerdo al deterioro y condiciones en que se encuentra el inmueble en la suma de CIENTO SETENTA MILLONES DE PESOS $ 170.000.000M/cte, como lo manifiesta los peritos en su dictamen…….***.**

2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En virtud de lo regulado por en el artículo 1915 del Código Civil numeral 2, en concordancia con el Art. 1925, por ser vicios como los llama la norma de poca importancia, donde el inmueble sirve imperfectamente y por economía procesal de tener que iniciar otro proceso solicitamos:

2.1 *Que se ordene el perfeccionamiento del negocio ordenando la suscripción de la Escritura Pública correspondiente ante la Notaria 34 del Círculo de Bogotá.*

2.2 *Que se proceda a fijar fecha y hora con el fin de proceder al otorgamiento de la Escritura correspondiente.*

2.3 *Que se ordene a la Prometiente vendedora a poner en condiciones de firmar la Escritura, teniendo a paz y salvo de impuestos y a paz y salvo la administración del edificio, por no haber salido al saneamiento, lo que supone la no entrega legal del inmueble en condiciones de habitabilidad…**”**.*

En razón a lo pretendido el Despacho **FIJO EL LITIGIO** en los siguientes términos:

- *Si los bienes objeto del contrato tenían vicios o daños.*
- *En caso positivo establecer si hay vicios ocultos.*
- *De ser así establecer si está obligada la demandada a responder*
- *Establecer una reducción en el precio pagado.*

Es decir que había quedado claro que el desarrollo del juicio se encaminaría a probar o desvirtuar lo fijado en el litigio y de lo fallado aduje que inevitablemente hubo una falsa motivación en lo resuelto, ya que no hay consonancia entre la fijación del

litigio, los hechos probados, las documentales y testimoniales recaudadas frente a la decisión. Poniendo de presente que cuando el legislador determinó que en la audiencia inicial se debía fijar el litigio facultó al juez para que en un diálogo con las partes estableciera los extremos que serían objeto de discusión, admitiendo que sobre ellos van a versar las actuaciones posteriores, y sin que eso impida al juez, al momento de fallar, **articular lo que se demostró en el proceso** *(la existencia de grietas, fisuras, enchape grietado, moho, hongos, y humedad en general, condiciones que lo hacen inhabitable)*, para hacer un pronunciamiento acorde con lo propuesto inicialmente. Siendo lógico y entendible que de acuerdo con las pretensiones los hechos probados y la fijación del litigio, se desarrollaría la esencia de lo debatido, que no era mas que determinar la existencia de vicios ocultos.

4. Enuncie en la apelación que no se realizó un análisis juicioso de cada una de las pretensiones solicitadas y dejó en el limbo el contrato de compraventa, aduciendo que nosotros como demandantes incumplimos el contrato, pero en ningún momento especifica en que se incumplió. **¿Sería en el pago?, ¿sería en la firma de las escrituras?, o ¿sería en el salir al saneamiento para entregar el inmueble en buenas condiciones?**

Y es que el señor Juez 4º Cto. Desestimó las pretensiones aduciendo que no era viable concederlas ya que los vicios ocultos no operaban para la promesa de compraventa, desconoció que ya no había promesa de compraventa, sino contrato de compraventa pues ya se había cumplido lo expuesto en el **Artículo 1849 del código civil**, que establece que la COMPRAVENTA es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero.

Entonces quiere decir que el contrato de promesa de compraventa quedo *abolido o extinguido*, porque ya se había cumplido lo

prometido pues el vendedor realizó la entrega de los referidos inmuebles real y materialmente *el día 10 de noviembre del 2015* y los compradores pagamos el precio acordado incluso se pago más de lo pactado razón por la cual se realizo un contrato totalmente independente de recompra de un vehículo.

5. Como en la compraventa realizada se trataba de un inmueble sujeto a registro quedaba pendiente solo el **PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE VENTA** que trata el **Artículo 1857 del Código Civil,** que establece que la venta se reputa perfecta desde que las partes han **convenido en la cosa y en el precio**, salvo las excepciones siguientes:

La venta de los bienes raíces, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, pero esto no quiere decir que la compraventa no exista.

El perfeccionamiento que NO se realizó porque la VENDEDORA, señora **MARIA DOLLY BETANCOUR,** no cumplió con lo normado en el **Artículo 1880 del C.C.** que establece que las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: **la entrega ó** tradición, y **el saneamiento** de la cosa vendida.

6. En la apelación exteriorice que no se realizó un adecuado análisis jurídico de las pretensiones principales y subsidiarias y es que dentro del proceso de la referencia en ningún momento se estaba pidiendo *la resolución del contrato de compraventa*, **si no la disminución de su precio por la existencia de vicios ocultos**. Razón suficiente para solicitar la solemnidad correspondiente del contrato de compraventa, poniéndolo en condiciones para firmar las respectivas escrituras. En el caso en concreto las pretensiones subsidiarias también se desestimaron aduciendo que los compradores incumplieron el contrato; cuando ninguna de las dos partes contratantes asistió a la Notaria con el fin de perfeccionar la negociación, pues procesal y jurisprudencialmente está establecido que se puede indilgar que hay incumplimiento en un contrato si una de las partes no demuestra que cumplió. En

este caso nosotros cumplimos con la obligación que nos correspondía que era pagar el precio, esto se hizo incluso más de lo acordado. y quien realmente incumplió fue la VENDEDORA en el sentido de entregar y garantizar la calidad de lo que se estaba comprando, pues si era verdad que el inmueble estaba nuevo, para estrenar y recién pintado no hubiera presentado las fallas advertidas. Siendo legalistas, se puede concluir que si las partes de la promesa no comparecen a la notaría en la fecha y hora acordada, salvo causa justificada, implicaría un incumplimiento recíproco del contrato que puede dar lugar a la resolución del mismo pues quedo plenamente establecido que ninguna de las partes acudieron a la Notaria, nótese que en el minuto **43-25** del interrogatorio de parte que absuelve la demandada señora MARIA DOLLY BETANCUR, afirma que no fuimos ninguna de las partes a la suscripción de la Escritura a la notaria en la fecha pactada, por cuanto estábamos conversando y existían buenas relaciones con los compradores, igualmente lo hace su esposo don ROBERTO GARCIA, en su declaración, cuando afirma, que no se hicieron presentes en la Notaría en la fecha pactada, ni se hizo acta de comparecencia, por la amistad que existía con los compradores minuto **1:42** de la audiencia inicial; es de resaltar que dentro de la fijación del litigio en ningún momento se dijo que el juicio se encaminaría a probar el incumplimiento de la compraventa realizada, en esta oportunidad si el señor Juez 4º Circuito hubiera efectuado un riguroso control de legalidad conforme lo consagra el Art. 132 del C.G.P, y hubiera utilizado los poderes del juez en el sentido de adoptar las medidas autorizadas en el C.G.P para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permitiera decidir el fondo del asunto, otra seria la suerte del trámite del proceso, pues así lo contempla el Art. 42 numerales 5 y 12 ibídem, en congruencia del Articulo 29 de nuestra constitución. Y es que esto no lo debería poner en conocimiento en esta sustentación de la apelación, ya que el Juez de conocimiento debió aplicarlo en su deber de juzgador en prevalencia de la existencia de lo sustancial sobre lo procesal.

En este sentido, *la Corte Constitucional ha señalado que, por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas. Por lo tanto, con fundamento en el derecho de acceso a la administración de justicia y en el principio de la prevalencia del derecho sustancial, esta Corporación ha sostenido que en una providencia o decisión judicial puede configurarse un defecto procedimental por "exceso ritual manifiesto"* ***cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos diáfanamente probados****, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales.*

7. Las pretensiones principales no se valoraron ni se analizaron adecuadamente desestimándolas so pretexto que el pedimento de la *rebaja del precio* por la existencia de vicios ocultos o acción *quanti minoris* eran propias de los comerciantes y que por lo tanto el código de comercio no se aplicaba al caso en concreto. Desconociendo que el acto que realizó la señora vendedora María Dolly fue un acto de comercio de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 20 del Código de Comercio que estable que son actos mercantiles para todos los efectos legales:

1) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos.

Y eso precisamente fue lo que hizo la vendedora al comprar y vender automáticamente el inmueble después de cuatro meses o como nos explicaríamos que la demandada compro el inmueble en $207.000.000.oo y lo vendió en $340.000.000.oo, tan solo cuatro meses después, recibiendo una ganancia ocasional de $133.000.000.oo equivalente a un 60 % del valor de compra, ganancia que no declaró y que seguramente se produjo

por los imperfectos del bien; además que la demandada, afirma que vendía un apartamento nuevo, pero quedó al descubierto su falso testimonio, cuando el juez en el minuto **1:37** en la audiencia inicial la requiere de porque afirma que lo vendió nuevo, si existe la escritura de un tercero, luego la señora le compra a un tercero que había comprado hacía tres años, tiempo que tenía de construído el Edificio. Quedando al descubierto que nunca entregó un apartamento nuevo y para estrenar, ya que tenía más de tres años de construído y existía otro propietario que también conocía los problemas de ese edificio y de ese apartamento.

Siendo importante traer a colación el precedente Jurisprudencial de la Corte Constitucional que expone que: *Pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso en concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable en esta labor, apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución o la ley. Por lo anterior, cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente irrazonable o se deja de aplicar una norma aplicable, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial, ésta deja de ser una* ***vía de derecho*** *para convertirse en una* ***vía de hecho****, razón por la cual la misma deberá dejarse sin efectos jurídicos.*

8. En mi apelación cité que no se hizo un análisis profundo de las pruebas, es decir que se realizó una **VALORACIÓN DEFECTUOSA DEL MATERIAL PROBATORIO,** ya que existió un defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica por el hecho de no motivar razonadamente la decisión.

No se realizó una apreciación individual y conjunta de las pruebas según la sana crítica, pues este es un método de valoración que

impone al fallador reglas claras y concretas para elaborar sus hipótesis sobre los hechos a partir del uso de razonamiento lógico, interpretativo y adecuado, que constituyen el presupuesto efectivo de la decisión.

Dentro del asunto de la referencia se estableció claramente que el inmueble se encuentra en pésimas condiciones al poco tiempo de haberlo comprado donde los dos peritos coinciden que hay un daño terrible, grave y severo que no obedece al uso normal del apartamento, donde hay grietas, fisuras, enchape grietado, moho, hongos, y humedad en general, condiciones que lo hacen inhabitable, así quedo probado con las documentales, testimonios y peritos que hicieron parte del debate probatorio; inclusive el del perito que de oficio nombró el señor juez.

Reitero, que después de haberse fijado el litigio el mismo Juez de la republica de oficio designo un perito ingeniero, pese a que los Dictámenes arrimados por el suscrito, **no fueron objetados**, pues así quedo en audio. El Ingeniero nombrado por el señor Juez, con más de 50 años de experiencia presentó su dictamen reiterando lo que ya se había probado, y adoleciéndose de que fue una lástima que el señor Juez no pudo practicar la Inspección Judicial que fue pedida conjuntamente por las partes, para que evidenciara por sus propios ojos el estado deplorable del inmueble.

9. Quedo probado igualmente que el inmueble se pagó en su totalidad e incluso más de lo acordado razón por la cual se me hizo entrega de los inmuebles, y en virtud del saldo a favor que se generó por la entrega del ultimo cheque de más valor (esto era la suma de $24.000.000), se realizó una recompra de un vehículo (en la suma de $45.000.000), mediante otro contrato que es totalmente independiente al del inmueble, *según se enuncio en la consideración 6 del contrato de compraventa del vehículo*, razón por

la cual se ejecutó en el Juzgado 50 Civil municipal, según radicado 2017-00173 *(prueba trasladada que el señor Juez Ordeno)*. Donde el juez desconoció totalmente que la demandada tuvo que proceder a desistir de la demanda de RECONVENCION y que fue desistida desde el 29 de marzo del 2019, obedeciendo a que el proceso ejecutivo ya tenía sentencia, situación que prueba la mala fe de la demandada **MARIA DOLLY BETANCOUR.**

10. Con relación a la excepción propuesta por la parte demandada, acogida por el señor Juez 4º del Circuito, denominada INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO, el *a quo* la sustento en dos puntos:

- Que el suscrito no realizo el traspaso del vehículo automotor de placas DBU-525, a favor del señor **José Roberto García**.
- Que los compradores y/o demandantes NO se hicieron presentes a la Notaria para suscribir las escrituras.

Si el señor juez hubiera realizado un buen análisis jurídico de cada una de las pretensiones tanto principales como subsidiarias junto con todas las pruebas y hechos probados, se habría percatado que:

a. Era ilógico que el suscrito realizara el traspaso del vehículo al señor José Roberto García, ya que existió una recompra, pues era el vehículo que yo entregue inicialmente en parte de pago del inmueble, los vendedores me lo devolvieron toda vez que del dinero entregado surgió un saldo a mi favor por el ultimo cheque entregado, es decir que no habría lugar a traspaso de ninguna índole ya que el automotor volvía a mi dominio. Al realizar la devolución del vehículo se generó el contrato de compraventa del vehículo, que es totalmente independiente al del inmueble, *según se enuncio en la consideración 6 del contrato de compraventa del vehículo*,

razón por la cual la demandada ejecutó en el Juzgado 50 Civil municipal, según radicado 2017-00173 *(prueba trasladada que el señor Juez Ordeno).* Donde el juez desconoció que la demanda de RECONVENCION fue desistida desde el 29 de marzo del 2019. Es decir que el precio del inmueble se pagó en su totalidad, en donde el saldo pendiente era del vehículo. Desde esa data el señor Juez debió haberse preguntado porque se desistió de la demanda de reconvención en la que estaba cobrando la suma de $21.000.000, la respuesta era clara y sencilla, pues el saldo de la compraventa ya se había ejecutado como lo mencione anteriormente, dando lugar al tránsito de cosa juzgada.

b. Y con relación a que los compradores y/o demandantes NO se hicieron presentes a la Notaria para suscribir las escrituras, se probó que la señora vendedora tampoco se hizo presente a la Notaria, no se allego constancia que así lo demostrara. Y como lo expuse líneas atrás se puede concluir que si las partes de la promesa no comparecen a la notaría en la fecha y hora acordada, salvo causa justificada, implicaría un incumplimiento recíproco del contrato que puede dar lugar a la resolución del mismo pues quedo plenamente establecido que ninguna de las partes acudieron a la Notaria, poniendo de presente que dentro de la fijación del litigio en ningún momento se dijo que el juicio se encaminaría a probar el incumplimiento de la compraventa realizada, si no la existencia palpable de los vicios ocultos evidenciados por las partes, los testigos, los peritos y las documentales allegadas.

   Si se presentó un incumplimiento fue por parte de la vendedora en el sentido de haber entregado el inmueble en buenas condiciones en donde la Señora MARIA DOLLY BETANCOUR y representante judicial ponen en

conocimiento que el inmueble era nuevo y para estrenar, pero a la vez reconoce que existen simples humedades, hongos etc... que obedecen a la falta de mantenimiento, al punto que dentro de la excepción denominada *TEMERIDA Y MALA FE DE LOS DEMANDANTES y ABUSO DEL DERECHO*, le hacen saber al Despacho que las anomalías que presentan los inmuebles objeto de litigio son "vicios de poca monta" para lo cual me permito transcribirlos literalmente.

> Si por un "vicio de poca monta" el actor pide que se le rebaje a la mitad el precio del inmueble, que tal que fueran trascedentes los vicios, solicitaría que se le rebaje completamente el valor pactado y se le exonere de pagar el apartamento. Hasta pediría una suma de dinero adicional. Este es el talante del actor.

Con lo anterior solo se prueba que se reconoció tácitamente la existencia de vicios ocultos. Entonces si lo que el señor juez quiso o pretendió decretar una excepción genérica u oficiosa en torno al presunto incumplimiento de las dos partes, debió fue haber decretado la resolución del contrato por el incumplimiento de las dos partes

11. Otro hecho que no se analizó adecuadamente, dentro del recaudo probatorio es que no se tuvo en cuenta que la acá demandada **MARIA DOLLY BETANCOUR,** falto a la verdad y engaño al Despacho, reservándome el derecho desde ya, de poner en conocimiento de la Jurisdicción Penal el falso testimonio rendido ante su señoría, pues primero dijo que el inmueble lo compro nuevo y para estrenar a la constructora, pero después dice que fue a Construcciones Endeovar, y basta con revisar el certificado de tradición y las escrituras, dándonos cuenta que el apartamento *ya tenía una vetustez de más de tres años*, por lo que era imposible que se encontrara nuevo.

Pues quien lo construyo fue la Constructora Goa S.A.S., y en razón a las anomalías del inmueble y la copropiedad en general Construcciones Endeavor participo en la querella o reclamación administrativa ante la Secretaría del hábitat ordenando la correspondiente sanción, según documental aportada. Es decir, existe una sanción de la Secretaria Distrital del Hábitat, Resolución No. 941 del 18 de abril de 2016, entre otros por incumplir una orden de colocar unos filtros, por cuanto se evidenció la presencia de filtraciones provenientes de predios aledaños, la Resolución es de abril de 2016 y la querella había iniciado el 21 de junio de 2013. Es decir en esta fecha ya había sido construido totalmente el edificio y se sabía de las filtraciones y problemas que tenía el edificio, luego la señora vendedora conocía del problema, como su vendedor tercero que participó en la querella, sin embargo la demandada, declara bajo juramento y alegremente que vendió un inmueble nuevo, ocultándole al Juez que lo había comprado a un tercero y este lo había tenido tres años y con este problema.

Y ante la puesta en conocimiento de los desperfectos del inmueble a los vendedores estos hicieron una reclamación y supuestas llamadas, pero en ningún momento hicieron un *LLAMAMIENTO EN GARANTÍA* ni a la constructora GOA SAS, quienes construyeron el edificio, ni a su vendedor Endeovar.

En conclusión, se realizó la compraventa de un inmueble, que fue entregado el 10 de noviembre de 2015, hace 5 años, se demandó la declaratoria de existencia de vicios ocultos en abril de 2017, llevamos tres años con este proceso.

El precio del inmueble se canceló en su totalidad, inclusive el último cheque era por un valor superior al saldo que se debía entregar para la firma de la Escritura, es decir el valor del precio se canceló así: El 10 de noviembre de 2015, día de la entrega del inmueble, 248.000.000, Millones así: 3 cheques uno por 48 millones, otro por 72 millones y otro por 80 millones total en

dinero 200 millones y una camioneta Dodge Journey, pactado el precio por 48 millones. Estan los 248 Millones.

El 20 de Noviembre de 2015, se cancelaron 38 millones para un total de 286 millones, quedando un saldo de 52 millones a la firma de la escritura y 2 millones que quedaron pendientes.

El saldo de 52 millones, se cancelan el 25 de mayo de 2016, con un cheque a favor del señor JOSE ROBERO GARCIA, a quién siempre se le giraban, por la suma de 72 millones, total cancelado 364 Millones. El valor del precio pactado por el inmueble era de 340 millones, Aquí ya se había cancelado la totalidad del valor pactado., quedando un saldo a nuestro favor de 24 Millones. Hasta aquí nunca hubo discusión entre las partes.

La vendedora demandada, decide no devolver la suma de 24 millones de pesos, que nos sobraban a los compradores, y devuelve la camioneta Dodge Journey por 45 millones, haciendo un contrato de compraventa de la misma camioneta recibida, y el suscrito acepta firmar y recibe la camioneta quedando un saldo a favor de la mencionada señora de 21 millones, que la señora vendedora, ejecuta a los pocos meses, obteniendo sentencia del Juzgado 50 Civil Municipal, que ordena pagar dicha suma (Ejecutivo 2017-00173).

Luego este negocio de la camioneta es independiente del negocio del inmueble y así se lo manifestamos las partes al señor juez.

El Juez 4 Civil del Circuito, refiere en su sentencia un presunto incumplimiento, de contrato, por el pago del precio del inmueble y por no ir a la Notaria a suscribir la Escritura, cuando el precio se encontraba totalmente cancelado y se demostró por manifestación de las partes en las audiencias, que ninguna acudió a la Notaría por voluntad propia y por estar pendiente entre otras lo del saneamiento que era lo que debía haber resuelto el Juez.

El señor Juez, tramita un proceso en casi 4 años, decreta pruebas, hasta de oficio, las practica y su fallo no tiene pronunciamiento alguno sobre ellas, con un solo argumento, que no sustenta y deja

claro que desconoce lo que es una venta sin perfeccionarse, por cuanto no se firmó Escritura precisamente por estar en este pleito.

OBJETO DE LA SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION

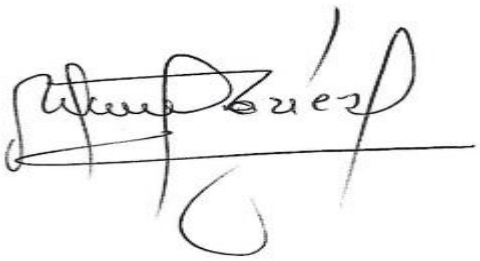
El recurso tiene como finalidad que se revoque la sentencia mediante el cual se desestimó las pretensiones solicitadas, sin tener en cuenta los hechos relevantes y las pruebas recaudadas ya que se probó todos los hechos indilgados, solicitándole a los honorables Magistrados que realicen un verdadero análisis de:

- Las pretensiones principales y subsidiarias planteadas.
- Todas las documentales aportadas.
- La contestación a las excepciones esbozadas por la demandada.
- Los dictámenes de los peritos y testigos e interrogatorios
- El complemento a la apelación presentado oportunamente.

Aplicando la prevalencia de lo sustancial sobre lo procesal.

De la Honorable Magistrada ponente,

Atentamente,



WILLIAM RODRIGUEZ YEPES
C.C. 19362730 de Bogotá
T.P. 35.251 del C.S de la J.

Celular 3102959775

Correo wiroye22@hotmail.com

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA CIVIL
LA CIUDAD
E. S. D.

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION

VERBAL: 11001 31 03 004 2017 00319 01

DEMANDANTES: WILLIAM RODRIGUEZ YEPES Y MARTHA ISABEL GONZALEZ DUQUE
DEMANDADO : MARIA DOLLY BETANCOUR

Respetada Magistrada**:DRA MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO**

Reciba Un Cordial Saludo,

WILLIAM RODRIGUEZ YEPES, reconocido en autos, obrando en causa propia y en mi calidad de apoderado de la demandante **MARTHA ISABEL GONZALEZ DUQUE**, con todo respeto, por medio del presente escrito, estando dentro del término procedo a **SUSTENTAR** el recurso de Apelación interpuesto contra la **sentencia de fecha 16 de septiembre de 2019**, proferida por el Juez Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, de acuerdo a lo ordenado por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, mediante autos de fecha 8 y 11 de Junio del 2020, en los siguientes términos:

1. Siendo congruente frente a la inconformidad planteada a la sentencia apelada y la sustentación, reitero lo enunciado en sala y el escrito de complemento presentado, pues como lo expuse, el señor Juez de conocimiento, al pronunciarse en el fondo del asunto, desestimó las pretensiones principales y subsidiarias suplicadas en la demanda al considerar, que supuestamente la parte demandante

incumplió el contrato apartándose totalmente de lo sustancial del asunto, por eso manifesté que el *a quo* desde el momento de la admisión de la demanda se mostró sesgado en sus decisiones razón por la cual el suscrito tuvo que acudir a la Acción Constitucional por la flagrante violación al Debido Proceso, Acceso a la Administración de justicia y el Exceso Ritual Manifiesto, donde la **Corte Suprema** hizo valer nuestros derechos.

2. Nuestra inconformidad para apelar la decisión radica en que el señor Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá, NO realizó un estudio riguroso frente al tema principal del debate que no era más que *la declaración de la existencia de los vicios ocultos* de la compra realizada, razón por la cual una vez proferida la decisión me asalto la duda y tuve que preguntar atónito, asombrado y admirado con la decisión del señor Juez --- ***¿ que se resolvió frente a los vicios ocultos?,*** --- quedando establecido que no se resolvió nada, no tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas incorporadas y recaudadas es decir que no hizo un análisis y estudio adecuado de cada una de ellas.

3. Expuse que el sentenciador no realizo un análisis jurídico y adecuado de cada una de las pretensiones tanto principales como subsidiarias las cuales me permito transcribir:

“ 1. PRETENSION PRINCIPAL

1.1 *Que se declare la existencia de vicios ocultos dentro del inmueble base de la Promesa de compraventa celebrada el diez (10) de noviembre del 2015, entre la señora María Dolly Betancur Vásquez, como Prometiente vendedora y William Rodríguez Yepes y Martha Isabel González Duque como Prometientes compradores, por incumplimiento de las obligaciones de salir al saneamiento.*

1.2 *Que se declare que la parte demandada actuó de manera culposa conforme a las documentales aportadas por los vicios encontrados, donde según dictamen pericial*

dichos desperfectos afectan a elementos esenciales de la construcción, por lo que, hacen imposible su habitabilidad, por lo que, es inútil para la finalidad que le es propia.

1.3 *Que se declare la procedencia de la (actio quanti minoris), ordenando la rebaja del precio contrato a su justo valor de acuerdo al deterioro y condiciones en que se encuentra el inmueble en la suma de CIENTO SETENTA MILLONES DE PESOS $ 170.000.000M/cte, como lo manifiesta los peritos en su dictamen…….***.**

2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En virtud de lo regulado por en el artículo 1915 del Código Civil numeral 2, en concordancia con el Art. 1925, por ser vicios como los llama la norma de poca importancia, donde el inmueble sirve imperfectamente y por economía procesal de tener que iniciar otro proceso solicitamos:

2.1 *Que se ordene el perfeccionamiento del negocio ordenando la suscripción de la Escritura Pública correspondiente ante la Notaria 34 del Círculo de Bogotá.*

2.2 *Que se proceda a fijar fecha y hora con el fin de proceder al otorgamiento de la Escritura correspondiente.*

2.3 *Que se ordene a la Prometiente vendedora a poner en condiciones de firmar la Escritura, teniendo a paz y salvo de impuestos y a paz y salvo la administración del edificio, por no haber salido al saneamiento, lo que supone la no entrega legal del inmueble en condiciones de habitabilidad…**”**.*

En razón a lo pretendido el Despacho **FIJO EL LITIGIO** en los siguientes términos:

- *Si los bienes objeto del contrato tenían vicios o daños.*
- *En caso positivo establecer si hay vicios ocultos.*
- *De ser así establecer si está obligada la demandada a responder*
- *Establecer una reducción en el precio pagado.*

Es decir que había quedado claro que el desarrollo del juicio se encaminaría a probar o desvirtuar lo fijado en el litigio y de lo fallado aduje que inevitablemente hubo una falsa motivación en lo resuelto, ya que no hay consonancia entre la fijación del

litigio, los hechos probados, las documentales y testimoniales recaudadas frente a la decisión. Poniendo de presente que cuando el legislador determinó que en la audiencia inicial se debía fijar el litigio facultó al juez para que en un diálogo con las partes estableciera los extremos que serían objeto de discusión, admitiendo que sobre ellos van a versar las actuaciones posteriores, y sin que eso impida al juez, al momento de fallar, **articular lo que se demostró en el proceso** *(la existencia de grietas, fisuras, enchape grietado, moho, hongos, y humedad en general, condiciones que lo hacen inhabitable)*, para hacer un pronunciamiento acorde con lo propuesto inicialmente. Siendo lógico y entendible que de acuerdo con las pretensiones los hechos probados y la fijación del litigio, se desarrollaría la esencia de lo debatido, que no era mas que determinar la existencia de vicios ocultos.

4. Enuncie en la apelación que no se realizó un análisis juicioso de cada una de las pretensiones solicitadas y dejó en el limbo el contrato de compraventa, aduciendo que nosotros como demandantes incumplimos el contrato, pero en ningún momento especifica en que se incumplió. **¿Sería en el pago?, ¿sería en la firma de las escrituras?, o ¿sería en el salir al saneamiento para entregar el inmueble en buenas condiciones?**

Y es que el señor Juez 4º Cto. Desestimó las pretensiones aduciendo que no era viable concederlas ya que los vicios ocultos no operaban para la promesa de compraventa, desconoció que ya no había promesa de compraventa, sino contrato de compraventa pues ya se había cumplido lo expuesto en el **Artículo 1849 del código civil**, que establece que la COMPRAVENTA es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero.

Entonces quiere decir que el contrato de promesa de compraventa quedo *abolido o extinguido*, porque ya se había cumplido lo

prometido pues el vendedor realizó la entrega de los referidos inmuebles real y materialmente *el día 10 de noviembre del 2015* y los compradores pagamos el precio acordado incluso se pago más de lo pactado razón por la cual se realizo un contrato totalmente independente de recompra de un vehículo.

5. Como en la compraventa realizada se trataba de un inmueble sujeto a registro quedaba pendiente solo el **PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE VENTA** que trata el **Artículo 1857 del Código Civil,** que establece que la venta se reputa perfecta desde que las partes han **convenido en la cosa y en el precio**, salvo las excepciones siguientes:

La venta de los bienes raíces, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, pero esto no quiere decir que la compraventa no exista.

El perfeccionamiento que NO se realizó porque la VENDEDORA, señora **MARIA DOLLY BETANCOUR,** no cumplió con lo normado en el **Artículo 1880 del C.C.** que establece que las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: **la entrega ó** tradición, y **el saneamiento** de la cosa vendida.

6. En la apelación exteriorice que no se realizó un adecuado análisis jurídico de las pretensiones principales y subsidiarias y es que dentro del proceso de la referencia en ningún momento se estaba pidiendo *la resolución del contrato de compraventa*, **si no la disminución de su precio por la existencia de vicios ocultos**. Razón suficiente para solicitar la solemnidad correspondiente del contrato de compraventa, poniéndolo en condiciones para firmar las respectivas escrituras. En el caso en concreto las pretensiones subsidiarias también se desestimaron aduciendo que los compradores incumplieron el contrato; cuando ninguna de las dos partes contratantes asistió a la Notaria con el fin de perfeccionar la negociación, pues procesal y jurisprudencialmente está establecido que se puede indilgar que hay incumplimiento en un contrato si una de las partes no demuestra que cumplió. En

este caso nosotros cumplimos con la obligación que nos correspondía que era pagar el precio, esto se hizo incluso más de lo acordado. y quien realmente incumplió fue la VENDEDORA en el sentido de entregar y garantizar la calidad de lo que se estaba comprando, pues si era verdad que el inmueble estaba nuevo, para estrenar y recién pintado no hubiera presentado las fallas advertidas. Siendo legalistas, se puede concluir que si las partes de la promesa no comparecen a la notaría en la fecha y hora acordada, salvo causa justificada, implicaría un incumplimiento recíproco del contrato que puede dar lugar a la resolución del mismo pues quedo plenamente establecido que ninguna de las partes acudieron a la Notaria, nótese que en el minuto **43-25** del interrogatorio de parte que absuelve la demandada señora MARIA DOLLY BETANCUR, afirma que no fuimos ninguna de las partes a la suscripción de la Escritura a la notaria en la fecha pactada, por cuanto estábamos conversando y existían buenas relaciones con los compradores, igualmente lo hace su esposo don ROBERTO GARCIA, en su declaración, cuando afirma, que no se hicieron presentes en la Notaría en la fecha pactada, ni se hizo acta de comparecencia, por la amistad que existía con los compradores minuto **1:42** de la audiencia inicial; es de resaltar que dentro de la fijación del litigio en ningún momento se dijo que el juicio se encaminaría a probar el incumplimiento de la compraventa realizada, en esta oportunidad si el señor Juez 4º Circuito hubiera efectuado un riguroso control de legalidad conforme lo consagra el Art. 132 del C.G.P, y hubiera utilizado los poderes del juez en el sentido de adoptar las medidas autorizadas en el C.G.P para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permitiera decidir el fondo del asunto, otra seria la suerte del trámite del proceso, pues así lo contempla el Art. 42 numerales 5 y 12 ibídem, en congruencia del Articulo 29 de nuestra constitución. Y es que esto no lo debería poner en conocimiento en esta sustentación de la apelación, ya que el Juez de conocimiento debió aplicarlo en su deber de juzgador en prevalencia de la existencia de lo sustancial sobre lo procesal.

En este sentido, *la Corte Constitucional ha señalado que, por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas. Por lo tanto, con fundamento en el derecho de acceso a la administración de justicia y en el principio de la prevalencia del derecho sustancial, esta Corporación ha sostenido que en una providencia o decisión judicial puede configurarse un defecto procedimental por "exceso ritual manifiesto"* ***cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos diáfanamente probados****, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales.*

7. Las pretensiones principales no se valoraron ni se analizaron adecuadamente desestimándolas so pretexto que el pedimento de la *rebaja del precio* por la existencia de vicios ocultos o acción *quanti minoris* eran propias de los comerciantes y que por lo tanto el código de comercio no se aplicaba al caso en concreto. Desconociendo que el acto que realizó la señora vendedora María Dolly fue un acto de comercio de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 20 del Código de Comercio que estable que son actos mercantiles para todos los efectos legales:

1) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos.

Y eso precisamente fue lo que hizo la vendedora al comprar y vender automáticamente el inmueble después de cuatro meses o como nos explicaríamos que la demandada compro el inmueble en $207.000.000.oo y lo vendió en $340.000.000.oo, tan solo cuatro meses después, recibiendo una ganancia ocasional de $133.000.000.oo equivalente a un 60 % del valor de compra, ganancia que no declaró y que seguramente se produjo

por los imperfectos del bien; además que la demandada, afirma que vendía un apartamento nuevo, pero quedó al descubierto su falso testimonio, cuando el juez en el minuto **1:37** en la audiencia inicial la requiere de porque afirma que lo vendió nuevo, si existe la escritura de un tercero, luego la señora le compra a un tercero que había comprado hacía tres años, tiempo que tenía de construído el Edificio. Quedando al descubierto que nunca entregó un apartamento nuevo y para estrenar, ya que tenía más de tres años de construído y existía otro propietario que también conocía los problemas de ese edificio y de ese apartamento.

Siendo importante traer a colación el precedente Jurisprudencial de la Corte Constitucional que expone que: *Pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso en concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable en esta labor, apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución o la ley. Por lo anterior, cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente irrazonable o se deja de aplicar una norma aplicable, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial, ésta deja de ser una* ***vía de derecho*** *para convertirse en una* ***vía de hecho****, razón por la cual la misma deberá dejarse sin efectos jurídicos.*

8. En mi apelación cité que no se hizo un análisis profundo de las pruebas, es decir que se realizó una **VALORACIÓN DEFECTUOSA DEL MATERIAL PROBATORIO,** ya que existió un defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica por el hecho de no motivar razonadamente la decisión.

No se realizó una apreciación individual y conjunta de las pruebas según la sana crítica, pues este es un método de valoración que

impone al fallador reglas claras y concretas para elaborar sus hipótesis sobre los hechos a partir del uso de razonamiento lógico, interpretativo y adecuado, que constituyen el presupuesto efectivo de la decisión.

Dentro del asunto de la referencia se estableció claramente que el inmueble se encuentra en pésimas condiciones al poco tiempo de haberlo comprado donde los dos peritos coinciden que hay un daño terrible, grave y severo que no obedece al uso normal del apartamento, donde hay grietas, fisuras, enchape grietado, moho, hongos, y humedad en general, condiciones que lo hacen inhabitable, así quedo probado con las documentales, testimonios y peritos que hicieron parte del debate probatorio; inclusive el del perito que de oficio nombró el señor juez.

Reitero, que después de haberse fijado el litigio el mismo Juez de la republica de oficio designo un perito ingeniero, pese a que los Dictámenes arrimados por el suscrito, **no fueron objetados**, pues así quedo en audio. El Ingeniero nombrado por el señor Juez, con más de 50 años de experiencia presentó su dictamen reiterando lo que ya se había probado, y adoleciéndose de que fue una lástima que el señor Juez no pudo practicar la Inspección Judicial que fue pedida conjuntamente por las partes, para que evidenciara por sus propios ojos el estado deplorable del inmueble.

9. Quedo probado igualmente que el inmueble se pagó en su totalidad e incluso más de lo acordado razón por la cual se me hizo entrega de los inmuebles, y en virtud del saldo a favor que se generó por la entrega del ultimo cheque de más valor (esto era la suma de $24.000.000), se realizó una recompra de un vehículo (en la suma de $45.000.000), mediante otro contrato que es totalmente independiente al del inmueble, *según se enuncio en la consideración 6 del contrato de compraventa del vehículo*, razón por

la cual se ejecutó en el Juzgado 50 Civil municipal, según radicado 2017-00173 *(prueba trasladada que el señor Juez Ordeno)*. Donde el juez desconoció totalmente que la demandada tuvo que proceder a desistir de la demanda de RECONVENCION y que fue desistida desde el 29 de marzo del 2019, obedeciendo a que el proceso ejecutivo ya tenía sentencia, situación que prueba la mala fe de la demandada **MARIA DOLLY BETANCOUR.**

10. Con relación a la excepción propuesta por la parte demandada, acogida por el señor Juez 4º del Circuito, denominada INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO, el *a quo* la sustento en dos puntos:

- Que el suscrito no realizo el traspaso del vehículo automotor de placas DBU-525, a favor del señor **José Roberto García**.
- Que los compradores y/o demandantes NO se hicieron presentes a la Notaria para suscribir las escrituras.

Si el señor juez hubiera realizado un buen análisis jurídico de cada una de las pretensiones tanto principales como subsidiarias junto con todas las pruebas y hechos probados, se habría percatado que:

a. Era ilógico que el suscrito realizara el traspaso del vehículo al señor José Roberto García, ya que existió una recompra, pues era el vehículo que yo entregue inicialmente en parte de pago del inmueble, los vendedores me lo devolvieron toda vez que del dinero entregado surgió un saldo a mi favor por el ultimo cheque entregado, es decir que no habría lugar a traspaso de ninguna índole ya que el automotor volvía a mi dominio. Al realizar la devolución del vehículo se generó el contrato de compraventa del vehículo, que es totalmente independiente al del inmueble, *según se enuncio en la consideración 6 del contrato de compraventa del vehículo*,

razón por la cual la demandada ejecutó en el Juzgado 50 Civil municipal, según radicado 2017-00173 *(prueba trasladada que el señor Juez Ordeno).* Donde el juez desconoció que la demanda de RECONVENCION fue desistida desde el 29 de marzo del 2019. Es decir que el precio del inmueble se pagó en su totalidad, en donde el saldo pendiente era del vehículo. Desde esa data el señor Juez debió haberse preguntado porque se desistió de la demanda de reconvención en la que estaba cobrando la suma de $21.000.000, la respuesta era clara y sencilla, pues el saldo de la compraventa ya se había ejecutado como lo mencione anteriormente, dando lugar al tránsito de cosa juzgada.

b. Y con relación a que los compradores y/o demandantes NO se hicieron presentes a la Notaria para suscribir las escrituras, se probó que la señora vendedora tampoco se hizo presente a la Notaria, no se allego constancia que así lo demostrara. Y como lo expuse líneas atrás se puede concluir que si las partes de la promesa no comparecen a la notaría en la fecha y hora acordada, salvo causa justificada, implicaría un incumplimiento recíproco del contrato que puede dar lugar a la resolución del mismo pues quedo plenamente establecido que ninguna de las partes acudieron a la Notaria, poniendo de presente que dentro de la fijación del litigio en ningún momento se dijo que el juicio se encaminaría a probar el incumplimiento de la compraventa realizada, si no la existencia palpable de los vicios ocultos evidenciados por las partes, los testigos, los peritos y las documentales allegadas.

   Si se presentó un incumplimiento fue por parte de la vendedora en el sentido de haber entregado el inmueble en buenas condiciones en donde la Señora MARIA DOLLY BETANCOUR y representante judicial ponen en

conocimiento que el inmueble era nuevo y para estrenar, pero a la vez reconoce que existen simples humedades, hongos etc... que obedecen a la falta de mantenimiento, al punto que dentro de la excepción denominada *TEMERIDA Y MALA FE DE LOS DEMANDANTES y ABUSO DEL DERECHO*, le hacen saber al Despacho que las anomalías que presentan los inmuebles objeto de litigio son "vicios de poca monta" para lo cual me permito transcribirlos literalmente.

> Si por un "vicio de poca monta" el actor pide que se le rebaje a la mitad el precio del inmueble, que tal que fueran trascedentes los vicios, solicitaría que se le rebaje completamente el valor pactado y se le exonere de pagar el apartamento. Hasta pediría una suma de dinero adicional. Este es el talante del actor.

Con lo anterior solo se prueba que se reconoció tácitamente la existencia de vicios ocultos. Entonces si lo que el señor juez quiso o pretendió decretar una excepción genérica u oficiosa en torno al presunto incumplimiento de las dos partes, debió fue haber decretado la resolución del contrato por el incumplimiento de las dos partes

11. Otro hecho que no se analizó adecuadamente, dentro del recaudo probatorio es que no se tuvo en cuenta que la acá demandada **MARIA DOLLY BETANCOUR,** falto a la verdad y engaño al Despacho, reservándome el derecho desde ya, de poner en conocimiento de la Jurisdicción Penal el falso testimonio rendido ante su señoría, pues primero dijo que el inmueble lo compro nuevo y para estrenar a la constructora, pero después dice que fue a Construcciones Endeovar, y basta con revisar el certificado de tradición y las escrituras, dándonos cuenta que el apartamento *ya tenía una vetustez de más de tres años*, por lo que era imposible que se encontrara nuevo.

Pues quien lo construyo fue la Constructora Goa S.A.S., y en razón a las anomalías del inmueble y la copropiedad en general Construcciones Endeavor participo en la querella o reclamación administrativa ante la Secretaría del hábitat ordenando la correspondiente sanción, según documental aportada. Es decir, existe una sanción de la Secretaria Distrital del Hábitat, Resolución No. 941 del 18 de abril de 2016, entre otros por incumplir una orden de colocar unos filtros, por cuanto se evidenció la presencia de filtraciones provenientes de predios aledaños, la Resolución es de abril de 2016 y la querella había iniciado el 21 de junio de 2013. Es decir en esta fecha ya había sido construido totalmente el edificio y se sabía de las filtraciones y problemas que tenía el edificio, luego la señora vendedora conocía del problema, como su vendedor tercero que participó en la querella, sin embargo la demandada, declara bajo juramento y alegremente que vendió un inmueble nuevo, ocultándole al Juez que lo había comprado a un tercero y este lo había tenido tres años y con este problema.

Y ante la puesta en conocimiento de los desperfectos del inmueble a los vendedores estos hicieron una reclamación y supuestas llamadas, pero en ningún momento hicieron un *LLAMAMIENTO EN GARANTÍA* ni a la constructora GOA SAS, quienes construyeron el edificio, ni a su vendedor Endeovar.

En conclusión, se realizó la compraventa de un inmueble, que fue entregado el 10 de noviembre de 2015, hace 5 años, se demandó la declaratoria de existencia de vicios ocultos en abril de 2017, llevamos tres años con este proceso.

El precio del inmueble se canceló en su totalidad, inclusive el último cheque era por un valor superior al saldo que se debía entregar para la firma de la Escritura, es decir el valor del precio se canceló así: El 10 de noviembre de 2015, día de la entrega del inmueble, 248.000.000, Millones así: 3 cheques uno por 48 millones, otro por 72 millones y otro por 80 millones total en

dinero 200 millones y una camioneta Dodge Journey, pactado el precio por 48 millones. Estan los 248 Millones.

El 20 de Noviembre de 2015, se cancelaron 38 millones para un total de 286 millones, quedando un saldo de 52 millones a la firma de la escritura y 2 millones que quedaron pendientes.

El saldo de 52 millones, se cancelan el 25 de mayo de 2016, con un cheque a favor del señor JOSE ROBERO GARCIA, a quién siempre se le giraban, por la suma de 72 millones, total cancelado 364 Millones. El valor del precio pactado por el inmueble era de 340 millones, Aquí ya se había cancelado la totalidad del valor pactado., quedando un saldo a nuestro favor de 24 Millones. Hasta aquí nunca hubo discusión entre las partes.

La vendedora demandada, decide no devolver la suma de 24 millones de pesos, que nos sobraban a los compradores, y devuelve la camioneta Dodge Journey por 45 millones, haciendo un contrato de compraventa de la misma camioneta recibida, y el suscrito acepta firmar y recibe la camioneta quedando un saldo a favor de la mencionada señora de 21 millones, que la señora vendedora, ejecuta a los pocos meses, obteniendo sentencia del Juzgado 50 Civil Municipal, que ordena pagar dicha suma (Ejecutivo 2017-00173).

Luego este negocio de la camioneta es independiente del negocio del inmueble y así se lo manifestamos las partes al señor juez.

El Juez 4 Civil del Circuito, refiere en su sentencia un presunto incumplimiento, de contrato, por el pago del precio del inmueble y por no ir a la Notaria a suscribir la Escritura, cuando el precio se encontraba totalmente cancelado y se demostró por manifestación de las partes en las audiencias, que ninguna acudió a la Notaría por voluntad propia y por estar pendiente entre otras lo del saneamiento que era lo que debía haber resuelto el Juez.

El señor Juez, tramita un proceso en casi 4 años, decreta pruebas, hasta de oficio, las practica y su fallo no tiene pronunciamiento alguno sobre ellas, con un solo argumento, que no sustenta y deja

claro que desconoce lo que es una venta sin perfeccionarse, por cuanto no se firmó Escritura precisamente por estar en este pleito.

OBJETO DE LA SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION

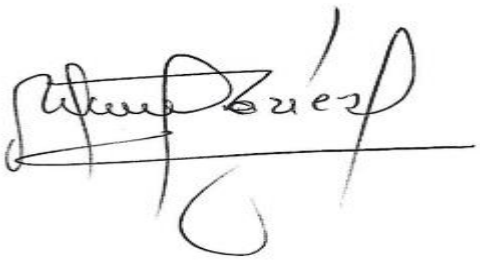
El recurso tiene como finalidad que se revoque la sentencia mediante el cual se desestimó las pretensiones solicitadas, sin tener en cuenta los hechos relevantes y las pruebas recaudadas ya que se probó todos los hechos indilgados, solicitándole a los honorables Magistrados que realicen un verdadero análisis de:

- Las pretensiones principales y subsidiarias planteadas.
- Todas las documentales aportadas.
- La contestación a las excepciones esbozadas por la demandada.
- Los dictámenes de los peritos y testigos e interrogatorios
- El complemento a la apelación presentado oportunamente.

Aplicando la prevalencia de lo sustancial sobre lo procesal.

De la Honorable Magistrada ponente,

Atentamente,



WILLIAM RODRIGUEZ YEPES
C.C. 19362730 de Bogotá
T.P. 35.251 del C.S de la J.

Celular 3102959775

Correo wiroye22@hotmail.com

Esguerra
asesores jurídicos

HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
M.P. MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
E. S. D.

Referencia:	Acción de Protección al Consumidor Financiero de la sociedad **DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMÓVILES MADIAUTOS S.A.S.** en contra de **ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA.**
Expediente:	2018-1593.
No. de radicado:	11001319900320180159301.
Asunto:	Sustentación del recurso de apelación.
Anexos:	No.

El suscrito, **JUAN PABLO GONZÁLEZ MEJÍA**, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi condición de apoderado especial de **ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA** (en adelante, "AdCap" o "mi representada") dentro del trámite de la referencia, en atención a lo establecido en el auto del 8 de junio del 2020 que fue notificado el pasado 9 de junio de 2020, por medio de este escrito presento la **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** que se interpuso en contra de la sentencia que profirió la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES** de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** (en adelante, la "Delegatura") en la audiencia de instrucción y juzgamiento que se celebró el pasado 13 de agosto de 2019. Lo anterior, en línea con los argumentos fácticos y jurídicos que se presentaron al momento de interponer el recurso de apelación después de conocida la sentencia.

Conforme a lo que se explicará a continuación, la sentencia debe ser revocada en segunda instancia, de tal forma que se ajuste la condena que decidió la Delegatura en contra de mi representada.

I. SÍNTESIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL PROCESO JUDICIAL

En línea con lo que se planteó en la demanda que interpuso **LA DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMÓVILES MADIAUTOS S.A.S.** (en adelante, "Madiautos") en contra de AdCap, los problemas jurídicos que resolvió la Delegatura en el proceso de la referencia se circunscribieron a definir (i) si mi representada había ejercido correctamente el derecho de retención sobre 379.746 acciones ordinarias del Grupo Aval S.A. que hacían parte del portafolio de inversión de Madiautos y, correlativamente, (ii) la sanción que debía asumir AdCap en caso de que se concluyera que el derecho de retención sobre esas acciones se había aplicado de forma antijurídica.

Frente al primer asunto, en síntesis, la Delegatura concluyó que AdCap había ejercido de forma equivocada el derecho de retención sobre las acciones del Grupo Aval S.A. Como

sustento de lo anterior, la Delegatura tuvo en cuenta la sentencia que emitió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 24 de abril de 2017, con la que se declaró inexistente el contrato de comisión en virtud del cual AdCap había adquirido unas acciones de la ETB y de Fabricado por cuenta de Madiautos y, correlativamente, con base en el cual, ante el incumplimiento de las obligaciones que le correspondían a esta última, mi representada tomó la decisión de retener las acciones del Grupo Aval S.A. Así las cosas, al no existir el contrato que había motivado el derecho de retención, la Delegatura terminó concluyendo que AdCap había actuado de forma antijurídica al momento de retener las acciones del Grupo Aval S.A.

Teniendo en cuenta la conclusión anterior, frente a lo segundo, la Delegatura concluyó que AdCap debía asumir las consecuencias que la legislación vigente establece para aquellos casos en los que se ejerce de manera equivocada el derecho de retención. Por consiguiente, ateniendo lo dispuesto en el artículo 768 del Código Civil y en los artículos 961 y 964 del Código de Comercio —en línea con los fallos jurisprudenciales que han precisado las consecuencias que acarrea un indebido ejercicio del derecho de retención[1]— mi representada debía proceder con:

1. La restitución inmediata a Madiautos de las acciones del Grupo Aval S.A. de las que era titular; y

2. La restitución inmediata a Madiautos de los frutos que esas acciones hubieran generado mientras estuvieron retenidas; es decir, de los dividendos que éstas habían producido durante este tiempo. Estos valores debidamente actualizados conforme al Índice de Precios al Consumidor – IPC.

Con base en lo anterior, adicionalmente, la Delegatura decidió negar las pretensiones indemnizatorias que había formulado Madiautos, al considerarlas improcedentes por no responder a un daño cierto que se hubiera causado en su detrimento. En síntesis, a través de su demanda, Madiautos solicitó que se condenada a AdCap a cancelarle los dineros que ella habría obtenido si se hubieran vendido las acciones del Grupo Aval S.A. cuando éstas tuvieron su valor histórico más alto mientras se ejerció el derecho de retención sobre las mismas.

Al respecto, con sustento en el material probatorio que se recopiló y practicó, la Delegatura señaló con razón que no se logró extraer una real e irrefutable intención de venta de Madiautos cuando esas acciones alcanzaron dicho pico en su valoración, por lo que no era procedente la indemnización solicitada al no responder a un daño cierto. Esto, sumado a que, como se dijo arriba, la ley y la jurisprudencia son inequívocos en señalar las consecuencias jurídicas que proceden ante un indebido ejercicio del derecho de retención, sin que se contemple la sanción que al respecto pretendía Madiautos.

[1] Entre otras decisiones judiciales sumadas a las que la Delegatura citó en su sentencia: (i) Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. M.P. Rafael Romero Sierra. 15 de junio de 1995. Expediente No.4398; (ii) Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. 25 de junio de 2007. Referencia 8800131030012002-00251-01; (iii) Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. M.P. José Hernández Arbeláez. 17 de agosto de 1954. Gaceta Judicial No. 2145; y (iv) Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. M.P. Margarita Cabello Blanco. 4 de agosto de 2014. Referencia 1001 31 03 003 1998 07770 01.

II. RAZONES DE LA DISCONFORMIDAD CON LA SENTENCIA

De manera preliminar, es importante señalar que, en términos generales, Adcap coincide con los razonamientos y decisiones que tomó la Delegatura en su fallo. A raíz de la sentencia que profirió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 24 de abril de 2017, quedó claro que, en efecto, no existía un sustento jurídico para que procediera el derecho de retención sobre las acciones del Grupo Aval S.A. de Madiautos que ejerció mi representada, por lo que esta última debía asumir las consecuencias jurídicas correspondientes.

Ante esta realidad, tal y como quedó probado en el proceso, tan pronto se notificó y ejecutorió la sentencia antes mencionada de la Sala de Casación Civil, AdCap procedió a restituirle a Madiautos sus acciones del Grupo Aval S.A. junto con los dividendos que ellas habían generado durante el tiempo que duró su retención. Sin embargo, como bien detectó la Delegatura, al momento de restituir los dividendos, mi representada omitió su actualización con IPC, por lo que la Delegatura decidió condenar a AdCap a cancelar dichos valores, de tal suerte que se le entregara a Madiautos lo que le correspondía en derecho.

No obstante lo anterior, en nuestro respetuoso criterio, a pesar de que el razonamiento de la Delegatura fue correcto, al momento de definir el monto de la actualización de los dividendos de las acciones del Grupo Aval S.A. con IPC que AdCap debía restituir a Madiautos, la Delegatura cometió un craso error en su cálculo. Sin razón alguna, la Delegatura tuvo en cuenta la actualización de unos dividendos sobre los cuales AdCap nunca ejercicio ninguna retención y que, por consiguiente, le fueron entregados en su momento de forma efectiva a Madiautos.

Así, para definir el monto de la actualización con IPC de los dividendos que AdCap debía entregar a Madiautos, la Delegatura asumió erradamente que, desde el momento en el que se adquirieron las acciones del Grupo Aval S.A. por cuenta de Madiautos —esto es, el 23 de enero de 2006—, mi representada procedió a retenerlas junto con sus dividendos. Desde este entendimiento, la Delegatura entonces señaló que, entre otros valores, AdCap debía entregarle a Madiautos los siguientes por concepto de actualización monetaria de los dividendos de las acciones que se habían generado entre el 23 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2008[2]:

LAPSO DE TIEMPO	MONTO DE LOS DIVIDENDOS GENERADOS Y TRANSFERIDOS POR ADCAP A MADIAUTOS	ACTUALIZACIÓN MONETARIA DE LOS DIVIDENDOS DEBIDOS POR ADCAP A MADIAUTOS
Del 23 de enero al 31 de diciembre de 2006.	$6.493.656.	$4.270.457,22
Del 1 de enero al 31 de diciembre de 2007.	$8.999.980,20	$4.770.739,27

[2] Decisión que aparece contenida en la grabación de la audiencia de instrucción y juzgamiento que tuvo lugar el 13 de agosto de 2019, entre los minutos 1:43:05 y 1:44:50.

Del 1 de enero al 31 de diciembre de 2008.	$10.480.689	$4.411.625,46

Este cálculo que realizó la Delegatura y la correspondiente condena son equivocados porque, contrario a lo que concluyó la Delegatura, AdCap no retuvo los dividendos que las acciones del Grupo Aval S.A. de Madiautos generaron entre el 23 de enero de 2006 (momento de su adquisición) y el 1 de julio de 2008. Basta detenerse en el extracto histórico del portafolio de inversión de Madiautos que mi representada aportó el 17 de julio de 2019 al proceso de la referencia por solicitud y orden expresa de la Delegatura, para comprobar fácilmente que los dividendos que se produjeron durante ese tiempo sí fueron efectivamente transferidos por mi representada a Madiautos, sin que se ejerciera ningún tipo de retención sobre ellos:

Cliente
MADIAUTOS LTDA
Dirección
AV CR 70 # 96 05 MORATO
BOGOTA - COLOMBIA
Teléfono
0
Fecha inicial 01-Jan-06
Fecha final 16-Jul-19

Cuenta
23658
Identificación
8000847285
Asesor
CAROLINA SANTAMARIA ARIZA
Teléfono - Email
csantamaria@ad-cap.com.co
Ordenante
GUZMAN GALVIS ENRIQUE

RESUMEN PORTAFOLIO

Nombre del producto	Saldo Actual	Porcentaje
Saldo Cartera	$48.094.509,34	100,0 %
Total	$48.094.509,34	100,00 %

PORTAFOLIO POR TIPO DE ACTIVO



OPERACION DE BOLSA DEL PERIODO

Fecha de Cumplimiento	Fecha Liquidación	Documento	Tipo Operación	Detalle	Nemotécnico	Nominal	TIR/Precio	Valor	Comisión	IVA	Retención	A favor	A cargo	Saldo
31/12/2005	31/12/2005	SALDO INICIAL				$0,00	$0,00	$0,00	$0,00	$0,00	$0,00	$0,00	$0,00	$0,00
23/01/2006	18/01/2006	10898-0	COMPRA	AO GRUPO AVAL Tipo de Operacion NORMAL FACTURA: 260643	GRUPOAVAL	$278.185,00	$790,00	($220.370.506,91)	$549.415,38	$54.941,53	$0,00	$0,00	$220.370.506,91	($220.370.506,91)
23/01/2006	18/01/2006	10899-0	COMPRA	AO GRUPO AVAL Tipo de Operacion NORMAL FACTURA: 260643	GRUPOAVAL	$101.561,00	$790,00	($80.453.831,27)	$200.582,98	$20.058,29	$0,00	$0,00	$80.453.831,27	($300.824.338,18)
24/01/2006	24/01/2006	RC- 57252	Recibo de Caja	VALOR RECIBIDO PARA INVERSIÓN			$0,00	$300.824.338,14				$300.824.338,14		($0,04)
30/01/2006	30/01/2006	NC- 8871	Nota Credito	Cancelación automática de Saldos de cartera			$0,00	$0,04				$0,04		($0,00)
01/02/2006	27/01/2006	10670-0	COMPRA	AO ETB EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA Tipo de Operacion NORMAL	PVETB	$51.289,00	$1.070,00	($55.030.147,88)	$137.198,08	$13.719,80	$0,00	$0,00	$55.030.147,88	($55.030.147,88)
01/02/2006	27/01/2006	10686-0	COMPRA	AO ETB EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA Tipo de Operacion NORMAL	PVETB	$100.000,00	$1.070,00	($107.294.250,00)	$267.500,00	$26.750,00	$0,00	$0,00	$107.294.250,00	($162.324.397,88)
01/02/2006	27/01/2006	10881-0	COMPRA	AO FABRICATO Tipo de Operacion NORMAL FACTURA: 260644	FABRICATO	$331.442,00	$85,00	($28.250.044,57)	$70.431,43	$7.043,14	$0,00	$0,00	$28.250.044,57	($190.574.442,45)
01/02/2006	27/01/2006	10882-0	COMPRA	AO FABRICATO Tipo de Operacion NORMAL FACTURA: 260644	FABRICATO	$2.609.734,00	$85,00	($222.437.415,32)	$554.568,48	$55.456,84	$0,00	$0,00	$222.437.415,32	($413.011.857,77)
06/03/2006	06/03/2006	RC- 1013	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$569.619,00			$0,00	$569.619,00		($412.442.238,77)
31/03/2006	31/03/2006	RC- 1067	Recibo de Caja	VR.GIRADO POR ASESORES PARA CUBRIR COMPRA DE ACCIONES			$0,00	$412.442.238,77				$412.442.238,77		$0,00
07/04/2006	07/04/2006	RC- 79664	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$645.568,20			$0,00	$645.568,20		$645.568,20
03/05/2006	03/05/2006	RC- 1160	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$645.568,20			$0,00	$645.568,20		$1.291.136,40
19/05/2006	19/05/2006	RC- 1199	Recibo de Caja	Pago dividendos de 151289 Acciones EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE			$0,00	$2.314.721,70			$0,00	$2.314.721,70		$3.605.858,10
05/06/2006	05/06/2006	RC- 80164	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$645.568,20			$0,00	$645.568,20		$4.251.426,30
04/07/2006	04/07/2006	RC- 1303	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$645.568,20			$0,00	$645.568,20		$4.896.994,50
19/07/2006	19/07/2006	RC- 1347	Recibo de Caja	Pago dividendos de 151289 Acciones EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE			$0,00	$2.314.721,70			$0,00	$2.314.721,70		$7.211.716,20

01/08/2006	01/08/2006	RC- 80639	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$645.568,20			$0,00	$645.568,20		$7.857.284,40
01/09/2006	01/09/2006	RC- 80970	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$645.568,20			$0,00	$645.568,20		$8.502.852,60
19/09/2006	19/09/2006	RC- 1405	Recibo de Caja	Pago dividendos de 151289 Acciones EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE			$0,00	$2.314.721,70			$0,00	$2.314.721,70		$10.817.574,30
02/10/2006	02/10/2006	RC- 1412	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$683.542,80			$0,00	$683.542,80		$11.501.117,10
01/11/2006	01/11/2006	RC- 1461	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$683.542,80			$0,00	$683.542,80		$12.184.659,90
17/11/2006	17/11/2006	RC- 1488	Recibo de Caja	Pago dividendos de 151289 Acciones EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE			$0,00	$2.313.208,81			$0,00	$2.313.208,81		$14.497.868,71
01/12/2006	01/12/2006	RC- 81740	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$683.542,80			$0,00	$683.542,80		$15.181.411,51
02/01/2007	02/01/2007	RC- 1520	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$683.542,80			$0,00	$683.542,80		$15.864.954,31
01/02/2007	01/02/2007	RC- 82317	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$683.542,80			$0,00	$683.542,80		$16.548.497,11
01/03/2007	01/03/2007	RC- 82546	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$683.542,80			$0,00	$683.542,80		$17.232.039,91
02/04/2007	02/04/2007	RC- 82852	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$759.492,00			$0,00	$759.492,00		$17.991.531,91
02/05/2007	02/05/2007	RC- 83142	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$759.492,00			$0,00	$759.492,00		$18.751.023,91
01/06/2007	01/06/2007	RC- 83477	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$759.492,00			$0,00	$759.492,00		$19.510.515,91
27/06/2007	27/06/2007	RC- 83768	Recibo de Caja	Pago dividendos de 151289 Acciones Retencion 434386 EMPRESA DE			$0,00	$3.166.292,20			$434.386,00	$3.166.292,20		$22.676.808,11
03/07/2007	03/07/2007	RC- 83820	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$759.492,00			$0,00	$759.492,00		$23.436.300,11
01/08/2007	01/08/2007	RC- 7229	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$759.492,00			$0,00	$759.492,00		$24.195.792,11
03/09/2007	03/09/2007	RC- 84443	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$759.492,00			$0,00	$759.492,00		$24.955.284,11
01/10/2007	01/10/2007	RC- 7544	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$797.466,60			$0,00	$797.466,60		$25.752.750,71
01/11/2007	01/11/2007	RC- 85609	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$797.466,60			$0,00	$797.466,60		$26.550.217,31
07/12/2007	07/12/2007	RC- 2042	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$797.466,60			$0,00	$797.466,60		$27.347.683,91
02/01/2008	02/01/2008	RC- 86767	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$797.466,60			$0,00	$797.466,60		$28.145.150,51
01/02/2008	01/02/2008	RC- 87226	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$797.466,60			$0,00	$797.466,60		$28.942.617,11
03/03/2008	03/03/2008	RC- 87612	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$797.466,60			$0,00	$797.466,60		$29.740.083,71
01/04/2008	01/04/2008	RC- 2312	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$884.808,18			$0,00	$884.808,18		$30.624.891,89
02/05/2008	02/05/2008	RC- 2424	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$884.808,18			$0,00	$884.808,18		$31.509.700,07
04/06/2008	04/06/2008	RC- 88678	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$884.808,18			$0,00	$884.808,18		$32.394.508,25
27/06/2008	27/06/2008	RC- 88960	Recibo de Caja	Abono dividendos de 151289 Acciones Retencion 369072 EMPRESA DE			$0,00	$5.211.091,00			$369.072,00	$5.211.091,00		$37.605.599,25
01/07/2008	01/07/2008	RC- 88983	Recibo de Caja	Abono dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$884.808,18			$0,00	$884.808,18		$38.490.407,43

NOTA: *el resaltado en los cuadros fue incluido por nosotros. El resaltado en amarillo muestra las fechas en las que AdCap transfirió a Madiautos los dividendos que generaron sus acciones del Grupo Aval S.A., mientras que el resaltado en rojo evidencia el momento a partir del cual mi representada comenzó a retener dichos dividendos.*

Al respecto, no debe olvidarse que dicho extracto histórico no fue objetado ni cuestionado de ninguna manera por Madiautos ni por la Delegatura, dentro de la actuación procesal que se tramitó en el marco de la primera instancia.

Así las cosas, al no haberse ejercido ningún tipo de retención sobre los mencionados dividendos, la Delegatura erró al condenar a mi representada a que hoy en día restituya los valores de actualización de los mismos. Por consiguiente, para que se corrija ese yerro de la sentencia de primera instancia, es pertinente que este honorable Tribunal revise la condena y descuente del valor total la suma de $11.247.009,22. Dicha suma corresponde a los valores de actualización con IPC de los dividendos que se causaron (i) entre el 23 de enero y el 31 de diciembre de 2006 ($4.270.457,22); (ii) entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2007 ($4.770.739,27); y (iii) entre el 1 de enero al 1 de julio de 2008 ($2.205.812,73), momento en el cual AdCap comenzó a retener los dividendos de las acciones de Grupo Aval S.A.

Todo lo anterior, valga la redundancia, de tal forma que mi representada sólo sea condenada a asumir las consecuencias jurídicas que le corresponden por haber retenido sin razón válida las acciones y los dividendos del Grupo Aval S.A. de Mandiautos, conforme con la normatividad y jurisprudencia vigente. Esto es, (i) la restitución efectiva de las acciones y (ii) la restitución efectiva de los dividendos que se generaron durante ese tiempo, debidamente actualizada con IPC.

En tal sentido, mi representada sólo debería ser condenada a entregarle a Madiautos una suma total de $38.189.858,06, correspondiente a la condena total que decidió la Delegatura ($49.436.867,28) en primera instancia, menos el valor de la actualización con IPC de los dividendos de las acciones del Grupo Aval S.A. que mi representada sí transfirió a Madiautos antes de ejercer indebidamente el derecho de retención sobre ellas ($11.247.009,22).

III. SOLICITUD

Con base en las consideraciones fácticas y jurídicas antes expuestas, de manera respetuosa solicito lo siguiente:

1. Que se revoque la sentencia de primera instancia que fue proferida por la Delegatura en el proceso de la referencia, para que, en su lugar, se emita una nueva en la que se condene a AdCap a pagar a Madiautos un valor de $38.189.858,06 por concepto de la actualización con IPC de los dividendos de las acciones del Grupo Aval S.A. sobre los cuales la primera ejerció de manera errada un derecho de retención.

Nota: en atención a lo decidido en el auto del 8 de junio del 2020, que fue notificado el pasado 9 de junio de 2020, en línea con el Decreto 806 de 2020, este escrito se remitirá al correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co. Conviene señalar que no nos es posible remitirlo a Madiautos ni a su abogada, pues no se indicó ningún correo electrónico para el efecto en el acapite de notificaciones de la demanda.

Cordialmente,



JUAN PABLO GONZÁLEZ MEJÍA
C.C. 79.443.993
T.P. 67.167

Esguerra
asesores jurídicos

HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
M.P. MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
E. S. D.

Referencia:	Acción de Protección al Consumidor Financiero de la sociedad **DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMÓVILES MADIAUTOS S.A.S.** en contra de **ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA.**
Expediente:	2018-1593.
No. de radicado:	11001319900320180159301.
Asunto:	Sustentación del recurso de apelación.
Anexos:	No.

El suscrito, **JUAN PABLO GONZÁLEZ MEJÍA**, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi condición de apoderado especial de **ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA** (en adelante, "AdCap" o "mi representada") dentro del trámite de la referencia, en atención a lo establecido en el auto del 8 de junio del 2020 que fue notificado el pasado 9 de junio de 2020, por medio de este escrito presento la **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** que se interpuso en contra de la sentencia que profirió la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES** de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** (en adelante, la "Delegatura") en la audiencia de instrucción y juzgamiento que se celebró el pasado 13 de agosto de 2019. Lo anterior, en línea con los argumentos fácticos y jurídicos que se presentaron al momento de interponer el recurso de apelación después de conocida la sentencia.

Conforme a lo que se explicará a continuación, la sentencia debe ser revocada en segunda instancia, de tal forma que se ajuste la condena que decidió la Delegatura en contra de mi representada.

I. SÍNTESIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL PROCESO JUDICIAL

En línea con lo que se planteó en la demanda que interpuso **LA DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMÓVILES MADIAUTOS S.A.S.** (en adelante, "Madiautos") en contra de AdCap, los problemas jurídicos que resolvió la Delegatura en el proceso de la referencia se circunscribieron a definir (i) si mi representada había ejercido correctamente el derecho de retención sobre 379.746 acciones ordinarias del Grupo Aval S.A. que hacían parte del portafolio de inversión de Madiautos y, correlativamente, (ii) la sanción que debía asumir AdCap en caso de que se concluyera que el derecho de retención sobre esas acciones se había aplicado de forma antijurídica.

Frente al primer asunto, en síntesis, la Delegatura concluyó que AdCap había ejercido de forma equivocada el derecho de retención sobre las acciones del Grupo Aval S.A. Como

sustento de lo anterior, la Delegatura tuvo en cuenta la sentencia que emitió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 24 de abril de 2017, con la que se declaró inexistente el contrato de comisión en virtud del cual AdCap había adquirido unas acciones de la ETB y de Fabricado por cuenta de Madiautos y, correlativamente, con base en el cual, ante el incumplimiento de las obligaciones que le correspondían a esta última, mi representada tomó la decisión de retener las acciones del Grupo Aval S.A. Así las cosas, al no existir el contrato que había motivado el derecho de retención, la Delegatura terminó concluyendo que AdCap había actuado de forma antijurídica al momento de retener las acciones del Grupo Aval S.A.

Teniendo en cuenta la conclusión anterior, frente a lo segundo, la Delegatura concluyó que AdCap debía asumir las consecuencias que la legislación vigente establece para aquellos casos en los que se ejerce de manera equivocada el derecho de retención. Por consiguiente, ateniendo lo dispuesto en el artículo 768 del Código Civil y en los artículos 961 y 964 del Código de Comercio —en línea con los fallos jurisprudenciales que han precisado las consecuencias que acarrea un indebido ejercicio del derecho de retención[1]— mi representada debía proceder con:

1. La restitución inmediata a Madiautos de las acciones del Grupo Aval S.A. de las que era titular; y

2. La restitución inmediata a Madiautos de los frutos que esas acciones hubieran generado mientras estuvieron retenidas; es decir, de los dividendos que éstas habían producido durante este tiempo. Estos valores debidamente actualizados conforme al Índice de Precios al Consumidor – IPC.

Con base en lo anterior, adicionalmente, la Delegatura decidió negar las pretensiones indemnizatorias que había formulado Madiautos, al considerarlas improcedentes por no responder a un daño cierto que se hubiera causado en su detrimento. En síntesis, a través de su demanda, Madiautos solicitó que se condenada a AdCap a cancelarle los dineros que ella habría obtenido si se hubieran vendido las acciones del Grupo Aval S.A. cuando éstas tuvieron su valor histórico más alto mientras se ejerció el derecho de retención sobre las mismas.

Al respecto, con sustento en el material probatorio que se recopiló y practicó, la Delegatura señaló con razón que no se logró extraer una real e irrefutable intención de venta de Madiautos cuando esas acciones alcanzaron dicho pico en su valoración, por lo que no era procedente la indemnización solicitada al no responder a un daño cierto. Esto, sumado a que, como se dijo arriba, la ley y la jurisprudencia son inequívocos en señalar las consecuencias jurídicas que proceden ante un indebido ejercicio del derecho de retención, sin que se contemple la sanción que al respecto pretendía Madiautos.

[1] Entre otras decisiones judiciales sumadas a las que la Delegatura citó en su sentencia: (i) Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. M.P. Rafael Romero Sierra. 15 de junio de 1995. Expediente No.4398; (ii) Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. 25 de junio de 2007. Referencia 8800131030012002-00251-01; (iii) Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. M.P. José Hernández Arbeláez. 17 de agosto de 1954. Gaceta Judicial No. 2145; y (iv) Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. M.P. Margarita Cabello Blanco. 4 de agosto de 2014. Referencia 1001 31 03 003 1998 07770 01.

II. RAZONES DE LA DISCONFORMIDAD CON LA SENTENCIA

De manera preliminar, es importante señalar que, en términos generales, Adcap coincide con los razonamientos y decisiones que tomó la Delegatura en su fallo. A raíz de la sentencia que profirió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 24 de abril de 2017, quedó claro que, en efecto, no existía un sustento jurídico para que procediera el derecho de retención sobre las acciones del Grupo Aval S.A. de Madiautos que ejerció mi representada, por lo que esta última debía asumir las consecuencias jurídicas correspondientes.

Ante esta realidad, tal y como quedó probado en el proceso, tan pronto se notificó y ejecutorió la sentencia antes mencionada de la Sala de Casación Civil, AdCap procedió a restituirle a Madiautos sus acciones del Grupo Aval S.A. junto con los dividendos que ellas habían generado durante el tiempo que duró su retención. Sin embargo, como bien detectó la Delegatura, al momento de restituir los dividendos, mi representada omitió su actualización con IPC, por lo que la Delegatura decidió condenar a AdCap a cancelar dichos valores, de tal suerte que se le entregara a Madiautos lo que le correspondía en derecho.

No obstante lo anterior, en nuestro respetuoso criterio, a pesar de que el razonamiento de la Delegatura fue correcto, al momento de definir el monto de la actualización de los dividendos de las acciones del Grupo Aval S.A. con IPC que AdCap debía restituir a Madiautos, la Delegatura cometió un craso error en su cálculo. Sin razón alguna, la Delegatura tuvo en cuenta la actualización de unos dividendos sobre los cuales AdCap nunca ejercicio ninguna retención y que, por consiguiente, le fueron entregados en su momento de forma efectiva a Madiautos.

Así, para definir el monto de la actualización con IPC de los dividendos que AdCap debía entregar a Madiautos, la Delegatura asumió erradamente que, desde el momento en el que se adquirieron las acciones del Grupo Aval S.A. por cuenta de Madiautos —esto es, el 23 de enero de 2006—, mi representada procedió a retenerlas junto con sus dividendos. Desde este entendimiento, la Delegatura entonces señaló que, entre otros valores, AdCap debía entregarle a Madiautos los siguientes por concepto de actualización monetaria de los dividendos de las acciones que se habían generado entre el 23 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2008[2]:

LAPSO DE TIEMPO	MONTO DE LOS DIVIDENDOS GENERADOS Y TRANSFERIDOS POR ADCAP A MADIAUTOS	ACTUALIZACIÓN MONETARIA DE LOS DIVIDENDOS DEBIDOS POR ADCAP A MADIAUTOS
Del 23 de enero al 31 de diciembre de 2006.	$6.493.656.	$4.270.457,22
Del 1 de enero al 31 de diciembre de 2007.	$8.999.980,20	$4.770.739,27

[2] Decisión que aparece contenida en la grabación de la audiencia de instrucción y juzgamiento que tuvo lugar el 13 de agosto de 2019, entre los minutos 1:43:05 y 1:44:50.

Del 1 de enero al 31 de diciembre de 2008.	$10.480.689	$4.411.625,46

Este cálculo que realizó la Delegatura y la correspondiente condena son equivocados porque, contrario a lo que concluyó la Delegatura, AdCap no retuvo los dividendos que las acciones del Grupo Aval S.A. de Madiautos generaron entre el 23 de enero de 2006 (momento de su adquisición) y el 1 de julio de 2008. Basta detenerse en el extracto histórico del portafolio de inversión de Madiautos que mi representada aportó el 17 de julio de 2019 al proceso de la referencia por solicitud y orden expresa de la Delegatura, para comprobar fácilmente que los dividendos que se produjeron durante ese tiempo sí fueron efectivamente transferidos por mi representada a Madiautos, sin que se ejerciera ningún tipo de retención sobre ellos:

Cliente
MADIAUTOS LTDA
Dirección
AV CR 70 # 96 05 MORATO
BOGOTA - COLOMBIA
Teléfono
0
Fecha inicial 01-Jan-06
Fecha final 16-Jul-19

Cuenta
23658
Identificación
8000847285
Asesor
CAROLINA SANTAMARIA ARIZA
Teléfono - Email
csantamaria@ad-cap.com.co
Ordenante
GUZMAN GALVIS ENRIQUE

RESUMEN PORTAFOLIO

Nombre del producto	Saldo Actual	Porcentaje
Saldo Cartera	$48.094.509,34	100,0 %
Total	$48.094.509,34	100,00 %

PORTAFOLIO POR TIPO DE ACTIVO



OPERACION DE BOLSA DEL PERIODO

Fecha de Cumplimiento	Fecha Liquidación	Documento	Tipo Operación	Detalle	Nemotécnico	Nominal	TIR/Precio	Valor	Comisión	IVA	Retención	A favor	A cargo	Saldo
31/12/2005	31/12/2005	SALDO INICIAL				$0,00	$0,00	$0,00	$0,00	$0,00	$0,00	$0,00	$0,00	$0,00
23/01/2006	18/01/2006	10898-0	COMPRA	AO GRUPO AVAL Tipo de Operacion NORMAL FACTURA: 260643	GRUPOAVAL	$278.185,00	$790,00	($220.370.506,91)	$549.415,38	$54.941,53	$0,00	$0,00	$220.370.506,91	($220.370.506,91)
23/01/2006	18/01/2006	10899-0	COMPRA	AO GRUPO AVAL Tipo de Operacion NORMAL FACTURA: 260643	GRUPOAVAL	$101.561,00	$790,00	($80.453.831,27)	$200.582,98	$20.058,29	$0,00	$0,00	$80.453.831,27	($300.824.338,18)
24/01/2006	24/01/2006	RC- 57252	Recibo de Caja	VALOR RECIBIDO PARA INVERSIÓN			$0,00	$300.824.338,14				$300.824.338,14		($0,04)
30/01/2006	30/01/2006	NC- 8871	Nota Credito	Cancelación automática de Saldos de cartera			$0,00	$0,04				$0,04		($0,00)
01/02/2006	27/01/2006	10670-0	COMPRA	AO ETB EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA Tipo de Operacion NORMAL	PVETB	$51.289,00	$1.070,00	($55.030.147,88)	$137.198,08	$13.719,80	$0,00	$0,00	$55.030.147,88	($55.030.147,88)
01/02/2006	27/01/2006	10686-0	COMPRA	AO ETB EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA Tipo de Operacion NORMAL	PVETB	$100.000,00	$1.070,00	($107.294.250,00)	$267.500,00	$26.750,00	$0,00	$0,00	$107.294.250,00	($162.324.397,88)
01/02/2006	27/01/2006	10881-0	COMPRA	AO FABRICATO Tipo de Operacion NORMAL FACTURA: 260644	FABRICATO	$331.442,00	$85,00	($28.250.044,57)	$70.431,43	$7.043,14	$0,00	$0,00	$28.250.044,57	($190.574.442,45)
01/02/2006	27/01/2006	10882-0	COMPRA	AO FABRICATO Tipo de Operacion NORMAL FACTURA: 260644	FABRICATO	$2.609.734,00	$85,00	($222.437.415,32)	$554.568,48	$55.456,84	$0,00	$0,00	$222.437.415,32	($413.011.857,77)
06/03/2006	06/03/2006	RC- 1013	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$569.619,00			$0,00	$569.619,00		($412.442.238,77)
31/03/2006	31/03/2006	RC- 1067	Recibo de Caja	VR.GIRADO POR ASESORES PARA CUBRIR COMPRA DE ACCIONES			$0,00	$412.442.238,77				$412.442.238,77		$0,00
07/04/2006	07/04/2006	RC- 79664	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$645.568,20			$0,00	$645.568,20		$645.568,20
03/05/2006	03/05/2006	RC- 1160	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$645.568,20			$0,00	$645.568,20		$1.291.136,40
19/05/2006	19/05/2006	RC- 1199	Recibo de Caja	Pago dividendos de 151289 Acciones EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE			$0,00	$2.314.721,70			$0,00	$2.314.721,70		$3.605.858,10
05/06/2006	05/06/2006	RC- 80164	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$645.568,20			$0,00	$645.568,20		$4.251.426,30
04/07/2006	04/07/2006	RC- 1303	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$645.568,20			$0,00	$645.568,20		$4.896.994,50
19/07/2006	19/07/2006	RC- 1347	Recibo de Caja	Pago dividendos de 151289 Acciones EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE			$0,00	$2.314.721,70			$0,00	$2.314.721,70		$7.211.716,20

01/08/2006	01/08/2006	RC- 80639	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$645.568,20			$0,00	$645.568,20		$7.857.284,40
01/09/2006	01/09/2006	RC- 80970	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$645.568,20			$0,00	$645.568,20		$8.502.852,60
19/09/2006	19/09/2006	RC- 1405	Recibo de Caja	Pago dividendos de 151289 Acciones EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE			$0,00	$2.314.721,70			$0,00	$2.314.721,70		$10.817.574,30
02/10/2006	02/10/2006	RC- 1412	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$683.542,80			$0,00	$683.542,80		$11.501.117,10
01/11/2006	01/11/2006	RC- 1461	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$683.542,80			$0,00	$683.542,80		$12.184.659,90
17/11/2006	17/11/2006	RC- 1488	Recibo de Caja	Pago dividendos de 151289 Acciones EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE			$0,00	$2.313.208,81			$0,00	$2.313.208,81		$14.497.868,71
01/12/2006	01/12/2006	RC- 81740	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$683.542,80			$0,00	$683.542,80		$15.181.411,51
02/01/2007	02/01/2007	RC- 1520	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$683.542,80			$0,00	$683.542,80		$15.864.954,31
01/02/2007	01/02/2007	RC- 82317	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$683.542,80			$0,00	$683.542,80		$16.548.497,11
01/03/2007	01/03/2007	RC- 82546	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$683.542,80			$0,00	$683.542,80		$17.232.039,91
02/04/2007	02/04/2007	RC- 82852	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$759.492,00			$0,00	$759.492,00		$17.991.531,91
02/05/2007	02/05/2007	RC- 83142	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$759.492,00			$0,00	$759.492,00		$18.751.023,91
01/06/2007	01/06/2007	RC- 83477	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$759.492,00			$0,00	$759.492,00		$19.510.515,91
27/06/2007	27/06/2007	RC- 83768	Recibo de Caja	Pago dividendos de 151289 Acciones Retencion 434386 EMPRESA DE			$0,00	$3.166.292,20			$434.386,00	$3.166.292,20		$22.676.808,11
03/07/2007	03/07/2007	RC- 83820	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$759.492,00			$0,00	$759.492,00		$23.436.300,11
01/08/2007	01/08/2007	RC- 7229	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$759.492,00			$0,00	$759.492,00		$24.195.792,11
03/09/2007	03/09/2007	RC- 84443	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$759.492,00			$0,00	$759.492,00		$24.955.284,11
01/10/2007	01/10/2007	RC- 7544	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$797.466,60			$0,00	$797.466,60		$25.752.750,71
01/11/2007	01/11/2007	RC- 85609	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$797.466,60			$0,00	$797.466,60		$26.550.217,31
07/12/2007	07/12/2007	RC- 2042	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$797.466,60			$0,00	$797.466,60		$27.347.683,91
02/01/2008	02/01/2008	RC- 86767	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$797.466,60			$0,00	$797.466,60		$28.145.150,51
01/02/2008	01/02/2008	RC- 87226	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$797.466,60			$0,00	$797.466,60		$28.942.617,11
03/03/2008	03/03/2008	RC- 87612	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$797.466,60			$0,00	$797.466,60		$29.740.083,71
01/04/2008	01/04/2008	RC- 2312	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$884.808,18			$0,00	$884.808,18		$30.624.891,89
02/05/2008	02/05/2008	RC- 2424	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$884.808,18			$0,00	$884.808,18		$31.509.700,07
04/06/2008	04/06/2008	RC- 88678	Recibo de Caja	Pago dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$884.808,18			$0,00	$884.808,18		$32.394.508,25
27/06/2008	27/06/2008	RC- 88960	Recibo de Caja	Abono dividendos de 151289 Acciones Retencion 369072 EMPRESA DE			$0,00	$5.211.091,00			$369.072,00	$5.211.091,00		$37.605.599,25
01/07/2008	01/07/2008	RC- 88983	Recibo de Caja	Abono dividendos de 379746 Acciones GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES			$0,00	$884.808,18			$0,00	$884.808,18		$38.490.407,43

NOTA: *el resaltado en los cuadros fue incluido por nosotros. El resaltado en amarillo muestra las fechas en las que AdCap transfirió a Madiautos los dividendos que generaron sus acciones del Grupo Aval S.A., mientras que el resaltado en rojo evidencia el momento a partir del cual mi representada comenzó a retener dichos dividendos.*

Al respecto, no debe olvidarse que dicho extracto histórico no fue objetado ni cuestionado de ninguna manera por Madiautos ni por la Delegatura, dentro de la actuación procesal que se tramitó en el marco de la primera instancia.

Así las cosas, al no haberse ejercido ningún tipo de retención sobre los mencionados dividendos, la Delegatura erró al condenar a mi representada a que hoy en día restituya los valores de actualización de los mismos. Por consiguiente, para que se corrija ese yerro de la sentencia de primera instancia, es pertinente que este honorable Tribunal revise la condena y descuente del valor total la suma de $11.247.009,22. Dicha suma corresponde a los valores de actualización con IPC de los dividendos que se causaron (i) entre el 23 de enero y el 31 de diciembre de 2006 ($4.270.457,22); (ii) entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2007 ($4.770.739,27); y (iii) entre el 1 de enero al 1 de julio de 2008 ($2.205.812,73), momento en el cual AdCap comenzó a retener los dividendos de las acciones de Grupo Aval S.A.

Todo lo anterior, valga la redundancia, de tal forma que mi representada sólo sea condenada a asumir las consecuencias jurídicas que le corresponden por haber retenido sin razón válida las acciones y los dividendos del Grupo Aval S.A. de Mandiautos, conforme con la normatividad y jurisprudencia vigente. Esto es, (i) la restitución efectiva de las acciones y (ii) la restitución efectiva de los dividendos que se generaron durante ese tiempo, debidamente actualizada con IPC.

En tal sentido, mi representada sólo debería ser condenada a entregarle a Madiautos una suma total de $38.189.858,06, correspondiente a la condena total que decidió la Delegatura ($49.436.867,28) en primera instancia, menos el valor de la actualización con IPC de los dividendos de las acciones del Grupo Aval S.A. que mi representada sí transfirió a Madiautos antes de ejercer indebidamente el derecho de retención sobre ellas ($11.247.009,22).

III. SOLICITUD

Con base en las consideraciones fácticas y jurídicas antes expuestas, de manera respetuosa solicito lo siguiente:

1. Que se revoque la sentencia de primera instancia que fue proferida por la Delegatura en el proceso de la referencia, para que, en su lugar, se emita una nueva en la que se condene a AdCap a pagar a Madiautos un valor de $38.189.858,06 por concepto de la actualización con IPC de los dividendos de las acciones del Grupo Aval S.A. sobre los cuales la primera ejerció de manera errada un derecho de retención.

Nota: en atención a lo decidido en el auto del 8 de junio del 2020, que fue notificado el pasado 9 de junio de 2020, en línea con el Decreto 806 de 2020, este escrito se remitirá al correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co. Conviene señalar que no nos es posible remitirlo a Madiautos ni a su abogada, pues no se indicó ningún correo electrónico para el efecto en el acapite de notificaciones de la demanda.

Cordialmente,



JUAN PABLO GONZÁLEZ MEJÍA
C.C. 79.443.993
T.P. 67.167

Señores

MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

SALA CIVIL DE DECISION

MAGISTRADA PONENTE: DOCTORA HILDA GONZALEZ NEIRA

Email: secsctribusupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ref: Declarativo de Pertenencia por Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio. No.110013103-021-2016-00149-01

De: ISBELIA CUBILLOS GARCIA

Contra: HUMBERTO CUBILLOS CASTRO Y OTROS.

Asunto: Sustentación de apelación.

JORGE BARÓ GARZÓN, apoderado de la demandante de la pertenencia y uno de los apelantes, respetuosamente y en oportunidad descorro el traslado que se me hace por auto de junio 8 de 2020, sujetando mi alegación a desarrollar los reparos concretos que le hice a la sentencia proferida en audiencia del 26 de septiembre de 2019, así:

Que la señora Juez no tuvo en cuenta el objeto de las escrituras (2), la 2417 y la 3534 del 17-08-2007 y 19-11-2007, Notaría 47 de Bogotá, plasmadas en la M.I. 50C-864891, anotaciones 009 y 010, como Compraventas de Derechos Gananciales que les correspondan o les puedan corresponder en la sucesión de DOLORES CASTRO CUBILLOS a varios señores CUBILLOS , a los cuales compra la demandante en pertenencia señora ISBELIA CUBILLOS GARCIA, como consta en los títulos escriturarios referidos, coherentes con las respuestas o explicaciones dadas por la señora ISBELIA CUBILLOS GARCIA al momento de absolver el interrogatorio de parte que se le hizo.

No pudiéndose predicar que con las compras y ventas que celebró la demandante en el 2007, se despojó del "animus domine" o "ánimo de señor y dueño", ni del "animus rem sibe habendi" o "la voluntad e intención de hacerse dueño", pues lo que compró mi poderdante es un presunto derecho incierto de dominio sobre el inmueble de la Cra. 62 No.5 A -63 de Bogotá.

Scanned by TapScanner

Si lo que compró fue un derecho incierto de dominio, que aún no había nacido a la vida jurídica, ¿cómo se va a predicar que se reconoció derecho de dominio o propiedad en cabeza de los vendedores?

Una cosa no puede ser y ser una expectativa al mismo tiempo; pues esto va en contra del principio lógico de no contradicción, (una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias).

Oportuno es traer este punto de la alegación, lo referente a la normado en el artículo 1013 del C.C., en lo que concierne al fenómeno de la delación de la herencia y las precisiones que la Corte Suprema de Justicia, en sus pronunciamientos ha hecho:

> *"Fallecida una persona, su patrimonio no desaparece ni se extingue, sino que se transmite a sus herederos, quienes, por la delación de la herencia, se sustituyen al difunto en sus relaciones jurídicas y adquieren un derecho real y la posesión legal sobre ese patrimonio, considerado como una universalidad jurídica. Este derecho de herencia no se confunde con el dominio, sino que se distingue de éste en cuanto el primero recae sobre la mentada universalidad jurídica al paso que el segundo se ejerce sobre bienes singulares o cuerpos ciertos. Sobre este punto dijo la Corte en casación de marzo 11 de 1942, que "el derecho real de herencia, cuya característica peculiar es ser universal, es diferente del de dominio en cuanto a su objeto, porque mientras éste se ejerce directamente sobre las cosas corporales singularmente, aquel versa sobre una cosa incorporal como es la universalidad jurídica de la herencia (LIII-1983,114)".*

Por lo que se concluye que la demandante de la usucapión, tiene la posesión mucho antes a las compraventas del 2007 (anotaciones 009 y 010 M.I. 50c-864891), no siendo ellas motivo de interferencia a sus pretensiones.

Desarrollados de tal manera mis argumentos expuestos ante la Juez de Primera Instancia, y sobre los cuales fundamenté los reparos concretos de mi

Scanned by TapScanner

inconformidad, solicito comedidamente acceder a las pretensiones de la demanda de Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio, manteniendo la negativa a las pretensiones reivindicatorias.

Fundamentos procesales: Artículos 322 del C.G.P.; 14 del Decreto 806 de 2020 del 4 de junio de 2020; 8, 28, 29, 31 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 05-06-2020.

De los Señores Magistrados,

Atentamente,

JORGE BARÓ GARZÓN
C.C.No.17.161.642 de Bogotá
T.P.No.19.196 del C.S. de la J.
Email: jorgebarogarzon@gmail.com
Celular: 310-8725865

Scanned by TapScanner

Señores Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

Dra. Martha Isabel García Serrano

E. S. D.

Ref. Proceso Verbal de **Marino Gutiérrez** y otros contra el **Banco Popular**.

Rad. 2018-00157

Pedro Octavio Munar Cadena, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía N°6.762.418, portador de la tarjeta profesional de abogado N° 41.801 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado judicial de los demandantes en el proceso de la referencia, manifiesto a Ud., que mediante el presente escrito procedo a sustentar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 23 de Octubre de 2019, por el Juzgado 26 Civil del Circuito de esta ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Escritura Pública No. 945 otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá el 26 de febrero de 1997, se constituyó **ARPRINT S.A.**, sociedad creada por los señores RAMÓN Y DANIEL NOVA PRADILLA, AMPARO SALAZAR DE MOLINA y URIEL MESA. Los dos primeros propietarios de INTERCAUCHO y CAUCHOPE; y los segundos propietarios de **ARPRINT DE COLOMBIA LIMITADA**.

2. La mencionada sociedad de **ARPRINT S.A.**, fue creada en un momento difícil para sus socios fundadores, toda vez que los mismos atravesaban problemas económicos en cada una de sus empresas; mientras los propietarios de INTERCAUCHO y CAUCHOPE requerían con urgencia capital de trabajo para poder subsistir y tener las sociedades a flote, ARPRINT DE COLOMBIA LTDA. a finales del año 1996 tenía una deuda con el Banco Popular por $300.000.000.00, aproximadamente.

3. Debido a esa crisis económica, los hermanos NOVA PRADILLA empezaron a buscar futuros socios capitalistas capaces de invertir en el proyecto de la nueva sociedad aparentado tener solvencia económica y jugosos contratos. Es así como lograron contactar y atraer al negocio a los señores: **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA**, **MARTHA LUCÍA ESCOBAR DE GUTIÉRREZ**, **JORGE RICARDO GUTIÉRREZ ESCOBAR**, entre otros.

4. En la dinámica de atraer a los futuros socios inversionistas, los creadores y socios fundadores de **ARPRINT S.A.**, programaron una serie de actividades sociales, con la participación de dos empleados del **BANCO POPULAR**: MARCO FIDEL URBANO, Gerente Regional del **BANCO POPULAR**, y la señora MYRIAM RAMÍREZ DE PEÑA, Gerente de la sucursal Bancaria de la calle 14 con carrera 8ª de la ciudad de Bogotá, todo esto con el único fin de crear un escenario convincente para que los arriba mencionados asistentes

decidieran invertir en el proyecto a través de aportes en dineros adquiridos con créditos otorgados por dicha entidad bancaria, entendiéndose que el dinero sería destinado para generar capital de trabajo en la nueva empresa, que se constituiría como una sociedad anónima.

5. No obstante, el dinero producto de los créditos otorgados fue destinado por los mencionados funcionarios del **BANCO POPULAR** para pagar las deudas de difícil recuperación que tenía con anterioridad ARPRINT DE COLOMBIA LTDA ($300.000.000.00 aproximadamente), y así lo dedujo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en su fallo de 11 de mayo de 2015.

6. Como ya se dijo, el General **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA**, su esposa **MARTHA LUCÍA ESCOBAR DE GUTIÉRREZ** y su hijo **JORGE RICARDO GUTIÉRREZ ESCOBAR** decidieron aceptar la invitación propuesta por los hermanos NOVA PRADILLA, motivo por el cual suscribieron el **pagaré No. 72070000797-7** por USD $56.000. Además, los dos primeros firmaron el **pagaré No. 72070000597-1** también por USD $56.000.

7. Una vez constituidos los mencionados pagarés que respaldaron los créditos otorgados por el **BANCO POPULAR** a **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA**, su esposa **MARTHA LUCÍA ESCOBAR DE GUTIÉRREZ** y su hijo **JORGE RICARDO GUTIÉRREZ ESCOBAR**, dicha entidad bancaria procedió, **sin explicación alguna y de manera inmediata, a abonar los USD $112.000 a la deuda que la sociedad ARPRINT DE COLOMBIA LTDA. tenía con el mismo BANCO POPULAR, muy a pesar que lo acordado con los funcionarios del BANCO había sido invertir ese dinero en capital de trabajo para la nueva sociedad ARPRINT S.A**.

8. Debido a que la sociedad ARPRINT S.A. no estaba generando ningún tipo de utilidad económica a los nuevos socios inversores pese a los aparentes y atractivos negocios lucrativos en los cuales tenía participación la nueva sociedad, el General **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA** decidió requerir a los hermanos NOVA PRADILLA, AMPARO SALAZAR DE MOLINA y URIEL MESA para que rindieran cuentas de la situación. Pero, ante la constante evasiva de los mismos, el señor **GUTIÉRREZ ISAZA** optó por dejar de pagar el primer crédito otorgado por valor de $46.500.000 respaldado con el Pagaré No. 070-01-06488-5.

9. Instaurada la denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación a través de apoderado, ésta culminó de la siguiente manera:

9.1. Mediante sentencia del 23 de marzo de 2012, proferida por el Juez 21 Penal del Circuito Adjunto de Bogotá, se absolvió a los funcionarios del BANCO POPULAR, los señores MARCO FIDEL URBANO FRANCO y BLANCA MYRIAM RAMÍREZ DE PEÑA por los delitos de fraude procesal y estafa agravada formulados por la Fiscalía General de la Nación. Respecto de los hermanos DANIEL y RAMÓN NOVA PRADILLA, y AMPARO SALAZAR DE MOLINA se adoptó idéntica solución, pero solo por el primer punible.

A RAMÓN NOVA PRADILLA, DANIEL NOVA PRADILLA y AMPARO SALAZAR DE MOLINA el señor Juez los declaró coautores penalmente responsables de la conducta punible de estafa agravada. Les impuso 36 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, multa de 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la obligación de indemnizar los perjuicios causados y les concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Respecto de la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito, el señor Juez *A quo* decidió exonerar al BANCO POPULAR, quien fuera vinculado como tercero civilmente responsable.

10. En contra del mencionado fallo los defensores de los hermanos NOVA PRADILLA interpusieron recurso de apelación argumentando la prescripción en fase de investigación y la absolución porque no se tipificó la estafa, asimismo la señora SALAZAR DE MOLINA solicitó absolución.

Adicionalmente, los apoderados de la parte civil solicitaron que, de igual forma, se condenara a los funcionarios MARCO FIDEL URBANO FRANCO y BLANCA MYRIAM RAMÍREZ DE PEÑA por estafa, y en consecuencia se condenara al BANCO POPULAR a pagar los daños y el incremento de los perjuicios.

10.1. En este orden de ideas, se profirió el fallo de segunda instancia el 15 de marzo de 2013, por el Tribunal Superior de Bogotá –Sala Penal-, mediante el cual esa Corporación realizó algunas modificaciones a la sentencia de primer grado, confirmándola en lo fundamental.

10.2. Ante dicha decisión, los apoderados de los hermanos NOVA PRADILLA decidieron interponer el recurso extraordinario de casación, así como también la parte civil y el representante del Ministerio Público.

10.3. Para desatar los distintos recursos interpuestos, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal- profirió, el 11 de marzo de 2015, la sentencia pertinente en la cual dispuso:

*"**Casar parcialmente** la sentencia del 15 de marzo de 2013, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó, con modificaciones, la de primera instancia que condenó a Ramón Nova Pradilla, Daniel Nova Pradilla y Amparo Salazar de Molina, como coautores del delito de estafa, agravada por la cuantía, **exclusivamente** en los siguientes aspectos:*

(I) *Revocar la absolución* decretada, por el delito de estafa, en favor de Marco Fidel Urbano Franco y Blanca Myriam Ramírez de Peña, de condiciones personales y civiles relacionadas en la parte motiva. En su lugar,

(a) *Declara* a Urbano Franco y Ramírez de Peña *coautores* penalmente responsables de la conducta punible de estafa, agravada en razón de la cuantía, por la cual fueron acusados.

(b) *Imponer*, a cada uno, las *penas principales* de 21 meses 26 días de prisión y $ 28.079,44 de multa, y la *accesoria* de interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso a la privativa de la libertad.

(c) *Imponer* a los señores Urbano Franco y Ramírez de Peña, la obligación de *indemnizar*, en forma solidaria con los demás acusados y el tercero civilmente responsable, los daños y perjuicios causados con la infracción, en los términos y condiciones señalados en los fallos de instancia.

(d) *Conceder* a los señores Urbano Franco y Ramírez de Peña la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en los términos y condiciones señalados en la motivación.

(II) ***Revocar* la absolución decretada en favor del Banco Popular S. A., para, en su lugar, *imponerle*, en su condición de tercero civilmente responsable, la obligación, solidaria con los acusados, de *indemnizar* los daños y perjuicios causados con el delito, en los términos y condiciones señalados en los fallos de instancia.**

(III) ***Modificar*** la condena proferida en contra de Ramón Nova Pradilla, Daniel Nova Pradilla y Amparo Salazar de Molina, *exclusivamente* para dejar en 21 meses 26 días de prisión y $ 28.079,44 de multa, las penas principales que cada uno debe cumplir como coautores del delito de estafa agravada por el cual fueron declarados coautores responsables.

(IV) En todo lo demás la sentencia del Tribunal permanece vigente."**1** (Negrilla, subraya y resaltado mío).

11. Ahora bien, mientras se surtía el proceso penal anteriormente resumido y teniendo en cuenta que ante la evidente estafa, los deudores habían dejado de cumplir con las obligaciones adquiridas con el **BANCO POPULAR**, casi, simultáneamente, éste último, a sabiendas del origen espurio de la deuda, promovió a través de apoderado judicial demanda ejecutiva mixta en contra de los señores **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA**, **MARTHA LUCÍA ESCOBAR DE GUTIÉRREZ** y **JORGE RICARDO GUTIÉRREZ ESCOBAR**, con base en los títulos ejecutivos (pagarés 070-01-06488-5, 72070000597-1 y 72070000797-7), ante el Juez 25 Civil del Circuito de Bogotá.

---

1 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Penal No. 42.012 del 11 de marzo de 2015. M.P. Dr. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

12. El **9 de octubre de 2007**, el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá profirió sentencia dentro del mencionado proceso ejecutivo mixto No. 1999-9779, decidiendo negar tanto las excepciones propuestas, como la tacha de falsedad y, por consiguiente, condenar a **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA**, su esposa **MARTHA LUCÍA ESCOBAR DE GUTIÉRREZ** y su hijo **JORGE RICARDO GUTIÉRREZ** a pagarle al **BANCO POPULAR S.A.**, a título de sanción por la tacha de falsedad, el veinte por ciento (20%) de las obligaciones contenidas en los pagarés y las costas del proceso, así como también ordenó seguir adelante con la ejecución de los créditos. La mencionada sentencia fue confirmada en lo sustancial, con ocasión del recurso de apelación propuesto por los demandados, por el Tribunal Superior de Bogotá –Sala Civil- el 26 de junio de 2008.

13. Pues bien, como consecuencia del delito de estafa que se fraguó en contra de los demandantes **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA**, **MARTHA LUCÍA ESCOBAR DE GUTIÉRREZ** y **JORGE RICARDO GUTIÉRREZ ESCOBAR**, ellos han tenido que sufragar cuantiosos gastos en el curso del proceso ejecutivo mixto que el **BANCO POPULAR** instauró en su contra **y que aún permanece vigente con diligencia de remate pendiente sobre dos inmuebles de propiedad de los acciontes,** gastos que se discriminan en la demanda incoativa de este proceso.

14. El 21 de abril de 2009, el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito profirió auto por medio del cual aprobó la liquidación del crédito por valor de $887.194.228.00. Sin embargo, a la fecha de presentación de la demanda la liquidación del crédito ascendía a $1.909.711.809.00.

15. Muy a pesar del fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal que declaró al **BANCO POPULAR** civilmente responsable de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo del delito de estafa que se fraguó en su contra, **el proceso ejecutivo mixto No. 1999-9779 ha proseguido, encontrándose actualmente con fecha pendiente para diligencia de remate**.

16. El **BANCO POPULAR** actuó con temeridad y mala fe al iniciar el referido proceso ejecutivo mixto, habida cuenta que, **la deuda recaudada se originó en un acto ilícito, concretamente, en un delito de estafa del que fueron víctimas los demandantes y, coautores los empleados del BANCO, entidad que fue condenada a responder por ellos**.

17. En consecuencia, el **BANCO POPULAR**, de manera abusiva, temeraria y de mala fe, inició y continúa adelantando el proceso ejecutivo mixto contra los señores **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA**, **MARTHA LUCÍA ESCOBAR DE GUTIÉRREZ** y **JORGE RICARDO GUTIÉRREZ ESCOBAR**, **pues los pagarés con los que se dio inicio a la acción ejecutiva son producto de una estafa tal y como se probó en el curso del proceso penal**.

18. Como consecuencia de todo lo anterior, mis representados también han sufrido graves los perjuicios de carácter extrapatrimonial que se relacionaron en el libelo incoativo del proceso.

II. PRETENSIONES

Los demandantes propusieron pretensiones principales y subsidiarias enderezadas, en lo medular, a que se condenara al Banco civilmente responsable por los perjuicios causados a los demandantes tanto en el ámbito patrimonial como extrapatrimonial, por el ejercicio abusivo del derecho a litigar, pedimentos que, en obsequio de la brevedad, no se transcriben nuevamente.

III. SÍNTESIS DEL TRÁMITE PROCESAL

1. El escrito de demanda se presentó a la oficina de reparto el 8 de marzo del año 2018, siendo asignada al Juzgado Veintiséis Civil del Circuito de Bogotá, el cual, luego del cumplimiento de algunas exigencias hechas a la parte actora, declaró su admisión el 23 de abril de 2018, disponiendo, seguidamente, la notificación del extremo pasivo y el traslado de rigor.

2. La parte demandada se hizo parte en el proceso y procedió a contestar la demanda el 19 de junio de 2018, en donde se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó: (i) *inexistencia de responsabilidad civil extracontractual en el Banco Popular S.A.*, *derivada de los presuntos perjuicios que los demandantes dicen haber sufrido en razón y con ocasión del proceso ejecutivo mixto que éste les instauró para el cobro de los pagarés distinguidos números 070-01-06488-5, 72070000597-1 y 72070000797-7, ante el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá, radicado bajo el número 1999-9779-25*; (ii) *los gastos, cuyo reembolso por conducto de este proceso solicitan los demandantes no responden legalmente al concepto de perjuicios*; y, (iii) *cosa juzgada*.

3. Tras el agotamiento de las etapas procesales de la primera instancia, el a-quo profirió sentencia el 23 de octubre de 2019, en la que, tras hacer las disquisiciones que consideró pertinentes, resolvió declarar probada la excepción de mérito denominada *"inexistencia de responsabilidad civil extracontractual en el Banco Popular S.A.*, *derivada de los presuntos perjuicios que los demandantes dicen haber sufrido en razón y con ocasión del proceso ejecutivo mixto que éste les instauró para el cobro de los pagarés distinguidos números 070-01-06488-5, 72070000597-1 y 72070000797-7, ante el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá, radicado bajo el número 1999-9779-25"*, y, en consecuencia, denegó las pretensiones formuladas en la demanda.

4. Contra esta decisión, la parte demandante invocó el recurso de apelación que aquí se surte.

IV. EL FALLO IMPUGNADO

Luego de asentar unas reflexiones en torno a la responsabilidad civil por el ejercicio abusivo de las vías judiciales, de relacionar y escrutar algunos documentos y de reseñar varios actos procesales, entre ellos los alegatos de las partes, se adentró el sentenciador en el examen de la excepción que la parte demandada denominó "cosa juzgada" con respecto al fallo de la Sala Penal de la Corte, para concluir que

la misma no estaba llamada a prosperar, porque no se presenta identidad de causa y pretensiones, las cuales son diversas a las formuladas en desarrollo del proceso penal.

Seguidamente, y al no haber encontrado probada la excepción de cosa juzgada, el *a quo* centró su examen en determinar el valor probatorio de la sentencia judicial en cuanto entendió que la demanda se funda en gran parte en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, no sin antes hacer una deshilvanada alusión al valor probatorio de los fallos judiciales. En ese sentido, abordó algunos apartes de dicha sentencia, descontextualizándolos, en donde la Corte señaló que los aquí demandantes en ningún momento *"han negado la obligación ni su monto, como tampoco la existencia de los títulos ni que los hubieren firmado. Igual han admitido que, finalmente, dejaron de cumplir con la obligación de pagar las cuotas pactadas con el Banco popular, lo cual lo habilitaba para su cobro ejecutivo"*.

Y seguidamente, citó otro aparte de la sentencia que en el mismo sentido refería lo siguiente:

"Con independencia de si en los pagarés se dejaron espacios en blanco y si estos fueron copados contrariando las instrucciones de sus suscriptores, lo que debe resaltarse es que los ofendidos deudores en ningún momento han negado la obligación ni su monto, como tampoco la existencia de los títulos ni que los hubieren firmado. Igual han admitido que, finalmente, dejaron de cumplir con la obligación de pagar las cuotas pactadas con el Banco Popular, lo cual lo habilitaba para su cobro ejecutivo".

Infirió, entonces, que eso lo llevaba a entender que los pagarés fueron llenados para acceder a su cobro judicial, sin que se demostrara que fueron alterados sus valores; que los deudores no han negado ni la obligación ni su monto; que firmaron los títulos valores; que dejaron de pagar las obligaciones pactadas con el banco; que la conducta que estructuró la estafa fue la asignación de los valores prestados para el pago de obligaciones de Arprint Ltda, que se inició proceso ejecutivo y que en la demanda se pidió el pago de lo que "realmente se adeudaba", aspectos que ponen de presente que el actuar del banco no fue temerario en punto del inicio y prosecución del proceso ejecutivo 1999-9779, ni en la compensación que hizo frente a las medidas cautelares, deviniendo las conclusiones antepuestas, en que en desarrollo de este proceso se construyó la excepción propuesta por la parte demandada denominada, ´Inexistencia de responsabilidad civil extracontractual en el Banco Popular S.A., derivada de los presuntos perjuicios que los demandantes dicen haber sufrido en razón y con ocasión del proceso ejecutivo mixto que este le instauró para el cobro de los pagarés distinguidos con los números 070-01-06488-5, 7207000597-1 y 7207000797-7, ante el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá, radicado bajo el número 1999-9779-25.

Añadió que la culpa, concretamente, la temeridad, es el primer presupuesto valorativo de la responsabilidad civil extracontractual por uso temerario de las vías judiciales, pero no aparece en el caso en examen, toda vez que no se generó el obrar temerario de la demandada en la presentación de la demanda ejecutiva que

le correspondió al Juzgado 25 Civil del Circuito, ni en la ejecución del mismo ante la autoridad correspondiente.

Tampoco puede constituir culpa de la demandada por aprovecharse de la circunstancia de no haberse ordenado en la parte resolutiva del fallo la terminación del proceso ejecutivo, a pesar de lo expuesto en las consideraciones de la decisión, porque si nos atenemos a los hechos de la demanda, a los pedimentos en punto del daño, a las declaraciones recibidas, en especial, de profesionales del derecho, se percibe que los aquí demandantes estuvieron extremadamente asesorados en desarrollo del proceso penal, y era un deber profesional de quienes los asistieron, pedir la adición o la complementación de la parte resolutiva de la sentencia, en el sentido que echan de menos, omisión que no puede achacarse a ninguna otra persona, sino a sí misma, y aquí tiene aplicabilidad del principio conforme al cual nadie puede alegar en su favor su propia culpa (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Agregó que acceder a las pretensiones de la demanda, implicaría desconocer "de manera rampante" el instituto de la cosa juzgada, plasmada en las sentencias de orden civil del Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá y la confirmatoria del Tribunal Superior de Bogotá -Sala Civil-, así como la misma decisión de la Corte, ya que esta última, no puede tener los efectos predicados por la parte actora porque su "*ratio descidendi"* no conduce inevitablemente a las conclusión a las que llega aquella, para deprecar un comportamiento temerario de la demandada, y para que por esa vía se adicione lo que considera la parte resolutiva del fallo penal y así dejar sin efecto dos decisiones civiles ejecutoriadas.

Habiendo dicho esto, transcribió, para apuntalar sus aseveraciones, algún fallo de tutela en la que los demandantes pidieron la terminación del proceso civil, aduciendo que había allí una orden implícita de terminarlo, amparo que les fue negado. Trasuntó, dentro de esa reseña, la siguiente apreciación de la Corte Suprema:

"Finalmente, esta Corporación advierte que además, que si lo que quieren los tutelantes es que se reconozca que la parte demandante del proceso ejecutivo incurrió en una maniobra fraudulenta, por cuanto cobró unos títulos que ellos firmaron engañados y que así fue entendido por la justicia penal, la protección también es improcedente; por cuanto los tutelantes tuvieron a su alcance otro medio judicial para debatir tales situaciones de hecho, idóneo para plantear el debate que expone por esta vía constitucional".

Después de haber citado sesgadamente dichos apartes de la sentencia, concluyó que los aspectos allí mencionados permitían concluir que el actuar del Banco no fue temerario al iniciar y proseguir con la ejecución del proceso ejecutivo No. 1999-9779.

V. ALEGACIONES

1. **De la responsabilidad civil por el ejercicio abusivo de litigar**. **Principios Generales.**

Como todos los derechos, el de acudir a la administración de justicia en búsqueda de la composición de un litigio también es relativo y debe ejercerse dentro de unos confines expresamente previstos por el legislador. Sin necesidad de ahondar en la materia, es suficiente decir que debe hacerse sin temeridad ni mala fe.

Como lo precisó la Corte Suprema en sentencia del **28 de agosto de 2013**:

"…el ejercicio del aludido derecho presupone el cumplimiento de un conjunto de deberes que, en lo fundamental, según se desprende del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil se condensan en que las partes y los apoderados que las representen deben "[p]roceder con lealtad y buena fe en todos sus actos" (num. 1º) y deben "[o]brar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales" (num. 2º), disposiciones éstas que resultan complementadas con el artículo 74 de la misma obra, que a la letra reza:

"Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

"1º. Cuando es manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido éste.
"2º. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
"3º. Cuando se utilice el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a éste o recurso, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
"4º. Cuando se obstruya la práctica de pruebas.
"5º. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso".

Y transcribiendo un precedente de esa misma Corporación añadió más adelante:

"(…) '*El artículo 2341 del C. Civil consagra el principio de que todo perjuicio causado por dolo o culpa, obliga a su autor a cabal indemnización. No se exige una determinada culpa para que surja la obligación de resarcimiento. Es suficiente una culpa sin calificación, una culpa cualquiera, desde luego que no es indispensable que el autor del daño haya actuado con intención positiva de inferirlo o que se requiera, específicamente, que se le declare reo de una determinada clase de culpa.*

'Y como el derecho de cada cual va hasta donde empieza el de su prójimo, resulta evidente que cuando su ejercicio traspasa este límite, tal actividad puede implicar un claro abuso del derecho, que si se origina en proceder culposo de su titular, compromete la responsabilidad personal de éste si causa daño a terceros. Quien actúa así, no puede liberarse entonces del deber de indemnizar perjuicios, afirmando: feci, sed jure fecis, pues en principio, los derechos subjetivos no pueden ejercitarse en ámbitos que no estén tutelados por un interés serio y legítimo. Cuando su ejercicio se sale de esta esfera, el titular de la facultad deja de obrar conforme al derecho y su actuar se torna típico abuso del mismo; tal el motivo para que, con razón, hayan dicho los MAZEAUD que no se nos han conferido nuestros derechos para que los ejerzamos con un fin puramente egoísta, sin tener en cuenta el influjo que pueda tener su ejercicio sobre nuestros semejantes, y que el interés social debe tener un sitio junto al interés individual del titular del derecho ejercido.

'(…) *Ahora bien, como no son los mismos los elementos de la responsabilidad por abuso de un derecho subjetivo o por el del empleo de vías de derecho, necesario será advertir que, acogiendo en el punto lo que la doctrina francesa sostiene sobre el abuso*

de estas últimas vías, el nuevo Código de Procedimiento Civil (arts. 71, 72, 73 y 74), para deducir responsabilidad a los terceros intervinientes, a las partes o a sus apoderados por los perjuicios que, con sus actuaciones procesales, causen a su adversario o a terceros, exige expresamente que esos actos sean fruto de la temeridad o de la mala fe.

'Sin embargo, la doctrina jurisprudencial de la Corte sobre el abuso del derecho, no sufre modificaciones relativamente a que el titular de un derecho subjetivo, cuando abusa en su ejercicio, no ya en las vías de derecho que utiliza para alcanzar su efectividad, compromete su responsabilidad personal si, por cualquier especie de culpa, con tal proceder causa daño. Y existe culpa, entonces, siempre que el titular del derecho haya obrado como no hubiera obrado un individuo diligente y juicioso, situado en las mismas circunstancias externas que el autor de la culpa.

'(…) *En resumen: quien cometa abuso en la elección de las vías de derecho, es decir, en sus actuaciones procesales, también debe indemnizar el daño que cause, mas sólo cuando su proceder haya sido temerario o malicioso. Y, en cambio, quien es reo del mismo abuso, mas no ya por la elección de vías de derecho, se hace responsable, en principio, siempre que en su actuar haya obrado culposamente, a pesar de que su proceder no pueda calificarse como temerario o malintencionado' (Cas. Civ., sentencia de 11 de octubre de 1973, proceso de Luis Enrique Páez Sierra contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero*. (se subraya)".

Y luego de reseñar algunos fallos alusivos al tema[1] concluyó:

"Ese criterio de la Corte, en los fallos proferidos con posterioridad al precedentemente reproducido, en lo sustancial, no se aprecia modificado y en el presente se reafirma, en tanto que en tales pronunciamientos, en lo tocante con el criterio de imputación en los casos de abuso del derecho de litigar, se ha hecho referencia, de manera general, a la actuación "negligente, temeraria o maliciosa para obtener una tutela jurídica inmerecida" (Cas. Civ., sentencia del 14 de febrero de 2005, expediente No. 12073. Ver, entre otras, las sentencias de 24 de enero de 2005, expediente 2000131100011994-2131-01; 22 de febrero de 2005, expediente No 110012103006-1997-9124-01; y 14 de noviembre de 2008, expediente No. 70001-3103-004-1999-00403-01).

"Siendo ello así, es dable inferir que los elementos estructurales de dicha acción -la resarcitoria de los perjuicios causados por el abuso del derecho de litigar- son aquellos que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen definidos en todos los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, con los ajustes que corresponde, es decir, una conducta humana antijurídica, en este caso, el adelantamiento de un proceso o la realización de un acto procesal particular en forma desviada de su finalidad; un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, que en la referida hipótesis, como viene de explicarse, solamente puede consistir en la temeridad o mala fe; un daño o perjuicio, es decir, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad; y, finalmente, una relación o nexo de causalidad entre el comportamiento de aquel a quien se imputa la responsabilidad y el daño sufrido por el afectado".

En consecuencia, quien actuando con temeridad o mala intención adelante o prosiga pleitos judiciales debe indemnizar los perjuicios que con su obrar

retorcido cause a otros. Y ha sido tan reiterada e inalterada la doctrina de la Corte en la materia que se hacen innecesarias mayores precisiones.

2. <u>La temeridad y la mala fe como presupuestos de la responsabilidad por ejercicio abusivo del derecho a litigar</u>.

Como fácilmente se advierte en los artículos 79, 80 y 81 del C.G.P. (que se corresponden, en lo medular, con los artículos 72 a 74 del C.P.C.), los criterios de imputación de esta responsabilidad son de índole subjetiva (que la distinguen de la condena en costas que atiende criterios objetivos), concretamente, la temeridad[2] y la mala fe del agente, que son conceptos diferentes.

"*La temeridad alude a una actitud imprudente o desatinada, echada a los peligros, sin medir sus consecuencias. Es un dicho o hecho sin justicia ni razón y destinado, especialmente, a afrentar valores morales del prójimo*"[3].

<u>La verdad es que quien actúa temerariamente litiga "*sin razón valedera y tiene además conciencia de la propia sinrazón*", esto es que no solo carece de razón para actuar como lo ha hecho en el juicio, sino que, a su vez, es consciente de su iniquidad.</u>

La malicia, por el contrario, según el Diccionario de la Lengua Española consiste en "*la intención solapada, de ordinario, maligna o picante, con que se dice o se hace algo*", <u>de manera que presupone la existencia de actos deliberados enderezados a distorsionar los fines del proceso</u>, a obstruirlo o obtener ventajas inicuas del mismo.

El **<u>artículo 74</u>** del Código de Procedimiento Civil, vigente para cuando el Banco inició el trámite ejecutivo, enlistando conductas correspondientes a ambas especies actos indebidos, prescribía:

"*Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:*
"1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste.
"2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
"3. Cuando se el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a este o recurso, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
"4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas.
"5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso".

Se trata, a decir verdad, de una enumeración meramente enunciativa de comportamientos de esa estirpe, motivo por el cual caben allí otros no descritos por el legislador.

Y, conforme a la prescripción del **<u>artículo 72</u>** ibídem:

"*Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales, temerarias o de mala fe, cause a la otra o a terceros intervinientes.*

Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide en la forma prevista en el inciso cuarto del artículo 307, y si el proceso no hubiere concluido, los liquidará en proceso verbal separado.
"A la misma responsabilidad y consiguiente condena están sujetos los terceros intervinientes en el proceso o incidente.
"Siendo varios los litigantes responsables de los perjuicios, se les condenará en proporción a su interés en el proceso o incidente".

Esto es que conforme a ese estatuto, cuando en un proceso el juez pudiera establecer la temeridad o la mala fe del litigante podían presentarse tres hipótesis: i) que, además, apareciera probado el monto del perjuicio, en cuyo caso condenaría al culpable en la respectiva sentencia o en el auto que decidiera el incidente, al pago de la indemnización respectiva; ii) que si no podía fijarse allí el monto, éste debía liquidarse en incidente separado, siempre y cuando el proceso hubiese terminado; iii) pero si con la providencia que develaba la temeridad o mala fe del interviniente no terminaba el proceso, la liquidación de los perjuicios se adelantaba en proceso verbal separado. En el C.G.P., esta última hipótesis desaparece de modo que cuando no aparezca prueba de los perjuicios causados por la conducta indebida del litigante se procede a su cuantificación mediante incidente.

Ahora bien, si no le era dado al perjudicado demostrar la temeridad o la mala fe de su adversario en el proceso, le incumbía alegarlo, demostrarlo y cuantificarlo, en pleito separado, que es lo que aquí ha acontecido. Aunque los deudores tenían claridad de conciencia que nada le debían al Banco porque éste nada les había prestado y tenían la percepción de que habían sido víctimas de uno o más actos delictivos, no tuvieron la oportunidad ni los medios para demostrarlo fehacientemente en el juicio ejecutivo.

Fue, solamente, luego de adelantada y agotada la investigación penal, varios años después, como pudo establecerse irrefutable, inmutable y definitivamente, la conducta desleal, temeraria y malintencionada de la ejecutante, aquí demandada.

Asentado lo anterior, se impone colegir que si una de las partes, como aquí se le enrostra al Banco, deliberadamente hace afirmaciones mendaces en el proceso y si adelanta el mismo para hacer obrar en su favor supuestos derechos subjetivos que, a sabiendas, no puede reclamar contra el demandado incurre, conforme a las trasuntadas reglas jurídicas, en un acto temerario y malintencionado, concretamente, por carecer de fundamento alguno para entablarlo ordinal 1 artículo 74 CPC), por alegar hechos contrarios a la realidad (ordinal 2 ibídem) e, incluso, por valerse del litigio con fines claramente fraudulentos.

2.1. En este caso, no hay lugar a titubeos para calificar como temeraria la conducta del BANCO, en cuanto es palpable que, como lo preveía el artículo 74 del C.P.C. (y hoy lo hace el artículo 79 del C.G.P.), es

manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda ejecutiva que inició con los actores, proclamándose acreedor de los ejecutados por virtud de un contrato de mutuo inexistente, que aún prosigue contra ellos a pesar de haberse declarado por la Corte que éstos fueron víctimas de una estafa fraguada, entre otros, por sus empleados con el ánimo de favorecerla, ejecución que, además, se apuntaló en afirmaciones falsas, amén que con ese proceso pretende consumar un propósito claramente fraudulento.

Esos actos de temeridad se evidencian, **desde un comienzo,** cuando esa entidad, **a sabiendas** que sus empleados habían urdido una conducta deshonesta, fraudulenta, engañosa y malintencionada, enderezada a obtener por medio ilícitos que los aquí demandantes suscribieran unos títulos valores sin que hubiesen recibido **NUNCA** ningún dinero, ni lo hubiese destinado **a fortalecer la empresa que querían promover, esto es ARPRINT S.A**., inició un proceso de ejecución contra los demandantes y lo ha proseguido. No obstante, la justicia penal declaró que se tergiversó premeditadamente la destinación del crédito para cubrir obligaciones de otra sociedad (ARPRINT DE COLOMBIA LTDA.) sin que hubiese obrado autorización alguna en ese sentido. A pesar de tener conocimiento de la sinrazón de sus pedimentos, procedió a iniciar proceso de ejecución contra las víctimas por sumas que éstas no le debían; y lo ha proseguido, inclusive después que la Sala Penal condenó, entre otros, a sus empleados, por esas felonías y al mismo banco como civilmente responsable por ellas.

Como se demostrará más adelante, la culpa y la temeridad de sus subordinados es directa y propia de la entidad bancaria, de manera que:

i) si éstos fraguaron una estafa para favorecer, entre otros, al mismo Banco,

ii) a sabiendas que éste no había desembolsado ninguna suma de dinero a favor de los demandantes víctimas de la estafa,

iii) que tampoco se cumplieron los designios que éstos impartieron para que las sumas correspondientes a los pagarés que mañosamente los indujeron a suscribir se aplicaran como capital de trabajo de una nueva sociedad (ARPRINT S.A.),

iv) que esas sumas de dinero las aplicó el Banco para pagarse deudas de dudoso reclamo de otra sociedad (Arprint de Colombia Ltda.),

v) que iniciaron un proceso ejecutivo para cobrar en nombre del Banco el monto señalado en los instrumentos como si hubiese existido un préstamo, y así lo adujeron en el proceso ejecutivo,

contrariando flagrantemente la verdad, porque el mutuo nunca existió,

vi) que a pesar de conocer la sentencia de la Sala de Casación Penal en las que los empleados del Banco fueron condenados por haber cometido el ilícito de estafa y el banco condenado como tercero civilmente responsable por ese delito, la ejecución ha proseguido e inclusive se embargaron en ella los dineros consignados a título de indemnización por los perjuicios causados a los accionantes con ese delito de estafa perpetrado con los títulos valores cuyo cobro aún persigue, **es forzoso concluir que el Banco ha incurrido en un comportamiento temerario y fraudulento, pues todas esas conductas le son imputables directamente como propias**.

2.1.1. Ciertamente, conforme aparece resumido en **las sentencias de instancia que resolvieron seguir adelante la ejecución** en contra de los aquí accionantes y que obran en este proceso, pero que el fallador a quo inexplicablemente desconoció, en el juicio ejecutivo que contra ellos adelantó el Banco Popular, éste afirmó que las sumas de dinero que les cobraba correspondían a **unos dineros recibidos de esa entidad a título de mutuo comercial con intereses**.

En efecto, en la sentencia de primera instancia proferida el 9 de octubre de 2007 por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, la cual fue aportada como prueba a este proceso, ese Despacho, al hacer un breve recuento de los hechos litigiosos, señaló:

"(…) *la ejecución fue iniciada en demanda repartida a este Juzgado el 5 de noviembre de 1999, dirigida contra Marino Gutiérrez Isaza y Héctor José Rodríguez Alvira con respaldo en la cobranza del pagaré No. 070-01-06488-5 otorgado por ellos el 31 de octubre de 1997 a la orden del banco ejecutante, obligándose a pagarle a su vencimiento final el 31 de enero del año inmediatamente siguiente la suma de $46.500.000,* ***recibida a título de mutuo comercial con intereses****, cumpliendo con el pago de estos hasta el día 30 de abril de 1998, hallándose insoluto el capital mutuado".* (Negrilla y subrayado mios)

"Seguidamente se impetró una segunda demanda presentada directamente a este Juzgado con fecha 10 de febrero de 2000, dirigida contra José Ricardo Gutiérrez Escobar, Marino Gutiérrez Isaza y Martha Lucía Escobar de Gutiérrez, respecto del pagaré 720-70000597-7, y Marino Gutiérrez y Martha Lucía Escobar de Gutiérrez, por el pagaré 72070000597-1, (…) *pretendiéndose en ella hacer efectiva la cobranza de los pagarés* (…) *obligándose a pagarle* (…) *la suma de 56.000 dólares americanos* ***por cada uno de los mencionados títulos-valores, que recibieron a título de préstamo con intereses*** (…)*".* (Negrilla y subrayo).

Como es patente en ese escrito, que es un documento público cuya autenticidad se presume y no fue tachado de falso en el proceso, el juez trasunta las afirmaciones de la ejecutante y advierte que ésta cobra esas sumas de dinero porque aseveró que los ejecutados eran sus deudores por haberlas **recibido en préstamo**, es decir, por medio de un contrato de mutuo.

Empero, lo cierto es que esas sumas **NUNCA** fueron desembolsadas a favor de los supuestos deudores, ni se destinaron a los fines acordados con el Banco. El ejecutante, aquí demandado, actuando malintencionada y temerariamente, afirmó allí que hubo un préstamo de dinero a favor de los ejecutados, cuando en realidad ese pretendido mutuo **JAMÁS** existió. Los engañaron, y el Banco lo sabía y sacó provecho de la artimaña, para que suscribieran los títulos valores sin que hubiese habido contraprestación alguna.

2.1.2. **Inexistencia de contrato de mutuo.**

Como se ha venido diciendo, el BANCO adelantó un proceso ejecutivo para cobrar el monto señalado en los instrumentos como si hubiese existido un préstamo, y así lo adujeron en el proceso ejecutivo, **faltando a la verdad, porque el mutuo nunca existió**, motivo por el cual incurrieron, y con ellos el Banco, en un comportamiento temerario y fraudulento.

Como es sabido, el contrato de mutuo requiere, para su perfeccionamiento, la entrega o tradición de la cosa prestada, pues es así como se produce la transferencia de la propiedad del mutuante al mutuario, quien queda obligado a la restitución de otra cosa del mismo género y calidad, restitución que solo se justificará en la medida en que previamente el mutuante haya hecho entrega de la cosa, pues, de lo contrario, no habrá lugar a la formación del negocio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, en reiteradas providencias ha reiterado la naturaleza real de dicho contrato. Así, en sentencia del 22 de marzo de 2000, con ponencia del magistrado Carlos Ignacio Jaramillo, señaló lo siguiente:

"En tratándose de contratos como el mutuo (mutuum), la transferencia o traslación de la propiedad en torno a ella (mutui datio). En este sentido, como bien lo atestiguó - de nuevo - el jurisconsulto Gayo, "...la entrega en mutuo ...se hace propiamente con las cosas que se pesan, cuentan o miden, como es el dinero...., con el fin de que se hagan de la propiedad de quienes la reciben...." (Institutas, III, 90).

*"**La tradición de la cosa, así entendida (actus y animus), es pues necesaria para el perfeccionamiento de este contrato real apellidado***

mutuo, *ex profeso, en prueba de su revelador significado (mutuus: mío y tuyo).* ***De allí que una vez que ella opere, jurídicamente podrá aludirse a un acuerdo dotado de virtualidad negocial y, por tanto, de eficacia plena, muy al contrario de lo que tiene lugar de cara a otras categorías contractuales****, particularmente respecto de los contratos solemnes o consensuales. Es por ello que la doctrina especializada, desde esta específica perspectiva, reconoce que el contrato real es quoad constitutionem, y no quoad effectum, como tiene lugar en materia de los llamados - modernamente - contratos con eficacia real - que no deben ser asimilados a los negocios reales, propiamente dichos -, existentes por oposición a los negocios obligatorios - o contratos obligacionales generadores de típicos derechos de crédito -, en los cuales la datio rei, en sí misma considerada, no juega ningún papel generador, dado que estos se caracterizan por la constitución, traslación, modificación o extinción de derechos reales (iura in re).*

"En el Derecho Colombiano, de lege data, ***la entrega con efectos de tradición de la cosa dada en mutuo (art. 740 C.C.), es un requisito sine qua non de este negocio jurídico (presupuesto de carácter genético)****, ora en la codificación civil, ora en la mercantil, en este tópico permeadas por la cultura jurídico-romana de marras, motivo por el cual si aquella no media - en cualquiera de sus formas reconocidas ex lege -, mal podrá tenerse por latente, en concreto, la precitada relación negocial, con todo lo que ello entraña, sin perjuicio, claro está, de que en cada caso específico se evalúe la posibilidad de surgimiento de una promesa de mutuo (arts. 1611 C.C. y 1169 C. de Co.), o de la conversión del negocio jurídico que, en razón de su nulidad, migre a otro tipo contractual, no por ello, el converso, huérfano de validez (arts. 1501 C.C. y 904 C. de Co.).*

(…)

*"****Es así como con arreglo a los artículos 2221 y 2222 del Código Civil, "El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad", negocio jurídico, expressis verbis, que "No se perfecciona … sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio****" (Se subraya), normas que preservan - en lo fundamental - las directrices romanas en materia de los contratos reales, en general, y las trazadas para el contrato de mutuo, en particular, según ya se anticipó, amén de las orientaciones francesas, en especial las que emergieron - en el derecho pre-revolucionario o francés histórico - de J. Domat y R.J. Pothier y, posteriormente, las consignadas en el Código Civil de Napoleón (art. 1.892), criterio éste acorde, además, con el ideario de las más descollantes escuelas medievales (Glosadores, Comentaristas - o Post-Glosadores - y Canonistas) que, en el tópico de la entrega de la cosa, acompañada de su tradición, permanecieron fieles a la dogmática romana, lo que explica que don Andrés Bello, seducido por tan férrea concepción, haya mantenido el mismo pensamiento basilar, no empece haber conocido una postura divergente, particularmente la adoptada por don Florencio García Goyena, reflejada en su célebre proyecto de Código Civil Español del año de 1851 (esquema consensualista puro, art. 978), a la par que la pregonada, incluso con antelación, por militantes de la conocida Escuela Clásica del Derecho Natural, ambas morigeradas ulteriormente, en guarda*

de preservar la categoría de los negocios reales (culto al denominado "dogma de la realidad").

*"**Así las cosas, en el Derecho Colombiano el sólo consentimiento - aun cuando invariablemente se requiere en todas y cada una de las convenciones -, es insuficiente para la gestación negocial del mutuo, como quiera que en la esfera patria la tradición - que en desarrollo del artículo 740 del C.C. supone la entrega de la cosa** -, **resulta indispensable**, a manera de arquetípico plus, en los ordenamientos civil y comercial - art. 822 - (datio rei; contrahendi vel obligandi causa), cimentados en una arraigada concepción romana, con independencia de la llamada - por algunos - "crisis de los contratos reales" y de sus modernas proclamas orientadas a erradicar el prenombrado "dogma de la realidad", esto es, la consideración de que **la tradición, per se, es un presupuesto iuris de índole insoslayable, cuya omisión, a manera de valladar, impide el surgimiento de efectos en derecho y, por contera, de un vínculo obligacional definido (contrato real, stricto sensu)**.*

*"… **En suma, no todos los contratos reales, así lo exprese formalmente el artículo 1500 del Código Civil, se perfeccionan - en puridad - con la tradición de la cosa, como sí acontece con el mutuo, toda vez que otros de la misma prosapia, según sucede - como se anticipó - con el referido comodato, ad exemplum, afloran a la vida jurídica en virtud de la escueta entrega, desprovista de la tradición, bien entendida. No en balde, en este último tipo negocial no se genera transferencia o mutación alguna del dominio, lo que explica que el comodatario, conforme a las voces del artículo 2200 del ordenamiento civil, deba "… restituir la misma especie después de terminar el uso"**.*

"Expresado lo que antecede, importa anotar que esta Sala ya ha manifestado que la entrega en el contrato de mutuo, materializada con la inequívoca finalidad de hacer la tradición de la cosa, vale decir, de transferir su dominio - artículo 2222 del C.C. -, es un requisito que no puede ser pretermitido (mutuo datio), so pena de que no se geste el respectivo negocio jurídico que, en tal virtud, ha corroborado que es un típico contrato real, categoría que, en Colombia, al contrario de la generalidad de naciones - así como de los modelos legislativos y códigos examinados por el señor Bello -, tiene explícita carta de ciudadanía en el artículo 1500 del Código Civil, contentivo de la clasificación trimembre que atiende al factor objetivo del perfeccionamiento negocial, norma que en punto tocante al préstamo de consumo, no ofrece ninguna duda acerca del rol constitutivo asignado a la tradición, muy a pesar de la equívoca referencia - general - a este instituto como único requisito genético de tales contratos, pues conforme se ha acotado, en cierto tipo de negocios de este linaje, será suficiente la mera y escueta entrega (comodato y depósito), mientras que en el mutuo, es indispensable aquella - la traditio -, en razón de su inquebrantable y confesa vocación dispositiva (transferencia del dominio de "cosas fungibles", art. 2221 C.C.)".

Siendo las cosas de esta manera, resulta apenas evidente que entre los aquí demandantes y el BANCO POPULAR no se celebró ningún contrato de mutuo que diera lugar a la presentación del proceso ejecutivo para reclamar el pago de unas sumas de dinero que, como

ya se ha dicho en repetidas oportunidades, no fueron entregadas a los demandantes y tampoco aplicadas a los designios autorizados por ellos.

No puede aducirse que el Banco ignoraba del carácter real del contrato de mutuo porque, de un lado, es un profesional de la actividad financiera y, por ende, entendido en la misma y, de otro, porque la ignorancia de la ley no puede aducirse en este caso como excusa.

2.1.3. ¿Podía el Banco cobrar los pagarés a pesar de la inexistencia de mutuo?

NO. ¡POR SUPUESTO QUE NO! Y en ese sentido se equivoca rotundamente el Juzgado cuando deduce que le era dado al Banco demandado cobrar los pagarés porque aludían a una suma de dinero y no fueron adulterados, pues lo cierto es que esa entidad NUNCA desembolsó a los suscriptores de los mismos suma alguna, ni lo hizo a la empresa que estos habían delegado para recibirlos. Pareciera entender ese juzgador que el mero hecho de suscribir los pagarés, sin haber recibido por parte de la entidad bancaria suma alguna, legitima al banco para demandar ejecutivamente a los otorgantes del mismo. Empero, semejante deducción es abiertamente desacertada.

Ya se ha dicho que el mutuo es un contrato real, de modo que presupone para su existencia que el mutualista desembolse la suma de dinero que será prestada al deudor. Y la suscripción del pagaré debe obedecer a la documentación de una verdadera operación de crédito, habida cuenta que "***ese contrato de mutuo que refleja la operación de préstamo, materialmente se vierte en la actividad bancaria, de ordinario, en un documento denominado 'pagaré'*** *que reviste además la condición de ser un título valor de contenido crediticio; condición idéntica a la que tiene una 'letra de cambio' o un cheque*[4]".

En ese mismo sentido el concepto 1999016622-2 del 4 de mayo de 1999 de la Superintendencia Financiera, conforme al cual:

"*En efecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de marzo de 1998, con ponencia del Dr. José Fernando Ramírez Gómez, determinó que el contrato de mutuo es de naturaleza real con fundamento en lo señalado por el artículo 1169 del Código de Comercio, norma que al establecer la promesa del contrato de mutuo descarta la consensualidad de este negocio jurídico, de tal suerte que el perfecciona miento del mismo* ***sólo se presenta cuando se hace la entrega real de los recursos correspondientes****.* (Pongo de relieve).

*"****Partiendo de esta precisión, debemos señalar que el contrato mencionado se instrumenta en el pagaré****, o documento de valor en el cual se hace constar la obligación del deudor, edificada bajo la promesa*

de pagar una suma determinada de dinero en un plazo expresamente acordado y con el reconocimiento de intereses a tasas previamente estipuladas". (Destaco).

En consecuencia, si un banco beneficiario de un pagaré pretende hacer exigible frente al otorgante la suma de dinero allí consignada, es indispensable que éste hubiese recibido en mutuo el dinero que mediante ese título valor se compromete a restituir, habida cuenta que ese instrumento debe obedecer a una verdadera operación de crédito. En consecuencia, el Banco carece de derecho subjetivo alguno que le permita incoar un proceso ejecutivo si el dinero que dice haber prestado no fue recibido por el suscriptor.

Desde luego que, no habiendo circulado los títulos valores a favor de terceros de buena fe, le era dado al deudor alegar frente al beneficiario original todo hecho que pusiera de presente la inexistencia de la obligación de pagar la suma de dinero que se le reclama, pues así lo impone el ordinal 12 del artículo 784 del C. de Co.

Cabría preguntarse si el proceso ejecutivo hubiese prosperado si el Banco hubiese afirmado, como le correspondía si hubiese obrado con lealtad, diligencia y buena fe, que los dineros que cobraba a título de mutuo no los habían recibido los deudores (ni persona alguna legítimamente habilitada para tal efecto) y que éstos fueron víctimas de una estafa en la que sus empleados los engañaron, incurriendo en un delito de estafa, para que suscribieran los pagarés base de la ejecución. Y la respuesta es obvia: ¡Claro que no! Desde luego que hubiese aflorado explicito que carecía de derecho de crédito alguno que pudiera cobrar. La verdad es que ni siquiera habría contado con una obligación que fuera exigible contra los suscriptores del pagaré.

Pero, por el contrario, el ejecutante afirmó mendazmente que había entregado en mutuo a los ejecutados la suma que reclamaba y que, por ende, era titular de un inexistente derecho crediticio frente a estos. Inclusive, prosiguió con la ejecución a pesar de haberse proferido posteriormente sentencia condenatoria contra sus empleados.

2.1.4. Hubo, pues, un fraude fraguado directamente por el Banco (porque la culpa de sus empleados es su propia culpa), enderezado a hacerlos firmar con falsas promesas los instrumentos negociables, haciéndoles creer que el dinero se aplicaría como dinero de trabajo de una nueva sociedad (ARPRINT S.A.), de la cual serían socios, lo que no aconteció porque siempre estuvo en la mente de los embaucadores (y del Banco) que ese dinero se imputaría a otras

deudas de imposible recaudo a cargo de la sociedad ARPRINT DE COLOMBIA LTDA.

En ese orden de ideas, un primer acto temerario que implica un ejercicio abusivo del derecho a litigar se evidencia en esa afirmación mendaz contenida en la demanda ejecutiva, otro más en la carencia de fundamento legal para cobrar la restitución de un dinero que nunca recibieron los demandados en mutuo, lo cual fue demostrado con las pruebas a las que más adelante se aludirá, así como con el fallo proferido por la Sala Penal de la Corte.

Y como si los anteriores actos malintencionados fuesen poca cosa, ha proseguido con la ejecución a pesar de la sentencia de la Corte en la que se puso de presente la estafa, e, inclusive, en un acto intensamente pérfido, embargó las sumas de dinero correspondientes a la indemnización que correspondía a los accionantes como víctimas del reato causado con los títulos valores cuyo cobro ejecutivo de todos modos persigue.

Todos estos actos evidencian, de manera indubitable, la hipótesis prevista en el ordinal 79 del C.G.P (correspondiente al artículo 74 del C.P.C.).

2.1.5. **PRUEBA DE LA TEMERIDAD**

Todo esto brilla al ojo y para verlo no se requería ningún esfuerzo, pero, incomprensiblemente, el fallador se abstuvo de apreciarlo. Por **supuesto que no sólo lo pone de presente la copia de la sentencia proferida el 11 de marzo de 2015 por la Sala Penal de la Corte**, a cuyo valor probatorio aludiremos más adelante, sino, distintas pruebas del proceso, al unísono inexplicablemente preteridas por el a quo:

2.1.5.1. La **confesión de la representante legal de la entidad demandada**, quien al ser preguntada para que dijera si era cierto ***"****que la condena por estafa agravada a Marco Urbano y Blanca Miryam, empleados del Banco, junto con otros procesados, obedeció a que destinaron las obligaciones contenidas en los pagarés que cobran ejecutivamente, para imputarlos a deudas preexistentes de la sociedad ARPRINT LTDA****"***, respondió: "***Es cierto". (11:30:50).***

Luego fue inquirida para que dijera si era cierto *"que esas sumas de dinero nunca fueron desembolsadas directamente a los demandantes ni tampoco desembolsadas en cuentas de su propiedad. ¿Es cierto o no es cierto?*

Respondió: "<u>Fueron a la cuenta corriente de la sociedad ARPRINT. No pasaron a las cuentas de los demandantes".</u>

¿De cuál ARPRINT?

<u>Respuesta</u>: "ARPRINT LTDA".

Es incuestionable, entonces, que la representante legal del Banco admite, por un lado, que el dinero correspondiente a los valores incorporados en los pagarés que se cobran ejecutivamente no fue desembolsado a los suscriptores de los mismos; y, por otro, que pasaron a la cuenta de ARPRINT DE COLOMBIA LTDA., de la que ni fueron socios, ni en cuyo favor autorizaron ese pago, pues lo convenido con la entidad crediticia era que se destinaran como aporte a una sociedad nueva que iba a denominarse <u>ARPRINT S.A</u>. Y la verdad es que sin titubeos de ninguna especie admite que esos dineros se destinaron para pagar las deudas de otra sociedad con la que los suscriptores de los títulos valores no tenían ninguna relación.

Incluso, cuando el Juez le preguntó si existía algún documento mediante el cual los accionantes autorizaron el pago de las deudas de ARPRINT DE COLOMBIA LTDA., respondió mendaz y elusivamente:

"Todos estos interrogantes están debatidos en el proceso penal y en la sentencia de la Corte Suprema. Para responder a su pregunta, dejo la claridad que todo este tema ya fue debatido por las instancias del proceso penal. Sobre su pregunta de si quedaron los soportes de las autorizaciones que dieron al Banco, sí señor, están las autorizaciones que dio marino Gutiérrez al Banco para que de allí se pagaran algunas deudas. Esas autorizaciones fueron puestas en conocimiento del Juez Penal y por supuesto de la Fiscalía que investigó el caso".

Pero lo cierto es que, contrariamente a lo que falazmente afirma la deponente, la Sala Penal de la Corte condenó a los empleados bancarios por el delito de estafa, precisamente, por engañar a los otorgantes de los pagarés para que los suscribieran haciéndoles creer que recibirían el dinero o lo destinaría para apalancar a la sociedad ARPRINT S.A., pero lo cierto es que los aplicaron para cubrir obligaciones de imposible recaudo a cargo de una sociedad distinta, sin la permisión de los libradores de los instrumentos negociales.

En todo caso, de haber existido esas autorizaciones, las debió aportar en original o copia la entidad demandada a este proceso lo que, obviamente, no hizo. Y de no estar en su poder, lo que de por sí es imposible, debió pedir su traslado o exhibición, cosa que tampoco hizo, **porque la verdad es que no existen**.

Más adelante cuando fue interrogada sobre el conocimiento que tenía el Banco de la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, contestó:

"*Claro que sí tengo conocimiento. El Banco fue condenado a pagar la suma de $352.000.000 más IPC como tercero civilmente responsable, en virtud de que la entidad responde por las actuaciones de sus dependientes. Sobre ese fallo penal, cabe señalar, que muy inconforme el Banco con esa decisión que le ordenó pagar como tercero civilmente responsable, se presentó acción de tutela para dejar sin efecto esa sentencia porque el Banco venía siendo absuelto en primera y segunda instancia. La Corte Constitucional consideró que el Banco tenía la razón en el sentido de que si se le había vulnerado el principio de la doble instancia porque no tuvo oportunidad para defenderse de ese fallo condenatorio, pero que siendo así desde abril de 2015 hacia adelante surtía el efecto, y ordenó al Congreso que reglamentara el artículo para que estos casos no se volvieran a presentar. Total, el fallo quedó en firme muy a nuestro pesar.* ***Sin embargo, el Banco procedió a pagar los perjuicios.***

Igualmente admitió, al ser inquirida sobre el embargo de esa indemnización en el proceso ejecutivo mediante el cual se cobran los títulos valores obtenidos ilícitamente, respondió:

"Es cierto. El Banco consignó $467 millones aproximadamente para el pago de los perjuicios y $11 millones aproximadamente para título de costas en el proceso. Dichos dineros, es cierto, fueron embargados por el Banco con destino al proceso ejecutivo que el Banco le sigue a los aquí demandantes".

2.1.5.2. A esos actos temerarios aludió, igualmente, al rendir la declaración de parte para la que fue convocado, el demandante JORGE RICARDO GUTIERREZ ESCOBAR, quien, al ser interrogado sobre las razones por las cuales los dineros que les iban a ser prestados fueron destinados a cancelar las deudas que tenía ARPRINT DE COLOMBIA LTDA, contestó:

"Esa fue la sorpresa que tuvimos porque en esa reunión que tuvimos y durante todo el planteamiento del negocio y del futuro de ARPRINT S.A., se había planteado que los créditos que se iban a dar, tanto los créditos que nos otorgaron a nosotros como a mi papá Marino Gutiérrez, a mi mamá Martha Lucía Escobar y a mí Jorge Gutiérrez, eran unos créditos que iban a ser para capital de trabajo de ARPRINT S.A. Tanto estos créditos como los que créditos que se le hizo al General Méndez y a la familia Rodríguez, eran unos créditos para capital de trabajo. La sorpresa fue cuando mi papá después de haber pagado 3 cuotas de los créditos y viendo que los resultados en cuestión de ventas y la situación financiera de APRINT S.A. no evolucionaba de la forma que se esperaba, fue cuando se dio cuenta que estos créditos de una vez se pasaron a pagar las deudas de difícil cobro que tenía ARPRINT LTDA con el Banco Popular, y la verdad nosotros no nos explicamos cómo fue eso porque a nosotros nunca nos pidieron autorización, nunca nos desembolsaron la plata y, lo que se esperaba, era que la plata iba fuera desembolsada para ARPRINT S.A. lo cual nunca sucedió. (subrayo, por supuesto).

Más adelante agregó que el motivo de las reuniones con los funcionarios del Banco y los otros implicados en la estafa *"era buscar personas que invirtieran en la nueva empresa ARPRINT S.A. para tener capital de trabajo.*

"¿Cuál era el motivo de su participación en esas reuniones, qué papel desempeñaba usted en esa reunión?

"Respuesta: El papel mío no era ninguno para tomar decisiones. El papel mío era porque el crédito que iban a otorgar los funcionarios del Banco lo querían partir en dos para que no subiera a otra instancia. Entonces, un crédito de 56.000 USD iba a estar a nombre de mi papá y mi mamá, y el otro a nombre mío, pero no era más.

"… Yo acudí a esa reunión porque estaban buscando inversionistas y mi papá estaba pensando en invertir en esa empresa, y como los funcionarios del Banco le estaban ofreciendo a mi papá un crédito de 112.000 USD, entonces le dijeron a mi papá que, para poder hacerle crédito entonces se lo partimos en dos, de manera que "yo como gerente regional", dijo el señor Urbano, pueda aprobar ese crédito. Entonces como yo estaría como titular de uno de esos créditos, por eso fui a esa reunión.

"¿Sabe usted si el Banco desembolsó ciertamente las sumas de dinero por las cuales les hicieron el préstamo a su padre?

"Respuesta: "A ninguno de nosotros nos desembolsaron el crédito en ninguna cuenta bancaria de nosotros". (Destaco).

"¿Sabe usted si el Banco depositó esos dineros en una cuenta diferente de la que usted se refiere por autorización de su padre, el General Marino?

"Respuesta: "Tengo entendido que no. Mi papá no autorizó que desembolsaran ese dinero en ARPRINT LTDA para pagar las deudas que tenía ARPRINT LTDA con el Banco". (Relievo).

2.1.5.3. Otro tanto acontece con la declaración de parte del demandante MARINO GUTIERREZ IZASA, quien aseveró:

"*Mire Dr., los hermanos Daniel y Ramón Nova, tenían una empresa que era Intercaucho. Esa empresa estaba dedicada a la fabricación de llantas para bicicleta, neumáticos, mangueras de presión, básicamente eso, pero estaban sin capital de trabajo. Había otra empresa que era de la señora Amparo Salazar de Molina, y esa empresa llamada Arprint de Colombia Ltda. se dedicaba a la confección de papeles holográfico y tinta de imprenta. Esa empresa le debía al Banco Popular más o menos unos $310 millones de pesos y se consideró la deuda impagable porque la empresa no tenía capacidad. ¿De qué le debía ese dinero? El dinero se lo debía porque el gerente regional, Marco Fidel Urbano Franco, y la gerente de la sucursal de la calle 12 con carrera 8, Miriam Ramírez de Peña, se habían excedido en los créditos porque tengo entendido que el Banco no le autorizaba a ellos sino hasta $100 millones de pesos. Como se habían excedido en los préstamos, empezaron a presionar al gerente regional y a la gerente de la sucursal de la calle 12 con 8 para que consiguiera la plata para pagar a sus clientes. Simultáneamente, se unieron Amparo Salazar de Molina, la dueña de Arprint de Colombia Ltda., y los hermanos Nova, que eran los dueños de Intercaucho y convinieron crear una empresa que ellos iban a llamar Artprint S.A. Para esto, iniciaron conversaciones con los futuros socios de la sociedad anónima, la familia Gutiérrez, la familia Méndez y la familia Cortés, y por supuesto, con el gerente regional del Banco Popular y la gerente de la sucursal, permanentemente invitaron a un almuerzo en el club militar, ahí el gerente regional y la gerente de la sucursal. Un almuerzo en el rosal, ahí estaba también los miembros del Banco; una comida en la casa del señor Ramón Nova, ahí estaban los futuros nuevos socios*

y las directivas del Banco: gerente regional y la gerente de la sucursal de la calle 14 con 8.

*"**Esta empresa, Arprint S.A. nunca existió. ¿Por qué? Porque los dineros que habían quedado en girarle a estos nuevos socios, no los hicieron a nombre de Arprint S.A., sino que los consignaron a nombre de Arprint de Colombia Ltda., quedando, por tanto, saldada la deuda de esa empresa con el Banco Popular. Ahí fue donde la Corte Suprema de Justicia, dijo aquí está la estafa agravada. Con este hecho de consignarle la plata a Arprint de Colombia Ltda., queda configurado el delito de estafa agravada. Ya vinieron los nuevos socios que no fueron socios porque esa empresa nunca existió. Arprint S.A. nunca existió, nunca tuvo capital de trabajo. Posteriormente, el gerente del Banco, el gerente regional del Banco y la gerente de la sucursal de la calle 14 no pudieron dar explicaciones por qué motivo no le habían consignado la plata a Arprint S.A., ni los habían consignado a las cuentas personales de los nuevos socios. Por lo tanto, esa función que se esperaba hacer, no se pudo hacer porque Arprint S.A., nunca tuvo capital de trabajo.***

"Cuando se le preguntaba a Marco Fidel Urbano Franco sobre la situación de Arprint de Colombia Ltda., decía no, es muy buena, lleva 18 años trabajando con el Banco Popular y la situación es muy buena, lo cual no era cierto, eso era falso. Él lo que buscaba era que nosotros, los futuros nuevos socios nos entusiasmáramos y aceptáramos los préstamos que ofrecía el Banco Popular.

*"**Firmados los créditos, realmente le insisto, el dinero fue consignado a nombre de Arprint de Colombia Ltda., que nada tenía que ver con nosotros, Arprint S.A., por lo tanto, nunca existió y al no existir Arprint S.A., tampoco recibimos dineros del Banco. Entonces no nos lo consignaron a nuestra cuenta; no lo pasaron por Arprint S.A., luego Arprint no existió".*** (Las negrillas en todo el texto son propias).

Más adelante fue interrogado por el señor apoderado de la entidad demandada sobre si al momento del otorgamiento de los créditos por parte del Banco, y que originaron la emisión de los pagarés cobrados en el proceso ejecutivo, otorgó autorización expresa al Banco Popular, para que tales dineros se acreditaran en la cuenta de la sociedad Arprint Ltda., respondió:

"***Para Arprint Ltda. no di nada. Nosotros los socios, la familia Rodríguez, la familia Méndez y la familia Gutiérrez pedimos los dineros para Arprint S.A., y así fue, pero el Banco, en lugar de girarle a Arprint S.A. o a nosotros los nuevos socios, resolvió cancelar la deuda que tenía Arprint de Colombia Ltda., una sociedad con la cual nosotros no teníamos absolutamente ningún nexo"*** (Resalto).

Al ser preguntado sobre si fue gerente de Arprint de Colombia Ltda., respondió:

"Yo con la sociedad Arprint de Colombia Ltda. no tuve absolutamente nada que ver".

"Preguntado: General, dígale al Despacho si Ud. fue gerente entonces de la sociedad Arprint S.A.

"Respondió: De la sociedad Arprint S.A. fui gerente de nombre, pero eso lo manejaban eran los hermanos Nova, y precisamente a raíz de que ese Arprint S.A. no producía nada, fue que nosotros llamamos a los Nova y ahí nos dimos cuenta que el dinero, no había entrado para capital de Arprint S.A., sino a Arprint de Colombia Ltda., es decir, que habíamos sufrido una estafa del Banco Popular.

2.1.5.4. Estas últimas declaraciones de parte debieron ser estimadas por el juzgador pues, conforme a las reglas de la sana crítica, es armoniosa con todo el material probatorio aportado al proceso (artículo 191, último inciso del C.G.P.).

Al respecto no debe olvidarse que en el C.G.P., la declaración de parte, independientemente de que no contenga una confesión del deponente, tiene valor probatorio. Es decir, que tiene, en sí mismo considerado, un valor probatorio autónomo, de manera que en acatamiento del mandato contenido en el artículo 176 de ese estatuto debe el juzgador apreciarlo, no solo en conjunto con las demás pruebas, sino, además, "*exponiendo razonadamente sobre el mérito*" que le asigne.

En ese orden de ideas, el juzgador debe sopesarlas atendiendo las reglas de la sana crítica. Y, justamente, conforme a esos criterios debe inferir que las afirmaciones de los aquí declarantes fueron contestes, que no ofrecen motivos para restarles credibilidad, que son verosímiles y que armonizan con las demás pruebas recaudadas en el proceso, particularmente, con la confesión de la demandada y con el fallo de la Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de Justicia, sobre cuyos alcances más adelante se expondrá.

2.1.5.5. Tampoco fue valorado el testimonio del Dr. ROBERTO AGUILAR (Audio de pruebas), quien testificó lo siguiente:

"*Yo conocí la sentencia y lo que declaró la Sala Penal de la C. S. J. no era nada diferente a los insumos que tuvo en su momento la justicia civil, es decir, los pagarés se notaban adulterados, no había explicación satisfactoria sobre estos, por ejemplo, que los dineros fueron otorgados en dólares, resultó probado que el dinero derivado del supuesto mutuo no se entregó, es decir que no hubo mutuo porque el mutuo es un contrato real.*

"Es curioso si uno ve los pagarés el Banco afirma que se debió pagar en un solo momento y tienen máquinas de escribir de diferente tipología. El Banco no pudo explicar cuándo entregó los dineros a los prestamistas, no supo explicar por qué un crédito en dólares terminó imputado a una suma en pesos en una cuenta corriente, en una cuenta sobregirada de otros clientes del Banco Popular y la Corte pudo hacer un análisis juicioso y concluyó que todo eso había constituido un engaño por parte de funcionarios del Banco Popular. A mi modo de ver, esa circunstancia debe ser suficiente para que responsablemente el Banco Popular hubiera cesado la acción ejecutiva así tuviera un fallo a favor y desde el punto de vista personal y profesional lo que pienso es que continuar con esa ejecución, vendría siendo continuar con un delito".

Posteriormente, para responder una pregunta del señor apoderado del Banco, en la que, bajo la consideración de que se trataba de un testimonio técnico, se le pidió un concepto sobre un aspecto del fallo de la Sala Penal de la Corte, contestó:

"*De leer este párrafo y de leer cualquier parte de la sentencia y la parte resolutiva, reitero lo que ya expuso. A mi modo de ver, con este fallo, el Banco Popular ha debido abstenerse de proseguir con el proceso ejecutivo, porque lo que aquí se dice, es que esa ejecución fue producto de una indebida utilización de unos pagarés, es decir, yo creo que aquí responsablemente, el Banco ha debido proceder en consecuencia, y honrar a la justicia y no solamente en la parte penal, sino entender que lo que dijo la justicia penal es que no debía proseguir con el cobro de una suma que por cualquier razón por lo que usted me señala acá o en cualquier otra parte de la sentencia, no había lugar a cobrarlo. Los pagarés pueden tener una existencia*

independiente, pero el crédito fue concebido de mala manera, con un destino distinto para el cual fue previsto, y aquí lo dice, que fue destinado a pagos diversos a los convenidos, y eso es suficiente para que hubiera cesado la acción civil".

2.1.5.6. Todas estas pruebas son contestes, unívocas, responsivas, creíbles y completas, y apuntan a la conclusión ya esbozada, es decir, que, **actuando con malicia y temeridad**, el Banco, a sabiendas que no había prestado ninguna suma de dinero a los actores, porque nunca lo desembolsó en sus cuentas ni en la que le habían ordenado que lo hiciera, esto es, ARPRINT S.A., y que, por el contrario, la había usado para pagarse unas deudas de imposible recaudo que otra sociedad (ARPRINT DE COLOMBIA LTDA), tenía con esa entidad, procedió a iniciar un proceso ejecutivo en su contra aduciendo falsamente que los títulos valores garantizaban un préstamo a cargo de los ejecutados, mutuo que nunca existió porque ellos NUNCA recibieron ese dinero, ni lo recibió la empresa diputada para recibirlo.

Ese proceder torcido y temerario del BANCO se convierte en irrefutable a partir del 11 de marzo de 2015, cuando la Sala Penal, revocando lo decidido en el punto por los jueces de instancia, resolvió declarar a MARCO FIDEL URBANO FRANCO y BLANCA MYRIAM RAMÍREZ DE PEÑA (empleados del BANCO) coautores penalmente responsables de la conducta punible de estafa, agravada, en razón de la cuantía, por la cual fueron acusados.

No hay duda que el Banco sí sabía desde cuando inició el proceso ejecutivo que los demandados habían sido defraudados y que, contrariamente a lo que falsamente había afirmado en la demanda respectiva, la emisión de los títulos valores que cobraba no obedeció a la ejecución de un contrato de mutuo porque nunca les entregó el dinero, ni a la empresa diputada para recibirlo. Tuvieron que esperar los ejecutados que se agotara todo el proceso penal para que apareciera demostrado de modo irrefutable el entramado fraudulento que involucraba a los funcionarios bancarios.

La actitud temeraria e indolente del Banco vuelve a manifestarse al embargar los dineros a los que fueron condenados por haber incurrido sus empleados, actuando a favor del banco, en el delito de estafa, embargo que la entidad demandada solicitó, y así se decretó, justamente, en el proceso ejecutivo que adelanta para cobrar las sumas de dinero fruto de la estafa fraguada en su favor.

Como quiera que el Banco fue condenado[5] a pagar a título de indemnización de perjuicios a favor de las víctimas aquí demandantes el valor por el que suscribieron los títulos valores y que se destinaron ilícitamente al pago de las obligaciones de otra sociedad con esa entidad, se adelantó el respectivo proceso ejecutivo contra ese deudor; no obstante, éste embargó esas sumas de dinero por cuenta del proceso ejecutivo que adelanta contra los actores con base en los títulos valores obtenidos mediante la estafa.

Es inconcebible que habiendo sido condenado a pagar esa indemnización por haber propiciado mediante sus funcionarios el delito de estafa y haberse aprovechado del mismo, condena que ascendió al monto de los dineros incorporados en los títulos valores con cuya suscripción se consumó el timo, persista en su cobro ejecutivo y, como si fuera poco, hubiese embargado el monto de esa indemnización dentro del proceso ejecutivo que temerariamente prosigue.

¿**Cómo es posible que el Banco, que fue condenado a restituirle a los frustrados deudores el monto de dinero incorporado en los títulos valores cuya ejecución adelantó en su contra por haberlos obtenido como fruto de una estafa suya y de sus empleados, prosiga con su cobro ejecutivo y, además, embargue la indemnización para pagarse de ese mendaz e inexistente préstamo**?

¿Cómo es posible cerrar los ojos y dejar pasar desapercibido semejante acto de malicia y temeridad?

Todo ese comportamiento indebido del Banco Popular se subsume sin ninguna dificultad en las hipótesis aludidas del citado artículo 74 del C.P.C (79 del C.G.P).

2.1.5.7. Parece oportuno traer a colación, nuevamente, que, conforme lo ha venido alegando la parte demandante, la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus subordinados es **DIRECTA**, de manera que la culpa, la temeridad y la mala intención de éstos le es directamente imputable.

Por supuesto que las pretensiones de la demanda se enfilan a que se condene a la demandada, como persona jurídica, para que responda civilmente por la actuación temeraria que ha desplegado en contra de los aquí accionantes al adelantar y proseguir un proceso ejecutivo en su contra, a pesar de que sus empleados (los del banco) fueron condenados penalmente por haber incurrido en el delito de

estafa del que fueron víctimas los aquí demandantes y beneficiaria la entidad bancaria, al inducirlos a firmar fraudulentamente unos instrumentos cambiarios mediante un intento fingido y engañoso de otorgarles un préstamo de dinero que nunca les fue desembolsado ni se destinó para los propósitos que éstos habían previsto.

La responsabilidad directa de la persona jurídica apareja, como lo han destacado jurisprudencia y Doctrina (Ver al respecto Tamayo Jaramillo, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Legis. 2007, Pág. 797), que, a partir de la reseñada sentencia del 30 de junio de 1962, "**la culpa personal de un agente compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que éstos sean, es su propia culpa***; subsiste, por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado*".

En el mismo sentido Barros Bourie[6], acota que:

"*La responsabilidad vicaria, esto es, la responsabilidad estricta por las negligencias incurridas por los dependientes, tiende a ser una regla en el derecho contemporáneo... Ya en el derecho romano la responsabilidad por el hecho culpable de los dependientes era estricta. Por otro lado, la responsabilidad vicaria no es un caso puro de responsabilidad estricta, porque presupone que el dependiente por cuyo acto se responde haya actuado negligentemente…*

"… La responsabilidad vicaria asume que el hecho del dependiente es indisociable de la actividad que lleva a cabo el principal, porque la empresa debe ser considerada como una unidad…

"Con todo, el argumento a favor del establecimiento de una responsabilidad vicaria parece más complejo, pues ésta inequívocamente comprende aspectos correctivos y distributivos: por un lado, el control de la actividad es ejercido por el principal, de modo que los actos de los dependientes son en cierto sentido también los suyos; por el otro, es el empresario quien gana provecho de esa actividad, por cuya cuenta actúa el dependiente, de modo que no parece equitativo que conserve las utilidades y no se haga cargo de indemnizar a las víctimas de los daños provocados por el desarrollo impropio de su actividad rentable…" (Subrayo).

En consecuencia, *mutatis mutandis*, la temeridad del empleado es la temeridad de la persona jurídica y de la

responsabilidad que de ese hecho se deduce solamente se exonera ésta demostrando un hecho extraño; por consiguiente, probada la culpa o la temeridad del empleado, una y otra son atribuibles a la persona moral, a menos, claro está, que ésta demuestre un hecho externo. **En el asunto de esta especie ni se alegó tal hecho, ni mucho menos se probó.**

En sentencia del 30 de septiembre de 2016, la Corte reiteró que:

"A partir de la sentencia de 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC), ratificada en fallos posteriores, se abandonó la (anterior) *corriente jurisprudencial, al entender la Corte que la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es directa, cualquiera que sea la posición de sus agentes productores del daño dentro de la organización. En concreto sostuvo:*

***'"Al amparo de la doctrina de la responsabilidad directa que por su vigor jurídico la Corte conserva y reitera hoy, procede afirmar pues, que cuando se demanda a una persona moral para el pago de los perjuicios ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, ejecutado en ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, no se demanda al ente jurídico como tercero obligado a responder de los actos de sus dependientes, sino a él como directamente responsable del daño. (…). Tratándose pues, en tal supuesto, de una responsabilidad directa y no indirecta, lo pertinente es hacer actuar en el caso litigado, para darle la debida solución, la preceptiva legal contenida en el artículo 2341 del Código Civil y no la descrita en los textos 2347 y 2349 ejusdem*'. (SC del 17 de abril de 1975).**

"***El demandado en este tipo de acción no se exime de culpa si demuestra que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado, o si a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere no habría podido impedir el hecho dañoso, pues estas situaciones son irrelevantes en tratándose de la responsabilidad directa de los entes morales. De ahí que se dijera que en esta última 'la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, probando el caso fortuito, el hecho de tercero o la culpa exclusiva de la víctima***'. (Sentencia de casación de 28 de octubre de 1975) (Destaco).

Más adelante añadió:

*"… **En cambio, en el esquema de producción contemporáneo, influido por una economía mercado en la que tienen lugar actividades empresariales a gran escala, no hay ninguna razón para exigir a las empresas un deber de vigilancia sobre la conducta de sus subordinados para efectos de deducir responsabilidad directa por los daños causados a terceros, toda vez que esta responsabilidad no surge de la falta de vigilancia de los directivos sobre los trabajadores, sino de la culpa de la persona jurídica por la realización de sus procesos organizativos, de la cual se puede eximir si demuestra los mismos supuestos de hecho que pueden esgrimir las personas naturales, esto es el caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, y la diligencia y cuidado socialmente esperables.** (Destaco).*

"… Es más, ni siquiera en todos los casos es exigible la falta de cuidado atribuible a una persona natural determinada, porque lo que realmente interesa para efectos de endilgar responsabilidad directa al ente colectivo es que el perjuicio se origine en los procesos y mecanismos organizacionales constitutivos de la culpa in operando, es decir que la lesión a un bien jurídico ajeno se produzca como resultado del despliegue de los procesos empresariales y que éstos sean jurídicamente reprochables por infringir los deberes objetivos de cuidado; lo cual no sólo se da en seguimiento de las políticas, objetivos, misiones o visiones organizacionales, o en acatamiento de las instrucciones impartidas por los superiores". (Subrayo y resalto).

El juzgador a quo incomprensiblemente inadvirtió, de un lado, que la responsabilidad que se le endilga al banco encausado es directa; y de otro, **que en este asunto está demostrada de manera fehaciente la temeridad y mala fe**, como más adelante se expondrá, con la que procedieron los empleados de la demandada a incitar deliberada y maliciosamente a los demandantes a suscribir unos títulos valores manifestándoles que los dineros se invertirían en una próspera sociedad de la que serían socios sin que así hubiese acontecido, pues procedieron a imputarlos como pago de unas deudas adquiridas por otra sociedad con el Banco, pasivos calificados entonces como de difícil o imposible recaudo.

Ese comportamiento deshonesto de los empleados fue considerado por la H. Sala Penal de la Corte como constitutivo de un delito de estafa por el que fueron

condenados, como lo fue el ente moral como civilmente responsable.

Esa temeridad de sus funcionarios, que el fallador desdeña, estuvo enderezada a favorecer a su empleador y le es imputable directamente a la demandada por provenir de sus subordinados; esto es, es su propia y directa temeridad. Y, siendo de ese modo las cosas, esto es, si ese acto le es atribuible, es ineludible deducir que conocía el hecho y a pesar de ello, afirmo falazmente que le había dado en mutuo ese dinero a los ejecutados y que era titular frente a estos de un inexistente crédito.

2.2. **La sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte**.

Como ya se dijo, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal- profirió, el 11 de marzo de 2015, la sentencia que puso fin al proceso penal seguido contra los hermanos NOVA PRADILLA, AMPARO SALAZAR y los empleados del Banco, señores MARCO FIDEL URBANO FRANCO Y BLANCA MYRIAM RAMIREZ DE PEÑA, en la cual dispuso:

"*Casar parcialmente la sentencia del 15 de marzo de 2013, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó, con modificaciones, la de primera instancia que condenó a Ramón Nova Pradilla, Daniel Nova Pradilla y Amparo Salazar de Molina, como coautores del delito de estafa, agravada por la cuantía, exclusivamente en los siguientes aspectos:*

(I) Revocar la absolución decretada, por el delito de estafa, en favor de Marco Fidel Urbano Franco y Blanca Myriam Ramírez de Peña, de condiciones personales y civiles relacionadas en la parte motiva. En su lugar,

(a) Declara a Urbano Franco y Ramírez de Peña coautores penalmente responsables de la conducta punible de estafa, agravada en razón de la cuantía, por la cual fueron acusados.

(b) Imponer, a cada uno, las penas principales de 21 meses 26 días de prisión y $ 28.079,44 de multa, y la accesoria de interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso a la privativa de la libertad.

(c) Imponer a los señores Urbano Franco y Ramírez de Peña, la obligación de indemnizar, en forma solidaria con los demás acusados y el tercero civilmente responsable, los daños y perjuicios causados con la infracción, en los términos y condiciones señalados en los fallos de instancia.

(d) Conceder a los señores Urbano Franco y Ramírez de Peña la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en los términos y condiciones señalados en la motivación.

(II) Revocar la absolución decretada en favor del Banco Popular S. A., para, en su lugar, imponerle, en su condición de tercero civilmente responsable, la obligación, solidaria con los acusados, de indemnizar los daños y perjuicios causados con el delito, en los términos y condiciones señalados en los fallos de instancia.

(III) Modificar la condena proferida en contra de Ramón Nova Pradilla, Daniel Nova Pradilla y Amparo Salazar de Molina, exclusivamente para dejar en 21 meses 26 días de prisión y $ 28.079,44 de multa, las penas principales que cada uno debe cumplir como coautores del delito de estafa agravada por el cual fueron declarados coautores responsables.

(IV) En todo lo demás la sentencia del Tribunal permanece vigente" (Las subrayas no son textuales).

Copia de esa providencia fue aportada con la demanda y no fue tachada o desconocida por la demandada.

2.2.1. **Esa condena estuvo precedida de las siguientes consideraciones:**

Dijo la Corte desde un comienzo (folio 9 de su decisión) que:

"(II) De los hechos reseñados deriva que la estafa consistió en que, ocultando la realidad financiera de Arprint Ltda., la que se hizo figurar como boyante (contratos con empresas nacionales y periódicos que aseguraban vender toda la producción), cuando en realidad no resultaba viable económicamente en cuanto tenía deudas de difícil recaudo con el Banco Popular, se convenció a los ofendidos de vincularse como socios, no de esa, sino de una nueva firma (Arprint S.A.), cuyos aportes estarían dirigidos a capital de trabajo".

"(…) *en el entendido de que los dineros serían para generar capital de trabajo para la nueva empresa, Arprint S.A., pero realmente se destinaron a cancelar aquellas deudas de difícil recaudo de la entidad antigua, Arprint Ltda".*

"(III) En verdad que los dineros producto de los préstamos otorgados por el Banco a los afectados fueron consignados en las cuentas de Arprint Ltda., entre el 12 de marzo y el 30 de abril de 1997, ***fecha esta última en la que parece haber quedado claro que a los dineros logrados se les dio un destino diferente a aquel que engañosamente fue prometido, pues pararon en la antigua entidad, cuando han debido tener como destino la nueva firma, Arprint S.A., como capital de trabajo****".*

(…)

"De tal manera que lo que estructura la afectación al patrimonio económico, no es la entrega inicial de los recursos producto de los créditos, sino la suscripción del último pagaré, en tanto con este se consolidó cabalmente ***el despojo del patrimonio económico de los ofendidos, que entró a engrosar el de los acusados****".*

*"****Con antelación a ese momento, los afectados eran mantenidos en la creencia de que sus aportes tendrían la finalidad ofrecida cuando los entregaron: capitalizar a Arprint S.A. en tanto que en aquel instante se verificó que no era así, pues sus dineros fueron utilizados para pagar las deudas de difícil recaudo que la desaparecida Arprint Limitada tenía con el Banco Popular****".*

Al estudiar la consonancia del fallo de segundo grado (pág. 19), la Corte precisó:

"Sucede que con la maniobra engañosa de indicar que los créditos se abonarían como capital de trabajo para la nueva firma, Arprint S. A., para realmente destinarlos al pago de las deudas de difícil recaudo de Arprint Ltda., los hermanos Nova Pradilla resultaban directamente beneficiados, como que superaban esas obligaciones, saneaban sus problemas fiscales y lograban "revivir" para la actividad comercial, de la que habían salido, pues estaban vetados para acceder a cuentas bancarias y demás actividades propias del sector, precisamente en razón del mal manejo de la empresa que mostraron como próspera y, para alcanzar ese objetivo finalmente logrado, actuaron mancomunadamente con los empleados bancarios, pues estos, a su vez, cohonestando la actividad e impulsándola, recuperaban las obligaciones de difícil recaudo.

"Que la fusión entre Intercauchos S. A. y Arprint Ltda., no se hubiera concretado (aunque la idea sí quedó plasmada en la escritura 945 de febrero de 1997), deriva intrascendente, porque lo cierto es que los acusados vendieron esa mentirosa idea con éxito a los afectados y estos se hicieron a los generosos créditos ofrecidos en el convencimiento de que serían entregados como capital de trabajo a una nueva firma, Arprint S. A., lo cual no sucedió.

Más adelante, al folio 24 de la providencia, al estudiar otro cargo contra la sentencia del Tribunal, advirtió la Corte:

"Con insistencia, la defensa señala que los jueces se equivocaron al concluir que existió la fusión de Arprint Ltda. e Intercauchos. La verdad del argumento es apenas formal, en tanto realmente ese hecho nunca se concretó en la práctica, pero de la reseña de los hechos deriva incontrastable que el tema sí fue tratado a espacio, que con la falsa ilusión de que era un negocio rentable, la idea se les vendió a los quejosos y que, incluso, se fue más allá para concretarla, en tanto se plasmó en una escritura.

"Lo relevante del tema y que fue imputado a los acusados, no fue que la tal fusión entrara a operar en la práctica, sino que a las víctimas, con mentiras de supuestos empresarios exitosos y el respaldo de los funcionarios bancarios, se las convenció de la pretensión de hacerlo,

esto es, que parte de las maniobras engañosas consistió en esa propuesta y el respaldo de engañosos estados financieros, para vender a los afectados la ilusión de un negocio próspero, que se rodeó de bases supuestamente sólidas, como la trayectoria comercial de los empresarios, sus sólidos negocios, los excelentes clientes con que contaban y el apoyo bancario irrestricto.

"(...) Contrario a la pretensión defensiva sobre el actuar debido de su acudido, las pruebas demuestran, y así lo razonaron a espacio las instancias, que la participación del procesado, y de su hermano, fue activa y reiterativa para engañar y mantener engañados a los perjudicados sobre una situación irreal.

"Esa actuación que finalmente logró su cometido, en tanto, con la intervención igualmente activa e interesada de los funcionarios del Banco Popular, logró que aquellos concluyeran en las bondades del negocio que se les pintaba, se hicieran a los créditos bancarios concedidos con una rapidez inusitada, en el entendido de que serían destinados como aportes de trabajo para la nueva empresa, cuando en realidad se emplearon con el fin de que el Banco recobrara dineros de dudoso y difícil recaudo y los acusados saldaran sus deudas antiguas adquiridas con este y 'renacieran' para el mundo comercial del cual estaban vetados".

Más adelante, la Sala, después de señalar *las argucias de los acusados Nova Pradilla y Amparo Salazar* y la forma como indujeron a sus víctimas, añadió *que (folio 41):*

"… lo cierto es que lo que doblegó plenamente su voluntad para hacerse al prometedor negocio fue la intervención activa en varias reuniones (algunas de ellas de carácter social) de los dos funcionarios bancarios.

***"La participación de tales empleados resultó de capital importancia en la toma de decisión, como que, con conocimiento de causa, ocultaron que las empresas de que se trata tenían una situación económica deplorable, que no eran viables financieramente y que los hermanos Nova por sus incumplimientos crediticios estaban vetados para toda actividad comercial por parte de la Superintendencia".* (…)**

"Nótese que si los empresarios tenían interés en hacerse con engaños al patrimonio ajeno, para saldar sus antiguas obligaciones y volver a la vida comercial, ***otro tanto deriva de los empleados del Banco Popular, pues que como colocadores de capital en el mercado estaban ante unas deudas de difícil y dudoso recaudo (las obligaciones insolutas de Arprint Ltda.), de tal manera que con la maniobra adjudicaban créditos a los nuevos socios, debidamente respaldados con bienes personales, se cobraban esas acreencias y la nueva obligación resultaba de fácil cobro, de donde deriva que todos ganaban, excepto los engañados nuevos socios que lo perdían todo****".*

"Y debe decirse que la condición de los acusados como altos empleados del Banco Popular, que se tomaban la molestia de dejar sus actividades profesionales para acudir a reuniones privadas, de necesidad generada en las víctimas una confianza en la legitimidad y bondad de la propuesta, la que aquellos reforzaban con la oferta generosa de créditos rápidos y que se parcelarían para evitar controles superiores".

*"**Los jueces dejaron de lado que desde las versiones de Ramón Nova y Urbano Franco deriva irrefutable que desde un comienzo tuvieron claro que los préstamos concedidos por el Banco a las víctimas (los nuevos socios) estarían dedicados a saldar las deudas antiguas de Arprint Ltda. y no a capitalizar a la nueva firma, Arprint S.A., como fue el compromiso con los últimos**. **Al respecto, Urbano Franco agregó (lo cual obviaron los juzgadores de instancia) que la pretensión de la institución bancaria (esto es, no solo del acusado sino de la entidad financiera) era que el dinero que se autorizaba prestar fuera destinado a recuperar esas obligaciones**.*

"Lo último fue corroborado por Juan David Escobar Melguizo quien ratificó que el Banco se pagó de pasivos vencidos con los dineros que él mismo acababa de desembolsar.

"(…)

*"(VII) **La conducta de los señores Urbano Franco y Ramírez de Peña fue llevada a cabo en sus respectivas condiciones de gerente regional y gerente de la sucursal de la calle 14 del Banco Popular S.A., con la finalidad concreta de recuperar para la entidad el pago de una cartera de difícil recaudo**. **Como bien lo refirió el primero, la meta del Banco al conceder los créditos a las víctimas era que los dineros se aplicaran directamente para cobrarse las acreencias de Arprint Ltda., lo cual finalmente ocurrió**".*

"En ese contexto, el Banco Popular, sin ser autor o partícipe de la conducta punible, en su condición de tercero civilmente responsable, tiene la obligación de indemnizar los perjuicios causados, en el entendido de que actuó como un patrono que no se cuidó, en este caso, de escoger y vincular como trabajadores a personas idóneas, probas y de buena conducta, razón por la cual corre con la carga de responder por los daños causados por sus dependientes con ocasión del servicio que aquellos le prestaban, máxime cuando la entidad se benefició de esa conducta, en tanto la actuación ilegal le reportó el incremento de su patrimonio, representado en la recuperación de obligaciones difícil recaudo".

Como es palpable, la sentencia condenatoria, de cuyos contundentes efectos se hablará más adelante, no sólo consideró a los funcionarios del Banco coautores del delito de estafa, sino que, a su vez, desnudó la intención de esa entidad de engañar a sus deudores, con miras a sanear un crédito de imposible recaudo, trocándolo por uno nuevo a cargo de deudores honorables y transparentes.

Empero, el fallador cercenó todos estos aspectos del fallo y se abstuvo de considerarlos. Con esa mutilación del documento dejó de deducir que:

1. Los empleados del Banco fueron condenados penalmente por el delito de estafa y esa entidad como tercero civilmente responsable.

2. Que la estafa consistió, en términos de la Corte, en que se convenció a los aquí actores de vincularse como socios de ARPTINT S.A., cuyos aportes estarían dirigidos a capital de trabajo". Y que los dineros que debía desembolsar como consecuencia del otorgamiento de los pagarés "*serían para generar capital de trabajo para la nueva empresa, Arprint S.A., pero realmente se destinaron a cancelar aquellas deudas de difícil recaudo de la entidad antigua, Arprint Ltda".*

3. Así mismo, que esas sumas de dinero fueron, en verdad, consignadas "*en las cuentas de Arprint Ltda., entre el 12 de marzo y el 30 de abril de 1997, **fecha esta última en la que parece haber quedado claro que a los dineros logrados se les dio un destino diferente a aquel que engañosamente fue prometido, pues pararon en la antigua entidad, cuando han debido tener como destino la nueva firma, Arprint S.A., como capital de trabajo**".*

4. Que esa actitud fue deliberada y premeditada por el Banco porque de ese modo se "***recuperaban las obligaciones de difícil recaudo***" (2). Acotó al respecto la Corte que:

5. … *"Los jueces dejaron de lado que desde las versiones de Ramón Nova y Urbano Franco* (el empleado del Banco) *deriva irrefutable que desde un comienzo tuvieron claro que los préstamos concedidos por el Banco a las víctimas (los nuevos socios) estarían dedicados a saldar las deudas antiguas de Arprint Ltda. y no a capitalizar a la nueva firma, Arprint S.A., como fue el compromiso con los últimos. Al respecto, Urbano Franco agregó (lo cual obviaron los juzgadores de instancia) que la pretensión de la institución bancaria (esto es, no solo del acusado sino de la entidad financiera) era que el dinero que se autorizaba prestar fuera destinado a recuperar esas obligaciones.*

6. Que ese dinero nunca fue recibido por los demandantes pues con él se pagaron los pasivos de una ARPRINT LTDA, sociedad con la cual no tenían ninguna relación.

---

2 Más adelante la Corte reiteró:
*"Nótese que si los empresarios tenían interés en hacerse con engaños al patrimonio ajeno, para saldar sus antiguas obligaciones y volver a la vida comercial, **otro tanto deriva de los empleados del Banco Popular, pues que como colocadores de capital en el mercado estaban ante unas deudas de difícil y dudoso recaudo (las obligaciones insolutas de Arprint Ltda.), de tal manera que con la maniobra adjudicaban créditos a los nuevos socios, debidamente respaldados con bienes personales, se cobraban esas acreencias y la nueva obligación resultaba de fácil cobro, de donde deriva que todos ganaban, excepto los engañados nuevos socios que lo perdían todo**".*

7. No hay asomo de duda, ni de incertidumbre de la Corte al asentar esas elucidaciones, como erróneamente lo afirma el fallador de primer grado, pues eso sería tanto como decir que la condena se impuso a los reos a pesar de que la Sala Penal admitió que no tenía certeza sobre la existencia del delito o la culpabilidad de sus autores, conjetura francamente descabellada, toda vez que, por el contrario, el fallo es rotundo e inequívoco en asentar que el delito se cometió, en qué consistió la conducta delictiva y quienes fueron los culpables de la misma.

2.2.2. **Los efectos erga omnes de ese fallo y el valor probatorio de la sentencia penal en este juicio**.

Es preciso comenzar por acotar que no se puede desconocer que respecto del delito cometido por los funcionarios del BANCO POPULAR y por el cual también resultó condenada esa entidad bancaria, fue proferida sentencia definitiva por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que impuso la condena de pagar a los demandantes los perjuicios causados con ocasión al delito de estafa que se fraguó en favor del BANCO POPULAR. Perjuicios que se tasaron en el monto de los pagarés más el 6% anual.

En ese orden de ideas, no hay lugar a que los demandantes tengan que soportar la existencia de un proceso ejecutivo en su contra y por supuesto, tampoco los cuantiosos gastos que han tenido que asumir para su defensa, el embargo y secuestro de sus únicos dos inmuebles, y mucho menos, los sentimientos de angustia, vergüenza, pesadumbre y zozobra derivados de ese proceso.

El instituto de la preeminencia de la decisión penal con efectos absolutos, consecuencia de la unicidad jurisdiccional, obedece al imperativo de evitar que en el ejercicio de juzgar, a partir de los mismos supuestos fácticos y en relación con ellos, surjan posiciones diversas y aún contradictorias, pues encontrándose el monopolio de la administración de justicia en cabeza del Estado, la decisión de cualquiera de sus agentes en relación con asuntos de similar textura, debe irradiar tal efecto vinculante que surta efectos con respecto de las actuaciones o competencias de los restantes; por ello, cumplido el juzgamiento de un determinado caso criminal, cuando la decisión adoptada se aviene a un mínimo de requisitos, trasciende con efectos de *res judicata erga omnes*; subsecuentemente, crea una limitante de tal jerarquía que ningún otro representante de la jurisdicción, puede abordar el tema y someterlo nuevamente a debate.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en providencia del 25 de febrero de 2013, con ponencia del magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez, al decidir una acción de tutela señaló:

"Los efectos vinculantes del fallo penal condenatorio en el proceso civil no es un aspecto que resulte novedoso o ajeno a la jurisprudencia de la Corte, al punto que, en sentencia de 26 de octubre de 2005, que reitera pronunciamientos anteriores sobre el mismo particular, se ha dicho que "el tema, de suyo complejo y debatido con denuedo en la doctrina científica desde comienzos de la centuria pasada, del influjo de la sentencia penal condenatoria sobre las acciones civiles de naturaleza indemnizatoria que le competen a la víctima del hecho punible, tema este que por sabido se tiene no puede ser acometido a la ligera mediante el recurso maquinal a las normas en cuya virtud le es reconocida autoridad de cosa juzgada a las sentencias civiles en el ámbito relativo que señala el Art. 332 del C. de P.C, sino que ante cada situación litigiosa, apreciada en concreto sin menosprecio de ninguna de las particularidades fácticas que la identifican, exige valerse de un sistema que en la justa medida permita, en guarda de la confianza depositada por la comunidad en la jurisdicción punitiva del Estado, tomar lo decisivo que en el pronunciamiento penal tenga el carácter de definitivo, irrecusable o irreversible, y al propio tiempo le deje a la jurisdicción civil la suficiente libertad para el ejercicio de la potestad que le es propia en orden a definir todos los aspectos atinentes al resarcimiento del daño que aquella providencia no tenía por necesidad que involucrar.

"Dicho en otras palabras, la identidad de objeto, causa y partes que, en el campo civil y al tenor del texto legal citado en el párrafo precedente, delimita por principio el alcance de la cosa juzgada, no constituye en modo alguno la base de análisis que se busca, toda vez que dada la distinta naturaleza de los dos tipos de actividad jurisdiccional´…no es posible la concurrencia de aquella triple identidad en una y otra. ***La autoridad de la cosa juzgada en lo penal dentro del proceso civil descansa en el principio de orden público que lleva al juez a actuar en función de la tutela que dispensa el derecho penal, y que en principio no puede abandonarse a la actuación de los particulares****.* ***Por este motivo, las situaciones de la vida humana que son materia del proceso penal tienen por objeto el delito, como ofensa pública cuyo castigo interesa a toda la comunidad, distintamente a lo que sucede con el juicio civil donde el juez actúa en guarda de un simple interés particular; y es por ello, también, por lo que el fallo penal hace tránsito a cosa juzgada erga omnes, no sólo en cuanto al hecho en que la acción penal se funda, su calificación y la participación y responsabilidad del sindicado, sino también respecto de todas aquellas acciones que, como la del resarcimiento del daño tengan su fundamento en hechos enjuiciados por el juez penal****…´(G. J., t. LXX, pag.234), lo que lleva a sostener, siguiendo de cerca las enseñanzas de los hermanos Mazeud (Tratado Teórico y Práctico… Tomo II, Vol. 2o, Num.1745),* ***que los órganos integrantes de esta especialidad jurisdiccional, cuando resuelven sobre el fondo de la acción pública originada en la infracción de la ley penal, con vista de un marcado interés social fallan entre una parte y la comunidad entera para que la decisión así adoptada dentro del marco de su competencia, se imponga a todos****; ´…****nadie puede ser llevado -dicen los afamados expositores en referencia- a discutir las disposiciones penales de la sentencia, incluso en sus consecuencias sobre los intereses civiles****.*

*"**Por eso, la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal es absoluta sobre lo civil, se impone sean cuales sean las partes, sea cuales sean el objeto y la causa de la demanda civil**…´. En este orden de ideas y aun cuando en realidad de verdad no son de poca monta las muchas dificultades que supone poner en práctica estos postulados teóricos a la luz de los cuales se reconoce el carácter preeminente de la condena penal, basta con subrayar tres aspectos de la cuestión que tienen especial trascendencia frente a las exigencias de esta litis.*

*"**En primer lugar, quedó dicho líneas atrás que las disposiciones represivas de una sentencia condenatoria, efectuadas dentro del campo de acción funcional privativo del fuero penal, se consideran juzgadas con respecto a todos, intervinientes o no en el correspondiente proceso, y con referencia asimismo a cualquier cuestión, aun de índole extra penal, sobre la cual esas disposiciones tengan necesaria influencia**. En consecuencia, tratándose de casos como el que estos autos ponen de presente, poco importa quien invoque la autoridad de la providencia ni ante quien ella sea aducida, y lo que ha de ser destacado es que, **en tanto sea expresión de lo resuelto ineludible y ciertamente por la justicia penal, no pueden contradecirla autoridades en medios jurisdiccionales diferentes, por muy importantes que puedan ser los intereses allí debatidos**. El segundo de estos aspectos sobresalientes es que, debido a los distintos objetivos que se proponen alcanzar la acción penal y la acción civil, no es imaginable que pueda darse identidad material en el contenido de los correspondientes procesos en que ellas se ventilan, de donde se sigue, entonces, que tampoco cabe circunscribir el papel procesal de la cosa juzgada en lo criminal al mismo que desempeña en el campo civil, habida cuenta que, como lo indica con acierto la doctrina (Nicolás Valticos. La autoridad de la cosa juzgada criminal sobre lo civil, N. 466), lo que se busca mediante la consagración de aquél principio ´…**no es prohibir que una acción sea ejercitada por segunda vez, sino que un mentís sea infligido al juicio penal, de donde resulta que la autoridad de la cosa juzgada criminal sobre lo civil, debe atribuirse en cierta medida a los motivos mismos de la decisión, porque es sobre todo en tales motivos que pueden hallarse comprobaciones susceptibles de ser contradichas en lo civil**…´"(G. J., t. CCXLVI, pags. 420 a 422, citada en Sent. Cas. Civ. de 3 de noviembre de 2004, Exp. No. 7327). Sobre el mismo aspecto, la Corte expresó: 'es así como la norma procesal últimamente transcrita [artículo 50 del decreto 050 de 1987], tiene plena justificación en el entendido de que los pronunciamientos penales se imponen por igual a toda la sociedad, ´son decisiones que por tocar el honor y la libertad de los hombres, deben quedar a salvo de cualquier sospecha de error, y no pueden por lo tanto ser desconocidos por absolutamente nadie´, respeto que se exige ´de todas sus autoridades, incluidas como es obvio las jurisdiccionales´, **de suerte que, una vez sea decidido, en forma definitiva, un preciso punto por el juez penal, no es dable a otro, aunque sea de distinta especialidad, abordarlo de nuevo, pues se encuentra cobijado por la autoridad de la cosa juzgada**, **postulado que, ´amén de precaver decisiones incoherentes y hasta contradictorias que tanto envilecen la confianza y la seguridad que los asociados deben descubrir en la justicia, rinde soberano homenaje a la sindéresis desde que parte de la premisa***

***incontestable de que un mismo hecho no puede ser y no ser al mismo tiempo**. **La verdad es única, 'y no puede ser objeto de apreciaciones y decisiones antagónicas por parte de la justicia ordinaria, tales como que en lo penal se dijera que un mismo hecho perjudicial no fue obra del sindicado y en lo civil se afirmase lo contrario**'(Sent. Cas. Civ de 11 abril de 2003, Exp. No. 7270).*

"En otro fallo más reciente, la Sala Civil de la Corte, advirtió que:

"El fundamento de tal autoridad, como lo precisa la doctrina '...reside en un motivo de orden público sumamente simple. Los tribunales represivos, cuando resuelven la acción pública, fallan dentro de un interés social; no juzgan entre dos partes determinadas, sino entre una parte y la sociedad entera. Lo que deciden para fallar sobre la acción pública debe, pues, imponerse a todos. Nadie puede ser llevado a discutir las disposiciones penales de la sentencia, incluso en sus consecuencias sobre los intereses civiles. Por eso, la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal es absoluta sobre lo civil; se impone sean cuales sean las partes, sean cuales sean el objeto y la causa de la demanda civil' (Henri y León Mazeaud, André Tunc, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo Segundo, Volumen II, pág. 354).

"Mientras que la sentencia condenatoria penal comporta un valor absoluto de cosa juzgada, la absolutoria o liberatoria de la responsabilidad penal del procesado, en cuanto a sus efectos en el campo civil, estaba sujeta a la reglamentación establecida por el art. 57 del C. de P. Penal, (hoy ídem artículo de la ley 599 de 2000), el cual consagraba que la acción civil no puede iniciarse ni proseguirse, cuando en providencia que haya adquirido firmeza, el reo ha sido eximido de responsabilidad penal, bien porque el hecho investigado no existió, ora porque el sindicado no lo cometió, u obró en legítima defensa o en estricto cumplimiento de un deber. De manera que, al momento de decidir, dado el valor relativo que a la sentencia absolutoria le atribuye la ley, el juez civil debe verificar si el pronunciamiento del juez penal encaja en alguna de las hipótesis que taxativamente se consagran en dicho precepto, pues sólo en tales supuestos puede argüir su influjo sobre la acción civil (CSJ, SC del 12 de agosto de 2003, Rad. n.° 7346). (Sentencia SC3062 de 1º de agosto de 2018).

En ese orden de ideas es palpable que la sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte es prueba irrefutable y con efectos absolutos de que los empleados del Banco cometieron el delito de estafa por los hechos que en la sentencia se reseñan.

No se requiere, ni es posible hacerlo, que se trasladen las pruebas recibidas en el transcurso de la investigación criminal con base en las cuales tuvo a los acusados como autores del delito de estafa y la conducta que tipificó ese ilícito; tampoco es posible que el juzgador civil entre a sopesar esos elementos de convicción con criterios autónomos, ni mucho menos le es dado apartarse de las inferencias asentadas por el fallador penal.

Por consiguiente, y como quiera que los juicios emitidos por los falladores penales que hacen transito a cosa juzgada con efectos erga omnes, se prueban **exclusivamente** con el texto de la sentencia, el juzgador a quo debió tener por probado lo que ya se anunció, pera ahora reitero aún a riesgo de fastidiar:

i) Que el delito cometido por los empleados del Banco fue el de estafa y que esa entidad fue, a su vez, condenada como tercero civilmente responsable.

ii) Que las conductas tipificadoras de la estafa consistieron en haber convencido a los aquí actores a vincularse como socios de ARPTINT S.A., cuyos aportes estarían dirigidos a capital de trabajo". Y que los dineros que debía desembolsar el banco como consecuencia del otorgamiento de los pagarés "*serían para generar capital de trabajo para la nueva empresa, Arprint S.A., pero realmente se destinaron a cancelar aquellas deudas de difícil recaudo de la entidad antigua, Arprint Ltda".*

Y que esas sumas de dinero fueron, en verdad, consignadas "*en las cuentas de Arprint Ltda.*, entre el 12 de marzo y el 30 de abril de 1997, fecha esta última en la que parece haber quedado claro que a los dineros logrados **se les dio un destino diferente a aquel que engañosamente fue prometido, pues pararon en la antigua entidad, cuando han debido tener como destino la nueva firma, Arprint S.A., como capital de trabajo***".*

iii) Que esa actitud fue deliberada y premeditada por el Banco porque de ese modo se "***recuperaban las obligaciones de difícil recaudo***". Acotó al respecto la Corte que era irrefutable que los empleados de esa entidad *"…desde un comienzo tuvieron claro que los préstamos concedidos por el Banco a las víctimas (los nuevos socios) estarían dedicados a saldar las deudas antiguas de Arprint Ltda. y no a capitalizar a la nueva firma, Arprint S.A., como fue el compromiso con los últimos. Al respecto, Urbano Franco agregó (lo cual obviaron los juzgadores de instancia) que la pretensión de la institución bancaria (esto es, no solo del acusado sino de la entidad financiera) era que el dinero que se autorizaba prestar fuera destinado a recuperar esas obligaciones.*

iv) Que ese dinero nunca fue recibido por los demandantes pues con él se pagaron los pasivos de una ARPRINT LTDA, sociedad con la cual no tenían ninguna relación.

v) Que no es necesario, ni siquiera es posible intentarlo, que deban trasladarse las pruebas recibidas en el juicio penal

para que el juez civil se cerciore si efectivamente los condenados cometieron el delito, la tipicidad del mismo, la antijuricidad y la culpabilidad del acto. Tampoco es posible tratar de probar nuevamente todo lo que el juzgador penal ya tuvo como probado, pues en esas materias sus elucidaciones son inmutables, universales y definitivas.

vi) Que, si las cosas son de ese modo, y probada como está la conducta culposa, maliciosa y embaucadora de los empleados bancarios, ese comportamiento, por razón de la responsabilidad directa de la persona jurídica, es propio de ésta y, por ende, cometido por ella.

vii) Que, en ese orden de ideas, a sabiendas que no había desembolsado ninguna suma de dinero a favor de los demandantes, ni habiendo consignado los dineros a favor de la sociedad que le ordenaron (ARPRINT S.A.), sino en las cuentas de otra distinta, con el fin de cobrarse las deudas de imposible recaudo que tenía ésta (ARPRINT DE COLOMBIA LTDA), afirmó mentirosa y maliciosamente que los aquí accionantes (demandados en el proceso ejecutivo) le adeudaban una suma de dinero por razón de un préstamo que les confirió, cuando lo cierto es que ese dinero no fue recibido por ellos (razón por la cual no existió mutuo), ni por la sociedad diputada para recibirlo.

viii) Que si no les abonó el dinero en sus cuentas ni fue abonado en las cuentas de la sociedad realmente diputada por los demandantes para recibirlo, carecía de fundamento legal el proceso ejecutivo que inició en su contra.

ix) Que el Banco, en el ámbito de la responsabilidad civil que aquí se le enrostra, era y siempre ha sido, sabedor de todos esos hechos, pues el conocimiento, confabulación y participación de sus empleados en esos hechos es su propio conocimiento, accionar y participación en los mismos por tratarse de una responsabilidad directa.

x) Que, en consecuencia, se consumó un acto temerario de la entidad demandada al incoar el proceso ejecutivo y proseguirlo, imprudencia garrafal por la que debe responder.

xi) Que estas inferencias se acompasan con la confesión de la representante legal del Banco y con las declaraciones ya relacionadas.

Si el juzgador de primer grado hubiese apreciado cabalmente dicha sentencia y si hubiese colegido lo que INELUDIBLEMENTE debió deducir de la misma, habría concluido que sus empleados, es decir, como ya se explicó, el Banco mismo, incidió en conductas

fraudulentas para hacerle firmar a los accionantes pagarés sin que hubiese existido en su favor algún desembolso de dinero y que, a pesar de ello inició y prosiguió temerariamente contra ellos un procese ejecutivo en el que reclamó derechos de los que en realidad no era titular y que hizo afirmaciones mendaces, valiéndose así del proceso con fines fraudulentos.

2.2.3. Inexplicablemente, y descontextualizando abiertamente el fallo penal, el Juzgado lo desmiembra para echar mano, antojadiza y arbitrariamente de algunos fragmentos del mismo, para intentar apuntalar en ellos su decisión desestimatoria de las pretensiones de la demanda.

En efecto, la Sala Penal de la Corte, al referirse **a otro delito**, distinto de la estafa, por el que se pedía, igualmente, la condena de los involucrados, **esto es el de fraude procesal**, señaló:

"*El tipo penal exige que se engañe, mediante el uso de cualquier medio fraudulento, en este caso, a una autoridad judicial con el propósito de lograr una decisión que le reporte beneficios de alguna índole.*

"En el caso juzgado el medio fraudulento estaría dado por los pagarés, los cuales, se dice, se hicieron firmar con espacios en blanco, sin cartas de instrucciones y fueron llenados en forma mentirosa por los acusados para mostrar al juez civil una legitimidad inexistente y lograr que emitiera fallos favorables a estos.

"Con independencia de si en los pagarés se dejaron espacios en blanco y si estos fueron copados contrariando las instrucciones de sus suscriptores, lo que debe resaltarse es que los ofendidos-deudores en ningún momento han negado la obligación ni su monto, como tampoco la existencia de los títulos ni que los hubiesen firmado. Igual han admitido que, finalmente, dejaron de cumplir con la obligación de pagar las cuotas pactadas con el Banco Popular, lo cual habilitaba a este para su cobro ejecutivo.

"Si los pagarés fueron completados para acceder a su cobro judicial, como bien analizó el Tribunal, cuyas valoraciones sobre este tema la Corte avala en su integridad, en modo alguno se demostró que fueran alterados los valores por los que se elaboraron, además de que los dineros allí representados fueron entregados a los deudores.

"Asunto bien diferente es que las sumas entregadas por el Banco fueran destinadas a pagos diversos de los convenidos, pues eso precisamente es lo que estructura la estafa. Pero admitidas por los ofendidos las obligaciones y suscritos los pagarés respectivos, su cobro, ante el no pago, en modo alguno constituye maniobra

engañosa respecto del juez, como que a este se le pidió ordenara ejecutar lo que realmente se adeudaba.

Respecto de esas elucidaciones de la Corte, algunas de ellas en realidad ambiguas, y de las que se valió el juzgador de primer grado para inferir que el cobro del Banco no fue temerario, es preciso hacer las siguientes precisiones que ponen de presente la contraevidencia de su raciocinio:

2.2.3.1. Como es palmario en esos párrafos, la Corte examinó si los actos que se les endilgaron a los sindicados, esto es, **que les hicieron firmar los otorgantes los pagarés con espacios en blanco, sin cartas de instrucciones y que éstos fueron llenados en forma mentirosa para mostrar una legitimidad inexistente, plasmaban el delito de fraude procesal** que, igualmente, les enrostraron, y respondió que ese delito, a su juicio y **por esos hechos concretos** no se configuró.

La Corte no se refiere allí a las afirmaciones mendaces del proceso ejecutivo, ni al hecho de que se hubiese iniciado a pesar de haberse fraguado por los empleados del banco en coautoría con otros sujetos un delito de estafa del cual fueron víctimas los ejecutados.

Tampoco alude a que no es fraude procesal proseguir un proceso ejecutivo después de que los empleados del banco hubiesen sido condenados penalmente (y el banco como civilmente responsable) por timar a los otorgantes del pagaré y no desembolsarles a ellos o la persona que estos hubiesen diputado para tal efecto el dinero que debió dárseles en mutuo.

En consecuencia, las elucidaciones asentadas por la Corte respecto de que no se tipificó el delito de fraude procesal concierne con los hechos a los que EXPLICITAMENTE aludió y que no se corresponden con los afirmados en esta demanda.

Por consiguiente, no puede ser acertado el entendimiento del Juzgado, porque, como ya se dijo, los hechos que examinó la Corte y que la condujeron a absolver a los incriminados por el delito de f**raude procesal** no guardan relación alguna con los hechos que aquí se le enrostran a la demandada como temerarios, amén que no se entendería que el Banco fuera condenado a restituir el valor contenido en los títulos valores que cobra en el proceso ejecutivo a título de indemnización de perjuicios a pesar de haber sido absueltos sus empleados por el referido reato de fraude procesal.

Entonces, ¿a qué se condenó al Banco y por qué? Pues por la conducta ilícita de sus empleados (que es imputable directamente a la entidad demandada), consistente en engañar a los demandantes para que firmaran unos títulos valores de los cuales no recibieron suma alguna porque fue destinada a pagarse (el banco) las deudas insolutas de otra sociedad.

Si esa es la "*ratio decidendi*" del fallo condenatorio, esto es, que para el juzgador penal quedó probado, y por eso condenó penalmente a los empleados bancarios por estafa y al Banco mismo como civilmente responsable, por todos esos actos fraudulentos, incluyendo que los suscriptores de los pagarés no recibieron suma alguna, como tampoco la sociedad ARPRINT S.A., porque el Banco optó, torcidamente, por usar esos dineros para pagarse unas deudas de otra sociedad (Arprint de Colombia Ltda.), si ese es el meollo de la condena, se decía, no es posible concluir, como lo hizo el sentenciador a quo que, a pesar de las pruebas recaudadas en este juicio y del mismo contenido de la parte resolutiva del fallo penal, que los aquí reclamantes sí recibieron el dinero y que sí son deudores de banco.

Por supuesto que resulta absurdo inferir que los otorgantes de los pagarés deban pagar su valor por el simple hecho de que los hubiesen suscrito (que en verdad lo hicieron), pues ese mero hecho NO los convierte en deudores del Banco. Lo que realmente les da esa connotación (la de deudores) es que hubiesen recibido un dinero en mutuo y que se hubiesen comprometido a restituirlo, cosa que NO sucedió. Por el contrario, si el Banco fue condenado a resarcirles como perjuicio por la estafa, precisamente, el monto al que ascienden esos títulos valores, es porque la Corte entendió que los accionantes no lo debían al Banco, pues es patente que si en verdad consideraba que lo adeudaban no habría condenado al banco a restituírselos.

Así las cosas, el BANCO fue condenado por la conducta ilícita de sus empleados (que es imputable directamente a la entidad demandada), consistente en engañar a los demandantes para que firmaran unos títulos valores de los cuales NO recibieron suma de dinero alguna porque fue destinada a pagarse (el banco) las deudas insolutas de otra sociedad. **¿Cómo puede decirse, entonces, que el BANCO no es responsable por los daños que les ha causado y seguirá causando a los demandantes con el**

cobro ejecutivo de unos pagarés fruto de una estafa, máxime cuando el supuesto préstamo que dio origen a su emisión nunca se perfeccionó porque el dinero nunca les fue entregado ni imputado al capital de la empresa autorizada por ellos?

Solamente la actitud manifiestamente malintencionada y temeraria del Banco, que el fallador avala, le conduce a esa sesgada interpretación.

Es obvio que los deudores no podían negar que firmaron los pagarés, entre otras cosas porque ellos sí actúan de buena fe, y a eso se refiere la Corte, pero eso no significa que en verdad sean deudores del Banco. De ser así, esa entidad no habría sido condenada a restituirles, a título de indemnización de perjuicios, el valor por el cual suscribieron los pagarés, ni sus empleados habrían sido condenados por estafa.

El hecho de que no se hubiese estructurado, a juicio de la Corte, el delito de fraude procesal, no significa que **NO** se hubiese configurado el de estafa, ni que, como consecuencia de ésta, las víctimas sigan endeudadas ante el Banco, porque lo cierto es que **NUNCA** fueron deudoras del mismo porque **JAMAS** recibieron los dineros a los que aludían los pagarés, ni esas sumas se abonaron a las cuentas de ARPRINT S.A., como habría sido su deseo, a cambio de convertirse en socios de ésta con esos aportes, sino que, mediando una actividad delictiva de la cual fueron víctimas, fueron usados por el Banco para pagarse las deudas de OTRA sociedad: Arprint de Colombia Ltda.

En ese mismo orden de ideas, la absolución por el delito de fraude procesal, concretado en los ya reseñados hechos, tampoco rebate que el Banco afirmó mendazmente, para poder iniciar el proceso ejecutivo, que los actores le adeudaban una suma de dinero que habían recibido en préstamo, cuando nunca la recibieron; tampoco se desdibuja el hecho de que inició un proceso ejecutivo con base en esa falaz afirmación y lo ha proseguido, sin fundamento legal porque nunca existió, por falta de objeto, un mutuo a cargo de los ejecutados, porque, simplemente, estos fueron estafados para que firmaran unos pagarés sin haber recibido ninguna contraprestación a cambio.

La verdad es que estas conclusiones no se prueban solamente con la sentencia penal, sino, también, con la confesión de la representante legal del Banco, las declaraciones de parte de los demandantes y los testimonios ya reseñados.

2.2.3.2. De otro lado, en ese aspecto, es decir, el relativo a la no tipificación del delito de fraude procesal, la sentencia ejecutoriada de la Corte confirmó la decisión absolutoria de segundo grado, pero de cara a los hechos concretos a los que aludió. Y si bien, al desgaire hizo algunas aseveraciones, en verdad ambiguas, sobre la supuesta aceptación de la deuda por las víctimas, lo cierto es que esos razonamientos no tienen frente a este proceso los efectos absolutos y totales que se predican de la cosa juzgada penal.

En consecuencia, le incumbía a la entidad demandada trasladar a este proceso las supuestas pruebas recibidas en el juicio penal y conforme a las cuales estaría probado que los aquí demandantes sí recibieron en mutuo los dineros referidos en los pagarés.

Refiriéndose al valor probatorio de la sentencia, recientemente precisó la Corte:

"… Para el recurrente, el infortunado resultado se debió a '(…) una concausalidad o confluencia de causas (…)'. Por esto, desde el punto de vista material y objetivo, en el cargo se confuta al Tribunal de haberlo atribuido exclusivamente a la "(…) fortaleza del impacto (…)", producto de haber tergiversado las sentencias penales condenatorias por el delito de homicidio culposo agravado pronunciadas contra Nelson Felipe Rico Díaz, conductor del automóvil.

"… *En la valoración de un proveído de esa naturaleza, preciso es distinguir la decisión, en sí misma considerada, y las razones esbozadas por los jueces penales para emitirlas en los campos fácticos y probatorios.*

"Con relación a lo primero, al tenor de lo previsto en los artículos 251-3 y 264 del Código de Procedimiento Civil, la copia de un fallo judicial, como documento público, únicamente es idónea para acreditar su existencia, identificar el despacho que lo profirió y establecer no sólo la fecha de su emisión, sino también lo resuelto.

"De ahí, tales providencias, como tiene sentado esta Corporación, '(…) sólo son probanza de ellas mismas, en cuanto acreditan 'su existencia, clase de resolución, autor y fecha', pues las consideraciones dentro de la estructura lógica de la sentencia es apenas un eventual instrumento de interpretación de la parte resolutiva".

"Los soportes de hecho y de apreciación de las pruebas en que se fundamenta un proveído de la índole señalada, por lo tanto, en aplicación de los principios de autonomía e independencia

judiciales, nada prueban en otro proceso, como no sea para precisar su sentido y alcance.

"En ese orden, si en los fallos penales ninguna consideración de contenido decisorio, reflejada en su parte resolutiva, se adoptó respecto del hecho de transitar la buseta instantes antes del impacto, supuestamente, con la puerta abierta, surge diáfano, el Tribunal no pudo tergiversarlas o darles una '(…) lectura antojadiza (…)'" (Subrayo). Sentencia del 6 de octubre de 2015.

En ese orden de ideas, si en el transcurso del proceso penal obró alguna prueba que le hubiese permitido a los falladores hacer al desgaire esa vaga deducción, que por lo demás es contraria a todo lo inferido en el resto de su providencia, esa prueba debió trasladarse a este proceso debidamente, toda vez que respecto de esa elucidación no obran los efectos erga omnes del fallo penal condenatorio que aquí se han examinado.

3. Finalmente, carece de sentido y es insensata la elucidación del a quo según la cual las víctimas debieron pedir en el transcurso del proceso penal la terminación del proceso ejecutivo porque, de un lado, el hecho de que no lo hubiesen hecho no desdibuja el ilícito cometido, ni la temeridad cometida por el banco al iniciar y proseguir con una ejecución que carece de fundamente legal; y, de otro, porque en este proceso no se le ha elevado una petición en ese sentido, ni con él se persigue esa finalidad.

Por el contrario, se ha alegado como un daño emergente futuro que debe ser indemnizado el que se rematen los bienes cautelados. Es decir, que se tiene como supuesto que el proceso ejecutivo, a pesar de su temeridad, puede ser proseguido por el ejecutante.

Por esa misma razón es desatinada la conjetura del juzgador de primer grado a quo según la cual si accedía a las pretensiones de esta demanda infligiría un revés a la cosa juzgada de la sentencia estimatoria proferida en el proceso ejecutivo adelantado por el Banco Popular contra los aquí demandantes, habida cuenta que este proceso no guarda ninguna identidad, en cuanto al petitum y a la causa petendi, con los que dieron lugar a ese proceso.

Aquí se alega que la justicia penal condenó a los empleados del banco, y a este como civilmente responsable, por el delito de estafa concretada en haber engañado a los otorgantes de los pagarés para que los suscribieran sin que hubiesen recibido suma de dinero alguna y sin que hubiesen destinado los dineros de ese inexistente mutuo como capital de trabajo de la sociedad Arprint S.A., a la que ellos delegaron para recibirlo, pues, por el contrario, el banco lo usó para pagarse las deudas de imposible recaudo de otra sociedad con la que los ejecutados no tenían ninguna relación. En consecuencia, se le recrimina por haber actuado temerariamente en ese proceso ejecutivo al hacer afirmaciones mendaces, por reclamar derechos

subjetivos de los que carecía y por proseguir la ejecución a pesar de la resolución penal, cuestiones estas que no se discutieron ni fallaron en ese proceso. Por supuesto que la consumación de la estafa por parte de los empleados bancarios solamente fue establecida por el fallo de la Sala Penal de la Corte el 11 de marzo de 2015, esto es, cuando ya se habían decidido las dos instancias del proceso ejecutivo.

Desde luego que ni los pedimentos de esta demanda, ni los supuestos fácticos que la sustentan se alegaron ni resolvieron en el proceso ejecutivo, motivo por el cual es un colosal error decir que la decisión estimatoria de las pretensiones de esta demanda violenta los efectos de cosa juzgada de la sentencia de seguir adelante la ejecución. No se requieren hondas disquisiciones para asentar que la existencia de cosa juzgada se sella siempre y cuando exista identidad de partes, de pretensiones y de causa para pedir, triple identidad que en este asunto no se vislumbra. Tampoco puede aducirse que debió alegarse la temeridad dentro del proceso ejecutivo porque, de un lado, la misma solo pudo descubrirse a partir de la sentencia condenatoria de la Sala Penal de la Corte proferida el 11 de marzo de 2015, cuando ya se habían proferido las sentencias de primera y segunda instancia en el proceso ejecutivo; y, por otro, porque la responsabilidad civil por ejercicio temerario de las vías judiciales puede alegarse en proceso separado.

Si bien se pretendió la anulación de la actuación adelantada en el proceso ejecutivo con posterioridad al fallo penal, acudiendo, incluso a una acción de tutela que fue negada, lo cierto es que en este proceso no se está replanteando ese pedimento. Aquí no se está pidiendo que se decrete la terminación del proceso ejecutivo, sino la indemnización a los ejecutados por ser víctimas de la temeridad del Banco.

Inclusive, el juzgador constitucional dejó a salvo las acciones de los ejecutados para alegar las actuaciones fraudulentas de la entidad bancaria, una de las cuales aquí se ejerce.

4. Estando demostrada la temeridad de la entidad bancaria demandada, debió condenársele a pagar los perjuicios causados a los demandantes por el ejercicio abusivo del derecho de litigar al entablar y proseguir un proceso ejecutivo en contra de los demandados en el que éstos han tenido que sufragar cuantiosos gastos para asumir su defensa, amén que han tenido que soportar el embargo y secuestro de sus únicos dos inmuebles, y más aún los sentimientos de angustia, vergüenza, pesadumbre y zozobra derivados de ese proceso.

En efecto, en el curso del proceso se lograron acreditar los siguientes perjuicios, pues se aportaron todos los documentos que los prueban, los cuales no fueron desconocidos por la parte demandada y, además, están corroborados por las declaraciones de las partes y los testigos:

a. Pagos de honorarios profesionales a los diferentes abogados que han representado a los demandantes en el curso del proceso ejecutivo, por

valor de $39.820.000. Para ello, se aportaron los respectivos cheques mediante los cuales se pagaron esos dineros, los cuales no fueron desconocidos por la parte demandada.

Adicionalmente, la testigo Claudia Marcela Gutiérrez Escobar, al preguntársele si sabía quiénes eran los doctores Alejandro Gutiérrez, Julio Bonilla, Jairo Vélez Zapata, Luis Leal Núñez y Roberto Aguilar, contestó:

"Todos ellos han sido abogados porque como eso ha durado tanto tiempo, 20 años, entonces en el transcurso de todo este tiempo pues mi papá ha tenido varios abogados. Alejandro Gutiérrez lo conocí personalmente porque él fue varias veces al apartamento y tenía reuniones allá con mis papás y una vez yo acompañé a mis papás a la oficina de él acá en el centro a pagarle parte de sus honorarios. Mi papá le pagó a él $21 millones de pesos.

"A Roberto lo conozco porque también fue abogado de él y sé que le pagaron $12 millones.

"A los otros 3 no los conocí personalmente, pero pues sí eran mencionados por mis papás".

De igual manera, el testigo Alejandro Gutiérrez reconoció haber recibido del demandante el pago de sus honorarios profesionales.

Por su parte, el testigo Roberto Aguilar, al preguntársele si los demandantes le habían pagado alguna suma de dinero como consecuencia de la prestación de sus servicios de abogado, respondió:

"Si señor. La suma fue de $12.000.000".

b. Pago de honorarios profesionales a los peritos que adelantaron los estudios grafológicos por la suma de $95.270.000. Para ello se aportaron copias de los respectivos cheques mediante los cuales se pagaron esos dineros.

Por otro lado, la testigo Claudia Marcela Gutiérrez Escobar, al preguntársele si conocía a los señores Pedro José Galindo Ropero y Rodolfo Barrero Borraz, y qué sumas de dinero se le había pagado a ellos, respondió:

"Ellos son grafólogos. Galindo es el que hizo el primer estudio grafológico y Barrero Borraz hizo otro, y pues los conozco porque mi papá empezó a tener contacto con ellos recién inició todo esto y yo vivía en el apartamento con mis papás y este tema pues era del día a día que se hablaba en mi casa, pues en el apartamento se hablaba de eso todo el tiempo, entonces pues cuando mi papá hablaba con ellos, le comentaba a mi mamá, entonces pues yo sabía de la existencia de ellos y que mi papá les había pagado los estudios grafológicos.

(…)

“A Galindo le pagó $9 millones y a Barrero le pagó $86 millones de pesos, y $9 millones a Galindo”.

En el mismo sentido lo confirmó el testigo Alejandro Gutiérrez, quien, al interrogársele sobre la razón que había dado lugar a la emisión de unos cheques girados al Doctor Valero y Borrás, contestó:

“Sí señor, él fue un grafólogo, él rindió unos conceptos. Yo siempre acompañaba al General donde Rodolfo. Él le pagó esas sumas delante mío. Yo tenía que saber cómo iban los resultados de esa prueba porque fue pedida por mí. No sé decirle cuánto, pero sí sé que fue una suma bastante significativa que porque era el grafólogo más importante de Colombia, entonces a él el pagó una suma muy significativa”.

Y seguidamente se le preguntó si le constaba que el señor Marino Gutiérrez había girado esos cheques para pagar esas experticias, dijo:

“Sí me consta porque en varias oportunidades le reproché que eran exageradas las sumas que le estaba pagando al grafólogo. El mínimo cobro que le hizo fue de $4.000.000, de resto, de ahí para arriba habían de 5, 15, 10 millones. Por eso sé que me consta”.

c. Pago de gastos periciales y de avalúos por parte de los demandantes Marino Gutiérrez y Martha Escobar, para lo cual se aportaron las respectivas consignaciones y copias de los comprobantes y recibos de pago.

d. Valor del crédito que se le pretende cobrar a los demandantes en el marco del proceso ejecutivo, actualizada hasta la fecha de presentación de esta demanda por valor de $1.909.711.809.00. Para tal efecto, se aportó la liquidación elaborada por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, junto con las respectivas actualizaciones.

e. Cánones de arrendamiento que mensualmente ha dejado de percibir la arrendadora MARTHA LUCÍA ESCOBAR desde el 14 de octubre de 2009 y hasta la fecha de presentación de la demanda, como consecuencia del secuestro del apartamento 508 ubicado en la Transversal 35 No. 115 – 51 La Alhambra. Para ello aportamos copia del acta de secuestro del inmueble, además consta que el valor del canon de arrendamiento para esa fecha era de $693.000.00.

f. Finalmente, también están demostrados con las pruebas testimoniales recaudadas, los perjuicios extrapatrimoniales que han padecido los demandantes, no solo por la aflicción que esta situación les ha provocado, sino, también, por la severa afección a su vida de relación.

La impugnación se endereza a que el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá REVOQUE la providencia recurrida y, en su lugar, profiera el fallo de segundo grado que estime las pretensiones de la demanda y niegue las defensas y excepciones de la demandada.

Cordialmente,



PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA
C.C.6.762.418
T.P. 41.801 C. S. de la J.
pmunar@scolalegal.com

---

[1] Dijo la corte:

"Es apenas claro que el titular de un derecho subjetivo es, en principio, la persona legitimada para ejercitarlo frente a quien la norma positiva material ha impuesto la obligación correlativa. Pero como quien demanda la intervención de la jurisdicción para el arreglo de los conflictos surgidos con sus conciudadanos, ha de obrar siempre sin temeridad, tanto en sus pretensiones como en el ejercicio de sus derechos procesales y, además, debe proceder con lealtad y buena fe, según lo impera el artículo 71 del estatuto de enjuiciamiento civil, en caso de no observar esas pautas de mediana prudencia y dignidad, si causa un daño a la contraparte o a terceros, entonces el legislador sanciona su obrar temerario o malintencionado, y no simplemente cualquier clase de culpa, imponiendo por la temeridad o la mala fe en la escogencia de las vías de derecho, la obligación de indemnizar a la víctima por el abuso del derecho de litigar. Así está dispuesto expresamente en los artículos 72 y 74 del C. de Procedimiento Civil.

"El principio general, consagrado en el artículo 2341 del C. Civil, relativo a que quien ha inferido daño a otro, intencional o culposamente, así la culpa sea leve o levísima, es obligado a la indemnización, es aplicable al campo del abuso del derecho, pero sólo en tratándose del ejercicio de un derecho subjetivo. Cuando, por el contrario, el abuso se ha realizado en la escogencia de las vías de derecho, es decir, en el ejercicio de los derechos procesales seleccionados para lograr la efectividad del derecho material discutido, entonces una culpa cualquiera del litigante no genera necesariamente, en caso de darse los otros elementos de la responsabilidad, la obligación de indemnizar. Desde luego que en la actividad procesal la ley no exige un máximo de cuidado, una diligencia suma, y como quiera que el contenido de las normas positivas no siempre ofrece una sola interpretación, el legislador sólo ha impuesto a los litigantes el deber de observar una conducta que excluya la mala fe y la temeridad, circunstancias éstas que ley presume en los siguientes eventos, según lo establece el artículo 74 precitado: '(…)'.

"Mas es lógico que esta lista de casos no excluye la existencia de otros en que se haya actuado con mala fe o con temeridad. El catálogo copiado es de los episodios en que legalmente se presumen esas circunstancias, pero ello no quiere decir que no haya otros eventos en que se actúe de esa manera perniciosa" (Cas. Civ., sentencia de 26 de enero de 1978, proceso de Karol Fortich frente a Isaac Schuster; se subraya).

Y luego, la Corporación reiteró:

"(…) la Corte ha tenido oportunidad de explicar que la responsabilidad por hechos dolosos o culposos, consistan o no en actos procesales o en la escogencia de las vías de hecho, es típicamente extracontractual, lo que sucede es que entre la responsabilidad general establecida en el artículo 2341 del C. Civil para quien, por su culpa, ha causado daño a otro y la especial consagrada en el artículo 72 del C. de P. Civil para quien causa perjuicio con actuaciones temerarias o de mala fe, existe una clara diferencia: cualquier culpa, una culpa cualquiera, grave, leve o levísima, es suficiente para fundar la responsabilidad a cargo de su autor, según el artículo 2341; por el contrario, para fundarla a cargo del litigante, según el artículo 72 precitado, se exige que el acto procesal culposo, implique temeridad o mala fe, de lo que se concluye que las culpas leve y levísima no son fuente de responsabilidad en este último caso" (Cas. Civ., sentencia del 24 de mayo de 1980, proceso de Luis Arturo Martínez contra Gonzalo Barrera; se subraya).

Igualmente, varios años después se señaló:

"De modo que perseguir bienes cuyo valor excede los límites establecidos por la propia ley, sin que concurra alguna de las circunstancias de excepción que ella misma indica, torna abusivo el ejercicio del derecho subjetivo establecido por el art. 2488 del C. Civil, y como se dijo, compromete la responsabilidad de quien así actúa, si con tal proceder causa un perjuicio y se le puede imputar un comportamiento temerario o de mala fe, pues al fin de cuentas el abuso se da en el empleo de las vías de derecho, es decir, en la actuación procesal, donde no basta para dar por descontado el elemento subjetivo de la responsabilidad personal, la culpa sin calificación alguna, sino una que haya sido fruto de la temeridad o la mala fe (Cas. Civ. 27 de noviembre de 1998. Exp. 4909).

[2] En fallo del 28 de septiembre de 1953, la Corte abordó el examen del concepto de temeridad diciendo lo siguiente:

"Temeridad, según el diccionario de la lengua 'es la calidad de temerario'. Y temerario, según la misma obra, es 'inconsiderado, imprudente y que se expone a peligros sin meditado examen'. En sentido forense, temerario significa 'imprudencia temeraria', la cual está definida así: punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja que, a mediar malicia del actor, serían delitos. La temeridad, pues, no implica intención positiva

y concreta de causar daño a las personas o a las cosas - que es lo significado por el otro término, malicia -, sino falta de prudencia, de meditación, de cuidado, en una palabra, simple error de conducta".

[3] GOZAINI, Osvaldo. "La conducta en el proceso". 1988. Pág.48

[4] MORALES Casas, Francisco. "Fundamentos de la actividad y los negocios bancarios". Radar. Pág. 652.

[5] En el ordinal ii) de la sentencia del 11 de marzo de 2015 la Sala Penal de la Corte, no sin antes haberles impuesto a los condenados URBANO FRANCO y RAMÍREZ DE PEÑA, la obligación de indemnizar a las víctimas dispuso: *"revocar la absolución decretada en favor del BANCO POPULAR S.A. para, en su lugar, imponerle, en su condición de tercero civilmente responsable, la obligación, solidaria con los acusados, de indemnizar los daños y perjuicios causados con el delito, en los términos y condiciones señalados en los fallos de instancia"*.

[6] BARROS Bourie, Enrique. "Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 457.

Señores Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

Dra. Martha Isabel García Serrano

E. S. D.

Ref. Proceso Verbal de **Marino Gutiérrez** y otros contra el **Banco Popular**.

Rad. 2018-00157

Pedro Octavio Munar Cadena, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía N°6.762.418, portador de la tarjeta profesional de abogado N° 41.801 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado judicial de los demandantes en el proceso de la referencia, manifiesto a Ud., que mediante el presente escrito procedo a sustentar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 23 de Octubre de 2019, por el Juzgado 26 Civil del Circuito de esta ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Escritura Pública No. 945 otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá el 26 de febrero de 1997, se constituyó **ARPRINT S.A.**, sociedad creada por los señores RAMÓN Y DANIEL NOVA PRADILLA, AMPARO SALAZAR DE MOLINA y URIEL MESA. Los dos primeros propietarios de INTERCAUCHO y CAUCHOPE; y los segundos propietarios de **ARPRINT DE COLOMBIA LIMITADA**.

2. La mencionada sociedad de **ARPRINT S.A.**, fue creada en un momento difícil para sus socios fundadores, toda vez que los mismos atravesaban problemas económicos en cada una de sus empresas; mientras los propietarios de INTERCAUCHO y CAUCHOPE requerían con urgencia capital de trabajo para poder subsistir y tener las sociedades a flote, ARPRINT DE COLOMBIA LTDA. a finales del año 1996 tenía una deuda con el Banco Popular por $300.000.000.00, aproximadamente.

3. Debido a esa crisis económica, los hermanos NOVA PRADILLA empezaron a buscar futuros socios capitalistas capaces de invertir en el proyecto de la nueva sociedad aparentado tener solvencia económica y jugosos contratos. Es así como lograron contactar y atraer al negocio a los señores: **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA**, **MARTHA LUCÍA ESCOBAR DE GUTIÉRREZ**, **JORGE RICARDO GUTIÉRREZ ESCOBAR**, entre otros.

4. En la dinámica de atraer a los futuros socios inversionistas, los creadores y socios fundadores de **ARPRINT S.A.**, programaron una serie de actividades sociales, con la participación de dos empleados del **BANCO POPULAR**: MARCO FIDEL URBANO, Gerente Regional del **BANCO POPULAR**, y la señora MYRIAM RAMÍREZ DE PEÑA, Gerente de la sucursal Bancaria de la calle 14 con carrera 8ª de la ciudad de Bogotá, todo esto con el único fin de crear un escenario convincente para que los arriba mencionados asistentes

decidieran invertir en el proyecto a través de aportes en dineros adquiridos con créditos otorgados por dicha entidad bancaria, entendiéndose que el dinero sería destinado para generar capital de trabajo en la nueva empresa, que se constituiría como una sociedad anónima.

5. No obstante, el dinero producto de los créditos otorgados fue destinado por los mencionados funcionarios del **BANCO POPULAR** para pagar las deudas de difícil recuperación que tenía con anterioridad ARPRINT DE COLOMBIA LTDA ($300.000.000.00 aproximadamente), y así lo dedujo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en su fallo de 11 de mayo de 2015.

6. Como ya se dijo, el General **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA**, su esposa **MARTHA LUCÍA ESCOBAR DE GUTIÉRREZ** y su hijo **JORGE RICARDO GUTIÉRREZ ESCOBAR** decidieron aceptar la invitación propuesta por los hermanos NOVA PRADILLA, motivo por el cual suscribieron el **pagaré No. 72070000797-7** por USD $56.000. Además, los dos primeros firmaron el **pagaré No. 72070000597-1** también por USD $56.000.

7. Una vez constituidos los mencionados pagarés que respaldaron los créditos otorgados por el **BANCO POPULAR** a **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA**, su esposa **MARTHA LUCÍA ESCOBAR DE GUTIÉRREZ** y su hijo **JORGE RICARDO GUTIÉRREZ ESCOBAR**, dicha entidad bancaria procedió, **sin explicación alguna y de manera inmediata, a abonar los USD $112.000 a la deuda que la sociedad ARPRINT DE COLOMBIA LTDA. tenía con el mismo BANCO POPULAR, muy a pesar que lo acordado con los funcionarios del BANCO había sido invertir ese dinero en capital de trabajo para la nueva sociedad ARPRINT S.A**.

8. Debido a que la sociedad ARPRINT S.A. no estaba generando ningún tipo de utilidad económica a los nuevos socios inversores pese a los aparentes y atractivos negocios lucrativos en los cuales tenía participación la nueva sociedad, el General **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA** decidió requerir a los hermanos NOVA PRADILLA, AMPARO SALAZAR DE MOLINA y URIEL MESA para que rindieran cuentas de la situación. Pero, ante la constante evasiva de los mismos, el señor **GUTIÉRREZ ISAZA** optó por dejar de pagar el primer crédito otorgado por valor de $46.500.000 respaldado con el Pagaré No. 070-01-06488-5.

9. Instaurada la denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación a través de apoderado, ésta culminó de la siguiente manera:

9.1. Mediante sentencia del 23 de marzo de 2012, proferida por el Juez 21 Penal del Circuito Adjunto de Bogotá, se absolvió a los funcionarios del BANCO POPULAR, los señores MARCO FIDEL URBANO FRANCO y BLANCA MYRIAM RAMÍREZ DE PEÑA por los delitos de fraude procesal y estafa agravada formulados por la Fiscalía General de la Nación. Respecto de los hermanos DANIEL y RAMÓN NOVA PRADILLA, y AMPARO SALAZAR DE MOLINA se adoptó idéntica solución, pero solo por el primer punible.

A RAMÓN NOVA PRADILLA, DANIEL NOVA PRADILLA y AMPARO SALAZAR DE MOLINA el señor Juez los declaró coautores penalmente responsables de la conducta punible de estafa agravada. Les impuso 36 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, multa de 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la obligación de indemnizar los perjuicios causados y les concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Respecto de la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito, el señor Juez *A quo* decidió exonerar al BANCO POPULAR, quien fuera vinculado como tercero civilmente responsable.

10. En contra del mencionado fallo los defensores de los hermanos NOVA PRADILLA interpusieron recurso de apelación argumentando la prescripción en fase de investigación y la absolución porque no se tipificó la estafa, asimismo la señora SALAZAR DE MOLINA solicitó absolución.

Adicionalmente, los apoderados de la parte civil solicitaron que, de igual forma, se condenara a los funcionarios MARCO FIDEL URBANO FRANCO y BLANCA MYRIAM RAMÍREZ DE PEÑA por estafa, y en consecuencia se condenara al BANCO POPULAR a pagar los daños y el incremento de los perjuicios.

10.1. En este orden de ideas, se profirió el fallo de segunda instancia el 15 de marzo de 2013, por el Tribunal Superior de Bogotá –Sala Penal-, mediante el cual esa Corporación realizó algunas modificaciones a la sentencia de primer grado, confirmándola en lo fundamental.

10.2. Ante dicha decisión, los apoderados de los hermanos NOVA PRADILLA decidieron interponer el recurso extraordinario de casación, así como también la parte civil y el representante del Ministerio Público.

10.3. Para desatar los distintos recursos interpuestos, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal- profirió, el 11 de marzo de 2015, la sentencia pertinente en la cual dispuso:

*"**Casar parcialmente** la sentencia del 15 de marzo de 2013, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó, con modificaciones, la de primera instancia que condenó a Ramón Nova Pradilla, Daniel Nova Pradilla y Amparo Salazar de Molina, como coautores del delito de estafa, agravada por la cuantía, **exclusivamente** en los siguientes aspectos:*

(I) *Revocar la absolución* decretada, por el delito de estafa, en favor de Marco Fidel Urbano Franco y Blanca Myriam Ramírez de Peña, de condiciones personales y civiles relacionadas en la parte motiva. En su lugar,

(a) *Declara* a Urbano Franco y Ramírez de Peña *coautores* penalmente responsables de la conducta punible de estafa, agravada en razón de la cuantía, por la cual fueron acusados.

(b) *Imponer*, a cada uno, las *penas principales* de 21 meses 26 días de prisión y $ 28.079,44 de multa, y la *accesoria* de interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso a la privativa de la libertad.

(c) *Imponer* a los señores Urbano Franco y Ramírez de Peña, la obligación de *indemnizar*, en forma solidaria con los demás acusados y el tercero civilmente responsable, los daños y perjuicios causados con la infracción, en los términos y condiciones señalados en los fallos de instancia.

(d) *Conceder* a los señores Urbano Franco y Ramírez de Peña la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en los términos y condiciones señalados en la motivación.

(II) ***Revocar* la absolución decretada en favor del Banco Popular S. A., para, en su lugar, *imponerle*, en su condición de tercero civilmente responsable, la obligación, solidaria con los acusados, de *indemnizar* los daños y perjuicios causados con el delito, en los términos y condiciones señalados en los fallos de instancia.**

(III) ***Modificar*** la condena proferida en contra de Ramón Nova Pradilla, Daniel Nova Pradilla y Amparo Salazar de Molina, *exclusivamente* para dejar en 21 meses 26 días de prisión y $ 28.079,44 de multa, las penas principales que cada uno debe cumplir como coautores del delito de estafa agravada por el cual fueron declarados coautores responsables.

(IV) En todo lo demás la sentencia del Tribunal permanece vigente."**1** (Negrilla, subraya y resaltado mío).

11. Ahora bien, mientras se surtía el proceso penal anteriormente resumido y teniendo en cuenta que ante la evidente estafa, los deudores habían dejado de cumplir con las obligaciones adquiridas con el **BANCO POPULAR**, casi, simultáneamente, éste último, a sabiendas del origen espurio de la deuda, promovió a través de apoderado judicial demanda ejecutiva mixta en contra de los señores **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA**, **MARTHA LUCÍA ESCOBAR DE GUTIÉRREZ** y **JORGE RICARDO GUTIÉRREZ ESCOBAR**, con base en los títulos ejecutivos (pagarés 070-01-06488-5, 72070000597-1 y 72070000797-7), ante el Juez 25 Civil del Circuito de Bogotá.

---

1 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Penal No. 42.012 del 11 de marzo de 2015. M.P. Dr. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

12. El **9 de octubre de 2007**, el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá profirió sentencia dentro del mencionado proceso ejecutivo mixto No. 1999-9779, decidiendo negar tanto las excepciones propuestas, como la tacha de falsedad y, por consiguiente, condenar a **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA**, su esposa **MARTHA LUCÍA ESCOBAR DE GUTIÉRREZ** y su hijo **JORGE RICARDO GUTIÉRREZ** a pagarle al **BANCO POPULAR S.A.**, a título de sanción por la tacha de falsedad, el veinte por ciento (20%) de las obligaciones contenidas en los pagarés y las costas del proceso, así como también ordenó seguir adelante con la ejecución de los créditos. La mencionada sentencia fue confirmada en lo sustancial, con ocasión del recurso de apelación propuesto por los demandados, por el Tribunal Superior de Bogotá –Sala Civil- el 26 de junio de 2008.

13. Pues bien, como consecuencia del delito de estafa que se fraguó en contra de los demandantes **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA**, **MARTHA LUCÍA ESCOBAR DE GUTIÉRREZ** y **JORGE RICARDO GUTIÉRREZ ESCOBAR**, ellos han tenido que sufragar cuantiosos gastos en el curso del proceso ejecutivo mixto que el **BANCO POPULAR** instauró en su contra **y que aún permanece vigente con diligencia de remate pendiente sobre dos inmuebles de propiedad de los acciontes,** gastos que se discriminan en la demanda incoativa de este proceso.

14. El 21 de abril de 2009, el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito profirió auto por medio del cual aprobó la liquidación del crédito por valor de $887.194.228.00. Sin embargo, a la fecha de presentación de la demanda la liquidación del crédito ascendía a $1.909.711.809.00.

15. Muy a pesar del fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal que declaró al **BANCO POPULAR** civilmente responsable de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo del delito de estafa que se fraguó en su contra, **el proceso ejecutivo mixto No. 1999-9779 ha proseguido, encontrándose actualmente con fecha pendiente para diligencia de remate**.

16. El **BANCO POPULAR** actuó con temeridad y mala fe al iniciar el referido proceso ejecutivo mixto, habida cuenta que, **la deuda recaudada se originó en un acto ilícito, concretamente, en un delito de estafa del que fueron víctimas los demandantes y, coautores los empleados del BANCO, entidad que fue condenada a responder por ellos**.

17. En consecuencia, el **BANCO POPULAR**, de manera abusiva, temeraria y de mala fe, inició y continúa adelantando el proceso ejecutivo mixto contra los señores **MARINO GUTIÉRREZ ISAZA**, **MARTHA LUCÍA ESCOBAR DE GUTIÉRREZ** y **JORGE RICARDO GUTIÉRREZ ESCOBAR**, **pues los pagarés con los que se dio inicio a la acción ejecutiva son producto de una estafa tal y como se probó en el curso del proceso penal**.

18. Como consecuencia de todo lo anterior, mis representados también han sufrido graves los perjuicios de carácter extrapatrimonial que se relacionaron en el libelo incoativo del proceso.

II. PRETENSIONES

Los demandantes propusieron pretensiones principales y subsidiarias enderezadas, en lo medular, a que se condenara al Banco civilmente responsable por los perjuicios causados a los demandantes tanto en el ámbito patrimonial como extrapatrimonial, por el ejercicio abusivo del derecho a litigar, pedimentos que, en obsequio de la brevedad, no se transcriben nuevamente.

III. SÍNTESIS DEL TRÁMITE PROCESAL

1. El escrito de demanda se presentó a la oficina de reparto el 8 de marzo del año 2018, siendo asignada al Juzgado Veintiséis Civil del Circuito de Bogotá, el cual, luego del cumplimiento de algunas exigencias hechas a la parte actora, declaró su admisión el 23 de abril de 2018, disponiendo, seguidamente, la notificación del extremo pasivo y el traslado de rigor.

2. La parte demandada se hizo parte en el proceso y procedió a contestar la demanda el 19 de junio de 2018, en donde se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó: (i) *inexistencia de responsabilidad civil extracontractual en el Banco Popular S.A.*, *derivada de los presuntos perjuicios que los demandantes dicen haber sufrido en razón y con ocasión del proceso ejecutivo mixto que éste les instauró para el cobro de los pagarés distinguidos números 070-01-06488-5, 72070000597-1 y 72070000797-7, ante el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá, radicado bajo el número 1999-9779-25*; (ii) *los gastos, cuyo reembolso por conducto de este proceso solicitan los demandantes no responden legalmente al concepto de perjuicios*; y, (iii) *cosa juzgada*.

3. Tras el agotamiento de las etapas procesales de la primera instancia, el a-quo profirió sentencia el 23 de octubre de 2019, en la que, tras hacer las disquisiciones que consideró pertinentes, resolvió declarar probada la excepción de mérito denominada *"inexistencia de responsabilidad civil extracontractual en el Banco Popular S.A.*, *derivada de los presuntos perjuicios que los demandantes dicen haber sufrido en razón y con ocasión del proceso ejecutivo mixto que éste les instauró para el cobro de los pagarés distinguidos números 070-01-06488-5, 72070000597-1 y 72070000797-7, ante el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá, radicado bajo el número 1999-9779-25"*, y, en consecuencia, denegó las pretensiones formuladas en la demanda.

4. Contra esta decisión, la parte demandante invocó el recurso de apelación que aquí se surte.

IV. EL FALLO IMPUGNADO

Luego de asentar unas reflexiones en torno a la responsabilidad civil por el ejercicio abusivo de las vías judiciales, de relacionar y escrutar algunos documentos y de reseñar varios actos procesales, entre ellos los alegatos de las partes, se adentró el sentenciador en el examen de la excepción que la parte demandada denominó "cosa juzgada" con respecto al fallo de la Sala Penal de la Corte, para concluir que

la misma no estaba llamada a prosperar, porque no se presenta identidad de causa y pretensiones, las cuales son diversas a las formuladas en desarrollo del proceso penal.

Seguidamente, y al no haber encontrado probada la excepción de cosa juzgada, el *a quo* centró su examen en determinar el valor probatorio de la sentencia judicial en cuanto entendió que la demanda se funda en gran parte en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, no sin antes hacer una deshilvanada alusión al valor probatorio de los fallos judiciales. En ese sentido, abordó algunos apartes de dicha sentencia, descontextualizándolos, en donde la Corte señaló que los aquí demandantes en ningún momento *"han negado la obligación ni su monto, como tampoco la existencia de los títulos ni que los hubieren firmado. Igual han admitido que, finalmente, dejaron de cumplir con la obligación de pagar las cuotas pactadas con el Banco popular, lo cual lo habilitaba para su cobro ejecutivo"*.

Y seguidamente, citó otro aparte de la sentencia que en el mismo sentido refería lo siguiente:

"Con independencia de si en los pagarés se dejaron espacios en blanco y si estos fueron copados contrariando las instrucciones de sus suscriptores, lo que debe resaltarse es que los ofendidos deudores en ningún momento han negado la obligación ni su monto, como tampoco la existencia de los títulos ni que los hubieren firmado. Igual han admitido que, finalmente, dejaron de cumplir con la obligación de pagar las cuotas pactadas con el Banco Popular, lo cual lo habilitaba para su cobro ejecutivo".

Infirió, entonces, que eso lo llevaba a entender que los pagarés fueron llenados para acceder a su cobro judicial, sin que se demostrara que fueron alterados sus valores; que los deudores no han negado ni la obligación ni su monto; que firmaron los títulos valores; que dejaron de pagar las obligaciones pactadas con el banco; que la conducta que estructuró la estafa fue la asignación de los valores prestados para el pago de obligaciones de Arprint Ltda, que se inició proceso ejecutivo y que en la demanda se pidió el pago de lo que "realmente se adeudaba", aspectos que ponen de presente que el actuar del banco no fue temerario en punto del inicio y prosecución del proceso ejecutivo 1999-9779, ni en la compensación que hizo frente a las medidas cautelares, deviniendo las conclusiones antepuestas, en que en desarrollo de este proceso se construyó la excepción propuesta por la parte demandada denominada, ´Inexistencia de responsabilidad civil extracontractual en el Banco Popular S.A., derivada de los presuntos perjuicios que los demandantes dicen haber sufrido en razón y con ocasión del proceso ejecutivo mixto que este le instauró para el cobro de los pagarés distinguidos con los números 070-01-06488-5, 7207000597-1 y 7207000797-7, ante el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá, radicado bajo el número 1999-9779-25.

Añadió que la culpa, concretamente, la temeridad, es el primer presupuesto valorativo de la responsabilidad civil extracontractual por uso temerario de las vías judiciales, pero no aparece en el caso en examen, toda vez que no se generó el obrar temerario de la demandada en la presentación de la demanda ejecutiva que

le correspondió al Juzgado 25 Civil del Circuito, ni en la ejecución del mismo ante la autoridad correspondiente.

Tampoco puede constituir culpa de la demandada por aprovecharse de la circunstancia de no haberse ordenado en la parte resolutiva del fallo la terminación del proceso ejecutivo, a pesar de lo expuesto en las consideraciones de la decisión, porque si nos atenemos a los hechos de la demanda, a los pedimentos en punto del daño, a las declaraciones recibidas, en especial, de profesionales del derecho, se percibe que los aquí demandantes estuvieron extremadamente asesorados en desarrollo del proceso penal, y era un deber profesional de quienes los asistieron, pedir la adición o la complementación de la parte resolutiva de la sentencia, en el sentido que echan de menos, omisión que no puede achacarse a ninguna otra persona, sino a sí misma, y aquí tiene aplicabilidad del principio conforme al cual nadie puede alegar en su favor su propia culpa (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Agregó que acceder a las pretensiones de la demanda, implicaría desconocer "de manera rampante" el instituto de la cosa juzgada, plasmada en las sentencias de orden civil del Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá y la confirmatoria del Tribunal Superior de Bogotá -Sala Civil-, así como la misma decisión de la Corte, ya que esta última, no puede tener los efectos predicados por la parte actora porque su "*ratio descidendi"* no conduce inevitablemente a las conclusión a las que llega aquella, para deprecar un comportamiento temerario de la demandada, y para que por esa vía se adicione lo que considera la parte resolutiva del fallo penal y así dejar sin efecto dos decisiones civiles ejecutoriadas.

Habiendo dicho esto, transcribió, para apuntalar sus aseveraciones, algún fallo de tutela en la que los demandantes pidieron la terminación del proceso civil, aduciendo que había allí una orden implícita de terminarlo, amparo que les fue negado. Trasuntó, dentro de esa reseña, la siguiente apreciación de la Corte Suprema:

"Finalmente, esta Corporación advierte que además, que si lo que quieren los tutelantes es que se reconozca que la parte demandante del proceso ejecutivo incurrió en una maniobra fraudulenta, por cuanto cobró unos títulos que ellos firmaron engañados y que así fue entendido por la justicia penal, la protección también es improcedente; por cuanto los tutelantes tuvieron a su alcance otro medio judicial para debatir tales situaciones de hecho, idóneo para plantear el debate que expone por esta vía constitucional".

Después de haber citado sesgadamente dichos apartes de la sentencia, concluyó que los aspectos allí mencionados permitían concluir que el actuar del Banco no fue temerario al iniciar y proseguir con la ejecución del proceso ejecutivo No. 1999-9779.

V. ALEGACIONES

1. **De la responsabilidad civil por el ejercicio abusivo de litigar**. **Principios Generales.**

Como todos los derechos, el de acudir a la administración de justicia en búsqueda de la composición de un litigio también es relativo y debe ejercerse dentro de unos confines expresamente previstos por el legislador. Sin necesidad de ahondar en la materia, es suficiente decir que debe hacerse sin temeridad ni mala fe.

Como lo precisó la Corte Suprema en sentencia del **28 de agosto de 2013**:

"…el ejercicio del aludido derecho presupone el cumplimiento de un conjunto de deberes que, en lo fundamental, según se desprende del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil se condensan en que las partes y los apoderados que las representen deben "[p]roceder con lealtad y buena fe en todos sus actos" (num. 1º) y deben "[o]brar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales" (num. 2º), disposiciones éstas que resultan complementadas con el artículo 74 de la misma obra, que a la letra reza:

"Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

"1º. Cuando es manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido éste.
"2º. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
"3º. Cuando se utilice el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a éste o recurso, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
"4º. Cuando se obstruya la práctica de pruebas.
"5º. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso".

Y transcribiendo un precedente de esa misma Corporación añadió más adelante:

"(…) '*El artículo 2341 del C. Civil consagra el principio de que todo perjuicio causado por dolo o culpa, obliga a su autor a cabal indemnización. No se exige una determinada culpa para que surja la obligación de resarcimiento. Es suficiente una culpa sin calificación, una culpa cualquiera, desde luego que no es indispensable que el autor del daño haya actuado con intención positiva de inferirlo o que se requiera, específicamente, que se le declare reo de una determinada clase de culpa.*

'Y como el derecho de cada cual va hasta donde empieza el de su prójimo, resulta evidente que cuando su ejercicio traspasa este límite, tal actividad puede implicar un claro abuso del derecho, que si se origina en proceder culposo de su titular, compromete la responsabilidad personal de éste si causa daño a terceros. Quien actúa así, no puede liberarse entonces del deber de indemnizar perjuicios, afirmando: feci, sed jure fecis, pues en principio, los derechos subjetivos no pueden ejercitarse en ámbitos que no estén tutelados por un interés serio y legítimo. Cuando su ejercicio se sale de esta esfera, el titular de la facultad deja de obrar conforme al derecho y su actuar se torna típico abuso del mismo; tal el motivo para que, con razón, hayan dicho los MAZEAUD que no se nos han conferido nuestros derechos para que los ejerzamos con un fin puramente egoísta, sin tener en cuenta el influjo que pueda tener su ejercicio sobre nuestros semejantes, y que el interés social debe tener un sitio junto al interés individual del titular del derecho ejercido.

'(…) *Ahora bien, como no son los mismos los elementos de la responsabilidad por abuso de un derecho subjetivo o por el del empleo de vías de derecho, necesario será advertir que, acogiendo en el punto lo que la doctrina francesa sostiene sobre el abuso*

de estas últimas vías, el nuevo Código de Procedimiento Civil (arts. 71, 72, 73 y 74), para deducir responsabilidad a los terceros intervinientes, a las partes o a sus apoderados por los perjuicios que, con sus actuaciones procesales, causen a su adversario o a terceros, exige expresamente que esos actos sean fruto de la temeridad o de la mala fe.

'Sin embargo, la doctrina jurisprudencial de la Corte sobre el abuso del derecho, no sufre modificaciones relativamente a que el titular de un derecho subjetivo, cuando abusa en su ejercicio, no ya en las vías de derecho que utiliza para alcanzar su efectividad, compromete su responsabilidad personal si, por cualquier especie de culpa, con tal proceder causa daño. Y existe culpa, entonces, siempre que el titular del derecho haya obrado como no hubiera obrado un individuo diligente y juicioso, situado en las mismas circunstancias externas que el autor de la culpa.

'(…) *En resumen: quien cometa abuso en la elección de las vías de derecho, es decir, en sus actuaciones procesales, también debe indemnizar el daño que cause, mas sólo cuando su proceder haya sido temerario o malicioso. Y, en cambio, quien es reo del mismo abuso, mas no ya por la elección de vías de derecho, se hace responsable, en principio, siempre que en su actuar haya obrado culposamente, a pesar de que su proceder no pueda calificarse como temerario o malintencionado' (Cas. Civ., sentencia de 11 de octubre de 1973, proceso de Luis Enrique Páez Sierra contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero*. (se subraya)".

Y luego de reseñar algunos fallos alusivos al tema[1] concluyó:

"Ese criterio de la Corte, en los fallos proferidos con posterioridad al precedentemente reproducido, en lo sustancial, no se aprecia modificado y en el presente se reafirma, en tanto que en tales pronunciamientos, en lo tocante con el criterio de imputación en los casos de abuso del derecho de litigar, se ha hecho referencia, de manera general, a la actuación "negligente, temeraria o maliciosa para obtener una tutela jurídica inmerecida" (Cas. Civ., sentencia del 14 de febrero de 2005, expediente No. 12073. Ver, entre otras, las sentencias de 24 de enero de 2005, expediente 2000131100011994-2131-01; 22 de febrero de 2005, expediente No 110012103006-1997-9124-01; y 14 de noviembre de 2008, expediente No. 70001-3103-004-1999-00403-01).

"Siendo ello así, es dable inferir que los elementos estructurales de dicha acción -la resarcitoria de los perjuicios causados por el abuso del derecho de litigar- son aquellos que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen definidos en todos los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, con los ajustes que corresponde, es decir, una conducta humana antijurídica, en este caso, el adelantamiento de un proceso o la realización de un acto procesal particular en forma desviada de su finalidad; un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, que en la referida hipótesis, como viene de explicarse, solamente puede consistir en la temeridad o mala fe; un daño o perjuicio, es decir, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad; y, finalmente, una relación o nexo de causalidad entre el comportamiento de aquel a quien se imputa la responsabilidad y el daño sufrido por el afectado".

En consecuencia, quien actuando con temeridad o mala intención adelante o prosiga pleitos judiciales debe indemnizar los perjuicios que con su obrar

retorcido cause a otros. Y ha sido tan reiterada e inalterada la doctrina de la Corte en la materia que se hacen innecesarias mayores precisiones.

2. <u>La temeridad y la mala fe como presupuestos de la responsabilidad por ejercicio abusivo del derecho a litigar</u>.

Como fácilmente se advierte en los artículos 79, 80 y 81 del C.G.P. (que se corresponden, en lo medular, con los artículos 72 a 74 del C.P.C.), los criterios de imputación de esta responsabilidad son de índole subjetiva (que la distinguen de la condena en costas que atiende criterios objetivos), concretamente, la temeridad[2] y la mala fe del agente, que son conceptos diferentes.

"*La temeridad alude a una actitud imprudente o desatinada, echada a los peligros, sin medir sus consecuencias. Es un dicho o hecho sin justicia ni razón y destinado, especialmente, a afrentar valores morales del prójimo*"[3].

<u>La verdad es que quien actúa temerariamente litiga "*sin razón valedera y tiene además conciencia de la propia sinrazón*", esto es que no solo carece de razón para actuar como lo ha hecho en el juicio, sino que, a su vez, es consciente de su iniquidad.</u>

La malicia, por el contrario, según el Diccionario de la Lengua Española consiste en "*la intención solapada, de ordinario, maligna o picante, con que se dice o se hace algo*", <u>de manera que presupone la existencia de actos deliberados enderezados a distorsionar los fines del proceso</u>, a obstruirlo o obtener ventajas inicuas del mismo.

El **<u>artículo 74</u>** del Código de Procedimiento Civil, vigente para cuando el Banco inició el trámite ejecutivo, enlistando conductas correspondientes a ambas especies actos indebidos, prescribía:

"*Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:*
"1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste.
"2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
"3. Cuando se el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a este o recurso, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
"4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas.
"5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso".

Se trata, a decir verdad, de una enumeración meramente enunciativa de comportamientos de esa estirpe, motivo por el cual caben allí otros no descritos por el legislador.

Y, conforme a la prescripción del **<u>artículo 72</u>** ibídem:

"*Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales, temerarias o de mala fe, cause a la otra o a terceros intervinientes.*

Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide en la forma prevista en el inciso cuarto del artículo 307, y si el proceso no hubiere concluido, los liquidará en proceso verbal separado.
"A la misma responsabilidad y consiguiente condena están sujetos los terceros intervinientes en el proceso o incidente.
"Siendo varios los litigantes responsables de los perjuicios, se les condenará en proporción a su interés en el proceso o incidente".

Esto es que conforme a ese estatuto, cuando en un proceso el juez pudiera establecer la temeridad o la mala fe del litigante podían presentarse tres hipótesis: i) que, además, apareciera probado el monto del perjuicio, en cuyo caso condenaría al culpable en la respectiva sentencia o en el auto que decidiera el incidente, al pago de la indemnización respectiva; ii) que si no podía fijarse allí el monto, éste debía liquidarse en incidente separado, siempre y cuando el proceso hubiese terminado; iii) pero si con la providencia que develaba la temeridad o mala fe del interviniente no terminaba el proceso, la liquidación de los perjuicios se adelantaba en proceso verbal separado. En el C.G.P., esta última hipótesis desaparece de modo que cuando no aparezca prueba de los perjuicios causados por la conducta indebida del litigante se procede a su cuantificación mediante incidente.

Ahora bien, si no le era dado al perjudicado demostrar la temeridad o la mala fe de su adversario en el proceso, le incumbía alegarlo, demostrarlo y cuantificarlo, en pleito separado, que es lo que aquí ha acontecido. Aunque los deudores tenían claridad de conciencia que nada le debían al Banco porque éste nada les había prestado y tenían la percepción de que habían sido víctimas de uno o más actos delictivos, no tuvieron la oportunidad ni los medios para demostrarlo fehacientemente en el juicio ejecutivo.

Fue, solamente, luego de adelantada y agotada la investigación penal, varios años después, como pudo establecerse irrefutable, inmutable y definitivamente, la conducta desleal, temeraria y malintencionada de la ejecutante, aquí demandada.

Asentado lo anterior, se impone colegir que si una de las partes, como aquí se le enrostra al Banco, deliberadamente hace afirmaciones mendaces en el proceso y si adelanta el mismo para hacer obrar en su favor supuestos derechos subjetivos que, a sabiendas, no puede reclamar contra el demandado incurre, conforme a las trasuntadas reglas jurídicas, en un acto temerario y malintencionado, concretamente, por carecer de fundamento alguno para entablarlo ordinal 1 artículo 74 CPC), por alegar hechos contrarios a la realidad (ordinal 2 ibídem) e, incluso, por valerse del litigio con fines claramente fraudulentos.

2.1. En este caso, no hay lugar a titubeos para calificar como temeraria la conducta del BANCO, en cuanto es palpable que, como lo preveía el artículo 74 del C.P.C. (y hoy lo hace el artículo 79 del C.G.P.), es

manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda ejecutiva que inició con los actores, proclamándose acreedor de los ejecutados por virtud de un contrato de mutuo inexistente, que aún prosigue contra ellos a pesar de haberse declarado por la Corte que éstos fueron víctimas de una estafa fraguada, entre otros, por sus empleados con el ánimo de favorecerla, ejecución que, además, se apuntaló en afirmaciones falsas, amén que con ese proceso pretende consumar un propósito claramente fraudulento.

Esos actos de temeridad se evidencian, **desde un comienzo,** cuando esa entidad, **a sabiendas** que sus empleados habían urdido una conducta deshonesta, fraudulenta, engañosa y malintencionada, enderezada a obtener por medio ilícitos que los aquí demandantes suscribieran unos títulos valores sin que hubiesen recibido **NUNCA** ningún dinero, ni lo hubiese destinado **a fortalecer la empresa que querían promover, esto es ARPRINT S.A**., inició un proceso de ejecución contra los demandantes y lo ha proseguido. No obstante, la justicia penal declaró que se tergiversó premeditadamente la destinación del crédito para cubrir obligaciones de otra sociedad (ARPRINT DE COLOMBIA LTDA.) sin que hubiese obrado autorización alguna en ese sentido. A pesar de tener conocimiento de la sinrazón de sus pedimentos, procedió a iniciar proceso de ejecución contra las víctimas por sumas que éstas no le debían; y lo ha proseguido, inclusive después que la Sala Penal condenó, entre otros, a sus empleados, por esas felonías y al mismo banco como civilmente responsable por ellas.

Como se demostrará más adelante, la culpa y la temeridad de sus subordinados es directa y propia de la entidad bancaria, de manera que:

i) si éstos fraguaron una estafa para favorecer, entre otros, al mismo Banco,

ii) a sabiendas que éste no había desembolsado ninguna suma de dinero a favor de los demandantes víctimas de la estafa,

iii) que tampoco se cumplieron los designios que éstos impartieron para que las sumas correspondientes a los pagarés que mañosamente los indujeron a suscribir se aplicaran como capital de trabajo de una nueva sociedad (ARPRINT S.A.),

iv) que esas sumas de dinero las aplicó el Banco para pagarse deudas de dudoso reclamo de otra sociedad (Arprint de Colombia Ltda.),

v) que iniciaron un proceso ejecutivo para cobrar en nombre del Banco el monto señalado en los instrumentos como si hubiese existido un préstamo, y así lo adujeron en el proceso ejecutivo,

contrariando flagrantemente la verdad, porque el mutuo nunca existió,

vi) que a pesar de conocer la sentencia de la Sala de Casación Penal en las que los empleados del Banco fueron condenados por haber cometido el ilícito de estafa y el banco condenado como tercero civilmente responsable por ese delito, la ejecución ha proseguido e inclusive se embargaron en ella los dineros consignados a título de indemnización por los perjuicios causados a los accionantes con ese delito de estafa perpetrado con los títulos valores cuyo cobro aún persigue, **es forzoso concluir que el Banco ha incurrido en un comportamiento temerario y fraudulento, pues todas esas conductas le son imputables directamente como propias**.

2.1.1. Ciertamente, conforme aparece resumido en **las sentencias de instancia que resolvieron seguir adelante la ejecución** en contra de los aquí accionantes y que obran en este proceso, pero que el fallador a quo inexplicablemente desconoció, en el juicio ejecutivo que contra ellos adelantó el Banco Popular, éste afirmó que las sumas de dinero que les cobraba correspondían a **unos dineros recibidos de esa entidad a título de mutuo comercial con intereses**.

En efecto, en la sentencia de primera instancia proferida el 9 de octubre de 2007 por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, la cual fue aportada como prueba a este proceso, ese Despacho, al hacer un breve recuento de los hechos litigiosos, señaló:

"(…) *la ejecución fue iniciada en demanda repartida a este Juzgado el 5 de noviembre de 1999, dirigida contra Marino Gutiérrez Isaza y Héctor José Rodríguez Alvira con respaldo en la cobranza del pagaré No. 070-01-06488-5 otorgado por ellos el 31 de octubre de 1997 a la orden del banco ejecutante, obligándose a pagarle a su vencimiento final el 31 de enero del año inmediatamente siguiente la suma de $46.500.000,* ***recibida a título de mutuo comercial con intereses****, cumpliendo con el pago de estos hasta el día 30 de abril de 1998, hallándose insoluto el capital mutuado".* (Negrilla y subrayado mios)

"Seguidamente se impetró una segunda demanda presentada directamente a este Juzgado con fecha 10 de febrero de 2000, dirigida contra José Ricardo Gutiérrez Escobar, Marino Gutiérrez Isaza y Martha Lucía Escobar de Gutiérrez, respecto del pagaré 720-70000597-7, y Marino Gutiérrez y Martha Lucía Escobar de Gutiérrez, por el pagaré 72070000597-1, (…) *pretendiéndose en ella hacer efectiva la cobranza de los pagarés* (…) *obligándose a pagarle* (…) *la suma de 56.000 dólares americanos* ***por cada uno de los mencionados títulos-valores, que recibieron a título de préstamo con intereses*** (…)*".* (Negrilla y subrayo).

Como es patente en ese escrito, que es un documento público cuya autenticidad se presume y no fue tachado de falso en el proceso, el juez trasunta las afirmaciones de la ejecutante y advierte que ésta cobra esas sumas de dinero porque aseveró que los ejecutados eran sus deudores por haberlas **recibido en préstamo**, es decir, por medio de un contrato de mutuo.

Empero, lo cierto es que esas sumas **NUNCA** fueron desembolsadas a favor de los supuestos deudores, ni se destinaron a los fines acordados con el Banco. El ejecutante, aquí demandado, actuando malintencionada y temerariamente, afirmó allí que hubo un préstamo de dinero a favor de los ejecutados, cuando en realidad ese pretendido mutuo **JAMÁS** existió. Los engañaron, y el Banco lo sabía y sacó provecho de la artimaña, para que suscribieran los títulos valores sin que hubiese habido contraprestación alguna.

2.1.2. **Inexistencia de contrato de mutuo.**

Como se ha venido diciendo, el BANCO adelantó un proceso ejecutivo para cobrar el monto señalado en los instrumentos como si hubiese existido un préstamo, y así lo adujeron en el proceso ejecutivo, **faltando a la verdad, porque el mutuo nunca existió**, motivo por el cual incurrieron, y con ellos el Banco, en un comportamiento temerario y fraudulento.

Como es sabido, el contrato de mutuo requiere, para su perfeccionamiento, la entrega o tradición de la cosa prestada, pues es así como se produce la transferencia de la propiedad del mutuante al mutuario, quien queda obligado a la restitución de otra cosa del mismo género y calidad, restitución que solo se justificará en la medida en que previamente el mutuante haya hecho entrega de la cosa, pues, de lo contrario, no habrá lugar a la formación del negocio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, en reiteradas providencias ha reiterado la naturaleza real de dicho contrato. Así, en sentencia del 22 de marzo de 2000, con ponencia del magistrado Carlos Ignacio Jaramillo, señaló lo siguiente:

"En tratándose de contratos como el mutuo (mutuum), la transferencia o traslación de la propiedad en torno a ella (mutui datio). En este sentido, como bien lo atestiguó - de nuevo - el jurisconsulto Gayo, "...la entrega en mutuo ...se hace propiamente con las cosas que se pesan, cuentan o miden, como es el dinero...., con el fin de que se hagan de la propiedad de quienes la reciben...." (Institutas, III, 90).

*"**La tradición de la cosa, así entendida (actus y animus), es pues necesaria para el perfeccionamiento de este contrato real apellidado***

mutuo, *ex profeso, en prueba de su revelador significado (mutuus: mío y tuyo).* ***De allí que una vez que ella opere, jurídicamente podrá aludirse a un acuerdo dotado de virtualidad negocial y, por tanto, de eficacia plena, muy al contrario de lo que tiene lugar de cara a otras categorías contractuales****, particularmente respecto de los contratos solemnes o consensuales. Es por ello que la doctrina especializada, desde esta específica perspectiva, reconoce que el contrato real es quoad constitutionem, y no quoad effectum, como tiene lugar en materia de los llamados - modernamente - contratos con eficacia real - que no deben ser asimilados a los negocios reales, propiamente dichos -, existentes por oposición a los negocios obligatorios - o contratos obligacionales generadores de típicos derechos de crédito -, en los cuales la datio rei, en sí misma considerada, no juega ningún papel generador, dado que estos se caracterizan por la constitución, traslación, modificación o extinción de derechos reales (iura in re).*

"En el Derecho Colombiano, de lege data, ***la entrega con efectos de tradición de la cosa dada en mutuo (art. 740 C.C.), es un requisito sine qua non de este negocio jurídico (presupuesto de carácter genético)****, ora en la codificación civil, ora en la mercantil, en este tópico permeadas por la cultura jurídico-romana de marras, motivo por el cual si aquella no media - en cualquiera de sus formas reconocidas ex lege -, mal podrá tenerse por latente, en concreto, la precitada relación negocial, con todo lo que ello entraña, sin perjuicio, claro está, de que en cada caso específico se evalúe la posibilidad de surgimiento de una promesa de mutuo (arts. 1611 C.C. y 1169 C. de Co.), o de la conversión del negocio jurídico que, en razón de su nulidad, migre a otro tipo contractual, no por ello, el converso, huérfano de validez (arts. 1501 C.C. y 904 C. de Co.).*

(…)

*"****Es así como con arreglo a los artículos 2221 y 2222 del Código Civil, "El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad", negocio jurídico, expressis verbis, que "No se perfecciona … sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio****" (Se subraya), normas que preservan - en lo fundamental - las directrices romanas en materia de los contratos reales, en general, y las trazadas para el contrato de mutuo, en particular, según ya se anticipó, amén de las orientaciones francesas, en especial las que emergieron - en el derecho pre-revolucionario o francés histórico - de J. Domat y R.J. Pothier y, posteriormente, las consignadas en el Código Civil de Napoleón (art. 1.892), criterio éste acorde, además, con el ideario de las más descollantes escuelas medievales (Glosadores, Comentaristas - o Post-Glosadores - y Canonistas) que, en el tópico de la entrega de la cosa, acompañada de su tradición, permanecieron fieles a la dogmática romana, lo que explica que don Andrés Bello, seducido por tan férrea concepción, haya mantenido el mismo pensamiento basilar, no empece haber conocido una postura divergente, particularmente la adoptada por don Florencio García Goyena, reflejada en su célebre proyecto de Código Civil Español del año de 1851 (esquema consensualista puro, art. 978), a la par que la pregonada, incluso con antelación, por militantes de la conocida Escuela Clásica del Derecho Natural, ambas morigeradas ulteriormente, en guarda*

de preservar la categoría de los negocios reales (culto al denominado "dogma de la realidad").

*"**Así las cosas, en el Derecho Colombiano el sólo consentimiento - aun cuando invariablemente se requiere en todas y cada una de las convenciones -, es insuficiente para la gestación negocial del mutuo, como quiera que en la esfera patria la tradición - que en desarrollo del artículo 740 del C.C. supone la entrega de la cosa** -, **resulta indispensable**, a manera de arquetípico plus, en los ordenamientos civil y comercial - art. 822 - (datio rei; contrahendi vel obligandi causa), cimentados en una arraigada concepción romana, con independencia de la llamada - por algunos - "crisis de los contratos reales" y de sus modernas proclamas orientadas a erradicar el prenombrado "dogma de la realidad", esto es, la consideración de que **la tradición, per se, es un presupuesto iuris de índole insoslayable, cuya omisión, a manera de valladar, impide el surgimiento de efectos en derecho y, por contera, de un vínculo obligacional definido (contrato real, stricto sensu)**.*

*"… **En suma, no todos los contratos reales, así lo exprese formalmente el artículo 1500 del Código Civil, se perfeccionan - en puridad - con la tradición de la cosa, como sí acontece con el mutuo, toda vez que otros de la misma prosapia, según sucede - como se anticipó - con el referido comodato, ad exemplum, afloran a la vida jurídica en virtud de la escueta entrega, desprovista de la tradición, bien entendida. No en balde, en este último tipo negocial no se genera transferencia o mutación alguna del dominio, lo que explica que el comodatario, conforme a las voces del artículo 2200 del ordenamiento civil, deba "… restituir la misma especie después de terminar el uso"**.*

"Expresado lo que antecede, importa anotar que esta Sala ya ha manifestado que la entrega en el contrato de mutuo, materializada con la inequívoca finalidad de hacer la tradición de la cosa, vale decir, de transferir su dominio - artículo 2222 del C.C. -, es un requisito que no puede ser pretermitido (mutuo datio), so pena de que no se geste el respectivo negocio jurídico que, en tal virtud, ha corroborado que es un típico contrato real, categoría que, en Colombia, al contrario de la generalidad de naciones - así como de los modelos legislativos y códigos examinados por el señor Bello -, tiene explícita carta de ciudadanía en el artículo 1500 del Código Civil, contentivo de la clasificación trimembre que atiende al factor objetivo del perfeccionamiento negocial, norma que en punto tocante al préstamo de consumo, no ofrece ninguna duda acerca del rol constitutivo asignado a la tradición, muy a pesar de la equívoca referencia - general - a este instituto como único requisito genético de tales contratos, pues conforme se ha acotado, en cierto tipo de negocios de este linaje, será suficiente la mera y escueta entrega (comodato y depósito), mientras que en el mutuo, es indispensable aquella - la traditio -, en razón de su inquebrantable y confesa vocación dispositiva (transferencia del dominio de "cosas fungibles", art. 2221 C.C.)".

Siendo las cosas de esta manera, resulta apenas evidente que entre los aquí demandantes y el BANCO POPULAR no se celebró ningún contrato de mutuo que diera lugar a la presentación del proceso ejecutivo para reclamar el pago de unas sumas de dinero que, como

ya se ha dicho en repetidas oportunidades, no fueron entregadas a los demandantes y tampoco aplicadas a los designios autorizados por ellos.

No puede aducirse que el Banco ignoraba del carácter real del contrato de mutuo porque, de un lado, es un profesional de la actividad financiera y, por ende, entendido en la misma y, de otro, porque la ignorancia de la ley no puede aducirse en este caso como excusa.

2.1.3. ¿Podía el Banco cobrar los pagarés a pesar de la inexistencia de mutuo?

NO. ¡POR SUPUESTO QUE NO! Y en ese sentido se equivoca rotundamente el Juzgado cuando deduce que le era dado al Banco demandado cobrar los pagarés porque aludían a una suma de dinero y no fueron adulterados, pues lo cierto es que esa entidad NUNCA desembolsó a los suscriptores de los mismos suma alguna, ni lo hizo a la empresa que estos habían delegado para recibirlos. Pareciera entender ese juzgador que el mero hecho de suscribir los pagarés, sin haber recibido por parte de la entidad bancaria suma alguna, legitima al banco para demandar ejecutivamente a los otorgantes del mismo. Empero, semejante deducción es abiertamente desacertada.

Ya se ha dicho que el mutuo es un contrato real, de modo que presupone para su existencia que el mutualista desembolse la suma de dinero que será prestada al deudor. Y la suscripción del pagaré debe obedecer a la documentación de una verdadera operación de crédito, habida cuenta que "***ese contrato de mutuo que refleja la operación de préstamo, materialmente se vierte en la actividad bancaria, de ordinario, en un documento denominado 'pagaré'*** *que reviste además la condición de ser un título valor de contenido crediticio; condición idéntica a la que tiene una 'letra de cambio' o un cheque*[4]".

En ese mismo sentido el concepto 1999016622-2 del 4 de mayo de 1999 de la Superintendencia Financiera, conforme al cual:

"*En efecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de marzo de 1998, con ponencia del Dr. José Fernando Ramírez Gómez, determinó que el contrato de mutuo es de naturaleza real con fundamento en lo señalado por el artículo 1169 del Código de Comercio, norma que al establecer la promesa del contrato de mutuo descarta la consensualidad de este negocio jurídico, de tal suerte que el perfecciona miento del mismo* ***sólo se presenta cuando se hace la entrega real de los recursos correspondientes****.* (Pongo de relieve).

*"****Partiendo de esta precisión, debemos señalar que el contrato mencionado se instrumenta en el pagaré****, o documento de valor en el cual se hace constar la obligación del deudor, edificada bajo la promesa*

de pagar una suma determinada de dinero en un plazo expresamente acordado y con el reconocimiento de intereses a tasas previamente estipuladas". (Destaco).

En consecuencia, si un banco beneficiario de un pagaré pretende hacer exigible frente al otorgante la suma de dinero allí consignada, es indispensable que éste hubiese recibido en mutuo el dinero que mediante ese título valor se compromete a restituir, habida cuenta que ese instrumento debe obedecer a una verdadera operación de crédito. En consecuencia, el Banco carece de derecho subjetivo alguno que le permita incoar un proceso ejecutivo si el dinero que dice haber prestado no fue recibido por el suscriptor.

Desde luego que, no habiendo circulado los títulos valores a favor de terceros de buena fe, le era dado al deudor alegar frente al beneficiario original todo hecho que pusiera de presente la inexistencia de la obligación de pagar la suma de dinero que se le reclama, pues así lo impone el ordinal 12 del artículo 784 del C. de Co.

Cabría preguntarse si el proceso ejecutivo hubiese prosperado si el Banco hubiese afirmado, como le correspondía si hubiese obrado con lealtad, diligencia y buena fe, que los dineros que cobraba a título de mutuo no los habían recibido los deudores (ni persona alguna legítimamente habilitada para tal efecto) y que éstos fueron víctimas de una estafa en la que sus empleados los engañaron, incurriendo en un delito de estafa, para que suscribieran los pagarés base de la ejecución. Y la respuesta es obvia: ¡Claro que no! Desde luego que hubiese aflorado explicito que carecía de derecho de crédito alguno que pudiera cobrar. La verdad es que ni siquiera habría contado con una obligación que fuera exigible contra los suscriptores del pagaré.

Pero, por el contrario, el ejecutante afirmó mendazmente que había entregado en mutuo a los ejecutados la suma que reclamaba y que, por ende, era titular de un inexistente derecho crediticio frente a estos. Inclusive, prosiguió con la ejecución a pesar de haberse proferido posteriormente sentencia condenatoria contra sus empleados.

2.1.4. Hubo, pues, un fraude fraguado directamente por el Banco (porque la culpa de sus empleados es su propia culpa), enderezado a hacerlos firmar con falsas promesas los instrumentos negociables, haciéndoles creer que el dinero se aplicaría como dinero de trabajo de una nueva sociedad (ARPRINT S.A.), de la cual serían socios, lo que no aconteció porque siempre estuvo en la mente de los embaucadores (y del Banco) que ese dinero se imputaría a otras

deudas de imposible recaudo a cargo de la sociedad ARPRINT DE COLOMBIA LTDA.

En ese orden de ideas, un primer acto temerario que implica un ejercicio abusivo del derecho a litigar se evidencia en esa afirmación mendaz contenida en la demanda ejecutiva, otro más en la carencia de fundamento legal para cobrar la restitución de un dinero que nunca recibieron los demandados en mutuo, lo cual fue demostrado con las pruebas a las que más adelante se aludirá, así como con el fallo proferido por la Sala Penal de la Corte.

Y como si los anteriores actos malintencionados fuesen poca cosa, ha proseguido con la ejecución a pesar de la sentencia de la Corte en la que se puso de presente la estafa, e, inclusive, en un acto intensamente pérfido, embargó las sumas de dinero correspondientes a la indemnización que correspondía a los accionantes como víctimas del reato causado con los títulos valores cuyo cobro ejecutivo de todos modos persigue.

Todos estos actos evidencian, de manera indubitable, la hipótesis prevista en el ordinal 79 del C.G.P (correspondiente al artículo 74 del C.P.C.).

2.1.5. **PRUEBA DE LA TEMERIDAD**

Todo esto brilla al ojo y para verlo no se requería ningún esfuerzo, pero, incomprensiblemente, el fallador se abstuvo de apreciarlo. Por **supuesto que no sólo lo pone de presente la copia de la sentencia proferida el 11 de marzo de 2015 por la Sala Penal de la Corte**, a cuyo valor probatorio aludiremos más adelante, sino, distintas pruebas del proceso, al unísono inexplicablemente preteridas por el a quo:

2.1.5.1. La **confesión de la representante legal de la entidad demandada**, quien al ser preguntada para que dijera si era cierto ***"****que la condena por estafa agravada a Marco Urbano y Blanca Miryam, empleados del Banco, junto con otros procesados, obedeció a que destinaron las obligaciones contenidas en los pagarés que cobran ejecutivamente, para imputarlos a deudas preexistentes de la sociedad ARPRINT LTDA****"***, respondió: "***Es cierto". (11:30:50).***

Luego fue inquirida para que dijera si era cierto *"que esas sumas de dinero nunca fueron desembolsadas directamente a los demandantes ni tampoco desembolsadas en cuentas de su propiedad. ¿Es cierto o no es cierto?*

Respondió: "<u>Fueron a la cuenta corriente de la sociedad ARPRINT. No pasaron a las cuentas de los demandantes".</u>

¿De cuál ARPRINT?

<u>Respuesta</u>: "ARPRINT LTDA".

Es incuestionable, entonces, que la representante legal del Banco admite, por un lado, que el dinero correspondiente a los valores incorporados en los pagarés que se cobran ejecutivamente no fue desembolsado a los suscriptores de los mismos; y, por otro, que pasaron a la cuenta de ARPRINT DE COLOMBIA LTDA., de la que ni fueron socios, ni en cuyo favor autorizaron ese pago, pues lo convenido con la entidad crediticia era que se destinaran como aporte a una sociedad nueva que iba a denominarse <u>ARPRINT S.A</u>. Y la verdad es que sin titubeos de ninguna especie admite que esos dineros se destinaron para pagar las deudas de otra sociedad con la que los suscriptores de los títulos valores no tenían ninguna relación.

Incluso, cuando el Juez le preguntó si existía algún documento mediante el cual los accionantes autorizaron el pago de las deudas de ARPRINT DE COLOMBIA LTDA., respondió mendaz y elusivamente:

"Todos estos interrogantes están debatidos en el proceso penal y en la sentencia de la Corte Suprema. Para responder a su pregunta, dejo la claridad que todo este tema ya fue debatido por las instancias del proceso penal. Sobre su pregunta de si quedaron los soportes de las autorizaciones que dieron al Banco, sí señor, están las autorizaciones que dio marino Gutiérrez al Banco para que de allí se pagaran algunas deudas. Esas autorizaciones fueron puestas en conocimiento del Juez Penal y por supuesto de la Fiscalía que investigó el caso".

Pero lo cierto es que, contrariamente a lo que falazmente afirma la deponente, la Sala Penal de la Corte condenó a los empleados bancarios por el delito de estafa, precisamente, por engañar a los otorgantes de los pagarés para que los suscribieran haciéndoles creer que recibirían el dinero o lo destinaría para apalancar a la sociedad ARPRINT S.A., pero lo cierto es que los aplicaron para cubrir obligaciones de imposible recaudo a cargo de una sociedad distinta, sin la permisión de los libradores de los instrumentos negociales.

En todo caso, de haber existido esas autorizaciones, las debió aportar en original o copia la entidad demandada a este proceso lo que, obviamente, no hizo. Y de no estar en su poder, lo que de por sí es imposible, debió pedir su traslado o exhibición, cosa que tampoco hizo, **porque la verdad es que no existen**.

Más adelante cuando fue interrogada sobre el conocimiento que tenía el Banco de la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, contestó:

"*Claro que sí tengo conocimiento. El Banco fue condenado a pagar la suma de $352.000.000 más IPC como tercero civilmente responsable, en virtud de que la entidad responde por las actuaciones de sus dependientes. Sobre ese fallo penal, cabe señalar, que muy inconforme el Banco con esa decisión que le ordenó pagar como tercero civilmente responsable, se presentó acción de tutela para dejar sin efecto esa sentencia porque el Banco venía siendo absuelto en primera y segunda instancia. La Corte Constitucional consideró que el Banco tenía la razón en el sentido de que si se le había vulnerado el principio de la doble instancia porque no tuvo oportunidad para defenderse de ese fallo condenatorio, pero que siendo así desde abril de 2015 hacia adelante surtía el efecto, y ordenó al Congreso que reglamentara el artículo para que estos casos no se volvieran a presentar. Total, el fallo quedó en firme muy a nuestro pesar.* ***Sin embargo, el Banco procedió a pagar los perjuicios.***

Igualmente admitió, al ser inquirida sobre el embargo de esa indemnización en el proceso ejecutivo mediante el cual se cobran los títulos valores obtenidos ilícitamente, respondió:

"Es cierto. El Banco consignó $467 millones aproximadamente para el pago de los perjuicios y $11 millones aproximadamente para título de costas en el proceso. Dichos dineros, es cierto, fueron embargados por el Banco con destino al proceso ejecutivo que el Banco le sigue a los aquí demandantes".

2.1.5.2. A esos actos temerarios aludió, igualmente, al rendir la declaración de parte para la que fue convocado, el demandante JORGE RICARDO GUTIERREZ ESCOBAR, quien, al ser interrogado sobre las razones por las cuales los dineros que les iban a ser prestados fueron destinados a cancelar las deudas que tenía ARPRINT DE COLOMBIA LTDA, contestó:

"Esa fue la sorpresa que tuvimos porque en esa reunión que tuvimos y durante todo el planteamiento del negocio y del futuro de ARPRINT S.A., se había planteado que los créditos que se iban a dar, tanto los créditos que nos otorgaron a nosotros como a mi papá Marino Gutiérrez, a mi mamá Martha Lucía Escobar y a mí Jorge Gutiérrez, eran unos créditos que iban a ser para capital de trabajo de ARPRINT S.A. Tanto estos créditos como los que créditos que se le hizo al General Méndez y a la familia Rodríguez, eran unos créditos para capital de trabajo. La sorpresa fue cuando mi papá después de haber pagado 3 cuotas de los créditos y viendo que los resultados en cuestión de ventas y la situación financiera de APRINT S.A. no evolucionaba de la forma que se esperaba, fue cuando se dio cuenta que estos créditos de una vez se pasaron a pagar las deudas de difícil cobro que tenía ARPRINT LTDA con el Banco Popular, y la verdad nosotros no nos explicamos cómo fue eso porque a nosotros nunca nos pidieron autorización, nunca nos desembolsaron la plata y, lo que se esperaba, era que la plata iba fuera desembolsada para ARPRINT S.A. lo cual nunca sucedió. (subrayo, por supuesto).

Más adelante agregó que el motivo de las reuniones con los funcionarios del Banco y los otros implicados en la estafa *"era buscar personas que invirtieran en la nueva empresa ARPRINT S.A. para tener capital de trabajo.*

"¿Cuál era el motivo de su participación en esas reuniones, qué papel desempeñaba usted en esa reunión?

"Respuesta: El papel mío no era ninguno para tomar decisiones. El papel mío era porque el crédito que iban a otorgar los funcionarios del Banco lo querían partir en dos para que no subiera a otra instancia. Entonces, un crédito de 56.000 USD iba a estar a nombre de mi papá y mi mamá, y el otro a nombre mío, pero no era más.

"… Yo acudí a esa reunión porque estaban buscando inversionistas y mi papá estaba pensando en invertir en esa empresa, y como los funcionarios del Banco le estaban ofreciendo a mi papá un crédito de 112.000 USD, entonces le dijeron a mi papá que, para poder hacerle crédito entonces se lo partimos en dos, de manera que "yo como gerente regional", dijo el señor Urbano, pueda aprobar ese crédito. Entonces como yo estaría como titular de uno de esos créditos, por eso fui a esa reunión.

"¿Sabe usted si el Banco desembolsó ciertamente las sumas de dinero por las cuales les hicieron el préstamo a su padre?

"Respuesta: "A ninguno de nosotros nos desembolsaron el crédito en ninguna cuenta bancaria de nosotros". (Destaco).

"¿Sabe usted si el Banco depositó esos dineros en una cuenta diferente de la que usted se refiere por autorización de su padre, el General Marino?

"Respuesta: "Tengo entendido que no. Mi papá no autorizó que desembolsaran ese dinero en ARPRINT LTDA para pagar las deudas que tenía ARPRINT LTDA con el Banco". (Relievo).

2.1.5.3. Otro tanto acontece con la declaración de parte del demandante MARINO GUTIERREZ IZASA, quien aseveró:

"*Mire Dr., los hermanos Daniel y Ramón Nova, tenían una empresa que era Intercaucho. Esa empresa estaba dedicada a la fabricación de llantas para bicicleta, neumáticos, mangueras de presión, básicamente eso, pero estaban sin capital de trabajo. Había otra empresa que era de la señora Amparo Salazar de Molina, y esa empresa llamada Arprint de Colombia Ltda. se dedicaba a la confección de papeles holográfico y tinta de imprenta. Esa empresa le debía al Banco Popular más o menos unos $310 millones de pesos y se consideró la deuda impagable porque la empresa no tenía capacidad. ¿De qué le debía ese dinero? El dinero se lo debía porque el gerente regional, Marco Fidel Urbano Franco, y la gerente de la sucursal de la calle 12 con carrera 8, Miriam Ramírez de Peña, se habían excedido en los créditos porque tengo entendido que el Banco no le autorizaba a ellos sino hasta $100 millones de pesos. Como se habían excedido en los préstamos, empezaron a presionar al gerente regional y a la gerente de la sucursal de la calle 12 con 8 para que consiguiera la plata para pagar a sus clientes. Simultáneamente, se unieron Amparo Salazar de Molina, la dueña de Arprint de Colombia Ltda., y los hermanos Nova, que eran los dueños de Intercaucho y convinieron crear una empresa que ellos iban a llamar Artprint S.A. Para esto, iniciaron conversaciones con los futuros socios de la sociedad anónima, la familia Gutiérrez, la familia Méndez y la familia Cortés, y por supuesto, con el gerente regional del Banco Popular y la gerente de la sucursal, permanentemente invitaron a un almuerzo en el club militar, ahí el gerente regional y la gerente de la sucursal. Un almuerzo en el rosal, ahí estaba también los miembros del Banco; una comida en la casa del señor Ramón Nova, ahí estaban los futuros nuevos socios*

y las directivas del Banco: gerente regional y la gerente de la sucursal de la calle 14 con 8.

*"**Esta empresa, Arprint S.A. nunca existió. ¿Por qué? Porque los dineros que habían quedado en girarle a estos nuevos socios, no los hicieron a nombre de Arprint S.A., sino que los consignaron a nombre de Arprint de Colombia Ltda., quedando, por tanto, saldada la deuda de esa empresa con el Banco Popular. Ahí fue donde la Corte Suprema de Justicia, dijo aquí está la estafa agravada. Con este hecho de consignarle la plata a Arprint de Colombia Ltda., queda configurado el delito de estafa agravada. Ya vinieron los nuevos socios que no fueron socios porque esa empresa nunca existió. Arprint S.A. nunca existió, nunca tuvo capital de trabajo. Posteriormente, el gerente del Banco, el gerente regional del Banco y la gerente de la sucursal de la calle 14 no pudieron dar explicaciones por qué motivo no le habían consignado la plata a Arprint S.A., ni los habían consignado a las cuentas personales de los nuevos socios. Por lo tanto, esa función que se esperaba hacer, no se pudo hacer porque Arprint S.A., nunca tuvo capital de trabajo.***

"Cuando se le preguntaba a Marco Fidel Urbano Franco sobre la situación de Arprint de Colombia Ltda., decía no, es muy buena, lleva 18 años trabajando con el Banco Popular y la situación es muy buena, lo cual no era cierto, eso era falso. Él lo que buscaba era que nosotros, los futuros nuevos socios nos entusiasmáramos y aceptáramos los préstamos que ofrecía el Banco Popular.

*"**Firmados los créditos, realmente le insisto, el dinero fue consignado a nombre de Arprint de Colombia Ltda., que nada tenía que ver con nosotros, Arprint S.A., por lo tanto, nunca existió y al no existir Arprint S.A., tampoco recibimos dineros del Banco. Entonces no nos lo consignaron a nuestra cuenta; no lo pasaron por Arprint S.A., luego Arprint no existió".*** (Las negrillas en todo el texto son propias).

Más adelante fue interrogado por el señor apoderado de la entidad demandada sobre si al momento del otorgamiento de los créditos por parte del Banco, y que originaron la emisión de los pagarés cobrados en el proceso ejecutivo, otorgó autorización expresa al Banco Popular, para que tales dineros se acreditaran en la cuenta de la sociedad Arprint Ltda., respondió:

"***Para Arprint Ltda. no di nada. Nosotros los socios, la familia Rodríguez, la familia Méndez y la familia Gutiérrez pedimos los dineros para Arprint S.A., y así fue, pero el Banco, en lugar de girarle a Arprint S.A. o a nosotros los nuevos socios, resolvió cancelar la deuda que tenía Arprint de Colombia Ltda., una sociedad con la cual nosotros no teníamos absolutamente ningún nexo"*** (Resalto).

Al ser preguntado sobre si fue gerente de Arprint de Colombia Ltda., respondió:

"Yo con la sociedad Arprint de Colombia Ltda. no tuve absolutamente nada que ver".

"Preguntado: General, dígale al Despacho si Ud. fue gerente entonces de la sociedad Arprint S.A.

"Respondió: De la sociedad Arprint S.A. fui gerente de nombre, pero eso lo manejaban eran los hermanos Nova, y precisamente a raíz de que ese Arprint S.A. no producía nada, fue que nosotros llamamos a los Nova y ahí nos dimos cuenta que el dinero, no había entrado para capital de Arprint S.A., sino a Arprint de Colombia Ltda., es decir, que habíamos sufrido una estafa del Banco Popular.

2.1.5.4. Estas últimas declaraciones de parte debieron ser estimadas por el juzgador pues, conforme a las reglas de la sana crítica, es armoniosa con todo el material probatorio aportado al proceso (artículo 191, último inciso del C.G.P.).

Al respecto no debe olvidarse que en el C.G.P., la declaración de parte, independientemente de que no contenga una confesión del deponente, tiene valor probatorio. Es decir, que tiene, en sí mismo considerado, un valor probatorio autónomo, de manera que en acatamiento del mandato contenido en el artículo 176 de ese estatuto debe el juzgador apreciarlo, no solo en conjunto con las demás pruebas, sino, además, "*exponiendo razonadamente sobre el mérito*" que le asigne.

En ese orden de ideas, el juzgador debe sopesarlas atendiendo las reglas de la sana crítica. Y, justamente, conforme a esos criterios debe inferir que las afirmaciones de los aquí declarantes fueron contestes, que no ofrecen motivos para restarles credibilidad, que son verosímiles y que armonizan con las demás pruebas recaudadas en el proceso, particularmente, con la confesión de la demandada y con el fallo de la Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de Justicia, sobre cuyos alcances más adelante se expondrá.

2.1.5.5. Tampoco fue valorado el testimonio del Dr. ROBERTO AGUILAR (Audio de pruebas), quien testificó lo siguiente:

"*Yo conocí la sentencia y lo que declaró la Sala Penal de la C. S. J. no era nada diferente a los insumos que tuvo en su momento la justicia civil, es decir, los pagarés se notaban adulterados, no había explicación satisfactoria sobre estos, por ejemplo, que los dineros fueron otorgados en dólares, resultó probado que el dinero derivado del supuesto mutuo no se entregó, es decir que no hubo mutuo porque el mutuo es un contrato real.*

"Es curioso si uno ve los pagarés el Banco afirma que se debió pagar en un solo momento y tienen máquinas de escribir de diferente tipología. El Banco no pudo explicar cuándo entregó los dineros a los prestamistas, no supo explicar por qué un crédito en dólares terminó imputado a una suma en pesos en una cuenta corriente, en una cuenta sobregirada de otros clientes del Banco Popular y la Corte pudo hacer un análisis juicioso y concluyó que todo eso había constituido un engaño por parte de funcionarios del Banco Popular. A mi modo de ver, esa circunstancia debe ser suficiente para que responsablemente el Banco Popular hubiera cesado la acción ejecutiva así tuviera un fallo a favor y desde el punto de vista personal y profesional lo que pienso es que continuar con esa ejecución, vendría siendo continuar con un delito".

Posteriormente, para responder una pregunta del señor apoderado del Banco, en la que, bajo la consideración de que se trataba de un testimonio técnico, se le pidió un concepto sobre un aspecto del fallo de la Sala Penal de la Corte, contestó:

"*De leer este párrafo y de leer cualquier parte de la sentencia y la parte resolutiva, reitero lo que ya expuso. A mi modo de ver, con este fallo, el Banco Popular ha debido abstenerse de proseguir con el proceso ejecutivo, porque lo que aquí se dice, es que esa ejecución fue producto de una indebida utilización de unos pagarés, es decir, yo creo que aquí responsablemente, el Banco ha debido proceder en consecuencia, y honrar a la justicia y no solamente en la parte penal, sino entender que lo que dijo la justicia penal es que no debía proseguir con el cobro de una suma que por cualquier razón por lo que usted me señala acá o en cualquier otra parte de la sentencia, no había lugar a cobrarlo. Los pagarés pueden tener una existencia*

independiente, pero el crédito fue concebido de mala manera, con un destino distinto para el cual fue previsto, y aquí lo dice, que fue destinado a pagos diversos a los convenidos, y eso es suficiente para que hubiera cesado la acción civil".

2.1.5.6. Todas estas pruebas son contestes, unívocas, responsivas, creíbles y completas, y apuntan a la conclusión ya esbozada, es decir, que, **actuando con malicia y temeridad**, el Banco, a sabiendas que no había prestado ninguna suma de dinero a los actores, porque nunca lo desembolsó en sus cuentas ni en la que le habían ordenado que lo hiciera, esto es, ARPRINT S.A., y que, por el contrario, la había usado para pagarse unas deudas de imposible recaudo que otra sociedad (ARPRINT DE COLOMBIA LTDA), tenía con esa entidad, procedió a iniciar un proceso ejecutivo en su contra aduciendo falsamente que los títulos valores garantizaban un préstamo a cargo de los ejecutados, mutuo que nunca existió porque ellos NUNCA recibieron ese dinero, ni lo recibió la empresa diputada para recibirlo.

Ese proceder torcido y temerario del BANCO se convierte en irrefutable a partir del 11 de marzo de 2015, cuando la Sala Penal, revocando lo decidido en el punto por los jueces de instancia, resolvió declarar a MARCO FIDEL URBANO FRANCO y BLANCA MYRIAM RAMÍREZ DE PEÑA (empleados del BANCO) coautores penalmente responsables de la conducta punible de estafa, agravada, en razón de la cuantía, por la cual fueron acusados.

No hay duda que el Banco sí sabía desde cuando inició el proceso ejecutivo que los demandados habían sido defraudados y que, contrariamente a lo que falsamente había afirmado en la demanda respectiva, la emisión de los títulos valores que cobraba no obedeció a la ejecución de un contrato de mutuo porque nunca les entregó el dinero, ni a la empresa diputada para recibirlo. Tuvieron que esperar los ejecutados que se agotara todo el proceso penal para que apareciera demostrado de modo irrefutable el entramado fraudulento que involucraba a los funcionarios bancarios.

La actitud temeraria e indolente del Banco vuelve a manifestarse al embargar los dineros a los que fueron condenados por haber incurrido sus empleados, actuando a favor del banco, en el delito de estafa, embargo que la entidad demandada solicitó, y así se decretó, justamente, en el proceso ejecutivo que adelanta para cobrar las sumas de dinero fruto de la estafa fraguada en su favor.

Como quiera que el Banco fue condenado[5] a pagar a título de indemnización de perjuicios a favor de las víctimas aquí demandantes el valor por el que suscribieron los títulos valores y que se destinaron ilícitamente al pago de las obligaciones de otra sociedad con esa entidad, se adelantó el respectivo proceso ejecutivo contra ese deudor; no obstante, éste embargó esas sumas de dinero por cuenta del proceso ejecutivo que adelanta contra los actores con base en los títulos valores obtenidos mediante la estafa.

Es inconcebible que habiendo sido condenado a pagar esa indemnización por haber propiciado mediante sus funcionarios el delito de estafa y haberse aprovechado del mismo, condena que ascendió al monto de los dineros incorporados en los títulos valores con cuya suscripción se consumó el timo, persista en su cobro ejecutivo y, como si fuera poco, hubiese embargado el monto de esa indemnización dentro del proceso ejecutivo que temerariamente prosigue.

¿**Cómo es posible que el Banco, que fue condenado a restituirle a los frustrados deudores el monto de dinero incorporado en los títulos valores cuya ejecución adelantó en su contra por haberlos obtenido como fruto de una estafa suya y de sus empleados, prosiga con su cobro ejecutivo y, además, embargue la indemnización para pagarse de ese mendaz e inexistente préstamo**?

¿Cómo es posible cerrar los ojos y dejar pasar desapercibido semejante acto de malicia y temeridad?

Todo ese comportamiento indebido del Banco Popular se subsume sin ninguna dificultad en las hipótesis aludidas del citado artículo 74 del C.P.C (79 del C.G.P).

2.1.5.7. Parece oportuno traer a colación, nuevamente, que, conforme lo ha venido alegando la parte demandante, la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus subordinados es **DIRECTA**, de manera que la culpa, la temeridad y la mala intención de éstos le es directamente imputable.

Por supuesto que las pretensiones de la demanda se enfilan a que se condene a la demandada, como persona jurídica, para que responda civilmente por la actuación temeraria que ha desplegado en contra de los aquí accionantes al adelantar y proseguir un proceso ejecutivo en su contra, a pesar de que sus empleados (los del banco) fueron condenados penalmente por haber incurrido en el delito de

estafa del que fueron víctimas los aquí demandantes y beneficiaria la entidad bancaria, al inducirlos a firmar fraudulentamente unos instrumentos cambiarios mediante un intento fingido y engañoso de otorgarles un préstamo de dinero que nunca les fue desembolsado ni se destinó para los propósitos que éstos habían previsto.

La responsabilidad directa de la persona jurídica apareja, como lo han destacado jurisprudencia y Doctrina (Ver al respecto Tamayo Jaramillo, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Legis. 2007, Pág. 797), que, a partir de la reseñada sentencia del 30 de junio de 1962, "**la culpa personal de un agente compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que éstos sean, es su propia culpa***; subsiste, por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado*".

En el mismo sentido Barros Bourie[6], acota que:

"*La responsabilidad vicaria, esto es, la responsabilidad estricta por las negligencias incurridas por los dependientes, tiende a ser una regla en el derecho contemporáneo... Ya en el derecho romano la responsabilidad por el hecho culpable de los dependientes era estricta. Por otro lado, la responsabilidad vicaria no es un caso puro de responsabilidad estricta, porque presupone que el dependiente por cuyo acto se responde haya actuado negligentemente…*

"… La responsabilidad vicaria asume que el hecho del dependiente es indisociable de la actividad que lleva a cabo el principal, porque la empresa debe ser considerada como una unidad…

"Con todo, el argumento a favor del establecimiento de una responsabilidad vicaria parece más complejo, pues ésta inequívocamente comprende aspectos correctivos y distributivos: por un lado, el control de la actividad es ejercido por el principal, de modo que los actos de los dependientes son en cierto sentido también los suyos; por el otro, es el empresario quien gana provecho de esa actividad, por cuya cuenta actúa el dependiente, de modo que no parece equitativo que conserve las utilidades y no se haga cargo de indemnizar a las víctimas de los daños provocados por el desarrollo impropio de su actividad rentable…" (Subrayo).

En consecuencia, *mutatis mutandis*, la temeridad del empleado es la temeridad de la persona jurídica y de la

responsabilidad que de ese hecho se deduce solamente se exonera ésta demostrando un hecho extraño; por consiguiente, probada la culpa o la temeridad del empleado, una y otra son atribuibles a la persona moral, a menos, claro está, que ésta demuestre un hecho externo. **En el asunto de esta especie ni se alegó tal hecho, ni mucho menos se probó.**

En sentencia del 30 de septiembre de 2016, la Corte reiteró que:

"A partir de la sentencia de 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC), ratificada en fallos posteriores, se abandonó la (anterior) *corriente jurisprudencial, al entender la Corte que la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es directa, cualquiera que sea la posición de sus agentes productores del daño dentro de la organización. En concreto sostuvo:*

***'"Al amparo de la doctrina de la responsabilidad directa que por su vigor jurídico la Corte conserva y reitera hoy, procede afirmar pues, que cuando se demanda a una persona moral para el pago de los perjuicios ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, ejecutado en ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, no se demanda al ente jurídico como tercero obligado a responder de los actos de sus dependientes, sino a él como directamente responsable del daño. (…). Tratándose pues, en tal supuesto, de una responsabilidad directa y no indirecta, lo pertinente es hacer actuar en el caso litigado, para darle la debida solución, la preceptiva legal contenida en el artículo 2341 del Código Civil y no la descrita en los textos 2347 y 2349 ejusdem*'. (SC del 17 de abril de 1975).**

"***El demandado en este tipo de acción no se exime de culpa si demuestra que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado, o si a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere no habría podido impedir el hecho dañoso, pues estas situaciones son irrelevantes en tratándose de la responsabilidad directa de los entes morales. De ahí que se dijera que en esta última 'la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, probando el caso fortuito, el hecho de tercero o la culpa exclusiva de la víctima***'. (Sentencia de casación de 28 de octubre de 1975) (Destaco).

Más adelante añadió:

*"… **En cambio, en el esquema de producción contemporáneo, influido por una economía mercado en la que tienen lugar actividades empresariales a gran escala, no hay ninguna razón para exigir a las empresas un deber de vigilancia sobre la conducta de sus subordinados para efectos de deducir responsabilidad directa por los daños causados a terceros, toda vez que esta responsabilidad no surge de la falta de vigilancia de los directivos sobre los trabajadores, sino de la culpa de la persona jurídica por la realización de sus procesos organizativos, de la cual se puede eximir si demuestra los mismos supuestos de hecho que pueden esgrimir las personas naturales, esto es el caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, y la diligencia y cuidado socialmente esperables.** (Destaco).*

"… Es más, ni siquiera en todos los casos es exigible la falta de cuidado atribuible a una persona natural determinada, porque lo que realmente interesa para efectos de endilgar responsabilidad directa al ente colectivo es que el perjuicio se origine en los procesos y mecanismos organizacionales constitutivos de la culpa in operando, es decir que la lesión a un bien jurídico ajeno se produzca como resultado del despliegue de los procesos empresariales y que éstos sean jurídicamente reprochables por infringir los deberes objetivos de cuidado; lo cual no sólo se da en seguimiento de las políticas, objetivos, misiones o visiones organizacionales, o en acatamiento de las instrucciones impartidas por los superiores". (Subrayo y resalto).

El juzgador a quo incomprensiblemente inadvirtió, de un lado, que la responsabilidad que se le endilga al banco encausado es directa; y de otro, **que en este asunto está demostrada de manera fehaciente la temeridad y mala fe**, como más adelante se expondrá, con la que procedieron los empleados de la demandada a incitar deliberada y maliciosamente a los demandantes a suscribir unos títulos valores manifestándoles que los dineros se invertirían en una próspera sociedad de la que serían socios sin que así hubiese acontecido, pues procedieron a imputarlos como pago de unas deudas adquiridas por otra sociedad con el Banco, pasivos calificados entonces como de difícil o imposible recaudo.

Ese comportamiento deshonesto de los empleados fue considerado por la H. Sala Penal de la Corte como constitutivo de un delito de estafa por el que fueron

condenados, como lo fue el ente moral como civilmente responsable.

Esa temeridad de sus funcionarios, que el fallador desdeña, estuvo enderezada a favorecer a su empleador y le es imputable directamente a la demandada por provenir de sus subordinados; esto es, es su propia y directa temeridad. Y, siendo de ese modo las cosas, esto es, si ese acto le es atribuible, es ineludible deducir que conocía el hecho y a pesar de ello, afirmo falazmente que le había dado en mutuo ese dinero a los ejecutados y que era titular frente a estos de un inexistente crédito.

2.2. **La sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte**.

Como ya se dijo, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal- profirió, el 11 de marzo de 2015, la sentencia que puso fin al proceso penal seguido contra los hermanos NOVA PRADILLA, AMPARO SALAZAR y los empleados del Banco, señores MARCO FIDEL URBANO FRANCO Y BLANCA MYRIAM RAMIREZ DE PEÑA, en la cual dispuso:

"*Casar parcialmente la sentencia del 15 de marzo de 2013, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó, con modificaciones, la de primera instancia que condenó a Ramón Nova Pradilla, Daniel Nova Pradilla y Amparo Salazar de Molina, como coautores del delito de estafa, agravada por la cuantía, exclusivamente en los siguientes aspectos:*

(I) Revocar la absolución decretada, por el delito de estafa, en favor de Marco Fidel Urbano Franco y Blanca Myriam Ramírez de Peña, de condiciones personales y civiles relacionadas en la parte motiva. En su lugar,

(a) Declara a Urbano Franco y Ramírez de Peña coautores penalmente responsables de la conducta punible de estafa, agravada en razón de la cuantía, por la cual fueron acusados.

(b) Imponer, a cada uno, las penas principales de 21 meses 26 días de prisión y $ 28.079,44 de multa, y la accesoria de interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso a la privativa de la libertad.

(c) Imponer a los señores Urbano Franco y Ramírez de Peña, la obligación de indemnizar, en forma solidaria con los demás acusados y el tercero civilmente responsable, los daños y perjuicios causados con la infracción, en los términos y condiciones señalados en los fallos de instancia.

(d) Conceder a los señores Urbano Franco y Ramírez de Peña la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en los términos y condiciones señalados en la motivación.

(II) Revocar la absolución decretada en favor del Banco Popular S. A., para, en su lugar, imponerle, en su condición de tercero civilmente responsable, la obligación, solidaria con los acusados, de indemnizar los daños y perjuicios causados con el delito, en los términos y condiciones señalados en los fallos de instancia.

(III) Modificar la condena proferida en contra de Ramón Nova Pradilla, Daniel Nova Pradilla y Amparo Salazar de Molina, exclusivamente para dejar en 21 meses 26 días de prisión y $ 28.079,44 de multa, las penas principales que cada uno debe cumplir como coautores del delito de estafa agravada por el cual fueron declarados coautores responsables.

(IV) En todo lo demás la sentencia del Tribunal permanece vigente" (Las subrayas no son textuales).

Copia de esa providencia fue aportada con la demanda y no fue tachada o desconocida por la demandada.

2.2.1. **Esa condena estuvo precedida de las siguientes consideraciones:**

Dijo la Corte desde un comienzo (folio 9 de su decisión) que:

"(II) De los hechos reseñados deriva que la estafa consistió en que, ocultando la realidad financiera de Arprint Ltda., la que se hizo figurar como boyante (contratos con empresas nacionales y periódicos que aseguraban vender toda la producción), cuando en realidad no resultaba viable económicamente en cuanto tenía deudas de difícil recaudo con el Banco Popular, se convenció a los ofendidos de vincularse como socios, no de esa, sino de una nueva firma (Arprint S.A.), cuyos aportes estarían dirigidos a capital de trabajo".

"(…) *en el entendido de que los dineros serían para generar capital de trabajo para la nueva empresa, Arprint S.A., pero realmente se destinaron a cancelar aquellas deudas de difícil recaudo de la entidad antigua, Arprint Ltda".*

"(III) En verdad que los dineros producto de los préstamos otorgados por el Banco a los afectados fueron consignados en las cuentas de Arprint Ltda., entre el 12 de marzo y el 30 de abril de 1997, ***fecha esta última en la que parece haber quedado claro que a los dineros logrados se les dio un destino diferente a aquel que engañosamente fue prometido, pues pararon en la antigua entidad, cuando han debido tener como destino la nueva firma, Arprint S.A., como capital de trabajo****".*

(…)

"De tal manera que lo que estructura la afectación al patrimonio económico, no es la entrega inicial de los recursos producto de los créditos, sino la suscripción del último pagaré, en tanto con este se consolidó cabalmente ***el despojo del patrimonio económico de los ofendidos, que entró a engrosar el de los acusados****".*

*"****Con antelación a ese momento, los afectados eran mantenidos en la creencia de que sus aportes tendrían la finalidad ofrecida cuando los entregaron: capitalizar a Arprint S.A. en tanto que en aquel instante se verificó que no era así, pues sus dineros fueron utilizados para pagar las deudas de difícil recaudo que la desaparecida Arprint Limitada tenía con el Banco Popular****".*

Al estudiar la consonancia del fallo de segundo grado (pág. 19), la Corte precisó:

"Sucede que con la maniobra engañosa de indicar que los créditos se abonarían como capital de trabajo para la nueva firma, Arprint S. A., para realmente destinarlos al pago de las deudas de difícil recaudo de Arprint Ltda., los hermanos Nova Pradilla resultaban directamente beneficiados, como que superaban esas obligaciones, saneaban sus problemas fiscales y lograban "revivir" para la actividad comercial, de la que habían salido, pues estaban vetados para acceder a cuentas bancarias y demás actividades propias del sector, precisamente en razón del mal manejo de la empresa que mostraron como próspera y, para alcanzar ese objetivo finalmente logrado, actuaron mancomunadamente con los empleados bancarios, pues estos, a su vez, cohonestando la actividad e impulsándola, recuperaban las obligaciones de difícil recaudo.

"Que la fusión entre Intercauchos S. A. y Arprint Ltda., no se hubiera concretado (aunque la idea sí quedó plasmada en la escritura 945 de febrero de 1997), deriva intrascendente, porque lo cierto es que los acusados vendieron esa mentirosa idea con éxito a los afectados y estos se hicieron a los generosos créditos ofrecidos en el convencimiento de que serían entregados como capital de trabajo a una nueva firma, Arprint S. A., lo cual no sucedió.

Más adelante, al folio 24 de la providencia, al estudiar otro cargo contra la sentencia del Tribunal, advirtió la Corte:

"Con insistencia, la defensa señala que los jueces se equivocaron al concluir que existió la fusión de Arprint Ltda. e Intercauchos. La verdad del argumento es apenas formal, en tanto realmente ese hecho nunca se concretó en la práctica, pero de la reseña de los hechos deriva incontrastable que el tema sí fue tratado a espacio, que con la falsa ilusión de que era un negocio rentable, la idea se les vendió a los quejosos y que, incluso, se fue más allá para concretarla, en tanto se plasmó en una escritura.

"Lo relevante del tema y que fue imputado a los acusados, no fue que la tal fusión entrara a operar en la práctica, sino que a las víctimas, con mentiras de supuestos empresarios exitosos y el respaldo de los funcionarios bancarios, se las convenció de la pretensión de hacerlo,

esto es, que parte de las maniobras engañosas consistió en esa propuesta y el respaldo de engañosos estados financieros, para vender a los afectados la ilusión de un negocio próspero, que se rodeó de bases supuestamente sólidas, como la trayectoria comercial de los empresarios, sus sólidos negocios, los excelentes clientes con que contaban y el apoyo bancario irrestricto.

"(...) Contrario a la pretensión defensiva sobre el actuar debido de su acudido, las pruebas demuestran, y así lo razonaron a espacio las instancias, que la participación del procesado, y de su hermano, fue activa y reiterativa para engañar y mantener engañados a los perjudicados sobre una situación irreal.

"Esa actuación que finalmente logró su cometido, en tanto, con la intervención igualmente activa e interesada de los funcionarios del Banco Popular, logró que aquellos concluyeran en las bondades del negocio que se les pintaba, se hicieran a los créditos bancarios concedidos con una rapidez inusitada, en el entendido de que serían destinados como aportes de trabajo para la nueva empresa, cuando en realidad se emplearon con el fin de que el Banco recobrara dineros de dudoso y difícil recaudo y los acusados saldaran sus deudas antiguas adquiridas con este y 'renacieran' para el mundo comercial del cual estaban vetados".

Más adelante, la Sala, después de señalar *las argucias de los acusados Nova Pradilla y Amparo Salazar* y la forma como indujeron a sus víctimas, añadió *que (folio 41):*

"… lo cierto es que lo que doblegó plenamente su voluntad para hacerse al prometedor negocio fue la intervención activa en varias reuniones (algunas de ellas de carácter social) de los dos funcionarios bancarios.

***"La participación de tales empleados resultó de capital importancia en la toma de decisión, como que, con conocimiento de causa, ocultaron que las empresas de que se trata tenían una situación económica deplorable, que no eran viables financieramente y que los hermanos Nova por sus incumplimientos crediticios estaban vetados para toda actividad comercial por parte de la Superintendencia".* (…)**

"Nótese que si los empresarios tenían interés en hacerse con engaños al patrimonio ajeno, para saldar sus antiguas obligaciones y volver a la vida comercial, ***otro tanto deriva de los empleados del Banco Popular, pues que como colocadores de capital en el mercado estaban ante unas deudas de difícil y dudoso recaudo (las obligaciones insolutas de Arprint Ltda.), de tal manera que con la maniobra adjudicaban créditos a los nuevos socios, debidamente respaldados con bienes personales, se cobraban esas acreencias y la nueva obligación resultaba de fácil cobro, de donde deriva que todos ganaban, excepto los engañados nuevos socios que lo perdían todo****".*

"Y debe decirse que la condición de los acusados como altos empleados del Banco Popular, que se tomaban la molestia de dejar sus actividades profesionales para acudir a reuniones privadas, de necesidad generada en las víctimas una confianza en la legitimidad y bondad de la propuesta, la que aquellos reforzaban con la oferta generosa de créditos rápidos y que se parcelarían para evitar controles superiores".

*"**Los jueces dejaron de lado que desde las versiones de Ramón Nova y Urbano Franco deriva irrefutable que desde un comienzo tuvieron claro que los préstamos concedidos por el Banco a las víctimas (los nuevos socios) estarían dedicados a saldar las deudas antiguas de Arprint Ltda. y no a capitalizar a la nueva firma, Arprint S.A., como fue el compromiso con los últimos**. **Al respecto, Urbano Franco agregó (lo cual obviaron los juzgadores de instancia) que la pretensión de la institución bancaria (esto es, no solo del acusado sino de la entidad financiera) era que el dinero que se autorizaba prestar fuera destinado a recuperar esas obligaciones**.*

"Lo último fue corroborado por Juan David Escobar Melguizo quien ratificó que el Banco se pagó de pasivos vencidos con los dineros que él mismo acababa de desembolsar.

"(…)

*"(VII) **La conducta de los señores Urbano Franco y Ramírez de Peña fue llevada a cabo en sus respectivas condiciones de gerente regional y gerente de la sucursal de la calle 14 del Banco Popular S.A., con la finalidad concreta de recuperar para la entidad el pago de una cartera de difícil recaudo**. **Como bien lo refirió el primero, la meta del Banco al conceder los créditos a las víctimas era que los dineros se aplicaran directamente para cobrarse las acreencias de Arprint Ltda., lo cual finalmente ocurrió**".*

"En ese contexto, el Banco Popular, sin ser autor o partícipe de la conducta punible, en su condición de tercero civilmente responsable, tiene la obligación de indemnizar los perjuicios causados, en el entendido de que actuó como un patrono que no se cuidó, en este caso, de escoger y vincular como trabajadores a personas idóneas, probas y de buena conducta, razón por la cual corre con la carga de responder por los daños causados por sus dependientes con ocasión del servicio que aquellos le prestaban, máxime cuando la entidad se benefició de esa conducta, en tanto la actuación ilegal le reportó el incremento de su patrimonio, representado en la recuperación de obligaciones difícil recaudo".

Como es palpable, la sentencia condenatoria, de cuyos contundentes efectos se hablará más adelante, no sólo consideró a los funcionarios del Banco coautores del delito de estafa, sino que, a su vez, desnudó la intención de esa entidad de engañar a sus deudores, con miras a sanear un crédito de imposible recaudo, trocándolo por uno nuevo a cargo de deudores honorables y transparentes.

Empero, el fallador cercenó todos estos aspectos del fallo y se abstuvo de considerarlos. Con esa mutilación del documento dejó de deducir que:

1. Los empleados del Banco fueron condenados penalmente por el delito de estafa y esa entidad como tercero civilmente responsable.

2. Que la estafa consistió, en términos de la Corte, en que se convenció a los aquí actores de vincularse como socios de ARPTINT S.A., cuyos aportes estarían dirigidos a capital de trabajo". Y que los dineros que debía desembolsar como consecuencia del otorgamiento de los pagarés "*serían para generar capital de trabajo para la nueva empresa, Arprint S.A., pero realmente se destinaron a cancelar aquellas deudas de difícil recaudo de la entidad antigua, Arprint Ltda".*

3. Así mismo, que esas sumas de dinero fueron, en verdad, consignadas "*en las cuentas de Arprint Ltda., entre el 12 de marzo y el 30 de abril de 1997, **fecha esta última en la que parece haber quedado claro que a los dineros logrados se les dio un destino diferente a aquel que engañosamente fue prometido, pues pararon en la antigua entidad, cuando han debido tener como destino la nueva firma, Arprint S.A., como capital de trabajo**".*

4. Que esa actitud fue deliberada y premeditada por el Banco porque de ese modo se "***recuperaban las obligaciones de difícil recaudo***" (2). Acotó al respecto la Corte que:

5. … *"Los jueces dejaron de lado que desde las versiones de Ramón Nova y Urbano Franco* (el empleado del Banco) *deriva irrefutable que desde un comienzo tuvieron claro que los préstamos concedidos por el Banco a las víctimas (los nuevos socios) estarían dedicados a saldar las deudas antiguas de Arprint Ltda. y no a capitalizar a la nueva firma, Arprint S.A., como fue el compromiso con los últimos. Al respecto, Urbano Franco agregó (lo cual obviaron los juzgadores de instancia) que la pretensión de la institución bancaria (esto es, no solo del acusado sino de la entidad financiera) era que el dinero que se autorizaba prestar fuera destinado a recuperar esas obligaciones.*

6. Que ese dinero nunca fue recibido por los demandantes pues con él se pagaron los pasivos de una ARPRINT LTDA, sociedad con la cual no tenían ninguna relación.

---

2 Más adelante la Corte reiteró:
*"Nótese que si los empresarios tenían interés en hacerse con engaños al patrimonio ajeno, para saldar sus antiguas obligaciones y volver a la vida comercial, **otro tanto deriva de los empleados del Banco Popular, pues que como colocadores de capital en el mercado estaban ante unas deudas de difícil y dudoso recaudo (las obligaciones insolutas de Arprint Ltda.), de tal manera que con la maniobra adjudicaban créditos a los nuevos socios, debidamente respaldados con bienes personales, se cobraban esas acreencias y la nueva obligación resultaba de fácil cobro, de donde deriva que todos ganaban, excepto los engañados nuevos socios que lo perdían todo**".*

7. No hay asomo de duda, ni de incertidumbre de la Corte al asentar esas elucidaciones, como erróneamente lo afirma el fallador de primer grado, pues eso sería tanto como decir que la condena se impuso a los reos a pesar de que la Sala Penal admitió que no tenía certeza sobre la existencia del delito o la culpabilidad de sus autores, conjetura francamente descabellada, toda vez que, por el contrario, el fallo es rotundo e inequívoco en asentar que el delito se cometió, en qué consistió la conducta delictiva y quienes fueron los culpables de la misma.

2.2.2. **Los efectos erga omnes de ese fallo y el valor probatorio de la sentencia penal en este juicio**.

Es preciso comenzar por acotar que no se puede desconocer que respecto del delito cometido por los funcionarios del BANCO POPULAR y por el cual también resultó condenada esa entidad bancaria, fue proferida sentencia definitiva por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que impuso la condena de pagar a los demandantes los perjuicios causados con ocasión al delito de estafa que se fraguó en favor del BANCO POPULAR. Perjuicios que se tasaron en el monto de los pagarés más el 6% anual.

En ese orden de ideas, no hay lugar a que los demandantes tengan que soportar la existencia de un proceso ejecutivo en su contra y por supuesto, tampoco los cuantiosos gastos que han tenido que asumir para su defensa, el embargo y secuestro de sus únicos dos inmuebles, y mucho menos, los sentimientos de angustia, vergüenza, pesadumbre y zozobra derivados de ese proceso.

El instituto de la preeminencia de la decisión penal con efectos absolutos, consecuencia de la unicidad jurisdiccional, obedece al imperativo de evitar que en el ejercicio de juzgar, a partir de los mismos supuestos fácticos y en relación con ellos, surjan posiciones diversas y aún contradictorias, pues encontrándose el monopolio de la administración de justicia en cabeza del Estado, la decisión de cualquiera de sus agentes en relación con asuntos de similar textura, debe irradiar tal efecto vinculante que surta efectos con respecto de las actuaciones o competencias de los restantes; por ello, cumplido el juzgamiento de un determinado caso criminal, cuando la decisión adoptada se aviene a un mínimo de requisitos, trasciende con efectos de *res judicata erga omnes*; subsecuentemente, crea una limitante de tal jerarquía que ningún otro representante de la jurisdicción, puede abordar el tema y someterlo nuevamente a debate.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en providencia del 25 de febrero de 2013, con ponencia del magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez, al decidir una acción de tutela señaló:

"Los efectos vinculantes del fallo penal condenatorio en el proceso civil no es un aspecto que resulte novedoso o ajeno a la jurisprudencia de la Corte, al punto que, en sentencia de 26 de octubre de 2005, que reitera pronunciamientos anteriores sobre el mismo particular, se ha dicho que "el tema, de suyo complejo y debatido con denuedo en la doctrina científica desde comienzos de la centuria pasada, del influjo de la sentencia penal condenatoria sobre las acciones civiles de naturaleza indemnizatoria que le competen a la víctima del hecho punible, tema este que por sabido se tiene no puede ser acometido a la ligera mediante el recurso maquinal a las normas en cuya virtud le es reconocida autoridad de cosa juzgada a las sentencias civiles en el ámbito relativo que señala el Art. 332 del C. de P.C, sino que ante cada situación litigiosa, apreciada en concreto sin menosprecio de ninguna de las particularidades fácticas que la identifican, exige valerse de un sistema que en la justa medida permita, en guarda de la confianza depositada por la comunidad en la jurisdicción punitiva del Estado, tomar lo decisivo que en el pronunciamiento penal tenga el carácter de definitivo, irrecusable o irreversible, y al propio tiempo le deje a la jurisdicción civil la suficiente libertad para el ejercicio de la potestad que le es propia en orden a definir todos los aspectos atinentes al resarcimiento del daño que aquella providencia no tenía por necesidad que involucrar.

"Dicho en otras palabras, la identidad de objeto, causa y partes que, en el campo civil y al tenor del texto legal citado en el párrafo precedente, delimita por principio el alcance de la cosa juzgada, no constituye en modo alguno la base de análisis que se busca, toda vez que dada la distinta naturaleza de los dos tipos de actividad jurisdiccional´…no es posible la concurrencia de aquella triple identidad en una y otra. ***La autoridad de la cosa juzgada en lo penal dentro del proceso civil descansa en el principio de orden público que lleva al juez a actuar en función de la tutela que dispensa el derecho penal, y que en principio no puede abandonarse a la actuación de los particulares****.* ***Por este motivo, las situaciones de la vida humana que son materia del proceso penal tienen por objeto el delito, como ofensa pública cuyo castigo interesa a toda la comunidad, distintamente a lo que sucede con el juicio civil donde el juez actúa en guarda de un simple interés particular; y es por ello, también, por lo que el fallo penal hace tránsito a cosa juzgada erga omnes, no sólo en cuanto al hecho en que la acción penal se funda, su calificación y la participación y responsabilidad del sindicado, sino también respecto de todas aquellas acciones que, como la del resarcimiento del daño tengan su fundamento en hechos enjuiciados por el juez penal****…´(G. J., t. LXX, pag.234), lo que lleva a sostener, siguiendo de cerca las enseñanzas de los hermanos Mazeud (Tratado Teórico y Práctico… Tomo II, Vol. 2o, Num.1745),* ***que los órganos integrantes de esta especialidad jurisdiccional, cuando resuelven sobre el fondo de la acción pública originada en la infracción de la ley penal, con vista de un marcado interés social fallan entre una parte y la comunidad entera para que la decisión así adoptada dentro del marco de su competencia, se imponga a todos****; ´…****nadie puede ser llevado -dicen los afamados expositores en referencia- a discutir las disposiciones penales de la sentencia, incluso en sus consecuencias sobre los intereses civiles****.*

*"**Por eso, la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal es absoluta sobre lo civil, se impone sean cuales sean las partes, sea cuales sean el objeto y la causa de la demanda civil**…´. En este orden de ideas y aun cuando en realidad de verdad no son de poca monta las muchas dificultades que supone poner en práctica estos postulados teóricos a la luz de los cuales se reconoce el carácter preeminente de la condena penal, basta con subrayar tres aspectos de la cuestión que tienen especial trascendencia frente a las exigencias de esta litis.*

*"**En primer lugar, quedó dicho líneas atrás que las disposiciones represivas de una sentencia condenatoria, efectuadas dentro del campo de acción funcional privativo del fuero penal, se consideran juzgadas con respecto a todos, intervinientes o no en el correspondiente proceso, y con referencia asimismo a cualquier cuestión, aun de índole extra penal, sobre la cual esas disposiciones tengan necesaria influencia**. En consecuencia, tratándose de casos como el que estos autos ponen de presente, poco importa quien invoque la autoridad de la providencia ni ante quien ella sea aducida, y lo que ha de ser destacado es que, **en tanto sea expresión de lo resuelto ineludible y ciertamente por la justicia penal, no pueden contradecirla autoridades en medios jurisdiccionales diferentes, por muy importantes que puedan ser los intereses allí debatidos**. El segundo de estos aspectos sobresalientes es que, debido a los distintos objetivos que se proponen alcanzar la acción penal y la acción civil, no es imaginable que pueda darse identidad material en el contenido de los correspondientes procesos en que ellas se ventilan, de donde se sigue, entonces, que tampoco cabe circunscribir el papel procesal de la cosa juzgada en lo criminal al mismo que desempeña en el campo civil, habida cuenta que, como lo indica con acierto la doctrina (Nicolás Valticos. La autoridad de la cosa juzgada criminal sobre lo civil, N. 466), lo que se busca mediante la consagración de aquél principio ´…**no es prohibir que una acción sea ejercitada por segunda vez, sino que un mentís sea infligido al juicio penal, de donde resulta que la autoridad de la cosa juzgada criminal sobre lo civil, debe atribuirse en cierta medida a los motivos mismos de la decisión, porque es sobre todo en tales motivos que pueden hallarse comprobaciones susceptibles de ser contradichas en lo civil**…´"(G. J., t. CCXLVI, pags. 420 a 422, citada en Sent. Cas. Civ. de 3 de noviembre de 2004, Exp. No. 7327). Sobre el mismo aspecto, la Corte expresó: 'es así como la norma procesal últimamente transcrita [artículo 50 del decreto 050 de 1987], tiene plena justificación en el entendido de que los pronunciamientos penales se imponen por igual a toda la sociedad, ´son decisiones que por tocar el honor y la libertad de los hombres, deben quedar a salvo de cualquier sospecha de error, y no pueden por lo tanto ser desconocidos por absolutamente nadie´, respeto que se exige ´de todas sus autoridades, incluidas como es obvio las jurisdiccionales´, **de suerte que, una vez sea decidido, en forma definitiva, un preciso punto por el juez penal, no es dable a otro, aunque sea de distinta especialidad, abordarlo de nuevo, pues se encuentra cobijado por la autoridad de la cosa juzgada**, **postulado que, ´amén de precaver decisiones incoherentes y hasta contradictorias que tanto envilecen la confianza y la seguridad que los asociados deben descubrir en la justicia, rinde soberano homenaje a la sindéresis desde que parte de la premisa***

***incontestable de que un mismo hecho no puede ser y no ser al mismo tiempo**. **La verdad es única, 'y no puede ser objeto de apreciaciones y decisiones antagónicas por parte de la justicia ordinaria, tales como que en lo penal se dijera que un mismo hecho perjudicial no fue obra del sindicado y en lo civil se afirmase lo contrario**'(Sent. Cas. Civ de 11 abril de 2003, Exp. No. 7270).*

"En otro fallo más reciente, la Sala Civil de la Corte, advirtió que:

"El fundamento de tal autoridad, como lo precisa la doctrina '...reside en un motivo de orden público sumamente simple. Los tribunales represivos, cuando resuelven la acción pública, fallan dentro de un interés social; no juzgan entre dos partes determinadas, sino entre una parte y la sociedad entera. Lo que deciden para fallar sobre la acción pública debe, pues, imponerse a todos. Nadie puede ser llevado a discutir las disposiciones penales de la sentencia, incluso en sus consecuencias sobre los intereses civiles. Por eso, la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal es absoluta sobre lo civil; se impone sean cuales sean las partes, sean cuales sean el objeto y la causa de la demanda civil' (Henri y León Mazeaud, André Tunc, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo Segundo, Volumen II, pág. 354).

"Mientras que la sentencia condenatoria penal comporta un valor absoluto de cosa juzgada, la absolutoria o liberatoria de la responsabilidad penal del procesado, en cuanto a sus efectos en el campo civil, estaba sujeta a la reglamentación establecida por el art. 57 del C. de P. Penal, (hoy ídem artículo de la ley 599 de 2000), el cual consagraba que la acción civil no puede iniciarse ni proseguirse, cuando en providencia que haya adquirido firmeza, el reo ha sido eximido de responsabilidad penal, bien porque el hecho investigado no existió, ora porque el sindicado no lo cometió, u obró en legítima defensa o en estricto cumplimiento de un deber. De manera que, al momento de decidir, dado el valor relativo que a la sentencia absolutoria le atribuye la ley, el juez civil debe verificar si el pronunciamiento del juez penal encaja en alguna de las hipótesis que taxativamente se consagran en dicho precepto, pues sólo en tales supuestos puede argüir su influjo sobre la acción civil (CSJ, SC del 12 de agosto de 2003, Rad. n.° 7346). (Sentencia SC3062 de 1º de agosto de 2018).

En ese orden de ideas es palpable que la sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte es prueba irrefutable y con efectos absolutos de que los empleados del Banco cometieron el delito de estafa por los hechos que en la sentencia se reseñan.

No se requiere, ni es posible hacerlo, que se trasladen las pruebas recibidas en el transcurso de la investigación criminal con base en las cuales tuvo a los acusados como autores del delito de estafa y la conducta que tipificó ese ilícito; tampoco es posible que el juzgador civil entre a sopesar esos elementos de convicción con criterios autónomos, ni mucho menos le es dado apartarse de las inferencias asentadas por el fallador penal.

Por consiguiente, y como quiera que los juicios emitidos por los falladores penales que hacen transito a cosa juzgada con efectos erga omnes, se prueban **exclusivamente** con el texto de la sentencia, el juzgador a quo debió tener por probado lo que ya se anunció, pera ahora reitero aún a riesgo de fastidiar:

i) Que el delito cometido por los empleados del Banco fue el de estafa y que esa entidad fue, a su vez, condenada como tercero civilmente responsable.

ii) Que las conductas tipificadoras de la estafa consistieron en haber convencido a los aquí actores a vincularse como socios de ARPTINT S.A., cuyos aportes estarían dirigidos a capital de trabajo". Y que los dineros que debía desembolsar el banco como consecuencia del otorgamiento de los pagarés "*serían para generar capital de trabajo para la nueva empresa, Arprint S.A., pero realmente se destinaron a cancelar aquellas deudas de difícil recaudo de la entidad antigua, Arprint Ltda".*

Y que esas sumas de dinero fueron, en verdad, consignadas "*en las cuentas de Arprint Ltda.*, entre el 12 de marzo y el 30 de abril de 1997, fecha esta última en la que parece haber quedado claro que a los dineros logrados **se les dio un destino diferente a aquel que engañosamente fue prometido, pues pararon en la antigua entidad, cuando han debido tener como destino la nueva firma, Arprint S.A., como capital de trabajo***".*

iii) Que esa actitud fue deliberada y premeditada por el Banco porque de ese modo se "***recuperaban las obligaciones de difícil recaudo***". Acotó al respecto la Corte que era irrefutable que los empleados de esa entidad *"…desde un comienzo tuvieron claro que los préstamos concedidos por el Banco a las víctimas (los nuevos socios) estarían dedicados a saldar las deudas antiguas de Arprint Ltda. y no a capitalizar a la nueva firma, Arprint S.A., como fue el compromiso con los últimos. Al respecto, Urbano Franco agregó (lo cual obviaron los juzgadores de instancia) que la pretensión de la institución bancaria (esto es, no solo del acusado sino de la entidad financiera) era que el dinero que se autorizaba prestar fuera destinado a recuperar esas obligaciones.*

iv) Que ese dinero nunca fue recibido por los demandantes pues con él se pagaron los pasivos de una ARPRINT LTDA, sociedad con la cual no tenían ninguna relación.

v) Que no es necesario, ni siquiera es posible intentarlo, que deban trasladarse las pruebas recibidas en el juicio penal

para que el juez civil se cerciore si efectivamente los condenados cometieron el delito, la tipicidad del mismo, la antijuricidad y la culpabilidad del acto. Tampoco es posible tratar de probar nuevamente todo lo que el juzgador penal ya tuvo como probado, pues en esas materias sus elucidaciones son inmutables, universales y definitivas.

vi) Que, si las cosas son de ese modo, y probada como está la conducta culposa, maliciosa y embaucadora de los empleados bancarios, ese comportamiento, por razón de la responsabilidad directa de la persona jurídica, es propio de ésta y, por ende, cometido por ella.

vii) Que, en ese orden de ideas, a sabiendas que no había desembolsado ninguna suma de dinero a favor de los demandantes, ni habiendo consignado los dineros a favor de la sociedad que le ordenaron (ARPRINT S.A.), sino en las cuentas de otra distinta, con el fin de cobrarse las deudas de imposible recaudo que tenía ésta (ARPRINT DE COLOMBIA LTDA), afirmó mentirosa y maliciosamente que los aquí accionantes (demandados en el proceso ejecutivo) le adeudaban una suma de dinero por razón de un préstamo que les confirió, cuando lo cierto es que ese dinero no fue recibido por ellos (razón por la cual no existió mutuo), ni por la sociedad diputada para recibirlo.

viii) Que si no les abonó el dinero en sus cuentas ni fue abonado en las cuentas de la sociedad realmente diputada por los demandantes para recibirlo, carecía de fundamento legal el proceso ejecutivo que inició en su contra.

ix) Que el Banco, en el ámbito de la responsabilidad civil que aquí se le enrostra, era y siempre ha sido, sabedor de todos esos hechos, pues el conocimiento, confabulación y participación de sus empleados en esos hechos es su propio conocimiento, accionar y participación en los mismos por tratarse de una responsabilidad directa.

x) Que, en consecuencia, se consumó un acto temerario de la entidad demandada al incoar el proceso ejecutivo y proseguirlo, imprudencia garrafal por la que debe responder.

xi) Que estas inferencias se acompasan con la confesión de la representante legal del Banco y con las declaraciones ya relacionadas.

Si el juzgador de primer grado hubiese apreciado cabalmente dicha sentencia y si hubiese colegido lo que INELUDIBLEMENTE debió deducir de la misma, habría concluido que sus empleados, es decir, como ya se explicó, el Banco mismo, incidió en conductas

fraudulentas para hacerle firmar a los accionantes pagarés sin que hubiese existido en su favor algún desembolso de dinero y que, a pesar de ello inició y prosiguió temerariamente contra ellos un procese ejecutivo en el que reclamó derechos de los que en realidad no era titular y que hizo afirmaciones mendaces, valiéndose así del proceso con fines fraudulentos.

2.2.3. Inexplicablemente, y descontextualizando abiertamente el fallo penal, el Juzgado lo desmiembra para echar mano, antojadiza y arbitrariamente de algunos fragmentos del mismo, para intentar apuntalar en ellos su decisión desestimatoria de las pretensiones de la demanda.

En efecto, la Sala Penal de la Corte, al referirse **a otro delito**, distinto de la estafa, por el que se pedía, igualmente, la condena de los involucrados, **esto es el de fraude procesal**, señaló:

"*El tipo penal exige que se engañe, mediante el uso de cualquier medio fraudulento, en este caso, a una autoridad judicial con el propósito de lograr una decisión que le reporte beneficios de alguna índole.*

"En el caso juzgado el medio fraudulento estaría dado por los pagarés, los cuales, se dice, se hicieron firmar con espacios en blanco, sin cartas de instrucciones y fueron llenados en forma mentirosa por los acusados para mostrar al juez civil una legitimidad inexistente y lograr que emitiera fallos favorables a estos.

"Con independencia de si en los pagarés se dejaron espacios en blanco y si estos fueron copados contrariando las instrucciones de sus suscriptores, lo que debe resaltarse es que los ofendidos-deudores en ningún momento han negado la obligación ni su monto, como tampoco la existencia de los títulos ni que los hubiesen firmado. Igual han admitido que, finalmente, dejaron de cumplir con la obligación de pagar las cuotas pactadas con el Banco Popular, lo cual habilitaba a este para su cobro ejecutivo.

"Si los pagarés fueron completados para acceder a su cobro judicial, como bien analizó el Tribunal, cuyas valoraciones sobre este tema la Corte avala en su integridad, en modo alguno se demostró que fueran alterados los valores por los que se elaboraron, además de que los dineros allí representados fueron entregados a los deudores.

"Asunto bien diferente es que las sumas entregadas por el Banco fueran destinadas a pagos diversos de los convenidos, pues eso precisamente es lo que estructura la estafa. Pero admitidas por los ofendidos las obligaciones y suscritos los pagarés respectivos, su cobro, ante el no pago, en modo alguno constituye maniobra

engañosa respecto del juez, como que a este se le pidió ordenara ejecutar lo que realmente se adeudaba.

Respecto de esas elucidaciones de la Corte, algunas de ellas en realidad ambiguas, y de las que se valió el juzgador de primer grado para inferir que el cobro del Banco no fue temerario, es preciso hacer las siguientes precisiones que ponen de presente la contraevidencia de su raciocinio:

2.2.3.1. Como es palmario en esos párrafos, la Corte examinó si los actos que se les endilgaron a los sindicados, esto es, **que les hicieron firmar los otorgantes los pagarés con espacios en blanco, sin cartas de instrucciones y que éstos fueron llenados en forma mentirosa para mostrar una legitimidad inexistente, plasmaban el delito de fraude procesal** que, igualmente, les enrostraron, y respondió que ese delito, a su juicio y **por esos hechos concretos** no se configuró.

La Corte no se refiere allí a las afirmaciones mendaces del proceso ejecutivo, ni al hecho de que se hubiese iniciado a pesar de haberse fraguado por los empleados del banco en coautoría con otros sujetos un delito de estafa del cual fueron víctimas los ejecutados.

Tampoco alude a que no es fraude procesal proseguir un proceso ejecutivo después de que los empleados del banco hubiesen sido condenados penalmente (y el banco como civilmente responsable) por timar a los otorgantes del pagaré y no desembolsarles a ellos o la persona que estos hubiesen diputado para tal efecto el dinero que debió dárseles en mutuo.

En consecuencia, las elucidaciones asentadas por la Corte respecto de que no se tipificó el delito de fraude procesal concierne con los hechos a los que EXPLICITAMENTE aludió y que no se corresponden con los afirmados en esta demanda.

Por consiguiente, no puede ser acertado el entendimiento del Juzgado, porque, como ya se dijo, los hechos que examinó la Corte y que la condujeron a absolver a los incriminados por el delito de f**raude procesal** no guardan relación alguna con los hechos que aquí se le enrostran a la demandada como temerarios, amén que no se entendería que el Banco fuera condenado a restituir el valor contenido en los títulos valores que cobra en el proceso ejecutivo a título de indemnización de perjuicios a pesar de haber sido absueltos sus empleados por el referido reato de fraude procesal.

Entonces, ¿a qué se condenó al Banco y por qué? Pues por la conducta ilícita de sus empleados (que es imputable directamente a la entidad demandada), consistente en engañar a los demandantes para que firmaran unos títulos valores de los cuales no recibieron suma alguna porque fue destinada a pagarse (el banco) las deudas insolutas de otra sociedad.

Si esa es la "*ratio decidendi*" del fallo condenatorio, esto es, que para el juzgador penal quedó probado, y por eso condenó penalmente a los empleados bancarios por estafa y al Banco mismo como civilmente responsable, por todos esos actos fraudulentos, incluyendo que los suscriptores de los pagarés no recibieron suma alguna, como tampoco la sociedad ARPRINT S.A., porque el Banco optó, torcidamente, por usar esos dineros para pagarse unas deudas de otra sociedad (Arprint de Colombia Ltda.), si ese es el meollo de la condena, se decía, no es posible concluir, como lo hizo el sentenciador a quo que, a pesar de las pruebas recaudadas en este juicio y del mismo contenido de la parte resolutiva del fallo penal, que los aquí reclamantes sí recibieron el dinero y que sí son deudores de banco.

Por supuesto que resulta absurdo inferir que los otorgantes de los pagarés deban pagar su valor por el simple hecho de que los hubiesen suscrito (que en verdad lo hicieron), pues ese mero hecho NO los convierte en deudores del Banco. Lo que realmente les da esa connotación (la de deudores) es que hubiesen recibido un dinero en mutuo y que se hubiesen comprometido a restituirlo, cosa que NO sucedió. Por el contrario, si el Banco fue condenado a resarcirles como perjuicio por la estafa, precisamente, el monto al que ascienden esos títulos valores, es porque la Corte entendió que los accionantes no lo debían al Banco, pues es patente que si en verdad consideraba que lo adeudaban no habría condenado al banco a restituírselos.

Así las cosas, el BANCO fue condenado por la conducta ilícita de sus empleados (que es imputable directamente a la entidad demandada), consistente en engañar a los demandantes para que firmaran unos títulos valores de los cuales NO recibieron suma de dinero alguna porque fue destinada a pagarse (el banco) las deudas insolutas de otra sociedad. **¿Cómo puede decirse, entonces, que el BANCO no es responsable por los daños que les ha causado y seguirá causando a los demandantes con el**

cobro ejecutivo de unos pagarés fruto de una estafa, máxime cuando el supuesto préstamo que dio origen a su emisión nunca se perfeccionó porque el dinero nunca les fue entregado ni imputado al capital de la empresa autorizada por ellos?

Solamente la actitud manifiestamente malintencionada y temeraria del Banco, que el fallador avala, le conduce a esa sesgada interpretación.

Es obvio que los deudores no podían negar que firmaron los pagarés, entre otras cosas porque ellos sí actúan de buena fe, y a eso se refiere la Corte, pero eso no significa que en verdad sean deudores del Banco. De ser así, esa entidad no habría sido condenada a restituirles, a título de indemnización de perjuicios, el valor por el cual suscribieron los pagarés, ni sus empleados habrían sido condenados por estafa.

El hecho de que no se hubiese estructurado, a juicio de la Corte, el delito de fraude procesal, no significa que **NO** se hubiese configurado el de estafa, ni que, como consecuencia de ésta, las víctimas sigan endeudadas ante el Banco, porque lo cierto es que **NUNCA** fueron deudoras del mismo porque **JAMAS** recibieron los dineros a los que aludían los pagarés, ni esas sumas se abonaron a las cuentas de ARPRINT S.A., como habría sido su deseo, a cambio de convertirse en socios de ésta con esos aportes, sino que, mediando una actividad delictiva de la cual fueron víctimas, fueron usados por el Banco para pagarse las deudas de OTRA sociedad: Arprint de Colombia Ltda.

En ese mismo orden de ideas, la absolución por el delito de fraude procesal, concretado en los ya reseñados hechos, tampoco rebate que el Banco afirmó mendazmente, para poder iniciar el proceso ejecutivo, que los actores le adeudaban una suma de dinero que habían recibido en préstamo, cuando nunca la recibieron; tampoco se desdibuja el hecho de que inició un proceso ejecutivo con base en esa falaz afirmación y lo ha proseguido, sin fundamento legal porque nunca existió, por falta de objeto, un mutuo a cargo de los ejecutados, porque, simplemente, estos fueron estafados para que firmaran unos pagarés sin haber recibido ninguna contraprestación a cambio.

La verdad es que estas conclusiones no se prueban solamente con la sentencia penal, sino, también, con la confesión de la representante legal del Banco, las declaraciones de parte de los demandantes y los testimonios ya reseñados.

2.2.3.2. De otro lado, en ese aspecto, es decir, el relativo a la no tipificación del delito de fraude procesal, la sentencia ejecutoriada de la Corte confirmó la decisión absolutoria de segundo grado, pero de cara a los hechos concretos a los que aludió. Y si bien, al desgaire hizo algunas aseveraciones, en verdad ambiguas, sobre la supuesta aceptación de la deuda por las víctimas, lo cierto es que esos razonamientos no tienen frente a este proceso los efectos absolutos y totales que se predican de la cosa juzgada penal.

En consecuencia, le incumbía a la entidad demandada trasladar a este proceso las supuestas pruebas recibidas en el juicio penal y conforme a las cuales estaría probado que los aquí demandantes sí recibieron en mutuo los dineros referidos en los pagarés.

Refiriéndose al valor probatorio de la sentencia, recientemente precisó la Corte:

"… Para el recurrente, el infortunado resultado se debió a '(…) una concausalidad o confluencia de causas (…)'. Por esto, desde el punto de vista material y objetivo, en el cargo se confuta al Tribunal de haberlo atribuido exclusivamente a la "(…) fortaleza del impacto (…)", producto de haber tergiversado las sentencias penales condenatorias por el delito de homicidio culposo agravado pronunciadas contra Nelson Felipe Rico Díaz, conductor del automóvil.

"… *En la valoración de un proveído de esa naturaleza, preciso es distinguir la decisión, en sí misma considerada, y las razones esbozadas por los jueces penales para emitirlas en los campos fácticos y probatorios.*

"Con relación a lo primero, al tenor de lo previsto en los artículos 251-3 y 264 del Código de Procedimiento Civil, la copia de un fallo judicial, como documento público, únicamente es idónea para acreditar su existencia, identificar el despacho que lo profirió y establecer no sólo la fecha de su emisión, sino también lo resuelto.

"De ahí, tales providencias, como tiene sentado esta Corporación, '(…) sólo son probanza de ellas mismas, en cuanto acreditan 'su existencia, clase de resolución, autor y fecha', pues las consideraciones dentro de la estructura lógica de la sentencia es apenas un eventual instrumento de interpretación de la parte resolutiva".

"Los soportes de hecho y de apreciación de las pruebas en que se fundamenta un proveído de la índole señalada, por lo tanto, en aplicación de los principios de autonomía e independencia

judiciales, nada prueban en otro proceso, como no sea para precisar su sentido y alcance.

"En ese orden, si en los fallos penales ninguna consideración de contenido decisorio, reflejada en su parte resolutiva, se adoptó respecto del hecho de transitar la buseta instantes antes del impacto, supuestamente, con la puerta abierta, surge diáfano, el Tribunal no pudo tergiversarlas o darles una '(…) lectura antojadiza (…)'" (Subrayo). Sentencia del 6 de octubre de 2015.

En ese orden de ideas, si en el transcurso del proceso penal obró alguna prueba que le hubiese permitido a los falladores hacer al desgaire esa vaga deducción, que por lo demás es contraria a todo lo inferido en el resto de su providencia, esa prueba debió trasladarse a este proceso debidamente, toda vez que respecto de esa elucidación no obran los efectos erga omnes del fallo penal condenatorio que aquí se han examinado.

3. Finalmente, carece de sentido y es insensata la elucidación del a quo según la cual las víctimas debieron pedir en el transcurso del proceso penal la terminación del proceso ejecutivo porque, de un lado, el hecho de que no lo hubiesen hecho no desdibuja el ilícito cometido, ni la temeridad cometida por el banco al iniciar y proseguir con una ejecución que carece de fundamente legal; y, de otro, porque en este proceso no se le ha elevado una petición en ese sentido, ni con él se persigue esa finalidad.

Por el contrario, se ha alegado como un daño emergente futuro que debe ser indemnizado el que se rematen los bienes cautelados. Es decir, que se tiene como supuesto que el proceso ejecutivo, a pesar de su temeridad, puede ser proseguido por el ejecutante.

Por esa misma razón es desatinada la conjetura del juzgador de primer grado a quo según la cual si accedía a las pretensiones de esta demanda infligiría un revés a la cosa juzgada de la sentencia estimatoria proferida en el proceso ejecutivo adelantado por el Banco Popular contra los aquí demandantes, habida cuenta que este proceso no guarda ninguna identidad, en cuanto al petitum y a la causa petendi, con los que dieron lugar a ese proceso.

Aquí se alega que la justicia penal condenó a los empleados del banco, y a este como civilmente responsable, por el delito de estafa concretada en haber engañado a los otorgantes de los pagarés para que los suscribieran sin que hubiesen recibido suma de dinero alguna y sin que hubiesen destinado los dineros de ese inexistente mutuo como capital de trabajo de la sociedad Arprint S.A., a la que ellos delegaron para recibirlo, pues, por el contrario, el banco lo usó para pagarse las deudas de imposible recaudo de otra sociedad con la que los ejecutados no tenían ninguna relación. En consecuencia, se le recrimina por haber actuado temerariamente en ese proceso ejecutivo al hacer afirmaciones mendaces, por reclamar derechos

subjetivos de los que carecía y por proseguir la ejecución a pesar de la resolución penal, cuestiones estas que no se discutieron ni fallaron en ese proceso. Por supuesto que la consumación de la estafa por parte de los empleados bancarios solamente fue establecida por el fallo de la Sala Penal de la Corte el 11 de marzo de 2015, esto es, cuando ya se habían decidido las dos instancias del proceso ejecutivo.

Desde luego que ni los pedimentos de esta demanda, ni los supuestos fácticos que la sustentan se alegaron ni resolvieron en el proceso ejecutivo, motivo por el cual es un colosal error decir que la decisión estimatoria de las pretensiones de esta demanda violenta los efectos de cosa juzgada de la sentencia de seguir adelante la ejecución. No se requieren hondas disquisiciones para asentar que la existencia de cosa juzgada se sella siempre y cuando exista identidad de partes, de pretensiones y de causa para pedir, triple identidad que en este asunto no se vislumbra. Tampoco puede aducirse que debió alegarse la temeridad dentro del proceso ejecutivo porque, de un lado, la misma solo pudo descubrirse a partir de la sentencia condenatoria de la Sala Penal de la Corte proferida el 11 de marzo de 2015, cuando ya se habían proferido las sentencias de primera y segunda instancia en el proceso ejecutivo; y, por otro, porque la responsabilidad civil por ejercicio temerario de las vías judiciales puede alegarse en proceso separado.

Si bien se pretendió la anulación de la actuación adelantada en el proceso ejecutivo con posterioridad al fallo penal, acudiendo, incluso a una acción de tutela que fue negada, lo cierto es que en este proceso no se está replanteando ese pedimento. Aquí no se está pidiendo que se decrete la terminación del proceso ejecutivo, sino la indemnización a los ejecutados por ser víctimas de la temeridad del Banco.

Inclusive, el juzgador constitucional dejó a salvo las acciones de los ejecutados para alegar las actuaciones fraudulentas de la entidad bancaria, una de las cuales aquí se ejerce.

4. Estando demostrada la temeridad de la entidad bancaria demandada, debió condenársele a pagar los perjuicios causados a los demandantes por el ejercicio abusivo del derecho de litigar al entablar y proseguir un proceso ejecutivo en contra de los demandados en el que éstos han tenido que sufragar cuantiosos gastos para asumir su defensa, amén que han tenido que soportar el embargo y secuestro de sus únicos dos inmuebles, y más aún los sentimientos de angustia, vergüenza, pesadumbre y zozobra derivados de ese proceso.

En efecto, en el curso del proceso se lograron acreditar los siguientes perjuicios, pues se aportaron todos los documentos que los prueban, los cuales no fueron desconocidos por la parte demandada y, además, están corroborados por las declaraciones de las partes y los testigos:

a. Pagos de honorarios profesionales a los diferentes abogados que han representado a los demandantes en el curso del proceso ejecutivo, por

valor de $39.820.000. Para ello, se aportaron los respectivos cheques mediante los cuales se pagaron esos dineros, los cuales no fueron desconocidos por la parte demandada.

Adicionalmente, la testigo Claudia Marcela Gutiérrez Escobar, al preguntársele si sabía quiénes eran los doctores Alejandro Gutiérrez, Julio Bonilla, Jairo Vélez Zapata, Luis Leal Núñez y Roberto Aguilar, contestó:

"Todos ellos han sido abogados porque como eso ha durado tanto tiempo, 20 años, entonces en el transcurso de todo este tiempo pues mi papá ha tenido varios abogados. Alejandro Gutiérrez lo conocí personalmente porque él fue varias veces al apartamento y tenía reuniones allá con mis papás y una vez yo acompañé a mis papás a la oficina de él acá en el centro a pagarle parte de sus honorarios. Mi papá le pagó a él $21 millones de pesos.

"A Roberto lo conozco porque también fue abogado de él y sé que le pagaron $12 millones.

"A los otros 3 no los conocí personalmente, pero pues sí eran mencionados por mis papás".

De igual manera, el testigo Alejandro Gutiérrez reconoció haber recibido del demandante el pago de sus honorarios profesionales.

Por su parte, el testigo Roberto Aguilar, al preguntársele si los demandantes le habían pagado alguna suma de dinero como consecuencia de la prestación de sus servicios de abogado, respondió:

"Si señor. La suma fue de $12.000.000".

b. Pago de honorarios profesionales a los peritos que adelantaron los estudios grafológicos por la suma de $95.270.000. Para ello se aportaron copias de los respectivos cheques mediante los cuales se pagaron esos dineros.

Por otro lado, la testigo Claudia Marcela Gutiérrez Escobar, al preguntársele si conocía a los señores Pedro José Galindo Ropero y Rodolfo Barrero Borraz, y qué sumas de dinero se le había pagado a ellos, respondió:

"Ellos son grafólogos. Galindo es el que hizo el primer estudio grafológico y Barrero Borraz hizo otro, y pues los conozco porque mi papá empezó a tener contacto con ellos recién inició todo esto y yo vivía en el apartamento con mis papás y este tema pues era del día a día que se hablaba en mi casa, pues en el apartamento se hablaba de eso todo el tiempo, entonces pues cuando mi papá hablaba con ellos, le comentaba a mi mamá, entonces pues yo sabía de la existencia de ellos y que mi papá les había pagado los estudios grafológicos.

(…)

“A Galindo le pagó $9 millones y a Barrero le pagó $86 millones de pesos, y $9 millones a Galindo”.

En el mismo sentido lo confirmó el testigo Alejandro Gutiérrez, quien, al interrogársele sobre la razón que había dado lugar a la emisión de unos cheques girados al Doctor Valero y Borrás, contestó:

“Sí señor, él fue un grafólogo, él rindió unos conceptos. Yo siempre acompañaba al General donde Rodolfo. Él le pagó esas sumas delante mío. Yo tenía que saber cómo iban los resultados de esa prueba porque fue pedida por mí. No sé decirle cuánto, pero sí sé que fue una suma bastante significativa que porque era el grafólogo más importante de Colombia, entonces a él el pagó una suma muy significativa”.

Y seguidamente se le preguntó si le constaba que el señor Marino Gutiérrez había girado esos cheques para pagar esas experticias, dijo:

“Sí me consta porque en varias oportunidades le reproché que eran exageradas las sumas que le estaba pagando al grafólogo. El mínimo cobro que le hizo fue de $4.000.000, de resto, de ahí para arriba habían de 5, 15, 10 millones. Por eso sé que me consta”.

c. Pago de gastos periciales y de avalúos por parte de los demandantes Marino Gutiérrez y Martha Escobar, para lo cual se aportaron las respectivas consignaciones y copias de los comprobantes y recibos de pago.

d. Valor del crédito que se le pretende cobrar a los demandantes en el marco del proceso ejecutivo, actualizada hasta la fecha de presentación de esta demanda por valor de $1.909.711.809.00. Para tal efecto, se aportó la liquidación elaborada por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, junto con las respectivas actualizaciones.

e. Cánones de arrendamiento que mensualmente ha dejado de percibir la arrendadora MARTHA LUCÍA ESCOBAR desde el 14 de octubre de 2009 y hasta la fecha de presentación de la demanda, como consecuencia del secuestro del apartamento 508 ubicado en la Transversal 35 No. 115 – 51 La Alhambra. Para ello aportamos copia del acta de secuestro del inmueble, además consta que el valor del canon de arrendamiento para esa fecha era de $693.000.00.

f. Finalmente, también están demostrados con las pruebas testimoniales recaudadas, los perjuicios extrapatrimoniales que han padecido los demandantes, no solo por la aflicción que esta situación les ha provocado, sino, también, por la severa afección a su vida de relación.

La impugnación se endereza a que el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá REVOQUE la providencia recurrida y, en su lugar, profiera el fallo de segundo grado que estime las pretensiones de la demanda y niegue las defensas y excepciones de la demandada.

Cordialmente,



PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA
C.C.6.762.418
T.P. 41.801 C. S. de la J.
pmunar@scolalegal.com

---

[1] Dijo la corte:

"Es apenas claro que el titular de un derecho subjetivo es, en principio, la persona legitimada para ejercitarlo frente a quien la norma positiva material ha impuesto la obligación correlativa. Pero como quien demanda la intervención de la jurisdicción para el arreglo de los conflictos surgidos con sus conciudadanos, ha de obrar siempre sin temeridad, tanto en sus pretensiones como en el ejercicio de sus derechos procesales y, además, debe proceder con lealtad y buena fe, según lo impera el artículo 71 del estatuto de enjuiciamiento civil, en caso de no observar esas pautas de mediana prudencia y dignidad, si causa un daño a la contraparte o a terceros, entonces el legislador sanciona su obrar temerario o malintencionado, y no simplemente cualquier clase de culpa, imponiendo por la temeridad o la mala fe en la escogencia de las vías de derecho, la obligación de indemnizar a la víctima por el abuso del derecho de litigar. Así está dispuesto expresamente en los artículos 72 y 74 del C. de Procedimiento Civil.

"El principio general, consagrado en el artículo 2341 del C. Civil, relativo a que quien ha inferido daño a otro, intencional o culposamente, así la culpa sea leve o levísima, es obligado a la indemnización, es aplicable al campo del abuso del derecho, pero sólo en tratándose del ejercicio de un derecho subjetivo. Cuando, por el contrario, el abuso se ha realizado en la escogencia de las vías de derecho, es decir, en el ejercicio de los derechos procesales seleccionados para lograr la efectividad del derecho material discutido, entonces una culpa cualquiera del litigante no genera necesariamente, en caso de darse los otros elementos de la responsabilidad, la obligación de indemnizar. Desde luego que en la actividad procesal la ley no exige un máximo de cuidado, una diligencia suma, y como quiera que el contenido de las normas positivas no siempre ofrece una sola interpretación, el legislador sólo ha impuesto a los litigantes el deber de observar una conducta que excluya la mala fe y la temeridad, circunstancias éstas que ley presume en los siguientes eventos, según lo establece el artículo 74 precitado: '(…)'.

"Mas es lógico que esta lista de casos no excluye la existencia de otros en que se haya actuado con mala fe o con temeridad. El catálogo copiado es de los episodios en que legalmente se presumen esas circunstancias, pero ello no quiere decir que no haya otros eventos en que se actúe de esa manera perniciosa" (Cas. Civ., sentencia de 26 de enero de 1978, proceso de Karol Fortich frente a Isaac Schuster; se subraya).

Y luego, la Corporación reiteró:

"(…) la Corte ha tenido oportunidad de explicar que la responsabilidad por hechos dolosos o culposos, consistan o no en actos procesales o en la escogencia de las vías de hecho, es típicamente extracontractual, lo que sucede es que entre la responsabilidad general establecida en el artículo 2341 del C. Civil para quien, por su culpa, ha causado daño a otro y la especial consagrada en el artículo 72 del C. de P. Civil para quien causa perjuicio con actuaciones temerarias o de mala fe, existe una clara diferencia: cualquier culpa, una culpa cualquiera, grave, leve o levísima, es suficiente para fundar la responsabilidad a cargo de su autor, según el artículo 2341; por el contrario, para fundarla a cargo del litigante, según el artículo 72 precitado, se exige que el acto procesal culposo, implique temeridad o mala fe, de lo que se concluye que las culpas leve y levísima no son fuente de responsabilidad en este último caso" (Cas. Civ., sentencia del 24 de mayo de 1980, proceso de Luis Arturo Martínez contra Gonzalo Barrera; se subraya).

Igualmente, varios años después se señaló:

"De modo que perseguir bienes cuyo valor excede los límites establecidos por la propia ley, sin que concurra alguna de las circunstancias de excepción que ella misma indica, torna abusivo el ejercicio del derecho subjetivo establecido por el art. 2488 del C. Civil, y como se dijo, compromete la responsabilidad de quien así actúa, si con tal proceder causa un perjuicio y se le puede imputar un comportamiento temerario o de mala fe, pues al fin de cuentas el abuso se da en el empleo de las vías de derecho, es decir, en la actuación procesal, donde no basta para dar por descontado el elemento subjetivo de la responsabilidad personal, la culpa sin calificación alguna, sino una que haya sido fruto de la temeridad o la mala fe (Cas. Civ. 27 de noviembre de 1998. Exp. 4909).

[2] En fallo del 28 de septiembre de 1953, la Corte abordó el examen del concepto de temeridad diciendo lo siguiente:

"Temeridad, según el diccionario de la lengua 'es la calidad de temerario'. Y temerario, según la misma obra, es 'inconsiderado, imprudente y que se expone a peligros sin meditado examen'. En sentido forense, temerario significa 'imprudencia temeraria', la cual está definida así: punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja que, a mediar malicia del actor, serían delitos. La temeridad, pues, no implica intención positiva

y concreta de causar daño a las personas o a las cosas - que es lo significado por el otro término, malicia -, sino falta de prudencia, de meditación, de cuidado, en una palabra, simple error de conducta".

[3] GOZAINI, Osvaldo. "La conducta en el proceso". 1988. Pág.48

[4] MORALES Casas, Francisco. "Fundamentos de la actividad y los negocios bancarios". Radar. Pág. 652.

[5] En el ordinal ii) de la sentencia del 11 de marzo de 2015 la Sala Penal de la Corte, no sin antes haberles impuesto a los condenados URBANO FRANCO y RAMÍREZ DE PEÑA, la obligación de indemnizar a las víctimas dispuso: *"revocar la absolución decretada en favor del BANCO POPULAR S.A. para, en su lugar, imponerle, en su condición de tercero civilmente responsable, la obligación, solidaria con los acusados, de indemnizar los daños y perjuicios causados con el delito, en los términos y condiciones señalados en los fallos de instancia"*.

[6] BARROS Bourie, Enrique. "Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 457.

TATIANA MARÍA ACUÑA GALLEGO
Abogada

Bogotá, D.C., junio 16 de 2020

Señor
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
E. S. D.

RAD: 110001310303820170034000
DTE: EDGARD CENDÁLES SÁNCHEZ
DDO: DAM INVERSIONES INMOBILIARIAS S.A.S.
(Hoy CORPFIANZAS S.A.)
ASUNTO: Sustentación recurso de apelación.

Estimado señor Magistrado,

Sea lo primero extenderle un cordial saludo. En mi reconocida condición de apoderada judicial de la sociedad demandada en la causa relacionada en la referencia, mediante el presente escrito allego SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN con el fin de que se verifique la razón en los argumentos expuesto en el medio interpuesto a favor de la defensa de mi representado.

De esta manera, a continuación relaciono el sustento fáctico y jurídico que soporta los medios de impugnación referidos en el presente escrito:

I. SUSTENTO FÁCTICO

De conformidad con lo confesado por el demandante en la audiencia celebrada el 09 de diciembre del 2019, el señor Cendales se encuentra habitando el inmueble ubicado en Bogotá, en la dirección carrera 14 # 103 – 78, apartamento 506 y cuyo objeto fue el acta de conciliación que obra como título ejecutivo con el que se inició la acción que hoy se debate.

De esta manera, también se confesó por parte del demandante en la citada audiencia que este no paga ninguna contraprestación por el uso y goce del inmueble que habita desde hace más de 5 años.

II. SUSTENTO JURÍDICO

2.1. Enriquecimiento sin justa causa:

Básicamente como complementación al sustento jurídico y fáctico relacionado en la audiencia de 9 de diciembre de 2019 se resalta que el enriquecimiento sin justa causa es una

institución jurídica que actúa como remedio del detrimento injustificado de un patrimonio, por lo tanto, atendiendo el desarrollo jurisprudencial en materia civil, se puede subrayar que la pérdida económica en los activos de un patrimonio no hace caso a un fenómeno de extinción, sino de transferencia, por lo que toda pérdida económica debe tener un correlativo enriquecimiento en el patrimonio de otro sujeto. Y tal situación es la que se presenta en el caso que nos ocupa, porque tal como se relaciona en el sustento fáctico, queda claro que el patrimonio del demandante ha encontrado un enriquecimiento con el uso y goce del inmueble en el que habita el señor cendales, toda vez que no ha pagado ni un solo céntimo por ese aprovechamiento, mientras que se encuentra en la presente causa requiriendo judicialmente el dinero entregado como parte del precio del inmueble. Por lo tanto, en contraposición se puede observar que el patrimonio del demandado se ha visto empobrecido por ese hecho, tal y como se revela en el estado de pago de la acreencia.

En este orden, no existe fundamento jurídico por el que el demandante continúe con el inmueble y de esta manera empobreciendo el patrimonio del demando.

Del señor Juez, cordialmente:

TATIANA MARÍA ACUÑA GALLEGO
T.P. 113.515 del C. S de la J.

CONSORCIO A.J. ABOGADOS

Derecho urbano, Civil, Comercial, Administrativo, Penal, Policivo, Tributario,
Derecho de Familia, Conciliación y Legislación Comunal
Carrera 8 # 11-39 Oficina 410 - Teléfonos: 2431832 Y 3106791694

Honorable:
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – SALA CIVIL-
E. S. D.

PROCESO: **ORDINARIO DE PERTENENCIA**
EXPEDIENTE No: **1100131030-01-2013-00038-01**
DE: **JAC GIBRALTAR II SECTOR**
CONTRA: **JAIME NARVÁEZ PRIETO E INDETERMINADOS**
MAGISTRADA PONENTE: **DRA. MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO**
JDOS CONOCIERON EL PROCESO**: 01, 35 Y 51 C CTO DE BOGOTÁ D.C.**

ASUNTO: SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DE FECHA 22 DE FEBRERO DE 2019 PROFERIDA POR EL JUZGADO 51 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, DANDO CUMPLIMIENTO A LO ORDENADO MEDIANTE AUTO NOTIFICADO POR ESTADO DEL 08 DE JUNIO DE 2020

ANDRÉS JIMÉNEZ LEGUIZAMÓN, mayor y vecino de Bogotá, identificado civil y profesionalmente tal como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderado de la parte actora **(JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL DEL BARRIO GIBRALTAR II SECTOR)** dentro de la acción de la referencia, por medio del presente escrito me permito **DAR CUMPLIMIENTO A LO ORDENADO POR ESTE HONORABLE DESPACHO,** mediante auto notificado por estado del 08 de junio de 2020, y **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la sentencia de primera instancia, proferida por el juzgado 51 civil del circuito de Bogotá, el 22 de febrero notificado por estado del 25 de febrero de 2019, recurso que **SUSTENTO** en los siguientes términos:

A. ACTUACIONES QUE SE HAN DESARROLLADO EN ESTA INSTANCIA

1. El recurso de apelación interpuesto fue admitido por este despacho mediante auto de fecha 26 de abril de 2019.

2. Mediante auto notificado por estado del 16 de mayo de 2019, este tribunal niega la solicitud de pruebas solicitada por ambas partes procesales, declarando que no había sido señalado en los escritos petitorios la conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas solicitadas.

3. Con auto de fecha 09 de julio de 2019, este despacho prórroga para decidir del recurso de apelación interpuesto.

4. Mediante auto notificado por estado del 28 de octubre de 2019, se fijo fecha para llevar a cabo la diligencia de que trata el artículo 327 del C.G.P.

5. A través de auto de fecha 05 de noviembre de 2019, se decreta como prueba de oficio, que el juzgado 19 civil municipal de Bogotá, remita copia autentica del expediente- **despacho comisorio**- tramitado dentro del proceso de restitución de bien inmueble arrendado, con radicado 2012-884.

6. Para el 14 de noviembre 2019, el suscrito, radico memorial, en el cual, anexa la totalidad de las fotocopias con las que contaba de la tramitación del precitado

despacho comisorio, por cuanto, **el expediente original no apareció dentro del proceso de restitución de bien inmueble arrendado,** anexándose igualmente, la solicitud de reconstrucción del expediente, radicada por el suscrito en el juzgado 19 civil municipal de Bogotá.

6.1. Para el mismo 14 de noviembre de 2019, el juzgado 19 civil municipal de Bogotá radico memorial dando respuesta al oficio emitido por el tribunal.

7. Se hace necesario manifestar, que, a la fecha, no se ha corrido traslado ni de los documentos que fueron aportados por el suscrito ni de los documentos remitidos por el juzgado 19 civil municipal de Bogotá.

8. Mediante auto de fecha 01 de junio de 2020, el tribunal fija como fecha para llevar a cabo audiencia de fallo, el 11 de junio de los corridos

9. El precitado auto fue dejado sin valor ni efecto, mediante auto notificado por estado del 08 de junio de 2020 y el mismo, corre traslado a la parte apelante para que sustente el recurso presentado, lo cual se está haciendo a través del presente memorial.

B. DE LA PRUEBA DE OFICIO DECRETADA POR ESTE DESPACHO

Como se manifestó en líneas anteriores, este tribunal mediante auto de fecha 05 de noviembre de 2019, decreto como prueba de oficio:

> *"OFICIAR al juez 19 civil municipal de Bogotá, para que en termino de cinco (05) días siguientes al recibo del presente oficio, remita copia de todas las actuaciones posteriores a la sentencia de restitución del 25 de noviembre de 2013 proferida por el juzgado 38 civil municipal de Descongestión, en adelante (incluidas las copias de los recursos de apelación que se hubieran surtido, si fuere del caso), en el radicado 11001 4003 019 2012 00884 00 promovido por la Junta de Acción comunal del Barrio Gibraltar contra Álvaro Fernando Pulido"*

Mediante memorial radicado por el suscrito el día 14 de noviembre de 2019, se informó a este honorable despacho sobre la no existencia dentro del expediente en poder del juzgado 19 civil municipal de Bogotá, de las actuaciones realizadas en cumplimiento del despacho comisorio y con posterioridad a la sentencia proferida dentro del proceso de restitución de bien inmueble arrendado, especialmente, todo lo tramitado ante el juzgado 07 civil municipal de descongestión (de despachos comisorios) de Bogotá, anexándose con dicho memorial los siguientes documentos:

- *Fotocopia del memorial radicado ante el juzgado 19 civil municipal de Bogotá, para el 13 de noviembre de los corridos, solicitando la reconstrucción del expediente, junto con fotocopias que el suscrito tenía en su poder de dichas piezas procesales faltantes, las cuales son:*

***1.** Fotocopia de la sentencia proferida para el 25 de noviembre de 2013, dentro del presente proceso por el juzgado 38 civil municipal de descongestión de Bogotá y del edicto por medio del cual fue notificada. (4 folios)*

***2.** Fotocopia del despacho comisorio expedido por el juzgado 38 civil municipal de descongestión de Bogotá, radicado para el 11 de julio de 2014, bajo el radicado 140711041 (1 folio)*

***3.** Fotocopia del acta de diligencia levantada para el 20 de agosto de 2014 (1 folio)*

***4.** Fotocopia del memorial radicado por el señor **JAIME NARVÁEZ PRIETO,** para el 3 de septiembre de 2014, haciendo la salvedad que falta la página final (2 folio)*

5. *Fotocopia del memorial radicado por el suscrito para el 9 de septiembre de 2014 (1 folio)*

6. *Fotocopia del memorial radicado por el suscrito para el 25 de marzo de 2015, en donde se solicita fijar nueva fecha para continuar con la diligencia de entrega (3 folios)*

7. *Fotocopia del auto proferido por el juzgado 7 civil municipal de descongestión de Bogotá (despachos comisorios) en donde fija fecha para diligencia de entrega (1 folio)*

8*. Fotocopia del acta de diligencia de entrega llevada a cabo el 11 de junio de 2015 (2 folios con adversos)*

9. *Fotocopias de las actas de testimonios y pruebas practicadas para el 3 de julio de 2015 (9 folios)*

10. *Fotocopia del acta de diligencia de fecha 3 de julio de 2015, en la cual fija fecha para decidir sobre la oposición presentada (1 folio)*

11. *Fotocopia del acta de diligencia de fecha 31 de julio de 2015, por medio de la cual, se decidió sobre la oposición presentada por el señor* ***JAIME NARVÁEZ PRIETO*** *(4 folios)*

12*. Fotocopia del derecho de petición y anexos, presentado por el señor* ***JAIME NARVÁEZ PRIETO,*** *para el 31 de agosto de 2015. (12 folios)*

13. *Fotocopia del auto proferido por el juzgado 7 civil municipal de descongestión de Bogotá (despachos comisorios) para el 04 de septiembre de 2015, en donde contesta el derecho de petición radicado y enunciado con anterioridad. (1 folio)*

14. *Fotocopia del memorial radicado por el suscrito para el 04 de septiembre de 2015, en donde solicito la elaboración de oficios y fijar fecha para llevar a cabo la diligencia de entrega ordenada. (1 folio)*

15. *Fotocopia de los oficios tramitados ante el comando de policía metropolitana de Bogotá y la secretaria de integración social, ello a fin que hicieran el acompañamiento a la diligencia del 9 de noviembre de 2015 (2 folios).*

16. *Fotocopia del acta de diligencia de entrega del predio objeto de proceso, que se llevó a cabo para el 9 de noviembre de 2015,* ***en la cual se realizó de manera física y material, la entrega del predio, cumpliéndose así el despacho comisorio****. (1 folio con adverso).*

17. *Fotocopia de la impresión de la base de Excel, que tiene el juzgado 22 civil municipal de pequeñas causas y competencias múltiples de Bogotá, en donde se observa que al juzgado 19 civil municipal le fue enviado un expediente de 48 folios. (1 folio con adverso).*

Debe manifestarse que los originales y/o fotocopias que se encontraban en poder del suscrito, fueron radicadas en el juzgado 19 civil municipal de Bogotá, con la finalidad, de lograr llevar a cabo la reconstrucción de las actuaciones que se realizaron en cumplimiento del despacho comisorio para verificar la entrega del inmueble arrendado, que es el mismo materia de pertenencia, cuaderno que como se indicó no se allego al proceso de restitución de inmueble arrendado., y se encuentra extraviado

Sobre dicha reconstrucción debe manifestarse, que el juzgado 19 civil municipal de Bogotá, profirió auto de fecha 11 de diciembre de 2019, en el cual ordenaba oficiar a los juzgados que tuvieron en su poder el expediente.

Dichos oficios fueron radicados para el mes de enero de 2020 y a la fecha de la suspensión de términos con ocasión de la emergencia del covid – 19, aun no se había obtenido respuesta de dichos oficios ni el juzgado 19 civil municipal de Bogotá, había fijado fecha para llevar a cabo la reconstrucción de este cuaderno

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que se encuentra próximo a vencerse el termino con el cual cuenta este honorable despacho para decidir sobre el recurso de apelación interpuesto, y sin contarse con una fecha exacta para llevar

a cabo diligencia de reconstrucción del cuaderno de cumplimiento de despacho comisorio y si es posible llevar a cabo la misma de manera virtual o como el CSJ permita llevar a cabo las mismas luego del 1 de julio de 2020, el suscrito desde ya, le solicita **de manera muy respetuosa a este despacho, que tenga en cuenta la totalidad de los documentos que fueron aportados en el memorial radicado para el 14 de noviembre de 2019, darles el valor probatorio que corresponda y tenerlos en cuenta, como si se tratara del expediente solicitado como prueba de oficio, correr traslado de los mismos a la parte demandada, junto la presente sustentación, para que efectué las manifestaciones que considere necesarias la pasiva.**

C. MANIFESTACIONES PREVIAS A LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Como quiera que la sentencia apelada se fundamenta en la supuesta interrupción de la prescripción- posesión, es de indicarle al despacho, que la JAC demandante le dio en arrendamiento el predio materia de prescripción al señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** mediante contrato de arrendamiento celebrado el día 05 de enero de 2011, no sin dejar de lado, que antes con el mismo señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** se habían celebrado contratos de arrendamiento sobre el mismo predio, simplemente se celebraban nuevos contratos cada cierto tiempo.

El contrato de fecha 05 de enero de 2011, contrato que como es lógico, tiene la tacita reconducción o renovación automática y solo, se dio por terminado mediante sentencia proferida por el juzgado 38 civil municipal de Descongestión, proferida para el 25 de noviembre de 2013, materializándose la restitución para el día 09 de noviembre de 2015. **Este contrato obra tanto en la prueba trasladada del proceso de restitución de inmueble arrendado como dentro del cuaderno de la pertenencia.**

Lo que ocurrió es que el arrendatario, tenedor del inmueble **ÁLVARO FERNANDO PULIDO** materia de usucapión, al aparecer el titular de dominio, después de 24 años, se confabulo con este (véase el interrogatorio de parte del demandado **JAIME NARVÁEZ**, donde así este lo confeso, que este, el aquí demandado, llevaba 24 años sin tener acceso al predio y no ir durante muchos años al sector, es decir, estaba completamente alejado del predio y sin hacer ninguna actuación tendiente a ejercer sus derechos) y acordaron de manera fraudulenta, que él, **ÁLVARO FERNANDO PULIDO**, le seguiría pagando el canon de arrendamiento no a la JAC, quien fue el que le entrego el predio sino al señor **Narváez.**

Dentro del presente proceso de pertenencia, se pidió como prueba trasladada el expediente del proceso de restitución de inmueble arrendado 2012-0884, que remitiera el juzgado 38 civil municipal de descongestión de Bogotá, el día 02 de abril de 2014, fecha de recepción en 97 folios, empero, este traslado solamente se surtió, parcialmente, toda vez que el juzgado 38 civil municipal de descongestión remitió hasta la actuación que se había surtido y que, correspondía, hasta ordenar, el despacho comisorio, como obra a folio 270 del cuaderno principal (remisorio del expediente) y específicamente, la orden del despacho comisorio se encuentra en el folio 96 del expediente de restitución, cuaderno de prueba traslada, restitución que se materializo el día 09 de noviembre de 2015, la cual aporto se allego ya al expediente.

Por ende, el expediente de prueba trasladada (restitución de bien inmueble arrendado, radicado 2012- 884) no llego de manera integral, faltando el cumplimiento del despacho comisorio, lo cual ya acaeció, hoy, el expediente, se encuentra en el juzgado 19 civil municipal, que fue el juzgado de origen de dicho proceso de restitución. Dicho expediente, no llego completo, por cuanto, el

periodo probatorio dentro del presente proceso ya había fenecido, nótese, que el acta de entrega se verifico para el día 05 de noviembre de 2015, cuando se reitera, el periodo probatorio dentro del presente asunto ya había terminado.

Bajo ese contexto se procederá, entre otros asuntos o temas, a sustentar el recurso de apelación, así:

D. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Mediante sentencia de fecha 22 de febrero de 2019, el Honorable juzgado cincuenta y uno (51) civil del circuito de Bogotá, decidió el asunto de la referencia, en la parte resolutiva de dicha sentencia se observa:

"…RESUELVE:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *probada la excepción de "falta de requisitos para alegar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio" conforme a las razones expuestas*
>
> ***SEGUNDO: NEGAR*** *las pretensiones de la demanda, atendiendo para ello lo consignado en la parte motiva de este proveído.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR*** *el levantamiento de la medida cautelar…*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas a la parte demandante. Se fija para ello la suma de $1.000.000 como agencias en derecho"*

En la parte considerativa de la sentencia entre otros apartes, el fallo proferido se sustenta en:

> *"De ahí que, se concluye sin temor a equivoco que el termino prescriptivo se interrumpió, desde el preciso momento en que el demandado celebro el 5 de junio de 2011 el citado contrato de arrendamiento con el señor PULIDO quien desde entonces comenzó a pagar el arriendo al señor NARVÁEZ y este último a levantar el cerramiento del inmueble para cumplir con la obligación de garantizarle el uso y goce del inmueble al arrendatario. Al obrar pasivamente la demandante ante este hecho ejecutado por el demandado, es claro que reconoció dominio ajeno y dejó sin efecto jurídico alguno cualquier posesión material que hubiera podido ejercer sobre el inmueble objeto de la demanda.*

En cuanto a esta manifestación efectuada por el a quo, debe afirmarse que no se encuentra soportada jurídicamente y que se está incurriendo en una indebida aplicación de la norma y apreciación de la prueba, puesto, que como más adelante lo ampliare, por cuanto:

- El contrato de arrendamiento al cual hace referencia el a quo (es decir, al irregular, ilegal, el suscrito entre el inquilino d la JAC señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO** y el aquí demandado en pertenencia, señor **Narváez**, nunca fue reconocido ni aceptado por la parte demandante, JAC,, así como tampoco fue tenido en cuenta **ni le fue dado ningún valor probatorio dentro del proceso de restitución de bien inmueble**, que la JAC presentara para recuperar la tenencia entregada al señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO.**

- No puede hablarse de ningún tipo de interrupción a la posesión, como más adelante lo ahondare, ello, debido, a que el contrato de arrendamiento celebrado por la JAC con el señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** celebrado el 05 de enero de 2011, gozo de plena validez, hasta que el mismo fue dado por terminado de manera judicial y ordeno su restitución que en efecto fue materializada como ya se indicó, ello, a través del fallo proferido, por el juzgado 38 civil municipal de descongestión, es de indicar, que se dio por

terminado el 25 de noviembre de 2013, es decir, en todo este tiempo, el señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO**, **continuo como tenedor del predio y actuando en representación de la JAC nunca del demandado señor JAIME NARVÁEZ,** como erradamente lo interpreta el despacho judicial

- No existe prueba alguna dentro del expediente, que sustente lo plasmado por el a quo, en cuanto que, la demandante reconoció dominio ajeno en el demandado, renunciando así a cualquier termino prescriptivo con el cual contara, al respecto, debe manifestarse, que todo lo contrario se encuentra probado dentro del expediente de pertenencia, en donde obra:

  - El expediente, de manera parcial, del proceso de restitución de bien inmueble arrendado, que se presentara cuando se comenzaron a observar las actuaciones irregulares del señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO**
  - La presentación de este proceso que se promueve, una vez la JAC había cumplido, como en efecto lo hizo, el termino prescriptivo para que el predio le sea adjudicado por prescripción adquisitiva
  - El hacer la totalidad de las actuaciones procesales dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado tendientes hasta lograr la entrega del predio, para el 09 de noviembre de 2015, previa sentencia ejecutoriada y en firme de fecha 25 de noviembre de 2013, expedida por el juzgado 38 Civil Municipal de Descongestión dentro del proceso de inmueble arrendado 20128844.
  - El continuar cancelando todos los gastos que el predio generaba, así como seguir celebrando asambleas, en las cuales daba informes a la comunidad en general sobre el predio, el asistir y llevar los testigos decretados al presente proceso, y en general, se reitera, no existe prueba, del reconocimiento por parte de la JAC ni de la renuncia a la posesión, en la cual, el a quo baso su fallo.

Se concluye entonces, que las afirmaciones que hace la señora juez, frente que el señor **Narváez** que levantó el cerramiento del inmueble para cumplir con la obligación de garantizar el uso y goce del inmueble al arrendatario, son afirmaciones subjetivas, suposiciones que la señora juez hace, pues el inmueble lleva en posesión de la JAC más de 20 años y siempre ha estado cercado; presume además la juez que lo cerro en bloque, que estaba desprotegido de cerramiento alguno cuando eso no fue así, pues si se ve el video, el cerramiento lo es en latas y así siempre ha estado, otra cosa es que el usurpador de la tenencia, es decir el señor Narváez, haya arreglado algunos latas del cerramiento pero no en la majestuosidad, tamaño o imaginación que considera la juez, como cuando hace la manifestación "*para garantizarle el uso y goce del inmueble al arrendatario*", en verdad que son unas suposiciones exageradas e ilusorias, pues reitero este lote ha sido arrendado por la JAC durante muchos años, para aserraderos, para parqueaderos y deposito, que obviamente, deben estar mininamente cercados y cerrados y ha tenido su cerca tal y como puede verse en el los videos de inspección judicial.

Al decir la juez *"es claro que reconoció dominio ajeno y dejó sin efecto jurídico alguno cualquier posesión material que hubiera podido ejercer sobre el inmueble objeto de la demanda",* ello que por haber suscrito el inquilino, tenedor de la JAC, un contrato entre pulido y Narváez, no consulta con la realidad ni jurídica ni normativa, ni jurisprudencialmente.

Como es sabido dentro del proceso, el predio materia de prescripción **se dio en arriendo por la Juna de acción Comunal (hoy prescribiente) al señor Álvaro Fernando Pulido** quien durante unos años lo tuvo en arriendo, para el ejercicio de parqueadero, pero que de un momento para otro apareció Jaime Narváez, (después de más concretamente después de 24 años) ,quien figura como titular de derecho de dominio del predio materia de prescripción, quien **convenció a Álvaro Fernando Pulido de que no le pagara más arriendo a la JAC** y que pasara a pagarle a él, es decir a Jaime Narváez un arriendo por menor precio y suscribieran así un nuevo contrato, del cual no se tiene certeza de la fecha de celebración del mismo, pues nótese, que se le hizo presentación personal, casi seis meses después de su supuesta celebración.

Esta conducta es la que la señora Juez considera que, deja sin efecto jurídico alguno cualquier posesión material que hubiera podido ejercer sobre el inmueble objeto de la demanda, situación que no es cierta, veamos porque:

A) Está claro y además **se encuentra aportado el contrato** que se celebró entre Álvaro Fernando Pulido y la Junta de Acción Comunal, contrato que se encuentra dentro de la prueba trasladada del proceso de restitución de inmueble arrendado No. 2012-00-884 del Juzgado 38 Civil Municipal de Descongestión, el cual ordenó restituir el predio a la JAC, así como se encuentra en copia dentro del cuaderno principal, el cual fue aportado con el escrito de descorrer de las excepciones.

B) El señor **Álvaro Fernando Pulido** era tenedor del predio de la JAC y como tal con una relación jurídica sustancial a través del contrato de arrendamiento, contrato que estuvo en el ordenamiento jurídico con vigencia y eficacia hasta el año 2013 cuando en sentencia del juzgado 38 Civil Municipal de Descongestión y más concretamente para el 25 de noviembre de 2013, se dio por terminado el proceso a través del fallo, es decir que hasta esa fecha, la calidad del señor Álvaro Fernando Pulido y de cualquiera a quien él le entregara su calidad, era obvio que lo haría en calidad de tenedor, pues este era el derecho que aquel ostentaba, por ende quien reciba el bien de manera material, lo recibiría a título de tenedor y seria causahabiente del Señor Álvaro Fernando Pulido, no porque quien la reciba tenga una calidad de titular de derecho de dominio indique que va a mejorar la condición en que le fue entregado el predio a **Álvaro Fernando Pulido**, cual es la de mero tenedor.

Es de indicar que mientras existió dentro del ordenamiento jurídico el contrato de arrendamiento entre Álvaro Fernando Pulido y la JAC del barrio Gibraltar , todo ese tiempo lo hizo en calidad de tenedor y se le suma a la posesión de la JAC, **no porque hubiese suscrito un contrato irregular, desleal, falto de moral y de principios y amañado, el señor Pulido con Jaime Narváez,** de contera extingue, saca del ordenamiento jurídico el citado contrato de arrendamiento primigenio u inicial (celebrado entre la JAC para el 05 de enero de 2011) que fue el que le dio la oportunidad a Pulido de ingresar al inmueble, además existe el aforismo que "**primero en el tiempo, primero en el derecho"**, y por ende el valor contractual es el del primer contrato como en efecto generó la terminación del contrato, por vía judicial y la orden de

restitución y la materialización del mismo el día 09 de noviembre de 2015, cuaderno y documentación que no llego al expediente de pertenencia, porque la prueba trasladada se envió con la prueba obrante para el momento en que la envió (año 2014) y su aporte se dificulto, por haberse vencido las oportunidades procesales para allegar pruebas.

De tal suerte que el contrato celebrado para el 05 de enero de 2011, entre **ÁLVARO FERNANDO PULIDO** y la JAC, itérese, tuvo vigencia hasta cuando se dictó la sentencia, es decir el 25 de noviembre de 2013, expedida por el juzgado 38 Civil Municipal de Descongestión dentro del proceso de inmueble arrendado 20128844.

Decir la señora juez en su fallo y en el inciso que se trascribe que obro pacíficamente la demandante ante el hecho ejecutado por el demandado, no es cierto, **pues se acudió a la única vía jurídica existente, cual es la acción de restitución de inmueble arrendado,** y logro la terminación del contrato, la orden de restitución, que **hasta aquí bastaría para que se reconocieran derechos en esta pertenencia a mi poderdante,** sin embargo, como se ha indicado, la entrega se materializo el día 09 de noviembre de 2015 y en la actualidad, el predio está bajo la posesión y propiedad de la JAC, tan cierto es que lo tiene arrendado nuevamente, la citada junta, **se aporta copia del acta y contrato actual celebrado.**

Es así, que, hasta el 25 de noviembre de 2013, **es claro que la posesión permaneció a través del contrato de arrendamiento** y que en cumplimiento del despacho comisorio de entrega o cumplimiento de la sentencia de restitución se continuó y ha continuado con la posesión.

Se reitera, se concluye, que la juez le da la calidad al señor Narváez de poseedor de manera errada e incluso manifiesta que reconoció dominio ajeno y que dejo sin efecto jurídico alguno, cualquier posesión material, que se hubiera podido ejercer sobre este inmueble, no siendo así, pues la JAC inició el correspondiente proceso de restitución de inmueble arrendado que culmino exitoso para la JAC incluso con la entrega del predio.

Continúa el despacho manifestando lo siguiente en la parte considerativa de su sentencia:

> *Por lo anterior, se concluye que en el presente caso se afectó el término decenario requerido por la ley sustancial para la prosperidad de la usucapión…*

Analicemos jurídicamente, que lo plasme en líneas anteriores y lo ampliare dentro de los reparos al fallo atacado, en ningún momento se afectó el termino decenario de prescripción, el cual, se completó para diciembre de 2012, puesto, que se reitera, el contrato de arrendamiento celebrado con el señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** por parte de la JAC para el 05 de enero de 2011, tuvo vigencia y produjo efectos jurídicos, hasta el 25 de noviembre de 2013, lo cual implica, que con base en dicho contrato y siendo a la JAC a quien estaba representando el precitado arrendatario, así como que el predio fue entregado y a la fecha está en poder de la JAC, que la JAC efectuó la totalidad de las actuaciones tendientes a defender sus derechos y nunca reconoció dominio en persona alguna, el termino prescriptivo fue cumplido por la JAC para diciembre de 2012, y amparado en que ya era propietario, que había cumplido con todos los requisitos exigidos por la ley,

fue que radico, la demanda que origino el presente proceso de pertenencia, ello, para el mes de enero de 2013.

En ningún momento la conducta torticera, de mala fe, realizada entre el inquilino de la JAC - Álvaro Fernando Pulido y el señor Jaime Narváez (que aparece después de 24 años) afecta el termino decenario, porque ese término, plazo o tiempo, estaba amparado, protegido, blindado por el propio contrato de arrendamiento, que reitero estuvo dentro del ordenamiento jurídico hasta el 25 de noviembre de 2013, cuando se dio judicialmente por terminado; el contrato de arrendamiento es ley para las partes y la calidad en que tuvo el inmueble el señor **Pulido** fue de tenedor y cualquier entrega, deposito que realiza un tercero sin importar a quien ni la calidad de este, lo hace a título de **mero tenedor** y ese tercero obviamente es **causahabiente**, no puede como se hace en este fallo erigir al tercero de la relación contractual irregular o ilegal (Narváez) como poseedor, otra cosa es que, le haya pagado supuestamente canones de arrendamiento, pero **nunca se hizo entrega del predio, como lo pretende hacer ver el a quo, al señor Narváez, ni por parte directa de la JAC ni por parte del inquilino señor Pulido.**

El despacho igualmente en su fallo manifestó:

> *Bajo los parámetros jurisprudenciales citados, la interrupción de la posesión es natural cuando es imposible su ejercicio sin estar involucrada otra persona o por el hecho de que otra persona la ejerza, comportándose como tal, salvo que hubieses sido recobrada a través de las acciones legales. En este caso, se presentó el segundo evento al comprobarse que el propietario del inmueble señor Narváez entro a ejercer actos propios de señor y dueño, sin que se hubiera recuperado por parte de la demandante o al menos hubiera intentado recobrarla mediante la formulación de las acciones legales pertinentes"*

Como se ampliará, en los reparos, en el presente caso, no se presentó interrupción de la posesión ni de manera civil ni natural.

Frente a las anteriores manifestaciones y afirmaciones realizadas por el a quo, manifestaciones en las cuales fundamento su decisión de declarar la no prosperidad de las pretensiones formuladas dentro de la demanda, el suscrito se permite plasmar que el a quo incurrió en los siguientes yerros al momento de proferir el fallo aquí atacado, sobre los cuales me permito presentar expresamente los siguientes reparos, siendo también sustento de ellos, lo acotado anteriormente:

REPAROS AL FALLO ATACADO

1. EXISTE INDEBIDA APRECIACIÓN DEL CASO ESPECÍFICO

Como se observa el radicado del presente asunto data del año 2013, cuando aún estaba en vigencia el C.P.C., lo cual implico, que una vez expedido y puesto en práctica el C.G.P., a causa de la transición los expedientes comenzaron a moverse de un despacho judicial a otro, tal como lo ordeno el consejo superior de la judicatura.

En el presente caso, el proceso que nos atañe, inicio en el juzgado 01 civil del circuito, pasando posteriormente por el 35 civil del circuito, para terminar, siendo conocido por el juzgado 08 civil del circuito de descongestión de Bogotá, ahora 51 civil del circuito de Bogotá, con complicaciones en recaudar la prueba trasladada, nótese, que se ofició a diferentes juzgados.

Fue tal, la falta de apreciación del expediente que se dio por parte del a quo, que plasma dentro del capítulo de trámite procesal, que el auto admisorio de la demanda fue proferido por el juzgado **treinta y cinco (35) civil del circuito de Bogotá,** cuando esto no es cierto, ya que el primer juzgado en conocer del caso, en proferir el auto admisorio, llevarse a cabo notificaciones, e incluso, la práctica de la totalidad de las pruebas pedidas y decretadas, **FUE EL JUZGADO PRIMERO (01) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ,** y las actuaciones que se llevaron a cabo dentro del juzgado treinta y cinco (35) fueron mínimas.

Todo lo anterior, lleva a demostrar, que se presenta una falta de apreciación por parte del a quo inclusive de las piezas procesales que reposan dentro del expediente.

2. EXISTE INDEBIDA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE

Seguidamente debe manifestarse, que dentro del expediente reposan los interrogatorios de parte practicados tanto a la representante legal de la parte demandante como al demandado, así como los testimonios de los señores **ÁLVARO CORRECHA** y **CONCEPCIÓN GÓMEZ DE AGUIRRE**, los cuales fueron escuchados al momento de la práctica de la inspección judicial y posteriormente, fueron recepcionados los testimonios entre otros del señor **GREGORIO RAFAEL PRIETO MÉNDEZ.**

Obsérvese que, frente a los interrogatorios de parte, en ninguna fragmento del fallo el a quo los entro a analizar, a estudiar o a debatir y frente a los testimonios, debe como más adelante se manifestara, afirmar que no fueron analizados correctamente, en nada se pronunció tampoco, en cuanto, a la inspección judicial ni las pruebas documentales aportadas con la demanda ni con el escrito de descorrer de las excepciones, ni las posteriores aportadas con las contestaciones a los oficios que hicieran varias entidades, entre ellas, la UAECD y las empresas de servicios públicos.

Seguidamente debe afirmarse que contrario a lo plasmado dentro del fallo atacado, reposa el expediente el proceso de restitución de bien inmueble arrendado, el cual se tramitara en un principio en el juzgado 19 civil municipal de Bogotá y posteriormente en el juzgado 38 civil municipal de descongestión de Bogotá, con lo cual, se controvierte lo plasmado por el a quo en el fallo aquí atacado, aparte final del capítulo de consideraciones, en donde se plasmó: "*Sin que se hubiera recuperado por parte de la demandante o* ***al menos se hubiera intentado recobrarla mediante la formulación de las acciones legales pertinentes"***

Es de indicar que la JAC demandante, en proceso de pertenencia, **si acudió a las acciones legales pertinentes, la cual correspondía a la acción de restitución de inmueble arrendado**, no se podía iniciar otra acción, porque se desnaturalizaría frente al origen contractual, es decir, una relación sustancial de arrendamiento, y en contravía realizar un interdicto posesorio u otra acción, ello si sería reconocer posesión en un tercero, por ello, hacer valer el contrato de arrendamiento y darlo por terminado conforme a la legislación colombiana, era y es lo indicado; siendo esta la manera en que se restituyo el predio, pero además se precisa por el fallo dentro del asunto de restitución, la valides y vigencia del contrato de arrendamiento celebrado entre la JAL y el señor PULIDO, pues la posesión jamás se perdió, siempre estuvo amparada y blindada por el contrato de arrendamiento,

tan cierto es que el señor **Álvaro Fernando Pulido** contestó la demanda de restitución de inmueble arrendado, y fue vencido dentro del mismo proceso.

Nótese que quien funge como apoderado para contestar la restitución de inmueble arrendado en representación de **Álvaro Fernando Pulido,** es el mismo apoderado que funge para la contestar la presente demanda de pertenencia en nombre señor **NARVÁEZ,** el doctor **DANYER DEVIS RODRÍGUEZ MÉNDEZ,** es decir, se trata de los mismos con las mismas, y en dicha contestación, acepta la existencia del contrato de arrendamiento celebrado por la JAC con el señor **Álvaro Fernando Pulido** para el 05 de enero de 2011 y en sus excepciones, tampoco tacha de falso dicho documento, por el contrario, acepta el contrato pero le indilga que fue un abuso y mala fe por parte de la JAC, pero en ningún momento desconoce la calidad de tenedor ante la JAC demandante.

Frente a lo anterior, debe manifestarse, que reposa dentro del expediente de la pertenencia, parte del expediente de restitución de bien inmueble arrendado, con todas las actuaciones efectuadas hasta mediados año **2014**, por cuanto, fue aportado por el juzgado 38 civil municipal de descongestión, mediante oficio radicado el 31 de marzo de 2014, expediente, dentro del cual, para dicha fecha ya había sido proferida sentencia, en donde se ordenaba restituir a favor de la parte actora, es decir, a favor de la JAC el predio objeto del contrato de arrendamiento que se dio por terminado en ese mismo fallo, empero, falto la parte restante del proceso, que no se pudo allegar por vencimiento de la etapa probatoria.

Reposa igualmente memorial radicado por la parte demandante, para el 22 de junio de 2015, en donde se informa, que se está tramitando el despacho comisorio, para dar cumplimiento al fallo proferido dentro del proceso de restitución de bien inmueble arrendado, lo cual, demuestra, todas las actuaciones que fueron realizadas por la parte demandante para que dicho fallo produjera sus efectos plenamente y materializar como en efecto quedo, la restitución del bien, el cual siempre ha estado en posesión de la JAC.

En este punto, debe manifestarse que el despacho comisorio dentro del proceso de restitución, se hizo efectivo para el 09 de noviembre de 2015, cuando, ya se encontraba cerrado el periodo probatorio dentro del presente proceso de pertenencia.

Por ello la prueba trasladada que corresponde al proceso de restitución de inmueble arrendador, fue allegada al presente proceso de pertenencia de manera incompleta toda vez que el juzgado de la restitución remitió el expediente para el día 02 de abril de 2014 y solo 20 meses después se logra materializar la restitución de bien inmueble arrendado, por lo que esta prueba no se pudo aportar o allegar dentro de los términos procesales, pero que, en esta instancia se aporta la prueba de acta de entrega y se peticionara la realización de culminar con la prueba trasladada peticionada, es decir, todo el expediente de restitución de bien inmueble arrendado.

También reposan dentro del expediente, documentos aportados con la demanda, con el descorrer del traslado de la contestación de la demanda y respuestas de los oficios tramitados con posterioridad, en donde, se logra comprobar, todos los actos de señor y dueño ejercidos por la parte demandante y que nunca, ha renunciado

ni permitido que se presente interrupción de la posesión que viene ejerciendo desde hace más de 30 años.

Veamos el perjuicio que causa la sentencia en su interpretación que da la juez, cuando a voces dice: *"Bajo el precepto normativo el presente asunto debe contabilizarse el plazo exigido a partir del 27 de diciembre de 2002, data que empezó a regir la citada legislación, cumpliéndose para el 27 de diciembre de 2012, por lo que por haber perdido la detentación de la cosa, para el 05 de junio de 2011, no se alcanzó a completar el termino como se dejó puntualizado en líneas que anteceden…",* al observar lo transito, desconoce el despacho, el contrato de arrendamiento suscrito entre **Álvaro Fernando Pulido** y la JAC para el 05 de enero de 2011, para darle importancia al contrato irregular y espurio, que supuestamente realizo Pulido y Narváez, **pero es más, deja sin ningún valor, eficiencia ni eficacia, ni análisis el fallo que dictara el juzgado 38 civil municipal de descongestión para el año 2013, donde da por terminado el contrato de arriendo y ordena su restitución, ello a pesar que remitieron en la contestación de la demanda, en el proceso de restitución, el contrato Pulido- Narváez, el juez no lo tuvo en cuenta para nada,** pero es más, mientras estuviera el contrato de arrendamiento JAC-Pulido en el ordenamiento jurídico, este como lo ya lo indicamos, al inicio de este recurso, este mantendría la calidad de **tenedor** a **Álvaro Fernando Pulido** y todas las demás personas que tuviesen una relación jurídica con relación al predio, la de causahabientes.

En este orden de ideas, existe pruebas suficientes dentro del expediente, las cuales no fueron tenidas en cuenta por el a quo dentro de su fallo, en donde se demuestra la posesión ejercida por la parte demandante en pertenencia, las actuaciones tendientes a comprobar la terminación del contrato de arrendamiento celebrado con el señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** para el 05 de enero de 2011, así como para que este tenedor hiciera entrega del mismo, como en efecto, se llevó a cabo para el 09 de noviembre de 2015, lo cual, contradice en completo, la decisión del despacho, frente que la parte demandante no efectuó ninguna actuación para defender la posesión ejercida ni recuperar la posesión, que se reitera, nunca fue interrumpida, a pesar de las actuaciones que hiciera el arrendatario señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO** junto con el aquí demandado, de las cuales, se reitera, la parte demandante se defendió y salió vencedora.

3. EXISTE UNA INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE

Dentro del fallo atacado, el a quo analiza solamente los testimonios de los señores **ÁLVARO CORRECHA Y GREGORIO RAFAEL,** aseverando, que estos afirmaban que el demandado recupero el dominio para el mes de junio de 2011, cuando procedió a arrendarlo, celebrando contrato de arrendamiento con el mismo arrendatario que tenía la JAC demandante, prueba de ello, son los recibos de pagos que fueron aportados por el demandado, todo lo que permite concluir, que el demandante perdió la posesión, por cuanto, el demandado ingreso a ejercer la misma desde el 05 de junio de 2011 y que a pesar del fallo proferido dentro del proceso de restitución, no se volvía a recuperar dicha posesión, ni siquiera dando cumplimiento a dicha providencia, lo que genero la interrupción de la posesión.

Como se ha indicado, no puede decirse que el señor **Narváez,** recupero el dominio o la posesión, pues debemos analizar el origen de quien iba a recibir el o "recuperar" la posesión, pues, lo único que le podía entregar el señor **Álvaro Fernando Pulido,** era la tenencia del predio, pues era la único que ostentaba en su calidad de arrendatario de la JAC y él no podría mejorar la calidad o naturaleza de lo que el tenia, cuál era la mera tenencia, si hubiese sido a través de otra situación jurídica o de hecho, posiblemente se podría hablar que el señor Narváez

habría recuperado la posesión, como por ejemplo, **NARVÁEZ**, haber ingresado al predio porque estuviera solo y tomar la posesión, sin que mediara ningún tercero u otra persona, que no tuviese ninguna relación jurídica sustancial con la JAC.

Lo que hizo Narváez fue instrumentalizar a Pulido, empero, pulido no le podía entregar sino la mera tenencia, pues el contrato de arrendamiento, itero, blinda y da seguridad jurídica, a la **JAC** para indicar que si **Álvaro Fernando Pulido,** era tenedor, todo lo que se derive de él hacia cualquier otra persona, no puede trasladar más que la tenencia y la causahabiencia.

De otro lado, debe manifestarse que ninguno de los testigos que fueron escuchados en ningún momento reconocen al demandado **JAIME NARVÁEZ** como propietario del predio, menos dan certeza que para el año 2011, la JAC haya perdido la posesión que lleva ejerciendo desde la década de 1980, por el contrario, siempre dijeron que el ultimo inquilino que tenía la JAC era el señor **Álvaro Fernando Pulido,** quien estuvo en el predio hasta el último momento de la diligencia de la entrega en calidad de arrendatario de la JAC.

Si se analizan correctamente los testimonios practicados, todos ellos concuerdan en que, los actos de señor y dueño sobre el predio pretendido, siempre los ha efectuado la JAC demandante, que siempre en asambleas que esta celebraba, informaba sobre el arrendamiento del lote pretendido y sobre todos los pagos y demás actuaciones que como poseedora de buena fe había ejercido y seguía ejerciendo esta, sobre el terreno aquí pretendido, nunca de ninguna manera, reconocieron al aquí demandado como propietario del predio y menos, desconocieron todos los actos de señor y dueños ejercidos por la JAC en los últimos 30 años.

Lo que si quedo claro, es que el predio de la JAC, desde cuando el padre **SATURNINO SEPÚLVEDA NIÑO** comenzó a lotear el barrio, siempre dispuso que el lote objeto de proceso, era para la JAC, otra cosa es, que de confianza, le dieron el título al señor **JAIME NARVÁEZ,** para que este en su oportunidad una vez se constituyera la JAC y obtuviera su personería jurídica, **NARVÁEZ** transfiriera el dominio, a esta, la JAC, situación que durante 24 años no realizo, véase el interrogatorio de parte llevado a cabo al mismo **NARVÁEZ.**

Analizado el interrogatorio de parte llevado a cabo por el mismo **NARVÁEZ,** ante el juez primero civil del circuito de Bogotá, en este se observa que nunca ha ejercido posesión sobre el predio pretendido, afirma que ni siquiera lo recibió al momento de celebrar la escritura pública de adquisición, ello porque, se encontraba ocupado y sin tiempo, y que la JAC, era la que siempre tenía y ha tenido poder sobre el predio, que incluso, él se fue del barrio debido a problemas de seguridad que se presentaban y que para el 2011, supuestamente recupero la posesión, lo cual como se ha manifestado a lo largo del presente era imposible, por cuanto, la JAC ejecuto la totalidad de las actuaciones necesarias para impedir ello, sumado, a que el señor **Narváez,** de haber ingresado al predio, lo haría como causahabiente del señor **Álvaro Fernando Pulido,** quien a su vez tenía relación de arrendatario con la JAC, por ende, se estaría reconociendo a la JAC como poseedora y no al revés.

Frente al contrato de arrendamiento y recibos aportados por la parte demandada en el proceso de restitución de bien inmueble arrendado (prueba trasladada), debe manifestarse, que **no puede dárseles el valor probatorio que les imparte el a quo, puesto, que estos, no lograron enervar en nada la posesión y la calidad de arrendatarios de la JAC**, tan cierto es que el fallo da por terminado el contrato de

arrendamiento y ordeno la restitución a favor de la JAL, además esas documentales no cuentan con sello de notaria alguna (recibos de pago) y el sello de presentación del contrato, es pureo realizado entre el inquilino de la JAL y el señor **NARVÁEZ,** se hace supuestamente, seis (06) meses después de celebrado el mismo contrato (diciembre de 2011), motivo por el cual, dentro del escrito de descorrer de excepciones de la pertenencia, fueron tachados de falsos, de espurios el contenido de los mismos, sin que el a quo, hubiera analizado ni tomado decisión concreta al respecto en cuanto a dicha tacha de falsedad.

Sumado a lo anterior, debe afirmarse, que el contrato de arrendamiento supuestamente celebrado por el aquí demandado en pertenencia, no fue tenido en cuenta, en momento alguno dentro del proceso de restitución, proceso en el cual, siempre se le dio plena validez al contrato de arrendamiento celebrado con mucha más anterioridad entre la JAC y el señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO (**enero de 2011)**,** tan es así, que da por terminado el contrato y ordena la entrega del predio a la JAC, nunca en momento alguno al demandado **JAIME NARVÁEZ**. Deja de lado la seguridad jurídica, que dio el Juez 38 Civil Municipal de descongestivos, cuando no le dio valor alguno dentro del proceso de restitución,

Aunado a lo anterior, no puede el despacho, indilgar el actuar del arrendatario **ÁLVARO FERNANDO PULIDO** en contra del demandante, cuando la misma no fue con permiso ni autorización de esta (de la JAC), es decir, no puede hablarse ni de renuncia ni de interrupción de la posesión ejercida por la JAC demandante, con ocasión de las actuaciones efectuadas por el arrendatario **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** puesto que este no actuó en momento alguno en nombre ni representación de la JAC demandante, y **PULIDO** siempre tuvo la calidad de tenedor, en virtud de la relación contractual primigenia, sumado a que, esta, la JAC, efectuó todas las actuaciones tendientes a mitigar y contrarrestar todos los efectos que pudiera producir la rebeldía del señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** la cual se reitera, no puede indilgar a la parte demandante.

4. NO EXISTENCIA DE INTERRUPCIÓN DE LA POSESIÓN NI DE MANERA NATURAL NI CIVIL

La interrupción de la posesión se encuentra consagrada dentro del artículo 2523 del C.C., en los siguientes términos:

> ***ARTICULO 2523. <INTERRUPCIÓN NATURAL DE LA POSESIÓN>.*** *La interrupción es natural:*
>
> *1. Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada.*
>
> *2. Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona. La interrupción natural de la primera especie no produce otro efecto que el de descontarse su duración; pero la interrupción natural de la segunda especie hace perder todo el tiempo de la posesión anterior; a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a lo dispuesto en el título De las acciones posesorias, pues en tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído.*

Analizado el artículo anterior, en el caso de estudio no se presenta como concluye el a quo interrupción de la posesión, por cuanto:

- La posesión ejercida por la JAC demandante nunca paso a otras manos ni se hizo imposible su ejercicio, y el ejercicio de actos posesorios, tan es así, que la JAC presento proceso de restitución de bien inmueble arrendado, el cual fue fallado a su favor y entregado el predio, para el 09 de noviembre de 2015

- No se presenta el segundo caso enunciado en el artículo anterior por cuanto:

  - No entro persona alguna a ocupar el puesto de la JAC como poseedora del predio pretendido, menos el aquí demandado señor **JAIME NARVÁEZ,** ello por cuanto, el contrato supuestamente celebrado y los supuestos pagos efectuados por el señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO** a este, no fueron tenidos en cuenta en momento alguno dentro del proceso de restitución que llevara a cabo la JAC en su debido momento, tan es así, que el juzgado de conocimiento, ordeno la entrega del predio a la JAC nunca al señor **JAIME NARVÁEZ.**

  - Es claro que al existir contrato de arrendamiento entre **Álvaro Fernando Pulido** y la JAC, el arrendatario todo el tiempo que el contrato persista o exista, suma todo ese tiempo a la posesión de su arrendador, es decir, que mientras tenga vida jurídica el contrato, no se puede reputar otro poseedor, máxime, que **Álvaro Fernando Pulido** estuvo con tenencia del predio no solo hasta la terminación del contrato, que declarara el juzgado 38 civil municipal, sino que a pesar de la terminación del contrato, tuvo el predio hasta la fecha de entrega del predio, esto, para el 09 de noviembre de 2015 y que el convenio, acuerdo, triquiñuela, que hubiese realizado con **JAIME NARVÁEZ,** demandado en pertenencia, no enerva, no le quita vigencia ni validez al contrato primigenio de arrendamiento, celebrado entre **Álvaro Fernando Pulido** y la JAC para el 05 de enero de 2011, y entonces, no se genera, interrupción alguna, en contra del prescribiente por adquisición.

  - De tal suerte, que no puede hablarse de interrupción, porque, en el presente caso como lo establece el aparte final del artículo, porque la posesión siempre estuvo amparada o resguardada por el contrato de arrendamiento primigenio o inicial, y además solo hasta el 25 de noviembre de 2013, se dio por terminado el contrato.

  - No debemos dejar pasar por alto, que, con acta del 09 de noviembre de 2015, se materializo la entrega, sin embargo, por haberse enviado parcialmente, la prueba trasladada, al demorar 20 meses, la materialización de la entrega, no por ello, es que se haya generado algún tipo de interrupción.

  - Por cuanto se reitera, la posesión nunca fue interrumpida, habida cuenta, que lo entregado al señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO**, en su calidad de arrendatario, era la tenencia más nunca la posesión del predio.

En este orden de ideas, no se encuentra probada ni demostrada la interrupción natural de la posesión en la cual baso el a quo su fallo y declaro no prosperas las pretensiones de la demanda.

Agréguese a lo anterior, para manifestarse que tampoco se presenta, interrupción civil de la posesión, que la JAC demandante lleva ejerciendo desde la década de 1980, ello a causa, que, en momento alguno, se ha presentado demanda alguna por parte del aquí demandado señor **JAIME NARVÁEZ,** tal como lo exige el artículo 2539 del C.C.

Dentro de la sentencia de fecha 14 de mayo de 1987, la corte suprema de justicia, señalo: "*Para Colin y Capitant, se llama interrupción de la prescripción a los "hechos que ponen fin al efecto útil de la prescripción; ésta supone la posesión prolongada de hecho y sin reclamación del propietario. Habrá, por lo tanto, dos clases de interrupción: la interrupción natural, que procede de la no prolongación de la posesión y* ***la interrupción civil que procede de la reclamación del propietario".*** *Negrilla y subrayo es nuestro*

Conforme lo anterior, para que se presente la interrupción de la posesión de manera natural, es porque es imposible la prolongación de la posesión por parte del poseedor de buena fe, en este caso, existió la prolongación de la posesión de mi mandante, JAC Gibraltar a través del contrato de arrendamiento ya citado, celebrado el 05 de enero de 2011 y el cual tuvo vigencia hasta el 25 de noviembre de 2013, reitérese, en ningún momento la JAC hizo entrega de la posesión al señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO**, puesto que lo entregado al momento de la firma del contrato de arrendamiento, fue la tenencia del mismo, la cual, fue reconocida por el juzgado 38 civil municipal de descongestión de Bogotá, y ordenada su entrega, a través del fallo que fue proferido para el 25 de noviembre de 2013, tenencia, que en efecto fue entregada por parte del señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO** a la JAC para el 09 de noviembre de 2015.

En este orden de ideas, se itera, nunca se presentó interrupción de la posesión ejercida por la JAC sobre el predio pretendido, amparado en el actuar del señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** porque este lo que impidió fue la tenencia (no pagaba canones de arrendamiento) nunca el ejercicio de la posesión de la JAC, la cual, se encuentra demostrado que continuo en el ejercicio de la misma, a tal punto, que presento proceso de restitución de bien inmueble arrendado, el cual fue fallado a su favor y posteriormente, entregada de la tenencia del predio, ello para el año 2015, cuando, dentro del presente asunto, ya se había agotado la etapa probatoria.

No puede hablarse de una interrupción civil, por cuanto, conforme lo plasmado dentro de la normatividad, no cualquier actuación por parte de un tercero o del aquí demandado genera la misma, específicamente, para que se presentara interrupción civil, el señor **JAIME NARVÁEZ,** debía de haber presentado proceso ya fuera reivindicatorio o de cualquier otra índole, con el cual buscara interrumpir el termino prescriptivo, amen que, **JAIME NARVÁEZ** es causahabiente de **Álvaro Fernando Pulido**, no hubo reclamación alguna por parte del titular del derecho de dominio, a lo que acudió fue a una conducta torticera, desleal, amañada, en contubernio con el tenedor Pulido

Pero, no bastaría con solo presentar el proceso, (que nunca lo hizo) sino que debía de notificárselo a la JAC para, que, en efecto, se presentara la interrupción civil de la posesión.

En el presente caso, se observa que tampoco se presenta esta situación, por cuanto, el aquí demandado señor **JAIME NARVÁEZ,** en momento alguno ha efectuado actuación tendiente a presentar proceso y a notificar del mismo a la parte demandante, para interrumpir de esta manera, el termino prescriptivo, y el que, hubiera supuestamente celebrado un contrato de arrendamiento y recibido

supuestamente dinero por concepto de canon de arrendamiento de manos del señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** no puede tenerse como interrupción civil, por cuanto, reitérese, **Álvaro Fernando Pulido** tenía la calidad de inquilino de la JAC y pesar de dicha calidad, firmo con el señor **Narváez** contrato también de arrendamiento, es decir, jamás hubo interrupción o variación del tenedor, porque posiblemente si hubiese firmado **Narváez** contrato de arrendamiento con un tercero desconocido, que rompiera la relación jurídica sustancial se podría decir, que **Narváez** no era causahabiente de **Álvaro Fernando Pulido** y entonces hubiera obligado a mi mandante a iniciar otra acción, pues al haber **Álvaro Fernando Pulido** abandonado la tenencia, se debía de iniciar otra acción diferente a la de restitución de bien inmueble arrendado.

Por último, en el tema de interrupción, renuncia o suspensión de la posesión, esta implícitamente relacionado con decisiones y actuaciones que debió hacer el poseedor para que se configurara alguna de ellas, no puede solo presumirse ni ampararse en actuaciones o decisiones tomadas por terceros, como en el presente caso lo hizo el a quo, quien pretende, indilgar las actuaciones y decisiones tomada por el señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** como si la hubiera efectuado la JAC aquí demandante, lo cual no es cierto y no se ajusta a la realidad, por cuanto, la JAC en ningún momento reconoció a ninguna persona, especialmente al señor **JAIME NARVÁEZ** con mejor derecho sobre el ya adquirido sobre el predio, ni abandono ni renuncio ni tacita ni expresamente a la posesión ejercida, perdiendo así, reitérese, todos los derechos adquiridos, con relación al predio aquí pretendido, la JAC siempre vio y tuvo a **Álvaro Fernando Pulido** como su inquilino, y por ello, le cobrara el arriendo y al dejarlo de pagar, pidió la terminación del contrato y la restitución del inmueble.

5. CUMPLIMIENTO DE LA TOTALIDAD DE LOS REQUISITOS PARA QUE EL PREDIO PRETENDIDO SEA ADJUDICADO A LA PARTE DEMANDANTE

Para que sea proferida una sentencia favorable en tema de prescripción adquisitiva extraordinaria, conforme lo plasmado dentro del mismo fallo aquí atacado, se deben cumplir con los siguientes requisitos:

- Que el asunto verse sobre una cosa legalmente prescriptible
- Que se trate de una cosa singular, que se haya podido identificar y determinar plenamente y guarde identidad con la enunciada en la demanda
- Haberse ejercido sobre el inmueble, posesión quieta, pacifica e ininterrumpida por un lapso superior a 10 años

En el presente caso se observa que se encuentran reunidos la totalidad de estos requisitos, por cuanto:

- El predio pretendido se encuentra más que probado dentro del expediente, que se trata de un predio privado, susceptible de ser adquirido por prescripción, ello demostrado a través del certificado de tradición y libertad que reposa en el expediente, así como la contestación emitida por la DADEP que igualmente se encuentra allí incorporado.

- Se encuentra igualmente plenamente identificado el predio pretendido, ello a través de los diferentes documentos que fueron aportados con la demanda, y con la inspección judicial que se llevó a cabo, para el año 2013 por parte del juzgado 01 civil del circuito de Bogotá, encontrándose

plenamente identificado, que el predio pretendido, es el mismo, visitado y en posesión de la JAC demandante.

- Se encuentra igualmente cumplido el tercer requisito que exige la ley para que sea adjudicado el predio pretendido, por cuanto, como se encuentra demostrado, la JAC demandante ha estado ejerciendo posesión, de manera pública, pacifica, ininterrumpida, a vista de todo el mundo, desde finales de la década de 1980, por ende, se encuentra más que cumplido el termino prescriptivo exigible por la ley.

  En este aspecto, se hace necesario manifestar, que no se presenta la interrupción que afirma el a quo, para la fecha en que fue presentada la demanda, esto es, para el 18 de enero de 2013, se encontraban más que cumplidos los 10 años, que exige la ley 791 de 2002, posesión demostrada con todos los contratos de arrendamiento, recibos de servicios públicos, actas de asamblea y demás, que fueron aportados con la demanda, con el escrito de descorrer de las excepciones y con el interrogatorio de parte que efectuara la representante legal de la JAC para el año 2013.

  Agréguese a esto la sentencia de restitución de inmueble arrendado, que da por terminado el contrato en fallo ya referido, es decir que el contrato estuvo dentro del ordenamiento jurídico hasta esas datas

Por último, frente al punto del cumplimiento de los requisitos para declararse la pertenencia, debe el honorable tribunal tener presente lo manifestado por la jurisprudencia, en el tema, que una vez cumplidos los requisitos para adquirir el derecho de propiedad, este no se pierde por cuanto ya está adquirido y que el proceso de pertenencia se desarrolla con el fin que un despacho judicial haga la declaración, pero el derecho ya está adquirido, veamos: Sentencia de fecha 01 de septiembre de 2014, corte suprema de justicia, magistrado ponente: **DR. Ariel Salazar Ramírez:**

> Ha de verse, por consiguiente, que no obstante el contenido de los artículos 758 y 2534 de la obra citada, lo cierto es que puede alegarse la prescripción fundada tan solo en los hechos que la generan, ya que es la posesión desarrollada de la manera como se viene explicando el fenómeno que engendra el título. Es suficiente entonces poseer una heredad en las condiciones legales, para ganar su dominio, tal cual lo prescribe el artículo 2518 del Código Civil, sin que sea menester título traslaticio alguno anterior, toda vez que cumplidos tales presupuestos, el prescribiente es dueño; de donde se desprende que en este específico punto la usucapión, como hecho jurídico generador de la adquisición de los derechos ajenos, cumple la doble función de ser título y modo a la vez, desde luego que, por ello mismo, lo que le otorga al prescribiente la posibilidad de reputarse dueño y señor de un predio son los hechos posesorios realizados mediante el cumplimiento de aquellas exigencias.
>
> La doctrina jurisprudencial expuesta, la Corte la reiteró, entre otras, en sentencias de 28 de febrero de 1955 (G. J., t. LXXIX, pag. 565), 30 de julio de 1996 (G. J., t. CCXLIII, pags. 154 y 155), y más recientemente en fallo de 11 de noviembre de 1999 (G. J., t. CCLXI, pags. 945 y 946).

Se reitera, que como el contrato de arrendamiento celebrado entre la JAC con el señor **Álvaro Fernando Pulido** tuvo vigencia hasta el 25 de noviembre de 2013, se encuentra más que demostrado que la parte demandante cumplió con el termino decenario, para antes de radicación de la demanda, esto es, para enero de 2013, sumado, a que llevaba más de 20 años ejerciendo posesión sobre el predio pretendido, por ende, el termino veintenario, para enero de 2013, también estaba

cumplido, siendo únicamente necesario y quedando pendiente la declaración de pertenencia, porque el derecho, ya había sido adquirido con creces por la JAC aquí demandante.

Por todo lo anteriormente expuesto, me permito elevar muy respetuosamente las siguientes:

SOLICITUDES

1. Tener en cuenta y así declarar, que a través del presente se lleva a cabo la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 22 de febrero de 2019, dando igualmente cumplimiento a lo ordenado por este honorable tribunal mediante auto notificado por estado del 08 de junio de 2020.

2. En vista de la imposibilidad actual de reconstruir el expediente del proceso de restitución de bien inmueble arrendado tramitando en el juzgado 19 civil municipal de Bogotá, bajo el radicado 2012-884:

2.1. Tener como pruebas de las actuaciones realizadas con posterioridad a la sentencia proferida dentro del precitado expediente, la totalidad de los documentos que fueron radicados con el memorial para el 14 de noviembre de 2019 y las allegadas por el juzgado 19 civil municipal de Bogotá.

2.2. Correr traslado de dichos documentos, así como de la respuesta emitida por el juzgado 19 civil municipal de Bogotá, a la parte demandada, para que haga las manifestaciones que en derecho corresponda.

2.3. En caso, de no tener en cuenta ni darles valor probatorio a los documentos radicados para el 14 de noviembre de 2019, suspender el presente asunto, hasta que se lleve a cabo la diligencia de reconstrucción del expediente 2012-884, dentro del juzgado 19 civil municipal de Bogotá, y que este remita copia de dicha reconstrucción, dando así cumplimiento a lo ordenado por este despacho mediante auto de fecha 05 de noviembre de 2019, a través del cual se decretó una prueba de oficio.

3. Agotada la totalidad del trámite dentro del presente asunto, proferir fallo, que:

3.1. Revoque la sentencia aquí apelada y proferida por el juzgado 51 civil del circuito de Bogotá, para el 22 de febrero de 2019

3.2. Se acceda a la totalidad de las pretensiones elevadas dentro de la demanda de pertenencia presentada.

3.3. Las demás a las que haya lugar.

De los honorables magistrados:

ANDRES JIMENEZ LEGUIZAMÓN
C.C. 19.384.181 DE BOGOTÁ
T.P. 75.516 DEL C.S.J.

CONSORCIO A.J. ABOGADOS

Derecho urbano, Civil, Comercial, Administrativo, Penal, Policivo, Tributario,
Derecho de Familia, Conciliación y Legislación Comunal
Carrera 8 # 11-39 Oficina 410 - Teléfonos: 2431832 Y 3106791694

Honorable:
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – SALA CIVIL-
E. S. D.

PROCESO: **ORDINARIO DE PERTENENCIA**
EXPEDIENTE No: **1100131030-01-2013-00038-01**
DE: **JAC GIBRALTAR II SECTOR**
CONTRA: **JAIME NARVÁEZ PRIETO E INDETERMINADOS**
MAGISTRADA PONENTE: **DRA. MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO**
JDOS CONOCIERON EL PROCESO**: 01, 35 Y 51 C CTO DE BOGOTÁ D.C.**

ASUNTO: SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DE FECHA 22 DE FEBRERO DE 2019 PROFERIDA POR EL JUZGADO 51 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, DANDO CUMPLIMIENTO A LO ORDENADO MEDIANTE AUTO NOTIFICADO POR ESTADO DEL 08 DE JUNIO DE 2020

ANDRÉS JIMÉNEZ LEGUIZAMÓN, mayor y vecino de Bogotá, identificado civil y profesionalmente tal como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderado de la parte actora **(JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL DEL BARRIO GIBRALTAR II SECTOR)** dentro de la acción de la referencia, por medio del presente escrito me permito **DAR CUMPLIMIENTO A LO ORDENADO POR ESTE HONORABLE DESPACHO,** mediante auto notificado por estado del 08 de junio de 2020, y **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la sentencia de primera instancia, proferida por el juzgado 51 civil del circuito de Bogotá, el 22 de febrero notificado por estado del 25 de febrero de 2019, recurso que **SUSTENTO** en los siguientes términos:

A. ACTUACIONES QUE SE HAN DESARROLLADO EN ESTA INSTANCIA

1. El recurso de apelación interpuesto fue admitido por este despacho mediante auto de fecha 26 de abril de 2019.

2. Mediante auto notificado por estado del 16 de mayo de 2019, este tribunal niega la solicitud de pruebas solicitada por ambas partes procesales, declarando que no había sido señalado en los escritos petitorios la conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas solicitadas.

3. Con auto de fecha 09 de julio de 2019, este despacho prórroga para decidir del recurso de apelación interpuesto.

4. Mediante auto notificado por estado del 28 de octubre de 2019, se fijo fecha para llevar a cabo la diligencia de que trata el artículo 327 del C.G.P.

5. A través de auto de fecha 05 de noviembre de 2019, se decreta como prueba de oficio, que el juzgado 19 civil municipal de Bogotá, remita copia autentica del expediente- **despacho comisorio**- tramitado dentro del proceso de restitución de bien inmueble arrendado, con radicado 2012-884.

6. Para el 14 de noviembre 2019, el suscrito, radico memorial, en el cual, anexa la totalidad de las fotocopias con las que contaba de la tramitación del precitado

despacho comisorio, por cuanto, **el expediente original no apareció dentro del proceso de restitución de bien inmueble arrendado,** anexándose igualmente, la solicitud de reconstrucción del expediente, radicada por el suscrito en el juzgado 19 civil municipal de Bogotá.

6.1. Para el mismo 14 de noviembre de 2019, el juzgado 19 civil municipal de Bogotá radico memorial dando respuesta al oficio emitido por el tribunal.

7. Se hace necesario manifestar, que, a la fecha, no se ha corrido traslado ni de los documentos que fueron aportados por el suscrito ni de los documentos remitidos por el juzgado 19 civil municipal de Bogotá.

8. Mediante auto de fecha 01 de junio de 2020, el tribunal fija como fecha para llevar a cabo audiencia de fallo, el 11 de junio de los corridos

9. El precitado auto fue dejado sin valor ni efecto, mediante auto notificado por estado del 08 de junio de 2020 y el mismo, corre traslado a la parte apelante para que sustente el recurso presentado, lo cual se está haciendo a través del presente memorial.

B. DE LA PRUEBA DE OFICIO DECRETADA POR ESTE DESPACHO

Como se manifestó en líneas anteriores, este tribunal mediante auto de fecha 05 de noviembre de 2019, decreto como prueba de oficio:

> *"OFICIAR al juez 19 civil municipal de Bogotá, para que en termino de cinco (05) días siguientes al recibo del presente oficio, remita copia de todas las actuaciones posteriores a la sentencia de restitución del 25 de noviembre de 2013 proferida por el juzgado 38 civil municipal de Descongestión, en adelante (incluidas las copias de los recursos de apelación que se hubieran surtido, si fuere del caso), en el radicado 11001 4003 019 2012 00884 00 promovido por la Junta de Acción comunal del Barrio Gibraltar contra Álvaro Fernando Pulido"*

Mediante memorial radicado por el suscrito el día 14 de noviembre de 2019, se informó a este honorable despacho sobre la no existencia dentro del expediente en poder del juzgado 19 civil municipal de Bogotá, de las actuaciones realizadas en cumplimiento del despacho comisorio y con posterioridad a la sentencia proferida dentro del proceso de restitución de bien inmueble arrendado, especialmente, todo lo tramitado ante el juzgado 07 civil municipal de descongestión (de despachos comisorios) de Bogotá, anexándose con dicho memorial los siguientes documentos:

- *Fotocopia del memorial radicado ante el juzgado 19 civil municipal de Bogotá, para el 13 de noviembre de los corridos, solicitando la reconstrucción del expediente, junto con fotocopias que el suscrito tenía en su poder de dichas piezas procesales faltantes, las cuales son:*

***1.** Fotocopia de la sentencia proferida para el 25 de noviembre de 2013, dentro del presente proceso por el juzgado 38 civil municipal de descongestión de Bogotá y del edicto por medio del cual fue notificada. (4 folios)*

***2.** Fotocopia del despacho comisorio expedido por el juzgado 38 civil municipal de descongestión de Bogotá, radicado para el 11 de julio de 2014, bajo el radicado 140711041 (1 folio)*

***3.** Fotocopia del acta de diligencia levantada para el 20 de agosto de 2014 (1 folio)*

***4.** Fotocopia del memorial radicado por el señor **JAIME NARVÁEZ PRIETO,** para el 3 de septiembre de 2014, haciendo la salvedad que falta la página final (2 folio)*

5. *Fotocopia del memorial radicado por el suscrito para el 9 de septiembre de 2014 (1 folio)*

6. *Fotocopia del memorial radicado por el suscrito para el 25 de marzo de 2015, en donde se solicita fijar nueva fecha para continuar con la diligencia de entrega (3 folios)*

7. *Fotocopia del auto proferido por el juzgado 7 civil municipal de descongestión de Bogotá (despachos comisorios) en donde fija fecha para diligencia de entrega (1 folio)*

8*. Fotocopia del acta de diligencia de entrega llevada a cabo el 11 de junio de 2015 (2 folios con adversos)*

9. *Fotocopias de las actas de testimonios y pruebas practicadas para el 3 de julio de 2015 (9 folios)*

10. *Fotocopia del acta de diligencia de fecha 3 de julio de 2015, en la cual fija fecha para decidir sobre la oposición presentada (1 folio)*

11. *Fotocopia del acta de diligencia de fecha 31 de julio de 2015, por medio de la cual, se decidió sobre la oposición presentada por el señor* ***JAIME NARVÁEZ PRIETO*** *(4 folios)*

12*. Fotocopia del derecho de petición y anexos, presentado por el señor* ***JAIME NARVÁEZ PRIETO,*** *para el 31 de agosto de 2015. (12 folios)*

13. *Fotocopia del auto proferido por el juzgado 7 civil municipal de descongestión de Bogotá (despachos comisorios) para el 04 de septiembre de 2015, en donde contesta el derecho de petición radicado y enunciado con anterioridad. (1 folio)*

14. *Fotocopia del memorial radicado por el suscrito para el 04 de septiembre de 2015, en donde solicito la elaboración de oficios y fijar fecha para llevar a cabo la diligencia de entrega ordenada. (1 folio)*

15. *Fotocopia de los oficios tramitados ante el comando de policía metropolitana de Bogotá y la secretaria de integración social, ello a fin que hicieran el acompañamiento a la diligencia del 9 de noviembre de 2015 (2 folios).*

16. *Fotocopia del acta de diligencia de entrega del predio objeto de proceso, que se llevó a cabo para el 9 de noviembre de 2015,* ***en la cual se realizó de manera física y material, la entrega del predio, cumpliéndose así el despacho comisorio****. (1 folio con adverso).*

17. *Fotocopia de la impresión de la base de Excel, que tiene el juzgado 22 civil municipal de pequeñas causas y competencias múltiples de Bogotá, en donde se observa que al juzgado 19 civil municipal le fue enviado un expediente de 48 folios. (1 folio con adverso).*

Debe manifestarse que los originales y/o fotocopias que se encontraban en poder del suscrito, fueron radicadas en el juzgado 19 civil municipal de Bogotá, con la finalidad, de lograr llevar a cabo la reconstrucción de las actuaciones que se realizaron en cumplimiento del despacho comisorio para verificar la entrega del inmueble arrendado, que es el mismo materia de pertenencia, cuaderno que como se indicó no se allego al proceso de restitución de inmueble arrendado., y se encuentra extraviado

Sobre dicha reconstrucción debe manifestarse, que el juzgado 19 civil municipal de Bogotá, profirió auto de fecha 11 de diciembre de 2019, en el cual ordenaba oficiar a los juzgados que tuvieron en su poder el expediente.

Dichos oficios fueron radicados para el mes de enero de 2020 y a la fecha de la suspensión de términos con ocasión de la emergencia del covid – 19, aun no se había obtenido respuesta de dichos oficios ni el juzgado 19 civil municipal de Bogotá, había fijado fecha para llevar a cabo la reconstrucción de este cuaderno

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que se encuentra próximo a vencerse el termino con el cual cuenta este honorable despacho para decidir sobre el recurso de apelación interpuesto, y sin contarse con una fecha exacta para llevar

a cabo diligencia de reconstrucción del cuaderno de cumplimiento de despacho comisorio y si es posible llevar a cabo la misma de manera virtual o como el CSJ permita llevar a cabo las mismas luego del 1 de julio de 2020, el suscrito desde ya, le solicita **de manera muy respetuosa a este despacho, que tenga en cuenta la totalidad de los documentos que fueron aportados en el memorial radicado para el 14 de noviembre de 2019, darles el valor probatorio que corresponda y tenerlos en cuenta, como si se tratara del expediente solicitado como prueba de oficio, correr traslado de los mismos a la parte demandada, junto la presente sustentación, para que efectué las manifestaciones que considere necesarias la pasiva.**

C. MANIFESTACIONES PREVIAS A LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Como quiera que la sentencia apelada se fundamenta en la supuesta interrupción de la prescripción- posesión, es de indicarle al despacho, que la JAC demandante le dio en arrendamiento el predio materia de prescripción al señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** mediante contrato de arrendamiento celebrado el día 05 de enero de 2011, no sin dejar de lado, que antes con el mismo señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** se habían celebrado contratos de arrendamiento sobre el mismo predio, simplemente se celebraban nuevos contratos cada cierto tiempo.

El contrato de fecha 05 de enero de 2011, contrato que como es lógico, tiene la tacita reconducción o renovación automática y solo, se dio por terminado mediante sentencia proferida por el juzgado 38 civil municipal de Descongestión, proferida para el 25 de noviembre de 2013, materializándose la restitución para el día 09 de noviembre de 2015. **Este contrato obra tanto en la prueba trasladada del proceso de restitución de inmueble arrendado como dentro del cuaderno de la pertenencia.**

Lo que ocurrió es que el arrendatario, tenedor del inmueble **ÁLVARO FERNANDO PULIDO** materia de usucapión, al aparecer el titular de dominio, después de 24 años, se confabulo con este (véase el interrogatorio de parte del demandado **JAIME NARVÁEZ**, donde así este lo confeso, que este, el aquí demandado, llevaba 24 años sin tener acceso al predio y no ir durante muchos años al sector, es decir, estaba completamente alejado del predio y sin hacer ninguna actuación tendiente a ejercer sus derechos) y acordaron de manera fraudulenta, que él, **ÁLVARO FERNANDO PULIDO**, le seguiría pagando el canon de arrendamiento no a la JAC, quien fue el que le entrego el predio sino al señor **Narváez.**

Dentro del presente proceso de pertenencia, se pidió como prueba trasladada el expediente del proceso de restitución de inmueble arrendado 2012-0884, que remitiera el juzgado 38 civil municipal de descongestión de Bogotá, el día 02 de abril de 2014, fecha de recepción en 97 folios, empero, este traslado solamente se surtió, parcialmente, toda vez que el juzgado 38 civil municipal de descongestión remitió hasta la actuación que se había surtido y que, correspondía, hasta ordenar, el despacho comisorio, como obra a folio 270 del cuaderno principal (remisorio del expediente) y específicamente, la orden del despacho comisorio se encuentra en el folio 96 del expediente de restitución, cuaderno de prueba traslada, restitución que se materializo el día 09 de noviembre de 2015, la cual aporto se allego ya al expediente.

Por ende, el expediente de prueba trasladada (restitución de bien inmueble arrendado, radicado 2012- 884) no llego de manera integral, faltando el cumplimiento del despacho comisorio, lo cual ya acaeció, hoy, el expediente, se encuentra en el juzgado 19 civil municipal, que fue el juzgado de origen de dicho proceso de restitución. Dicho expediente, no llego completo, por cuanto, el

periodo probatorio dentro del presente proceso ya había fenecido, nótese, que el acta de entrega se verifico para el día 05 de noviembre de 2015, cuando se reitera, el periodo probatorio dentro del presente asunto ya había terminado.

Bajo ese contexto se procederá, entre otros asuntos o temas, a sustentar el recurso de apelación, así:

D. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Mediante sentencia de fecha 22 de febrero de 2019, el Honorable juzgado cincuenta y uno (51) civil del circuito de Bogotá, decidió el asunto de la referencia, en la parte resolutiva de dicha sentencia se observa:

"…RESUELVE:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *probada la excepción de "falta de requisitos para alegar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio" conforme a las razones expuestas*
>
> ***SEGUNDO: NEGAR*** *las pretensiones de la demanda, atendiendo para ello lo consignado en la parte motiva de este proveído.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR*** *el levantamiento de la medida cautelar…*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas a la parte demandante. Se fija para ello la suma de $1.000.000 como agencias en derecho"*

En la parte considerativa de la sentencia entre otros apartes, el fallo proferido se sustenta en:

> *"De ahí que, se concluye sin temor a equivoco que el termino prescriptivo se interrumpió, desde el preciso momento en que el demandado celebro el 5 de junio de 2011 el citado contrato de arrendamiento con el señor PULIDO quien desde entonces comenzó a pagar el arriendo al señor NARVÁEZ y este último a levantar el cerramiento del inmueble para cumplir con la obligación de garantizarle el uso y goce del inmueble al arrendatario. Al obrar pasivamente la demandante ante este hecho ejecutado por el demandado, es claro que reconoció dominio ajeno y dejó sin efecto jurídico alguno cualquier posesión material que hubiera podido ejercer sobre el inmueble objeto de la demanda.*

En cuanto a esta manifestación efectuada por el a quo, debe afirmarse que no se encuentra soportada jurídicamente y que se está incurriendo en una indebida aplicación de la norma y apreciación de la prueba, puesto, que como más adelante lo ampliare, por cuanto:

- El contrato de arrendamiento al cual hace referencia el a quo (es decir, al irregular, ilegal, el suscrito entre el inquilino d la JAC señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO** y el aquí demandado en pertenencia, señor **Narváez**, nunca fue reconocido ni aceptado por la parte demandante, JAC,, así como tampoco fue tenido en cuenta **ni le fue dado ningún valor probatorio dentro del proceso de restitución de bien inmueble**, que la JAC presentara para recuperar la tenencia entregada al señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO.**

- No puede hablarse de ningún tipo de interrupción a la posesión, como más adelante lo ahondare, ello, debido, a que el contrato de arrendamiento celebrado por la JAC con el señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** celebrado el 05 de enero de 2011, gozo de plena validez, hasta que el mismo fue dado por terminado de manera judicial y ordeno su restitución que en efecto fue materializada como ya se indicó, ello, a través del fallo proferido, por el juzgado 38 civil municipal de descongestión, es de indicar, que se dio por

terminado el 25 de noviembre de 2013, es decir, en todo este tiempo, el señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO**, **continuo como tenedor del predio y actuando en representación de la JAC nunca del demandado señor JAIME NARVÁEZ,** como erradamente lo interpreta el despacho judicial

- No existe prueba alguna dentro del expediente, que sustente lo plasmado por el a quo, en cuanto que, la demandante reconoció dominio ajeno en el demandado, renunciando así a cualquier termino prescriptivo con el cual contara, al respecto, debe manifestarse, que todo lo contrario se encuentra probado dentro del expediente de pertenencia, en donde obra:

  - El expediente, de manera parcial, del proceso de restitución de bien inmueble arrendado, que se presentara cuando se comenzaron a observar las actuaciones irregulares del señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO**
  - La presentación de este proceso que se promueve, una vez la JAC había cumplido, como en efecto lo hizo, el termino prescriptivo para que el predio le sea adjudicado por prescripción adquisitiva
  - El hacer la totalidad de las actuaciones procesales dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado tendientes hasta lograr la entrega del predio, para el 09 de noviembre de 2015, previa sentencia ejecutoriada y en firme de fecha 25 de noviembre de 2013, expedida por el juzgado 38 Civil Municipal de Descongestión dentro del proceso de inmueble arrendado 20128844.
  - El continuar cancelando todos los gastos que el predio generaba, así como seguir celebrando asambleas, en las cuales daba informes a la comunidad en general sobre el predio, el asistir y llevar los testigos decretados al presente proceso, y en general, se reitera, no existe prueba, del reconocimiento por parte de la JAC ni de la renuncia a la posesión, en la cual, el a quo baso su fallo.

Se concluye entonces, que las afirmaciones que hace la señora juez, frente que el señor **Narváez** que levantó el cerramiento del inmueble para cumplir con la obligación de garantizar el uso y goce del inmueble al arrendatario, son afirmaciones subjetivas, suposiciones que la señora juez hace, pues el inmueble lleva en posesión de la JAC más de 20 años y siempre ha estado cercado; presume además la juez que lo cerro en bloque, que estaba desprotegido de cerramiento alguno cuando eso no fue así, pues si se ve el video, el cerramiento lo es en latas y así siempre ha estado, otra cosa es que el usurpador de la tenencia, es decir el señor Narváez, haya arreglado algunos latas del cerramiento pero no en la majestuosidad, tamaño o imaginación que considera la juez, como cuando hace la manifestación "*para garantizarle el uso y goce del inmueble al arrendatario*", en verdad que son unas suposiciones exageradas e ilusorias, pues reitero este lote ha sido arrendado por la JAC durante muchos años, para aserraderos, para parqueaderos y deposito, que obviamente, deben estar mininamente cercados y cerrados y ha tenido su cerca tal y como puede verse en el los videos de inspección judicial.

Al decir la juez *"es claro que reconoció dominio ajeno y dejó sin efecto jurídico alguno cualquier posesión material que hubiera podido ejercer sobre el inmueble objeto de la demanda",* ello que por haber suscrito el inquilino, tenedor de la JAC, un contrato entre pulido y Narváez, no consulta con la realidad ni jurídica ni normativa, ni jurisprudencialmente.

Como es sabido dentro del proceso, el predio materia de prescripción **se dio en arriendo por la Juna de acción Comunal (hoy prescribiente) al señor Álvaro Fernando Pulido** quien durante unos años lo tuvo en arriendo, para el ejercicio de parqueadero, pero que de un momento para otro apareció Jaime Narváez, (después de más concretamente después de 24 años) ,quien figura como titular de derecho de dominio del predio materia de prescripción, quien **convenció a Álvaro Fernando Pulido de que no le pagara más arriendo a la JAC** y que pasara a pagarle a él, es decir a Jaime Narváez un arriendo por menor precio y suscribieran así un nuevo contrato, del cual no se tiene certeza de la fecha de celebración del mismo, pues nótese, que se le hizo presentación personal, casi seis meses después de su supuesta celebración.

Esta conducta es la que la señora Juez considera que, deja sin efecto jurídico alguno cualquier posesión material que hubiera podido ejercer sobre el inmueble objeto de la demanda, situación que no es cierta, veamos porque:

A) Está claro y además **se encuentra aportado el contrato** que se celebró entre Álvaro Fernando Pulido y la Junta de Acción Comunal, contrato que se encuentra dentro de la prueba trasladada del proceso de restitución de inmueble arrendado No. 2012-00-884 del Juzgado 38 Civil Municipal de Descongestión, el cual ordenó restituir el predio a la JAC, así como se encuentra en copia dentro del cuaderno principal, el cual fue aportado con el escrito de descorrer de las excepciones.

B) El señor **Álvaro Fernando Pulido** era tenedor del predio de la JAC y como tal con una relación jurídica sustancial a través del contrato de arrendamiento, contrato que estuvo en el ordenamiento jurídico con vigencia y eficacia hasta el año 2013 cuando en sentencia del juzgado 38 Civil Municipal de Descongestión y más concretamente para el 25 de noviembre de 2013, se dio por terminado el proceso a través del fallo, es decir que hasta esa fecha, la calidad del señor Álvaro Fernando Pulido y de cualquiera a quien él le entregara su calidad, era obvio que lo haría en calidad de tenedor, pues este era el derecho que aquel ostentaba, por ende quien reciba el bien de manera material, lo recibiría a título de tenedor y seria causahabiente del Señor Álvaro Fernando Pulido, no porque quien la reciba tenga una calidad de titular de derecho de dominio indique que va a mejorar la condición en que le fue entregado el predio a **Álvaro Fernando Pulido**, cual es la de mero tenedor.

Es de indicar que mientras existió dentro del ordenamiento jurídico el contrato de arrendamiento entre Álvaro Fernando Pulido y la JAC del barrio Gibraltar , todo ese tiempo lo hizo en calidad de tenedor y se le suma a la posesión de la JAC, **no porque hubiese suscrito un contrato irregular, desleal, falto de moral y de principios y amañado, el señor Pulido con Jaime Narváez,** de contera extingue, saca del ordenamiento jurídico el citado contrato de arrendamiento primigenio u inicial (celebrado entre la JAC para el 05 de enero de 2011) que fue el que le dio la oportunidad a Pulido de ingresar al inmueble, además existe el aforismo que "**primero en el tiempo, primero en el derecho"**, y por ende el valor contractual es el del primer contrato como en efecto generó la terminación del contrato, por vía judicial y la orden de

restitución y la materialización del mismo el día 09 de noviembre de 2015, cuaderno y documentación que no llego al expediente de pertenencia, porque la prueba trasladada se envió con la prueba obrante para el momento en que la envió (año 2014) y su aporte se dificulto, por haberse vencido las oportunidades procesales para allegar pruebas.

De tal suerte que el contrato celebrado para el 05 de enero de 2011, entre **ÁLVARO FERNANDO PULIDO** y la JAC, itérese, tuvo vigencia hasta cuando se dictó la sentencia, es decir el 25 de noviembre de 2013, expedida por el juzgado 38 Civil Municipal de Descongestión dentro del proceso de inmueble arrendado 20128844.

Decir la señora juez en su fallo y en el inciso que se trascribe que obro pacíficamente la demandante ante el hecho ejecutado por el demandado, no es cierto, **pues se acudió a la única vía jurídica existente, cual es la acción de restitución de inmueble arrendado,** y logro la terminación del contrato, la orden de restitución, que **hasta aquí bastaría para que se reconocieran derechos en esta pertenencia a mi poderdante,** sin embargo, como se ha indicado, la entrega se materializo el día 09 de noviembre de 2015 y en la actualidad, el predio está bajo la posesión y propiedad de la JAC, tan cierto es que lo tiene arrendado nuevamente, la citada junta, **se aporta copia del acta y contrato actual celebrado.**

Es así, que, hasta el 25 de noviembre de 2013, **es claro que la posesión permaneció a través del contrato de arrendamiento** y que en cumplimiento del despacho comisorio de entrega o cumplimiento de la sentencia de restitución se continuó y ha continuado con la posesión.

Se reitera, se concluye, que la juez le da la calidad al señor Narváez de poseedor de manera errada e incluso manifiesta que reconoció dominio ajeno y que dejo sin efecto jurídico alguno, cualquier posesión material, que se hubiera podido ejercer sobre este inmueble, no siendo así, pues la JAC inició el correspondiente proceso de restitución de inmueble arrendado que culmino exitoso para la JAC incluso con la entrega del predio.

Continúa el despacho manifestando lo siguiente en la parte considerativa de su sentencia:

> *Por lo anterior, se concluye que en el presente caso se afectó el término decenario requerido por la ley sustancial para la prosperidad de la usucapión…*

Analicemos jurídicamente, que lo plasme en líneas anteriores y lo ampliare dentro de los reparos al fallo atacado, en ningún momento se afectó el termino decenario de prescripción, el cual, se completó para diciembre de 2012, puesto, que se reitera, el contrato de arrendamiento celebrado con el señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** por parte de la JAC para el 05 de enero de 2011, tuvo vigencia y produjo efectos jurídicos, hasta el 25 de noviembre de 2013, lo cual implica, que con base en dicho contrato y siendo a la JAC a quien estaba representando el precitado arrendatario, así como que el predio fue entregado y a la fecha está en poder de la JAC, que la JAC efectuó la totalidad de las actuaciones tendientes a defender sus derechos y nunca reconoció dominio en persona alguna, el termino prescriptivo fue cumplido por la JAC para diciembre de 2012, y amparado en que ya era propietario, que había cumplido con todos los requisitos exigidos por la ley,

fue que radico, la demanda que origino el presente proceso de pertenencia, ello, para el mes de enero de 2013.

En ningún momento la conducta torticera, de mala fe, realizada entre el inquilino de la JAC - Álvaro Fernando Pulido y el señor Jaime Narváez (que aparece después de 24 años) afecta el termino decenario, porque ese término, plazo o tiempo, estaba amparado, protegido, blindado por el propio contrato de arrendamiento, que reitero estuvo dentro del ordenamiento jurídico hasta el 25 de noviembre de 2013, cuando se dio judicialmente por terminado; el contrato de arrendamiento es ley para las partes y la calidad en que tuvo el inmueble el señor **Pulido** fue de tenedor y cualquier entrega, deposito que realiza un tercero sin importar a quien ni la calidad de este, lo hace a título de **mero tenedor** y ese tercero obviamente es **causahabiente**, no puede como se hace en este fallo erigir al tercero de la relación contractual irregular o ilegal (Narváez) como poseedor, otra cosa es que, le haya pagado supuestamente canones de arrendamiento, pero **nunca se hizo entrega del predio, como lo pretende hacer ver el a quo, al señor Narváez, ni por parte directa de la JAC ni por parte del inquilino señor Pulido.**

El despacho igualmente en su fallo manifestó:

> *Bajo los parámetros jurisprudenciales citados, la interrupción de la posesión es natural cuando es imposible su ejercicio sin estar involucrada otra persona o por el hecho de que otra persona la ejerza, comportándose como tal, salvo que hubieses sido recobrada a través de las acciones legales. En este caso, se presentó el segundo evento al comprobarse que el propietario del inmueble señor Narváez entro a ejercer actos propios de señor y dueño, sin que se hubiera recuperado por parte de la demandante o al menos hubiera intentado recobrarla mediante la formulación de las acciones legales pertinentes"*

Como se ampliará, en los reparos, en el presente caso, no se presentó interrupción de la posesión ni de manera civil ni natural.

Frente a las anteriores manifestaciones y afirmaciones realizadas por el a quo, manifestaciones en las cuales fundamento su decisión de declarar la no prosperidad de las pretensiones formuladas dentro de la demanda, el suscrito se permite plasmar que el a quo incurrió en los siguientes yerros al momento de proferir el fallo aquí atacado, sobre los cuales me permito presentar expresamente los siguientes reparos, siendo también sustento de ellos, lo acotado anteriormente:

REPAROS AL FALLO ATACADO

1. EXISTE INDEBIDA APRECIACIÓN DEL CASO ESPECÍFICO

Como se observa el radicado del presente asunto data del año 2013, cuando aún estaba en vigencia el C.P.C., lo cual implico, que una vez expedido y puesto en práctica el C.G.P., a causa de la transición los expedientes comenzaron a moverse de un despacho judicial a otro, tal como lo ordeno el consejo superior de la judicatura.

En el presente caso, el proceso que nos atañe, inicio en el juzgado 01 civil del circuito, pasando posteriormente por el 35 civil del circuito, para terminar, siendo conocido por el juzgado 08 civil del circuito de descongestión de Bogotá, ahora 51 civil del circuito de Bogotá, con complicaciones en recaudar la prueba trasladada, nótese, que se ofició a diferentes juzgados.

Fue tal, la falta de apreciación del expediente que se dio por parte del a quo, que plasma dentro del capítulo de trámite procesal, que el auto admisorio de la demanda fue proferido por el juzgado **treinta y cinco (35) civil del circuito de Bogotá,** cuando esto no es cierto, ya que el primer juzgado en conocer del caso, en proferir el auto admisorio, llevarse a cabo notificaciones, e incluso, la práctica de la totalidad de las pruebas pedidas y decretadas, **FUE EL JUZGADO PRIMERO (01) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ,** y las actuaciones que se llevaron a cabo dentro del juzgado treinta y cinco (35) fueron mínimas.

Todo lo anterior, lleva a demostrar, que se presenta una falta de apreciación por parte del a quo inclusive de las piezas procesales que reposan dentro del expediente.

2. EXISTE INDEBIDA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE

Seguidamente debe manifestarse, que dentro del expediente reposan los interrogatorios de parte practicados tanto a la representante legal de la parte demandante como al demandado, así como los testimonios de los señores **ÁLVARO CORRECHA** y **CONCEPCIÓN GÓMEZ DE AGUIRRE**, los cuales fueron escuchados al momento de la práctica de la inspección judicial y posteriormente, fueron recepcionados los testimonios entre otros del señor **GREGORIO RAFAEL PRIETO MÉNDEZ.**

Obsérvese que, frente a los interrogatorios de parte, en ninguna fragmento del fallo el a quo los entro a analizar, a estudiar o a debatir y frente a los testimonios, debe como más adelante se manifestara, afirmar que no fueron analizados correctamente, en nada se pronunció tampoco, en cuanto, a la inspección judicial ni las pruebas documentales aportadas con la demanda ni con el escrito de descorrer de las excepciones, ni las posteriores aportadas con las contestaciones a los oficios que hicieran varias entidades, entre ellas, la UAECD y las empresas de servicios públicos.

Seguidamente debe afirmarse que contrario a lo plasmado dentro del fallo atacado, reposa el expediente el proceso de restitución de bien inmueble arrendado, el cual se tramitara en un principio en el juzgado 19 civil municipal de Bogotá y posteriormente en el juzgado 38 civil municipal de descongestión de Bogotá, con lo cual, se controvierte lo plasmado por el a quo en el fallo aquí atacado, aparte final del capítulo de consideraciones, en donde se plasmó: "*Sin que se hubiera recuperado por parte de la demandante o* ***al menos se hubiera intentado recobrarla mediante la formulación de las acciones legales pertinentes"***

Es de indicar que la JAC demandante, en proceso de pertenencia, **si acudió a las acciones legales pertinentes, la cual correspondía a la acción de restitución de inmueble arrendado**, no se podía iniciar otra acción, porque se desnaturalizaría frente al origen contractual, es decir, una relación sustancial de arrendamiento, y en contravía realizar un interdicto posesorio u otra acción, ello si sería reconocer posesión en un tercero, por ello, hacer valer el contrato de arrendamiento y darlo por terminado conforme a la legislación colombiana, era y es lo indicado; siendo esta la manera en que se restituyo el predio, pero además se precisa por el fallo dentro del asunto de restitución, la valides y vigencia del contrato de arrendamiento celebrado entre la JAL y el señor PULIDO, pues la posesión jamás se perdió, siempre estuvo amparada y blindada por el contrato de arrendamiento,

tan cierto es que el señor **Álvaro Fernando Pulido** contestó la demanda de restitución de inmueble arrendado, y fue vencido dentro del mismo proceso.

Nótese que quien funge como apoderado para contestar la restitución de inmueble arrendado en representación de **Álvaro Fernando Pulido,** es el mismo apoderado que funge para la contestar la presente demanda de pertenencia en nombre señor **NARVÁEZ,** el doctor **DANYER DEVIS RODRÍGUEZ MÉNDEZ,** es decir, se trata de los mismos con las mismas, y en dicha contestación, acepta la existencia del contrato de arrendamiento celebrado por la JAC con el señor **Álvaro Fernando Pulido** para el 05 de enero de 2011 y en sus excepciones, tampoco tacha de falso dicho documento, por el contrario, acepta el contrato pero le indilga que fue un abuso y mala fe por parte de la JAC, pero en ningún momento desconoce la calidad de tenedor ante la JAC demandante.

Frente a lo anterior, debe manifestarse, que reposa dentro del expediente de la pertenencia, parte del expediente de restitución de bien inmueble arrendado, con todas las actuaciones efectuadas hasta mediados año **2014**, por cuanto, fue aportado por el juzgado 38 civil municipal de descongestión, mediante oficio radicado el 31 de marzo de 2014, expediente, dentro del cual, para dicha fecha ya había sido proferida sentencia, en donde se ordenaba restituir a favor de la parte actora, es decir, a favor de la JAC el predio objeto del contrato de arrendamiento que se dio por terminado en ese mismo fallo, empero, falto la parte restante del proceso, que no se pudo allegar por vencimiento de la etapa probatoria.

Reposa igualmente memorial radicado por la parte demandante, para el 22 de junio de 2015, en donde se informa, que se está tramitando el despacho comisorio, para dar cumplimiento al fallo proferido dentro del proceso de restitución de bien inmueble arrendado, lo cual, demuestra, todas las actuaciones que fueron realizadas por la parte demandante para que dicho fallo produjera sus efectos plenamente y materializar como en efecto quedo, la restitución del bien, el cual siempre ha estado en posesión de la JAC.

En este punto, debe manifestarse que el despacho comisorio dentro del proceso de restitución, se hizo efectivo para el 09 de noviembre de 2015, cuando, ya se encontraba cerrado el periodo probatorio dentro del presente proceso de pertenencia.

Por ello la prueba trasladada que corresponde al proceso de restitución de inmueble arrendador, fue allegada al presente proceso de pertenencia de manera incompleta toda vez que el juzgado de la restitución remitió el expediente para el día 02 de abril de 2014 y solo 20 meses después se logra materializar la restitución de bien inmueble arrendado, por lo que esta prueba no se pudo aportar o allegar dentro de los términos procesales, pero que, en esta instancia se aporta la prueba de acta de entrega y se peticionara la realización de culminar con la prueba trasladada peticionada, es decir, todo el expediente de restitución de bien inmueble arrendado.

También reposan dentro del expediente, documentos aportados con la demanda, con el descorrer del traslado de la contestación de la demanda y respuestas de los oficios tramitados con posterioridad, en donde, se logra comprobar, todos los actos de señor y dueño ejercidos por la parte demandante y que nunca, ha renunciado

ni permitido que se presente interrupción de la posesión que viene ejerciendo desde hace más de 30 años.

Veamos el perjuicio que causa la sentencia en su interpretación que da la juez, cuando a voces dice: *"Bajo el precepto normativo el presente asunto debe contabilizarse el plazo exigido a partir del 27 de diciembre de 2002, data que empezó a regir la citada legislación, cumpliéndose para el 27 de diciembre de 2012, por lo que por haber perdido la detentación de la cosa, para el 05 de junio de 2011, no se alcanzó a completar el termino como se dejó puntualizado en líneas que anteceden…",* al observar lo transito, desconoce el despacho, el contrato de arrendamiento suscrito entre **Álvaro Fernando Pulido** y la JAC para el 05 de enero de 2011, para darle importancia al contrato irregular y espurio, que supuestamente realizo Pulido y Narváez, **pero es más, deja sin ningún valor, eficiencia ni eficacia, ni análisis el fallo que dictara el juzgado 38 civil municipal de descongestión para el año 2013, donde da por terminado el contrato de arriendo y ordena su restitución, ello a pesar que remitieron en la contestación de la demanda, en el proceso de restitución, el contrato Pulido- Narváez, el juez no lo tuvo en cuenta para nada,** pero es más, mientras estuviera el contrato de arrendamiento JAC-Pulido en el ordenamiento jurídico, este como lo ya lo indicamos, al inicio de este recurso, este mantendría la calidad de **tenedor** a **Álvaro Fernando Pulido** y todas las demás personas que tuviesen una relación jurídica con relación al predio, la de causahabientes.

En este orden de ideas, existe pruebas suficientes dentro del expediente, las cuales no fueron tenidas en cuenta por el a quo dentro de su fallo, en donde se demuestra la posesión ejercida por la parte demandante en pertenencia, las actuaciones tendientes a comprobar la terminación del contrato de arrendamiento celebrado con el señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** para el 05 de enero de 2011, así como para que este tenedor hiciera entrega del mismo, como en efecto, se llevó a cabo para el 09 de noviembre de 2015, lo cual, contradice en completo, la decisión del despacho, frente que la parte demandante no efectuó ninguna actuación para defender la posesión ejercida ni recuperar la posesión, que se reitera, nunca fue interrumpida, a pesar de las actuaciones que hiciera el arrendatario señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO** junto con el aquí demandado, de las cuales, se reitera, la parte demandante se defendió y salió vencedora.

3. EXISTE UNA INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE

Dentro del fallo atacado, el a quo analiza solamente los testimonios de los señores **ÁLVARO CORRECHA Y GREGORIO RAFAEL,** aseverando, que estos afirmaban que el demandado recupero el dominio para el mes de junio de 2011, cuando procedió a arrendarlo, celebrando contrato de arrendamiento con el mismo arrendatario que tenía la JAC demandante, prueba de ello, son los recibos de pagos que fueron aportados por el demandado, todo lo que permite concluir, que el demandante perdió la posesión, por cuanto, el demandado ingreso a ejercer la misma desde el 05 de junio de 2011 y que a pesar del fallo proferido dentro del proceso de restitución, no se volvía a recuperar dicha posesión, ni siquiera dando cumplimiento a dicha providencia, lo que genero la interrupción de la posesión.

Como se ha indicado, no puede decirse que el señor **Narváez,** recupero el dominio o la posesión, pues debemos analizar el origen de quien iba a recibir el o "recuperar" la posesión, pues, lo único que le podía entregar el señor **Álvaro Fernando Pulido,** era la tenencia del predio, pues era la único que ostentaba en su calidad de arrendatario de la JAC y él no podría mejorar la calidad o naturaleza de lo que el tenia, cuál era la mera tenencia, si hubiese sido a través de otra situación jurídica o de hecho, posiblemente se podría hablar que el señor Narváez

habría recuperado la posesión, como por ejemplo, **NARVÁEZ**, haber ingresado al predio porque estuviera solo y tomar la posesión, sin que mediara ningún tercero u otra persona, que no tuviese ninguna relación jurídica sustancial con la JAC.

Lo que hizo Narváez fue instrumentalizar a Pulido, empero, pulido no le podía entregar sino la mera tenencia, pues el contrato de arrendamiento, itero, blinda y da seguridad jurídica, a la **JAC** para indicar que si **Álvaro Fernando Pulido,** era tenedor, todo lo que se derive de él hacia cualquier otra persona, no puede trasladar más que la tenencia y la causahabiencia.

De otro lado, debe manifestarse que ninguno de los testigos que fueron escuchados en ningún momento reconocen al demandado **JAIME NARVÁEZ** como propietario del predio, menos dan certeza que para el año 2011, la JAC haya perdido la posesión que lleva ejerciendo desde la década de 1980, por el contrario, siempre dijeron que el ultimo inquilino que tenía la JAC era el señor **Álvaro Fernando Pulido,** quien estuvo en el predio hasta el último momento de la diligencia de la entrega en calidad de arrendatario de la JAC.

Si se analizan correctamente los testimonios practicados, todos ellos concuerdan en que, los actos de señor y dueño sobre el predio pretendido, siempre los ha efectuado la JAC demandante, que siempre en asambleas que esta celebraba, informaba sobre el arrendamiento del lote pretendido y sobre todos los pagos y demás actuaciones que como poseedora de buena fe había ejercido y seguía ejerciendo esta, sobre el terreno aquí pretendido, nunca de ninguna manera, reconocieron al aquí demandado como propietario del predio y menos, desconocieron todos los actos de señor y dueños ejercidos por la JAC en los últimos 30 años.

Lo que si quedo claro, es que el predio de la JAC, desde cuando el padre **SATURNINO SEPÚLVEDA NIÑO** comenzó a lotear el barrio, siempre dispuso que el lote objeto de proceso, era para la JAC, otra cosa es, que de confianza, le dieron el título al señor **JAIME NARVÁEZ,** para que este en su oportunidad una vez se constituyera la JAC y obtuviera su personería jurídica, **NARVÁEZ** transfiriera el dominio, a esta, la JAC, situación que durante 24 años no realizo, véase el interrogatorio de parte llevado a cabo al mismo **NARVÁEZ.**

Analizado el interrogatorio de parte llevado a cabo por el mismo **NARVÁEZ,** ante el juez primero civil del circuito de Bogotá, en este se observa que nunca ha ejercido posesión sobre el predio pretendido, afirma que ni siquiera lo recibió al momento de celebrar la escritura pública de adquisición, ello porque, se encontraba ocupado y sin tiempo, y que la JAC, era la que siempre tenía y ha tenido poder sobre el predio, que incluso, él se fue del barrio debido a problemas de seguridad que se presentaban y que para el 2011, supuestamente recupero la posesión, lo cual como se ha manifestado a lo largo del presente era imposible, por cuanto, la JAC ejecuto la totalidad de las actuaciones necesarias para impedir ello, sumado, a que el señor **Narváez,** de haber ingresado al predio, lo haría como causahabiente del señor **Álvaro Fernando Pulido,** quien a su vez tenía relación de arrendatario con la JAC, por ende, se estaría reconociendo a la JAC como poseedora y no al revés.

Frente al contrato de arrendamiento y recibos aportados por la parte demandada en el proceso de restitución de bien inmueble arrendado (prueba trasladada), debe manifestarse, que **no puede dárseles el valor probatorio que les imparte el a quo, puesto, que estos, no lograron enervar en nada la posesión y la calidad de arrendatarios de la JAC**, tan cierto es que el fallo da por terminado el contrato de

arrendamiento y ordeno la restitución a favor de la JAL, además esas documentales no cuentan con sello de notaria alguna (recibos de pago) y el sello de presentación del contrato, es pureo realizado entre el inquilino de la JAL y el señor **NARVÁEZ,** se hace supuestamente, seis (06) meses después de celebrado el mismo contrato (diciembre de 2011), motivo por el cual, dentro del escrito de descorrer de excepciones de la pertenencia, fueron tachados de falsos, de espurios el contenido de los mismos, sin que el a quo, hubiera analizado ni tomado decisión concreta al respecto en cuanto a dicha tacha de falsedad.

Sumado a lo anterior, debe afirmarse, que el contrato de arrendamiento supuestamente celebrado por el aquí demandado en pertenencia, no fue tenido en cuenta, en momento alguno dentro del proceso de restitución, proceso en el cual, siempre se le dio plena validez al contrato de arrendamiento celebrado con mucha más anterioridad entre la JAC y el señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO (**enero de 2011)**,** tan es así, que da por terminado el contrato y ordena la entrega del predio a la JAC, nunca en momento alguno al demandado **JAIME NARVÁEZ**. Deja de lado la seguridad jurídica, que dio el Juez 38 Civil Municipal de descongestivos, cuando no le dio valor alguno dentro del proceso de restitución,

Aunado a lo anterior, no puede el despacho, indilgar el actuar del arrendatario **ÁLVARO FERNANDO PULIDO** en contra del demandante, cuando la misma no fue con permiso ni autorización de esta (de la JAC), es decir, no puede hablarse ni de renuncia ni de interrupción de la posesión ejercida por la JAC demandante, con ocasión de las actuaciones efectuadas por el arrendatario **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** puesto que este no actuó en momento alguno en nombre ni representación de la JAC demandante, y **PULIDO** siempre tuvo la calidad de tenedor, en virtud de la relación contractual primigenia, sumado a que, esta, la JAC, efectuó todas las actuaciones tendientes a mitigar y contrarrestar todos los efectos que pudiera producir la rebeldía del señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** la cual se reitera, no puede indilgar a la parte demandante.

4. NO EXISTENCIA DE INTERRUPCIÓN DE LA POSESIÓN NI DE MANERA NATURAL NI CIVIL

La interrupción de la posesión se encuentra consagrada dentro del artículo 2523 del C.C., en los siguientes términos:

> ***ARTICULO 2523. <INTERRUPCIÓN NATURAL DE LA POSESIÓN>.*** *La interrupción es natural:*
>
> *1. Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada.*
>
> *2. Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona. La interrupción natural de la primera especie no produce otro efecto que el de descontarse su duración; pero la interrupción natural de la segunda especie hace perder todo el tiempo de la posesión anterior; a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a lo dispuesto en el título De las acciones posesorias, pues en tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído.*

Analizado el artículo anterior, en el caso de estudio no se presenta como concluye el a quo interrupción de la posesión, por cuanto:

- La posesión ejercida por la JAC demandante nunca paso a otras manos ni se hizo imposible su ejercicio, y el ejercicio de actos posesorios, tan es así, que la JAC presento proceso de restitución de bien inmueble arrendado, el cual fue fallado a su favor y entregado el predio, para el 09 de noviembre de 2015

- No se presenta el segundo caso enunciado en el artículo anterior por cuanto:

  - No entro persona alguna a ocupar el puesto de la JAC como poseedora del predio pretendido, menos el aquí demandado señor **JAIME NARVÁEZ,** ello por cuanto, el contrato supuestamente celebrado y los supuestos pagos efectuados por el señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO** a este, no fueron tenidos en cuenta en momento alguno dentro del proceso de restitución que llevara a cabo la JAC en su debido momento, tan es así, que el juzgado de conocimiento, ordeno la entrega del predio a la JAC nunca al señor **JAIME NARVÁEZ.**

  - Es claro que al existir contrato de arrendamiento entre **Álvaro Fernando Pulido** y la JAC, el arrendatario todo el tiempo que el contrato persista o exista, suma todo ese tiempo a la posesión de su arrendador, es decir, que mientras tenga vida jurídica el contrato, no se puede reputar otro poseedor, máxime, que **Álvaro Fernando Pulido** estuvo con tenencia del predio no solo hasta la terminación del contrato, que declarara el juzgado 38 civil municipal, sino que a pesar de la terminación del contrato, tuvo el predio hasta la fecha de entrega del predio, esto, para el 09 de noviembre de 2015 y que el convenio, acuerdo, triquiñuela, que hubiese realizado con **JAIME NARVÁEZ,** demandado en pertenencia, no enerva, no le quita vigencia ni validez al contrato primigenio de arrendamiento, celebrado entre **Álvaro Fernando Pulido** y la JAC para el 05 de enero de 2011, y entonces, no se genera, interrupción alguna, en contra del prescribiente por adquisición.

  - De tal suerte, que no puede hablarse de interrupción, porque, en el presente caso como lo establece el aparte final del artículo, porque la posesión siempre estuvo amparada o resguardada por el contrato de arrendamiento primigenio o inicial, y además solo hasta el 25 de noviembre de 2013, se dio por terminado el contrato.

  - No debemos dejar pasar por alto, que, con acta del 09 de noviembre de 2015, se materializo la entrega, sin embargo, por haberse enviado parcialmente, la prueba trasladada, al demorar 20 meses, la materialización de la entrega, no por ello, es que se haya generado algún tipo de interrupción.

  - Por cuanto se reitera, la posesión nunca fue interrumpida, habida cuenta, que lo entregado al señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO**, en su calidad de arrendatario, era la tenencia más nunca la posesión del predio.

En este orden de ideas, no se encuentra probada ni demostrada la interrupción natural de la posesión en la cual baso el a quo su fallo y declaro no prosperas las pretensiones de la demanda.

Agréguese a lo anterior, para manifestarse que tampoco se presenta, interrupción civil de la posesión, que la JAC demandante lleva ejerciendo desde la década de 1980, ello a causa, que, en momento alguno, se ha presentado demanda alguna por parte del aquí demandado señor **JAIME NARVÁEZ,** tal como lo exige el artículo 2539 del C.C.

Dentro de la sentencia de fecha 14 de mayo de 1987, la corte suprema de justicia, señalo: "*Para Colin y Capitant, se llama interrupción de la prescripción a los "hechos que ponen fin al efecto útil de la prescripción; ésta supone la posesión prolongada de hecho y sin reclamación del propietario. Habrá, por lo tanto, dos clases de interrupción: la interrupción natural, que procede de la no prolongación de la posesión y* ***la interrupción civil que procede de la reclamación del propietario".*** *Negrilla y subrayo es nuestro*

Conforme lo anterior, para que se presente la interrupción de la posesión de manera natural, es porque es imposible la prolongación de la posesión por parte del poseedor de buena fe, en este caso, existió la prolongación de la posesión de mi mandante, JAC Gibraltar a través del contrato de arrendamiento ya citado, celebrado el 05 de enero de 2011 y el cual tuvo vigencia hasta el 25 de noviembre de 2013, reitérese, en ningún momento la JAC hizo entrega de la posesión al señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO**, puesto que lo entregado al momento de la firma del contrato de arrendamiento, fue la tenencia del mismo, la cual, fue reconocida por el juzgado 38 civil municipal de descongestión de Bogotá, y ordenada su entrega, a través del fallo que fue proferido para el 25 de noviembre de 2013, tenencia, que en efecto fue entregada por parte del señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO** a la JAC para el 09 de noviembre de 2015.

En este orden de ideas, se itera, nunca se presentó interrupción de la posesión ejercida por la JAC sobre el predio pretendido, amparado en el actuar del señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** porque este lo que impidió fue la tenencia (no pagaba canones de arrendamiento) nunca el ejercicio de la posesión de la JAC, la cual, se encuentra demostrado que continuo en el ejercicio de la misma, a tal punto, que presento proceso de restitución de bien inmueble arrendado, el cual fue fallado a su favor y posteriormente, entregada de la tenencia del predio, ello para el año 2015, cuando, dentro del presente asunto, ya se había agotado la etapa probatoria.

No puede hablarse de una interrupción civil, por cuanto, conforme lo plasmado dentro de la normatividad, no cualquier actuación por parte de un tercero o del aquí demandado genera la misma, específicamente, para que se presentara interrupción civil, el señor **JAIME NARVÁEZ,** debía de haber presentado proceso ya fuera reivindicatorio o de cualquier otra índole, con el cual buscara interrumpir el termino prescriptivo, amen que, **JAIME NARVÁEZ** es causahabiente de **Álvaro Fernando Pulido**, no hubo reclamación alguna por parte del titular del derecho de dominio, a lo que acudió fue a una conducta torticera, desleal, amañada, en contubernio con el tenedor Pulido

Pero, no bastaría con solo presentar el proceso, (que nunca lo hizo) sino que debía de notificárselo a la JAC para, que, en efecto, se presentara la interrupción civil de la posesión.

En el presente caso, se observa que tampoco se presenta esta situación, por cuanto, el aquí demandado señor **JAIME NARVÁEZ,** en momento alguno ha efectuado actuación tendiente a presentar proceso y a notificar del mismo a la parte demandante, para interrumpir de esta manera, el termino prescriptivo, y el que, hubiera supuestamente celebrado un contrato de arrendamiento y recibido

supuestamente dinero por concepto de canon de arrendamiento de manos del señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** no puede tenerse como interrupción civil, por cuanto, reitérese, **Álvaro Fernando Pulido** tenía la calidad de inquilino de la JAC y pesar de dicha calidad, firmo con el señor **Narváez** contrato también de arrendamiento, es decir, jamás hubo interrupción o variación del tenedor, porque posiblemente si hubiese firmado **Narváez** contrato de arrendamiento con un tercero desconocido, que rompiera la relación jurídica sustancial se podría decir, que **Narváez** no era causahabiente de **Álvaro Fernando Pulido** y entonces hubiera obligado a mi mandante a iniciar otra acción, pues al haber **Álvaro Fernando Pulido** abandonado la tenencia, se debía de iniciar otra acción diferente a la de restitución de bien inmueble arrendado.

Por último, en el tema de interrupción, renuncia o suspensión de la posesión, esta implícitamente relacionado con decisiones y actuaciones que debió hacer el poseedor para que se configurara alguna de ellas, no puede solo presumirse ni ampararse en actuaciones o decisiones tomadas por terceros, como en el presente caso lo hizo el a quo, quien pretende, indilgar las actuaciones y decisiones tomada por el señor **ÁLVARO FERNANDO PULIDO,** como si la hubiera efectuado la JAC aquí demandante, lo cual no es cierto y no se ajusta a la realidad, por cuanto, la JAC en ningún momento reconoció a ninguna persona, especialmente al señor **JAIME NARVÁEZ** con mejor derecho sobre el ya adquirido sobre el predio, ni abandono ni renuncio ni tacita ni expresamente a la posesión ejercida, perdiendo así, reitérese, todos los derechos adquiridos, con relación al predio aquí pretendido, la JAC siempre vio y tuvo a **Álvaro Fernando Pulido** como su inquilino, y por ello, le cobrara el arriendo y al dejarlo de pagar, pidió la terminación del contrato y la restitución del inmueble.

5. CUMPLIMIENTO DE LA TOTALIDAD DE LOS REQUISITOS PARA QUE EL PREDIO PRETENDIDO SEA ADJUDICADO A LA PARTE DEMANDANTE

Para que sea proferida una sentencia favorable en tema de prescripción adquisitiva extraordinaria, conforme lo plasmado dentro del mismo fallo aquí atacado, se deben cumplir con los siguientes requisitos:

- Que el asunto verse sobre una cosa legalmente prescriptible
- Que se trate de una cosa singular, que se haya podido identificar y determinar plenamente y guarde identidad con la enunciada en la demanda
- Haberse ejercido sobre el inmueble, posesión quieta, pacifica e ininterrumpida por un lapso superior a 10 años

En el presente caso se observa que se encuentran reunidos la totalidad de estos requisitos, por cuanto:

- El predio pretendido se encuentra más que probado dentro del expediente, que se trata de un predio privado, susceptible de ser adquirido por prescripción, ello demostrado a través del certificado de tradición y libertad que reposa en el expediente, así como la contestación emitida por la DADEP que igualmente se encuentra allí incorporado.

- Se encuentra igualmente plenamente identificado el predio pretendido, ello a través de los diferentes documentos que fueron aportados con la demanda, y con la inspección judicial que se llevó a cabo, para el año 2013 por parte del juzgado 01 civil del circuito de Bogotá, encontrándose

plenamente identificado, que el predio pretendido, es el mismo, visitado y en posesión de la JAC demandante.

- Se encuentra igualmente cumplido el tercer requisito que exige la ley para que sea adjudicado el predio pretendido, por cuanto, como se encuentra demostrado, la JAC demandante ha estado ejerciendo posesión, de manera pública, pacifica, ininterrumpida, a vista de todo el mundo, desde finales de la década de 1980, por ende, se encuentra más que cumplido el termino prescriptivo exigible por la ley.

  En este aspecto, se hace necesario manifestar, que no se presenta la interrupción que afirma el a quo, para la fecha en que fue presentada la demanda, esto es, para el 18 de enero de 2013, se encontraban más que cumplidos los 10 años, que exige la ley 791 de 2002, posesión demostrada con todos los contratos de arrendamiento, recibos de servicios públicos, actas de asamblea y demás, que fueron aportados con la demanda, con el escrito de descorrer de las excepciones y con el interrogatorio de parte que efectuara la representante legal de la JAC para el año 2013.

  Agréguese a esto la sentencia de restitución de inmueble arrendado, que da por terminado el contrato en fallo ya referido, es decir que el contrato estuvo dentro del ordenamiento jurídico hasta esas datas

Por último, frente al punto del cumplimiento de los requisitos para declararse la pertenencia, debe el honorable tribunal tener presente lo manifestado por la jurisprudencia, en el tema, que una vez cumplidos los requisitos para adquirir el derecho de propiedad, este no se pierde por cuanto ya está adquirido y que el proceso de pertenencia se desarrolla con el fin que un despacho judicial haga la declaración, pero el derecho ya está adquirido, veamos: Sentencia de fecha 01 de septiembre de 2014, corte suprema de justicia, magistrado ponente: **DR. Ariel Salazar Ramírez:**

> Ha de verse, por consiguiente, que no obstante el contenido de los artículos 758 y 2534 de la obra citada, lo cierto es que puede alegarse la prescripción fundada tan solo en los hechos que la generan, ya que es la posesión desarrollada de la manera como se viene explicando el fenómeno que engendra el título. Es suficiente entonces poseer una heredad en las condiciones legales, para ganar su dominio, tal cual lo prescribe el artículo 2518 del Código Civil, sin que sea menester título traslaticio alguno anterior, toda vez que cumplidos tales presupuestos, el prescribiente es dueño; de donde se desprende que en este específico punto la usucapión, como hecho jurídico generador de la adquisición de los derechos ajenos, cumple la doble función de ser título y modo a la vez, desde luego que, por ello mismo, lo que le otorga al prescribiente la posibilidad de reputarse dueño y señor de un predio son los hechos posesorios realizados mediante el cumplimiento de aquellas exigencias.
>
> La doctrina jurisprudencial expuesta, la Corte la reiteró, entre otras, en sentencias de 28 de febrero de 1955 (G. J., t. LXXIX, pag. 565), 30 de julio de 1996 (G. J., t. CCXLIII, pags. 154 y 155), y más recientemente en fallo de 11 de noviembre de 1999 (G. J., t. CCLXI, pags. 945 y 946).

Se reitera, que como el contrato de arrendamiento celebrado entre la JAC con el señor **Álvaro Fernando Pulido** tuvo vigencia hasta el 25 de noviembre de 2013, se encuentra más que demostrado que la parte demandante cumplió con el termino decenario, para antes de radicación de la demanda, esto es, para enero de 2013, sumado, a que llevaba más de 20 años ejerciendo posesión sobre el predio pretendido, por ende, el termino veintenario, para enero de 2013, también estaba

cumplido, siendo únicamente necesario y quedando pendiente la declaración de pertenencia, porque el derecho, ya había sido adquirido con creces por la JAC aquí demandante.

Por todo lo anteriormente expuesto, me permito elevar muy respetuosamente las siguientes:

SOLICITUDES

1. Tener en cuenta y así declarar, que a través del presente se lleva a cabo la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 22 de febrero de 2019, dando igualmente cumplimiento a lo ordenado por este honorable tribunal mediante auto notificado por estado del 08 de junio de 2020.

2. En vista de la imposibilidad actual de reconstruir el expediente del proceso de restitución de bien inmueble arrendado tramitando en el juzgado 19 civil municipal de Bogotá, bajo el radicado 2012-884:

2.1. Tener como pruebas de las actuaciones realizadas con posterioridad a la sentencia proferida dentro del precitado expediente, la totalidad de los documentos que fueron radicados con el memorial para el 14 de noviembre de 2019 y las allegadas por el juzgado 19 civil municipal de Bogotá.

2.2. Correr traslado de dichos documentos, así como de la respuesta emitida por el juzgado 19 civil municipal de Bogotá, a la parte demandada, para que haga las manifestaciones que en derecho corresponda.

2.3. En caso, de no tener en cuenta ni darles valor probatorio a los documentos radicados para el 14 de noviembre de 2019, suspender el presente asunto, hasta que se lleve a cabo la diligencia de reconstrucción del expediente 2012-884, dentro del juzgado 19 civil municipal de Bogotá, y que este remita copia de dicha reconstrucción, dando así cumplimiento a lo ordenado por este despacho mediante auto de fecha 05 de noviembre de 2019, a través del cual se decretó una prueba de oficio.

3. Agotada la totalidad del trámite dentro del presente asunto, proferir fallo, que:

3.1. Revoque la sentencia aquí apelada y proferida por el juzgado 51 civil del circuito de Bogotá, para el 22 de febrero de 2019

3.2. Se acceda a la totalidad de las pretensiones elevadas dentro de la demanda de pertenencia presentada.

3.3. Las demás a las que haya lugar.

De los honorables magistrados:

ANDRES JIMENEZ LEGUIZAMÓN
C.C. 19.384.181 DE BOGOTÁ
T.P. 75.516 DEL C.S.J.

Doctora:

HILDA GONZALEZ NEIRA.

Honorable Magistrada Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil.

E.S.D.

REF: ACCIÓN POPULAR No. 2018-211

DE: LIBARDO MELO VEGA.

CONTRA: ALFOMBRAS Y CORTINAS LA ARAÑA LTDA.

JUZGADO 25 CIVIL DEL CIRCUITO.

ASUNTO: SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN.

LIBARDO MELO VEGA, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, como parte actora, respetuosamente me dirijo a usted con el fin de SUSTENTAR el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de fecha 6 de diciembre de 2019, en los siguientes términos:

Antes de pasar a sustentar punto por punto el recurso de apelación ya mencionado, es importante señalar que **no es la primera vez que una alcaldía local de la ciudad de Bogotá emite conceptos errados respecto de las normas que deben respetar los parqueaderos en esta ciudad, con el fin de prestar un adecuado aprovisionamiento de este servicio a los usuarios, situación que ha llevado a que jueces que sólo tienen en cuenta estos conceptos, sin evaluar en conjunto las demás pruebas, caigan en error al emitir sus sentencias, tal como sucede en este caso y como lo ha comprobado este Honorable Tribunal en casos similares,** según se puede observar en la sentencia que cito a continuación:

"En relación con el cuarto reparo, en el cual se aduce que la aquo realizó una indebida valoración probatoria al ignorar las evidencias aportadas por el demandante, y estimar las que allegó el enjuiciado, quien persiste en vulnerar los derechos e intereses colectivos de los usuarios, la Sala considera que aunque las pruebas aportadas a la actuación, verbi gratia los conceptos rendidos por la Superintendencia de Industria y Comercio y la Alcaldía Local de Chapinero, en principio, dan a entender que el establecimiento encartado sí cumple la legislación que regula el servicio de aparcamiento, en comparación con las pruebas referidas al dar respuesta los reparos primero y

<u>tercero, lo que lleva a la conclusión que la demandada no cumple con la normatividad vigente y en este sentido le asiste razón al recurrente.</u>

En síntesis, se revocará la providencia recurrida, para en su lugar ordenarle a la accionada tomar los correctivos necesarios para dar cumplimiento a las normas citadas (numeral 1° del artículo 90 del Código de Policía – Ley 1801 de 2016, Capitulo 4° del Título II de la Circular Única de la SIC, el numeral 3° del artículo 18 de la Ley 1480 de 2011) y las que se encuentren vigentes.

(…)

RESUELVE:

(..)

Segundo. Ordenar a Paesa S.A. que complemente la información que suministra a los usuarios y en tal sentido cumpla las normas de protección al consumidor y brinde por medio que sea claro, preciso y de fácil entendimiento por el usuario al momento de ingresar el automotor al parqueadero, la que ya suministra, así como la siguiente: i) el "nombre e identificación del usuario", ii) la "dirección y teléfono del usuario" y iii) "el procedimiento de reclamación".

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL. ACCIÓN POPULAR No. 2016-223 de LIBARDO MELO VEGA contra PAESA S.A. 23 DE MARZO DE 2018.

1. La señora Juez le dio total validez al informe técnico de la Alcaldía Local de Usaquén, **a pesar de que los conceptos y conclusiones que contiene tal informe son contrarios a las normas aplicables y/o omiten aspectos clave en la aplicación correcta de las normas aplicables**, respecto de:

   a) RESPECTO DE LOS CUPOS DE PARQUEO PARA BICICLETAS:

   i. Solamente se tuvo en cuenta que el Decreto 170 de 1999 fue derogado por el artículo 5 del Decreto 603 de 2007, pero **<u>NO se tuvo en cuenta que en este nuevo decreto simplemente se ACTUALIZÓ la "CARTILLA DE MOBILIARIO URBANO DE BOGOTA", en donde siguieron vigentes los modelos, características y especificaciones de cicloparqueaderos de las fichas M100 y M101</u>, los cuales por obligación legal han venido utilizando TODOS los parqueaderos en la ciudad de Bogotá hasta la fecha. Incluso en casos similares este Honorable Tribunal le ha ordenado a otros parqueaderos que**

procedan a instalar los cupos de parqueo para bicicletas cumpliendo con las características del mobiliario ya indicado.

ii. Tal y como se expuso en la demanda y lo comprobó la ALCALDÍA LOCAL DE USAQUEN, la accionada **NO CUMPLE** con tener a disposición de los usuarios los cupos mínimos de parqueo para BICICLETAS **EN LAS CONDICIONES TÈCNICAS QUE INDICA EL DECRETO 036 2004 Y LAS FICHAS M100 Y M101 DEL MOBILIARIO URBANO DE BOGOTÁ**, violando los derechos colectivos de los usuarios a recibir un ADECUADO APROVISIONAMIENTO (Art. 78 Constitución Política de Colombia) del servicio de parqueadero.

iii. La señora juez solo le dio validez al errado informe de la Alcaldía Local de Usaquén, en donde se dice que la accionada cumple en lo relacionado con los cupos de parqueo para bicicletas por tener unos **GANCHOS** pegados a la pared, cuando es claro que esos ganchos **NO CUMPLEN con las especificaciones y características que deben cumplir TODOS los cupos de parqueo para bicicletas en TODOS los parqueaderos en la ciudad de Bogotá**, los cuales deben ser instalados conforme a las **especificaciones y características indicadas en las Fichas M100 y M101 del Mobiliario Urbano de Bogotá, de conformidad con lo ordenado en el Decreto 036 de 2004.**

DECRETO 036 DE 2004

ARTÍCULO 3°.

9.Se destinará un estacionamiento de bicicletas por cada 10 parqueos de vehículos. En los parqueaderos con un número de cupos de estacionamiento inferior a 120 vehículos, el mínimo de estacionamiento de bicicletas será de 12 cupos. ***La instalación de dichos parqueaderos se deberá realizar según las especificaciones establecidas en el Decreto 170 de 1999, ficha M100 y M101.***

iv. A continuación, y con el fin de confirmar que el informe de la Alcaldía Local de Usaquén es ERRADO al afirmar que la accionada supuestamente cumple en lo relacionado con los cupos de parqueo para bicicletas por tener unos **GANCHOS** pegados a la pared, se presentan imágenes en donde se pueden observar las **especificaciones y características** que deben cumplir TODOS los cupos de parqueo para bicicletas en TODOS los parqueaderos

en la ciudad de Bogotá, de conformidad con las FICHAS M100 y M101, requisitos que la accionada **NO CUMPLE**.







b) RESPECTO DE LA TARIFA:

i. La señora juez solo tuvo en cuenta el errado concepto de la Alcaldía Local, sin hacer un análisis profundo de los demás factores que influyen en la tarifa, tal como se indica a continuación.

ii. Solamente se tuvo en cuenta que la accionada radicó tarifas antes del 1 de julio de 2009, pero **se OMITIÓ tener en cuenta que <u>la tarifa que había radicado la accionada en esa oportunidad era inferior a la que entraba en vigencia</u>, lo que NO le daba el derecho a cobrar una tarifa superior a la permitida para el NIVEL DE SERVICIO en que opera el parqueadero que nos ocupa.**

iii. Para que un parqueadero A NIVEL pueda cobrar la máxima tarifa permitida, CONFORME A SU NIVEL DE SRVICIO, debió radicar tarifas **SI Y SOLO SI** antes del 1 de julio de 2009 **y QUE ESA TARIFA RADICADA HAYA SIDO SUPERIOR A LA QUE ENTRÓ EN VIGENCIA EN ESA ÉPOCA (ver parágrafo 5° del art. 4 del decreto 217 de 2017 citado a continuación)**. Requisitos que la accionada NO CUMPLE en su totalidad, si se tiene en cuenta que si bien radicó tarifas antes de la fecha indicada, la tarifa que radicó en el año 2005 (Según documento aportado por la accionada) NO ERA SUPERIOR A LA TARIFA DE $95 (TARIFA MAXIMA DECRETO 550 DE 2010), NI TAMPOCO SUPERIOR

A LA TARIFA MAXIMA APLICABLE A PARQUEADEROS A NIVEL, QUE PARA ESA EPOCA ERA DE $67, COMO TAMPOCO LO ES RESPECTO DE LA TARIFA QUE ENTRÓ A REGIR CON EL DECRETO 217 DE 2017.

Parágrafo 5º.- Los estacionamientos que hubiesen registrado tarifas de servicio antes del 1 de julio de 2009, ante las alcaldías locales, con un valor final por minuto superior al que entra en vigencia en el presente decreto, podrán cobrar hasta la tarifa máxima fijada en el presente decreto.

iv. Lo anterior indica que la accionada ha venido cobrando tarifas ilegales y excesivas desde que entró a regir el DECRETO 550 DE 2010 y que lo ha continuado haciendo desde que entró a regir el DECRETO 217 DE 2017.

v. Por otra parte, el Decreto 217 de 2017 es claro en indicar las tarifas máximas aplicables a cada **NIVEL DE SERVICIO**, dependiendo del **NÚMERO DE CUPOS**, requisitos que también llevan a concluir que la accionada NO puede cobrar las tarifas excesivas que cobra, las cuales son aplicables a otros niveles de servicio.

vi. Veamos la tarifa radicada por la accionada ante la Alcaldía Local de Usaquén antes del 1 de julio de 2009, según documento aportado por la misma accionada:

TARIFA CUARTO DE HORA $528 más IVA (16% $84,48) = $612,48

Es decir que:

VALOR MINUTO = $40,83 (**COMO SE OBSERVA, EL VALOR FINAL POR MINUTO RADICADO POR LA ACCIONADA ANTES DEL 1 DE JULIO DE 2009, NO ES SUPERIOR AL QUE ENTRÓ EN VIGENCIA, POR TAL RAZÓN <u>NO PUEDE</u> COBRAR LAS TARIFAS QUE ACTUALMENTE COBRA**).

vii. Ahora veamos las tarifas que entraron a regir con el DECRETO 217 de 2017 para concluir que la tarifa radicada por la accionada ANTES DEL 1 DE JULIO DE 2009, **<u>NO LE PERMITE COBRAR LA TARIFA QUE COBRA ACTUALMENTE</u>**, SIENDO APLICABLE

AL PARQUEADERO QUE NOS OCUPA LA TARIFA **A NIVEL, FACTOR DE DEMANDA ZONAL 1, MENOS DE 50 CUPOS:**

TARIFAS MAXIMAS DIFERENTES MODALIDADES aplicando la metodología y factores ordenados por el DECRETO 217 DE 2017.

VMPM – VALOR MAXIMO POR MINUTO

FDZ – FACTOR DE DEMANDA ZONAL
FTV – FACTOR TIPO DE VEHICULO

FNS - FACTOR NIVEL DE SERVICIO

CMPM – COSTO MAXIMO POR MINUTO

FDZ x FTV x FNS x CMPM = VMPM

- EN ALTURA O SUBTERRANEO CON DOS O MÁS NIVELES
  - Automóviles, camperos, camionetas, vehículos pesados

1 x 1 x 1 x 105 = $105

0,8 x 1 x 1 x 105 = $84

  - Motocicletas

1 x 0,7 x 1 x 105 = $74

0,8 x 0,7 x 1x 105 = $59

- SUBTERRANEO UN SOLO NIVEL 50 CUPOS O MÁS

  - Automóviles, camperos, camionetas, vehículos pesados

1 x 1 x 0,9 x 105 = $95

0,8 x 1 x 0,9 x 105 = $76

  - Motocicletas

1 x 0,7 x 0,9 x 105 = $66,15

0,8 x 0,7 x 0,9x 105 = $53

- SUBTERRANEO UN SOLO NIVEL MENOS DE 50 CUPOS.

  - Automóviles, camperos, camionetas, vehículos pesados

1 x 1 x 0,8 x 105 = $84

0,8 x 1 x 0,8 x 105 = $67,2

  - Motocicletas

1 x 0,7 x 0,8 x 105 = $59

0,8 x 0,7 x 0,8 x 105 = $47

- A NIVEL PISO EN CONCRETO, ASFALTO O GRAVILLA LAVADA DE RIO COMPACTADA Y CON 50 CUPOS O MÁS.

  - Automóviles, camperos, camionetas, vehículos pesados

1 x 1 x 0,7 x 105 = $73,5

0,8 x 1 x 0,7 x 105 = $59

  - Motocicletas

1 x 0,7 x 0,7 x 105 = $51,45

0,8 x 0,7 x 0,7 x 105 = $41,16

- **A NIVEL PISO EN CONCRETO, ASFALTO O GRAVILLA LAVADA DE RIO COMPACTADA Y <u>CON MENOS DE 50 CUPOS</u> (<u>tarifa aplicable al parqueadero de la accionada</u>).**

  - **Automóviles, camperos, camionetas, vehículos pesados**

<u>1 x 1 x 0,6 x 105 = $63</u>

  - **Motocicletas**

<u>1 x 0,7 x 0,6 x 105 = $44,1</u>

viii. Finalmente, es importante citar jurisprudencia emitida por este Honorable Tribunal en casos similares, en donde otros parqueaderos que prestan el servicio **A NIVEL, con FACTOR DE DEMANDA ZONAL 1 y CON MENOS DE 50 CUPOS**, han sido obligados a ajustar sus tarifas, **tal como se solicita respetuosamente se haga en este caso:**

En este mismo sentido, el argumento de Auto Parking concerniente a que puede cobrar $105 por minuto fracasa, porque su aparcamiento no es en "altura o subterráneo", que es la categoría a la que está asignado a ese guarismo; por el contrario, como la tarifa máxima obedece al factor de demanda zonal, nivel de servicio -del cual destacó la juez que es "en concreto, asfalto o gravilla lavada compactada", sin que se refutaran esas características- y en el tipo de herramienta de transporte, como lo anotó la funcionaria, en consonancia con la norma, los topes que puede cobrar son de $74 para "automóviles, camperos, camionetas, vehículos pesados" y $52 "motocicletas".

c) RESPECTO DE LA INFORMACIÓN QUE DEBE CONTENER EL RECIBO DE INGRESO (O TARJETA):

i. En la sentencia solamente se le ordenó a la accionada incluir la información que ordena la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio y el Acuerdo Distrital 356 de 2008 (Reglamentado por el Decreto Distrital 268 de 2009 y **Derogado por el art. 8, Decreto Distrital 217 de 2017**), sin tener en cuenta que la accionada también debe incluir en el recibo de ingreso (o tarjeta) la información que ordena el **artículo 18 de la ley 1480 de 2011 y el Código Nacional de Policía y Convivencia.**

ii. Por lo anterior se le debe ordenar a la accionada incluir en el **recibo o tarjeta expedida a la entrada de los vehículos,** TODA la información que ordena, además de las normas citadas en la sentencia, la información que ordena el **ARTÍCULO 18 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y EL CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA, ES DECIR, LA SIGUIENTE INFORMACIÓN:**

i. Valor del servicio en la modalidad en que se presta, tarifa por minutos aplicable al servicio de parqueo de Automóviles, camperos, camionetas, vehículos pesados, motocicletas y bicicletas.
ii. Número de la póliza.
iii. Nombre ompañía aseguradora.
iv. Procedimiento de reclamación a través de la mencionada póliza de responsabilidad civil.
v. Nombre e identificación del usuario.
vi. Dirección y teléfono del usuario.
vii. Número de placa del vehículo.
viii. Fecha y hora de ingreso.

“En este orden de exposición, según lo contemplado por el artículo 18 del Estatuto del consumidor, la información aquí comentada bien puede estar contenida en un

recibo o documento tradicional, o en la tarjeta electrónica que viene suministrando la demandada al ingreso, lo único es que se encuentre completa y sea fácil de leer en la primera hipótesis o de descifrar y llevar a lenguaje convencional en la segunda, razón por la cual se complementará el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, en ese sentido y, por consiguiente, se acogerá en forma parcial la apelación principal.

En relación al tercer reparo, en cuanto a que la a quo "no precisó cuál es la amenaza, riesgo o lesión de bienes que se produce cuando se entrega dicha tarjeta al ingreso del parqueadero, si contiene los datos exigidos por la ley", el peligro se concreta en no suministrar ***TODA*** *la información que el numeral 3° del artículo 18 de la Ley 1480 de 2011 y el parágrafo del artículo 3° del Acuerdo 356 de 2008 obligan al prestador del servicio de parqueadero hacerlo, pues como se dijo en líneas precedentes, la demandada omite algunos datos de los ordenados en dichas normas."*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. ACCIÓN POPULAR No. 2016-223 de LIBARDO MELO VEGA contra CENTRO COMERCIAL EL RETIRO P.H. 16 DE JUNIO DE 2017.

d) RESPECTO DE LOS CUPOS DE PARQUEO PARA PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD:

i. Solamente se tuvo en cuenta el informe técnico de la Alcaldía Local, sin tener en cuenta que las demás pruebas demuestran que estos cupos NO CUMPLEN con las características ordenadas por la ley.

ii. La misma Alcaldía Local había informado que los cupos de parqueo para personas en condición de discapacidad **no cumplían NI EN TAMAÑO NI EN UBICACIÓN PREFERENCIAL, pero en un segundo informe indicó que cumplían con el tamaño, sin referirse de forma expresa y precisa a la ubicación de estos cupos.**

iii. Se observa en las demás pruebas que obran en el expediente que estos cupos **ESTÁN UBICADOS EN ZONAS DE CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS Y DE USUARIOS, es decir, NO CUMPLEN con las condiciones mínimas de seguridad y UBICACIÓN**

PREFERENCIAL con las que deben contar estos cupos, pruebas que NO fueron analizadas con el debido rigor.

iv. **Por lo anterior, se le debe ordenar a la accionada que CUMPLA con UBICAR estos cupos en una zona privilegiada que brinde total seguridad y comodidad a estos usuarios.**

PETICIÓN.

Por lo expuesto, solicito respetuosamente al Despacho que se acceda a lo solicitado en el recurso de apelación, es decir que:

a) Se le ordene a la accionada instalar los cupos de parqueo para bicicletas cumpliendo con las características y especificaciones ordenadas en las FICHAS M100 y M101 del mobiliario Urbano de Bogotá.

b) Se le ordene a la accionada ajustar y cobrar las tarifas aplicables al servicio de parqueo **A NIVEL, FACTOR DE DEMANDA ZONAL 1 y PARQUEADERO CON MENOS DE 50 CUPOS**, de conformidad con la norma vigente.

c) Se le ordene a la accionada incluir en el recibo de entrada (o tarjeta) TODA la información que ordena incluir la **Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, el artículo 18 de la ley 1480 de 2011 y el Código Nacional de Policía y Convivencia.**

d) Se le debe ordenar a la accionada que CUMPLA con UBICAR los cupos de parqueo para personas en condición de discapacidad en una zona privilegiada que brinde total seguridad y comodidad a estos usuarios, cumpliendo además con las medidas de 3,80 x 4,50 mts.

Atentamente.

LIBARDO MELO VEGA.

CC 79266839

Bogotá D.C. junio 16 de 2020

Honorable
MAGISTRADA PONENTE
Dra. MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
E.S.D.

TIPO DE PROCESO: VERBAL
ASUNTO: ACCIÓN REIVINDICATORIA DE DOMINIO
RADICADO: 11001 3103 035 2018 00396 01
DEMANDANTE: ERIKA ANDREA GARZÓN CLAVIJO
DEMANDADO: DIEGO FERNANDO GARZÓN CLAVIJO

Honorable Magistrada,

Reciba un cordial saludo,

JOHN JAVIER TORRES PAVA, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderado de la parte actora en el proceso de la referencia, me permito dentro de la oportunidad procesal, presentar ante su Despacho, sustentación del Recurso de Apelación instaurado contra lo resuelto por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, en Audiencia de que trata el Artículo 373 del CGP, llevada a cabo el pasado 04 de marzo de 2020, en los siguientes términos:

En desarrollo de la Audiencia de que trata el artículo 373 del CGP, el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, resolvió lo siguiente:

1) Negar las pretensiones de la demanda

2) Declarar infundada la tacha de falsedad

3) Declarar terminado el proceso

4) Condenar en costas al demandante a favor del demandado (Agencias en Derecho $3.200.000).

5) Conceder el Recurso de Apelación en el Efecto Suspensivo ante el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil.

Las consideraciones por las cuales el A-quo, resolvió lo anterior, fueron como se indican a continuación:

a. Acreditó el derecho de dominio de la demandante, por medio del Certificado de Libertad y Tradición del Inmueble.

b. Desvirtuó la Tacha de Falsedad del Documento, puesto que el demandado no allegó un cotejo pericial o dictamen sobre las posibles adulteraciones de la firma y huella, al igual que tampoco solicitó la práctica de la prueba, ni las declaraciones de sus testigos fueron suficientes, ya que ninguno de ellos ostentaba la calidad de grafólogo.

c. Afirmó que la demandante en su interrogatorio indicó que el demandado era el poseedor del tercer piso; que el inmueble es de 3 plantas, 3 niveles, 3 pisos, y que en el segundo piso vive una tía y en el primer piso una arrendataria con la que tiene contrato de arrendamiento.

d. Señaló que si lo que se pretendía reivindicar era el tercer piso ocupado por el demandado, porque las dos plantas restantes están bajo la dirección de la demandante, debió especificarlo en la demanda y haber alinderado el piso que posee el demandado.

e. Afirmó que la demandante tiene el dominio y posesión del restante inmueble, refiriéndose al primer y segundo piso de la vivienda.

f. Señaló que no se logró probar que el inmueble que se pretende reivindicar en su totalidad, se encuentre en posesión del demandado como lo establece el artículo, puesto que la demandante afirma que lo poseído por el demandado obedece al tercer piso y que a estos límites y linderos debió remitirse la demanda.

g. Señaló que no está identificado todo el inmueble, debido a que uno es el que posee el demandando en el tercer piso y otros son los que poseen la tía de la demandada y el otro la inquilina. Un piso cada uno.

h. Afirmó, que no se cumplieron los presupuestos legales y jurisprudenciales, como necesarios para el bien fin de la acción por lo que se niega lo pretendido por la demandante.

i. Aseveró que no fue demostrada la condición de poseedor de la totalidad del inmueble en cabeza del demandado.

j. Concluyó que no se produjo el alinderamiento y pretensión respecto a que se hubiera alinderado de manera objetiva y determinada el bien objeto a reivindicar y a la que se debió referir en la demanda. A su vez que no se hizo el alinderamiento especial del inmueble.

Una vez verificadas las consideraciones del Ad-quo para resolver negativamente las pretensiones de mí prohijada, el suscrito apoderado las encuentra insuficientes e infundadas. Lo anterior, basado en los siguientes argumentos:

En primer lugar, a modo ilustrativo, me permito transcribir la normatividad aplicable a la materia, tomada del Código Civil, con el fin de acreditar que mi representada cumple los presupuestos legales y jurisprudenciales, como necesarios, para el bien fin de la acción, el cual es recuperar la posesión de su inmueble, ocupado de forma ilegal por el demandado:

"(…)
ARTICULO 762. <DEFINICION DE POSESION>. *La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.*
El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo*.*

(…)

TITULO XII
DE LA REIVINDICACIÓN

ARTICULO 946. <CONCEPTO DE REIVINDICACION>. La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla.

CAPITULO I
QUE COSAS PUEDEN REIVINDICARSE

ARTICULO 947. <OBJETOS DE LA REIVINDICACION>. Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.

Exceptúense las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla.

***ARTICULO 948. <REIVINDICACION DE DERECHOS REALES>. Los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio**, excepto el derecho de herencia.*

Este derecho produce la acción de petición de herencia, de que se trata en el libro 3o.

***ARTICULO 949. <REIVINDICACION DE CUOTA PROINDIVISO>.** Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular.*

CAPITULO II
QUIEN PUEDE REIVINDICAR

***ARTICULO 950. <TITULAR DE LA ACCION>. La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa**.*

Existencia de posesión actual del demandado (art 952 cc)

ARTICULO 952. <PERSONA CONTRA QUIEN SE INTERPONE LA ACCION>. La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor.

***Identidad entre el bien perseguido por el demandante y el que posee el demandado cosa singular reivindicable** o una cuota determinada proindiviso sobre una cosa singular (949 cc)*

(…)"

Como se puede evidenciar en el caso de mi poderdante, ella es propietaria plena del inmueble objeto de esta Litis, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50S-113710, tal como reza en la anotación No. 006 del certificado de libertad y tradición del inmueble; está plenamente habilitada como titular para interponer la Acción Reivindicatoria o de Dominio contra el aquí demandado, quien es un mero tenedor del inmueble de propiedad de la demandante, pero que es reconocido por el AD-QUO como un poseedor de la tercera planta del mismo, punto sobre el que me pronunciaré más adelante.

De otra parte, es claro que existe identidad entre el bien perseguido por la demandante y en el que reside el mero tenedor, el aquí demandado, quien aduce ser el poseedor de la tercera planta del predio y desconoce la titularidad del bien en cabeza de mi prohijada, pero que en desarrollo del proceso, no presentó el acervo probatorio necesario para desvirtuar la propiedad de mi representada sobre el inmueble en su totalidad, el cual es una vivienda compuesta de tres plantas, considerado una unidad habitacional. Por ende, el demandado se encuentra obligado a reivindicar el inmueble en la zona del mismo que está ocupando.

Respecto al requisito de que el título de propiedad sea anterior a la posesión del demandado también se encuentra acreditado; sin embargo, para mayor claridad se hará un breve recuento de la forma en que adquirió la propiedad mi representada:

"Por medio de Escritura Pública No. 230 del 09 de febrero de 2017, esta fecha de la Notaría Diecinueve del Círculo de Bogotá, la señora ERIKA ANDREA GARZON CLAVIJO, adquirió el inmueble en referencia por compra realizada al señor PABLO ENRIQUE GARZÓN RODRÍGUEZ (QEPD), identificado con la cédula de ciudadanía N. 17.010.602; el inmueble presenta las siguientes características:

Lote de Terreno ubicado en la carrera trece (13) número tres – cuarenta y cuatro sur (3 – 44 Sur), de Bogotá D.C., y comprendido dentro de los siguientes linderos: Lote de Terreno situado en la carrera trece (13) número tres – cuarenta y cuatro sur (3 – 44 S) de la nomenclatura actual de la ciudad de Bogotá, con una cabida de ciento sesenta metros cuadrados (160 Mts2), aproximadamente que hace parte de la Urbanización "FUCHA", y el cual se encuentra comprendido dentro de los siguientes linderos generales así: POR EL NORTE: En extensión de diez y seis metros (16.00 Mts) con el lote número doce (12) de la misma manzana y Urbanización; POR EL SUR: En extensión de diez y seis metros (16.00 Mts) con el lote número catorce (14) de la misma manzana y Urbanización; POR EL ORIENTE: en una extensión de diez metros (10.00 Mts) con el lote número cinco (5) de la misma manzana y Urbanización; Y POR EL OCCIDENTE: en una extensión de diez metros (10.00 Mts) con la carrera trece (13) antes doce A (12ª) de Bogotá.

A este inmueble le corresponde el folio de Matricula Inmobiliaria No. 50S-113710 y la cédula catastral No. 4S 12B 3".

En segundo lugar, se hace especial énfasis a que mi mandante no ha desconocido el hecho de que el demandado residió con antelación en el inmueble objeto de reivindicación, y así lo hizo durante gran parte de su vida junto a la demandante, de forma intermitente en las diferentes plantas de la vivienda, al ser esta una unidad habitacional; toda vez que el anterior propietario del mismo, era su señor padre, PABLO ENRIQUE GARZÓN RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), y es de aclarar que ni el demandado ni mi prohijada ostentaban posesión sobre éste inmueble, solo eran meros tenedores del mismo, hasta el momento en que mi prohijada adquiere la propiedad total sobre el predio en cuestión cuando efectúa la compra a su señor padre (q.e.p.d.).

De otra parte, debe tenerse en cuenta que los señores DIEGO FERNANDO GARZÓN CLAVIJO y ERIKA ANDREA GARZON CLAVIJO, hasta el día 09 de febrero de 2017se consideraban unos meros tenedores del inmueble objeto de reivindicación; hasta esta fecha la posesión y titularidad recaía sobre el anterior dueño, su padre, quien residió dentro del inmueble hasta su deceso (29 de marzo de 2018), pero una vez mi representada adquiere la propiedad del inmueble y hace el respectivo trámite de registro de la escritura ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, pasa de ser una mera tenedora a ostentar la posesión y el derecho de dominio en su totalidad sobre el inmueble.

Con posterioridad a haberse convertido en propietaria del inmueble, consintió que su hermano, el aquí demandado, residiera en la tercera planta de la vivienda, a solicitud de su padre quien continuó cohabitando el predio hasta su deceso, y en consideración a su parentesco con el demandado. Sin embargo, dado el señor, DIEGO FERNANDO GARZÓN CLAVIJO, ha efectuado actuaciones en detrimento de la propiedad de mi representada y a su vez lo ha utilizado con fines de promoción de su página de pornografía infantil, atentando contra la tranquilidad e integridad de las otras dos personas que residen en el inmueble, que si cuentan con el consentimiento y aval de la propietaria.

Quiero dejar constancia que el demandado tampoco cancela el valor de los servicios públicos, generando deudas importantes a mi prohijada, quien ha tenido que asumirlos para evitar el corte y sobre todo el perjuicio comunitario.

Por esta y otras conductas que nada tienen de sana convivencia, llevaron a mi mandante a verse obligada a solicitarle al demandado que de forma voluntaria se retirara del inmueble, a lo cual éste se ha negado tajantemente hasta el día de hoy, alegando un derecho herencial que no le corresponde, manifestando ostentar una presunta posesión sobre la tercera planta del inmueble y que motivó a mi representada a instaurar la presente acción reivindicatoria en contra del aquí demandando para recuperar la posesión sobre la zona que ha sido ocupada de forma ilegal por este.

De la misma forma, en que fue señalado al Juzgado de primera instancia, respecto a la forma en que se encuentra distribuido el inmueble y sus cohabitantes, y para que este elemento no induzca en error al AD-QUEM, hago las siguientes precisiones:

Nos encontramos frente a un inmueble urbano, ubicado en sector residencial, el cual cuenta con tres plantas; en el primer piso tiene 3 puertas de ingreso, una que permite acceder al garaje, otra que permite el acceso a la primera planta y la otra que permite el acceso a la segunda y tercera planta. ***(Véase la imagen anexa para mayor claridad)***



En la primera planta reside una inquilina de nombre KAREN OTÁLORA, en la segunda planta reside una tía paterna de los señores DIEGO FERNANDO GARZÓN CLAVIJO y ERIKA ANDREA GARZON CLAVIJO y en la tercera planta, reside el aquí demandado. Es de mencionar que al ser ésta una Unidad habitacional se identifica así:

"Apartamento o casa de vivienda independiente con acceso a la vía pública o a las zonas comunes del conjunto multifamiliar y separada de las otras viviendas, de tal forma que sus ocupantes puedan acceder sin pasar por las áreas privadas de otras viviendas", los residentes y/o ocupantes de este inmueble, pueden convivir e interactuar entre ellos, comparten el acceso a la vivienda, servicios públicos, ya que este inmueble no ha sido objeto de desenglobe "*que no es otra cosa que subdividir el predio en dos o más partes con el fin de que cada uno tenga su título de propiedad, independencia catastral; matrícula inmobiliaria (historia jurídica e información física con linderos y medidas, entre otros aspectos"* y por ende, tampoco de alinderamientos especiales *"Significa la línea que separa unas propiedades o heredades de otras. Es el límite o límites hasta los cuales superficialmente se extiende la finca o el dominio sobre la misma"*; no se trata de un proindiviso *"se define como el derecho parcial de una persona sobre una propiedad. La razón es que comparte la titularidad con una o más personas, por lo que se considera una comunidad de bienes o copropiedad".*

La única poseedora y titular del Derecho de Dominio es mi mandante, a quien nunca se le ha desconocido su derecho de dominio sobre el inmueble; tampoco la demandante reconoce a los cohabitantes del inmueble como poseedores materiales, únicamente como meros tenedores; y para el caso en particular del demandado, es un mero tenedor, pero dado el caso que es considerado por el Juez de Primera Instancia como poseedor de la tercera planta del mismo, el demandado no cumple los requisitos necesarios para adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva de dominio, puesto que no cuenta con título ni con el modo para ello y al día de hoy no ha impetrado acción judicial alguna contra mi mandante y, dado el caso que considerara alegar alguna pertenencia sobre la propiedad en cuestión, esta se desconoce de tajo pues no cumple los requisitos legales para considerarse un poseedor; igualmente, por la constitución del inmueble no es posible ejercer posesión sobre el mismo, ya que el hecho que resida en la tercera planta de éste no lo convierte en poseedor, toda vez que la tercera planta forma parte de la totalidad de la vivienda en sí, de la que tampoco es posible constituir una propiedad horizontal, ya que hablamos de una unidad habitacional, que la componen las tres plantas, la cual no ha sido alinderada por pisos, ni desenglobada, lo cual imposibilita al demandado a ejercer posesión de una zona del inmueble como si esta no formara parte integral del mismo y como fue interpretado erróneamente por AD-QUO para tomar su veredicto.

Para desenglobar esta propiedad se tendría que proceder a alinderar en forma especial tanto los predios que segrega con el restante. "*No se podría desenglobar existiendo derecho de cuota común y proindiviso, pues el derecho no está determinado hasta que se realice la división o partición material del inmueble*", pero como nunca se ha atacado la propiedad de la demandante por el demandado, ni por otros terceros, a la demandante siendo su única y exclusiva propietaria no le interesa hacerlo porque la vivienda compuesta por las 3 plantas fue adquirida a buen título, de manera honesta y fruto de su trabajo, a su vez un trámite de esta magnitud le generaría incurrir en gastos económicos innecesarios y que no es dispuesta a asumir pues la ley no la obliga a ello**.**

Es requisito indispensable tener pleno dominio para que se pueda lograr el desenglobe de un bien en común y proindiviso, pero efectuar el alinderamiento y posterior desenglobe es potestativo de la propietaria, en este caso mi mandante, quien como indiqué previamente no le interesa adelantar esta acción sobre su predio.

Así pues, evidencio como apoderado del demandante una errónea interpretación de la norma por parte del AD-QUO, ya que el inmueble no se encuentra alinderado ni desenglobado, al igual que ninguna disposición obliga a un propietario único a tener que alinderar zonas que forman parte de su vivienda por el mero entender del señor Juez, quien a pesar de contar con los elementos necesarios para resolver el litigio que nos atañe, estableció requisitos adicionales que la ley no contempla para condicionar a mi prohijada a alinderar su inmueble por plantas, y en consecuencia tener que desenglobarlo, sin necesidad de hacerlo, pues es la única propietaria del mismo, defiendo con su decisión al demandado, quien se considera un poseedor y manteniéndolo dentro del inmueble para que lo siga ocupando ilegalmente contra la voluntad de mi mandante, aún a sabiendas del acervo probatorio que obra en el expediente donde están plenamente definidas las partes y el inmueble objeto de reivindicación.

Para agregar a lo antes expuesto, el AD-QUO desconoce los derechos de mi representada sobre su propiedad, cayendo en meras interpretaciones literales de la norma, sin hacer una correcta validación de las pruebas practicadas, en las que existe un reconocimiento pleno por parte del demandado de que se encuentra ocupando de forma ilegal parte del inmueble de mi representada, del cual no consiguió desvirtuar la propiedad en cabeza de ésta y, pudo haber resuelto este pleito en forma justa y equilibrada, pues la importancia de esta acción judicial radica en la identificación plena del propietario del inmueble, el poseedor y/o ocupante actual y la identidad del inmueble a reivindicar, requisitos plenamente acreditados.

El Juez de Primera Instancia no hizo una valoración correcta del acervo probatorio, y para ello hago mención a una prueba en específico que fue determinante en su veredicto, pero lastimosamente fue mal valorada y es la relacionada con el interrogatorio de parte practicado a mi prohijada del cual hago las siguientes observaciones:

Este es el diálogo que se escucha en el audio del interrogatorio:

*"JUEZ: Señora Erika, venga y le hago otra pregunta: Dígame el nombre completo del actual **poseedor** de ese inmueble.*

ERIKA: Poseedor ?... o la propietaria ?

*JUEZ: **El poseedor**, quien se encuentra habitando ese inmueble **en el cual usted no esta poseyendo** **en este momento...**".*

*ERIKA: Ok, eeeeh, tendría que aclara señor juez que la casa es una casa de tres plantas, es una sola escritura pero es una casa que está dividiva en tres plantas, en el tercer piso que esta **residiendo** en este momento el señor Diego, en el momento, la última vez que yo entré a la casa estaba viviendo con su señora esposa,que no se, o su pareja, no se que relación tiene, en el segundo piso vive una tía".*

De este extracto se puede concluir que **es el juez** quien en una pregunta direccionada afirma que la demandante no es la poseedora del inmueble. Y, nunca se escucha por parte de la demandante declarar la posesion del bien por parte del demandado, de hecho la demandante nunca pronuncia la palabra POSEEDOR, y si en cambio utiliza la palabra RESIDENTE, para referirce al demandado.

Estas palabras contrastan y son muy diferentes al diálogo que expuso el juez como argumento para su sentencia, las cuales fueron utilizadas y retomadas en repetidas ocasiones como pilar para sustentar los argumentos que dieron lugar a la misma.

El diálogo que expone el juez durante la sentencia es el siguiente:

JUEZ: A la pregunta de que quién poseía el bien objeto de reivindicacion, esta indicó (Refirendose a la señora Erika Garzón) "***que lo poseía*** *el señor Diego Fernando Garzon Clavijo"*. Adujo (Refirendose a la señora Erika Garzón): "***El es el actual POSEEDOR"***, y precisó (Refirendose a la señora Erika Garzón), "***del tercer piso"***. Aclaró (Refirendose a la señora Erika Garzón) ***"que es un bien de tres plantas".***

Es necesario recalcar que NUNCA se escucha en el audio del interrogatorio afirmar por parte de la demandante las palabras que hacen parte del diálogo expuesto por el juez durante la sentencia, argumento que fue utilizado cuando menos tres veces durante la sustentación de la misma. Esta actuación deja entrever cierta ligereza en el análisis de las evidencias que utiliza el juez para dictar su sentencia, y el hecho de asumir este error partiendo de una premisa falsa ciertamente afectó la toma de decisión para dictar la sentencia.

Del interrogatorio practicado por el juez a mi representada es simple concluir que el togado desconoce la diferencia entre un poseedor y un mero tenedor, pues define al poseedor, palabras textuales como ***"quien se encuentra habitando ese inmueble en el cual usted no esta poseyendo en este momento",*** es decir, que según el juez cualquier persona que reside en un inmueble automáticamente lo convierte en un poseedor, el cual es una persona que desconoce la titularidad del inmueble, que ejerce actos de señor y dueño sobre este y, que lo explota económicamente, situación que no le es aplicable en ningún caso al demandado.

Reitero nuevamente que mi representada nunca ha cedido la posesión y titularidad que ejerce sobre su propiedad, por tanto, que el juez desde antes que mi poderdante resolviera la pregunta, ya reconociera al demandado como poseedor, sin que esta lo ratificara o manifestara hace dudar de la convicción y orientación del juez en sus cuestionamientos, sumado al hecho que la demandante en ninguna parte de su interrogatorio reconoció al señor diego como poseedor del inmueble, sino como un residente de la tercera planta del mismo, lo cual es muy distinto a lo que concluye el ad-quo, otorgándole calidades que no le corresponden al demandado.

Por tanto, con las pruebas documentales, testimoniales e interrogatorios practicados, el Juez de primera instancia, debió haber resuelto que fuera reivindicada en favor de mi poderdante la zona del inmueble que está siendo ocupada en forma irregular por parte del demandado, y no colocar cargas a mi mandante que la ley no le ordena, puesto que ella es la única propietaria, como lo es alinderar y desenglobar su propiedad.

H. Magistrada, reitero e insisto en que mi prohijada no se encuentra obligada a alinderar ni desenglobar su propiedad, lo que se exige es que el ocupante ilegal, o técnicamente identificado como el mero tenedor y a quien el Juez de primera instancia le otorgó la calidad de poseedor, haga la devolución inmediata de la zona que está ocupando en dentro de la propiedad de mi mandante.

Insisto en que no debemos caer en imprecisiones del orden legal y jurídico, dado que lo pretendido por mi representada es claro y es recuperar la posesión total de su propiedad, que aunque ejerce plenamente esta como titular del bien, se encuentra siendo afectada por la permanencia en el predio de forma ilegal por parte del aquí demandado, el señor DIEGO FERNANDO GARZÓN CLAVIJO, quien es un mero tenedor de una zona del inmueble, localizada en la tercera planta y por ende, la demanda fue dirigida en su contra y no respecto a las dos inquilinas que residen en el inmueble, quienes están autorizadas por la propietaria para permanecer allí.

Es de tenerse en cuenta la diferencia que existe entre ser un poseedor y un mero tenedor, la cual es definida por la doctrina, normatividad y jurisprudencia de la siguiente forma:

"En la posesión una persona ejerce ánimo de señor y dueño sobre un bien sobre el cual no tiene la propiedad, mientras que un mero tenedor reconoce la propiedad de alguien más sobre el bien, el cual cuida o disfruta de él.

El concepto de mera tenencia lo encontramos en el artículo 775 del código civil de Colombia, que señala en su primer inciso:

«Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.

Este concepto es diametralmente al concepto de posesión contenido en el artículo 762 del código civil en tanto la define como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño.

Respecto a los elementos diferenciadores entre estas dos figuras tiene dicho la sala civil de la corte suprema de justicia (sentencia SC1716-2018 – 76001):

«No obstante, esta Corte, con apoyo en el Código Civil napoleónico, desde sus inicios a hoy, se ha superpuesto coherentemente para despuntar esa vieja, pero, siempre actual polémica, conjugando, como requisitos concurrentes para edificar la posesión, como fuente para la adquisición del derecho de dominio, la fusión intrínseca del elemento subjetivo, el animus, con el elemento externo, el corpus.

La presencia de estos elementos, en quien se predica poseedor con ánimo de señor y dueño, es precisamente, el elemento que ideológicamente diferencia esta institución de los diferentes títulos de tenencia que se asientan en el sistema jurídico, como el arrendamiento, el comodato, la anticresis y la retención, entre otros.»

A lo que luego precisa la corte:

«El elemento subjetivo en la relación posesoria implica la convicción o ánimo de señor y dueño de ser propietario del bien, desconociendo dominio ajeno; el siguiente, el corpus, –elemento externo– conlleva ocupar la cosa, lo que se traduce en su explotación económica.

Es decir que son dos los elementos que caracterizan la posesión:

1. ***El ánimo de señor y dueño.***
2. ***La explotación económica.***

Seguidamente señala la corte:

«Estos dos específicos requisitos, en particular el inicial, cuya base sustancial la constituye el artículo 762 del Código Civil, a cuyo tenor «[l]a posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño», son los que diferencian el instituto en cuestión, de la mera tenencia, o sea, «(…) la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño (…)», como el «(…) acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación (….)», calidad que «(…) se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno», según las voces del artículo 775 ibidem, pues mientras en ésta solo externamente se está en relación con la cosa, en la posesión a ese vínculo material es menester añadir la voluntad de comportarse ante propios y extraños como dueño. Es decir, la distinción entre la una y la otra gira en el ánimo o conducta reclamada en cada situación.»

Es claro que un arrendatario, por ejemplo, nunca actúa como señor y dueño de la casa, sino que en todo tiempo reconoce el dominio ajeno de la casa que habita, y tampoco explota económicamente la casa, sino que por el contrario debe pagar a su dueño por utilizarla.

Importancia de diferenciar tenencia de posesión.

La importancia de tener clara esta diferencia, es que la posesión puede dar origen a un derecho a favor de quien lo posee, como bien lo señala la sala civil de la Corte suprema de justicia en sentencia SC12323-2015 (41001) con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa:

«La posesión material, suficientemente es conocido, se erige en presupuesto de la prescripción adquisitiva del dominio, en cuanto asegura el derecho de propiedad radicada en personas distintas del poseedor, para quienes se extingue, luego de ejercida durante el tiempo dispuesto en el ordenamiento positivo.»

Es decir que quien demuestra haber poseído un inmueble por un determinado tiempo, puede iniciar la acción de prescripción adquisitiva del dominio para que por vía judicial se le reconozca la propiedad jurídica o el dominio jurídico del bien en cuestión.

Un arrendatario jamás puede pretender la adquisición del dominio de la casa que habita, aunque lleve toda una vida en ella, pero si esa casa es entregada a otra persona para que la ocupe bajo una figura que permita materializar la posesión, el dueño puede perder esa propiedad por el simple paso del tiempo.

Mera tenencia no se convierte en posesión por el paso del tiempo.

Una de las dudas respecto a la tenencia, es si esta puede mutar o convertirse en posesión con el paso del tiempo.

Al respecto señala el artículo 777 del código civil:

«El simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión.»

Esta duda surge porque el tiempo hace que la propiedad se pierda si la posesión ha sido ejercida por otra persona, mediante la figura de la prescripción adquisitiva del dominio, pero es un asunto diferente que no hace que la tenencia se convierta en posesión.

Tránsito de mera tenencia a posesión.

Por regla general la mera tenencia solo puede transitar a posesión si hay un acto contractual de por medio que así lo permita.

El arrendatario o el usufructuario, que son meros tenedores, no puede transitar a poseedores sino por medio de un acto o contrato que así lo considere.

Por ejemplo, se suele creer que, si un contrato de arrendamiento no se renueva, pero el arrendatario sigue ocupando el inmueble, la tenencia se convierte en posesión, lo que no es cierto porque el contrato de arrendamiento se puede renovar automáticamente sin necesidad de que las partes lo manifiesten expresamente en un nuevo contrato, o en otro sí.

Además, la existencia del primer y único contrato implica que el tenedor (arrendatario) está reconociendo dominio ajeno de forma expresa, lo que hace imposible que se configure la posesión.

Esto hace que se requiere otro tipo de contrato para que la tenencia se convierta en posesión,

como una compraventa o incluso una promesa de compraventa.

En aplicación de las disposiciones anteriores, es claro que ha sido desvirtuada cualquier presunción de dominio que pretendiera ostentar el demandado, puesto que mi representada lo considera como un mero tenedor de una zona del inmueble de su propiedad, refiriéndose a la tercera planta del mismo, sin embargo en el libelo de la demanda se solicitó la reivindicación del inmueble como una unidad habitacional, puesto que no se reconoce al demandado como poseesor del inmueble, sino un mero tenedor, como se ilustró anteriormente.

Finalmente me cuestiono, si a criterio del juez de primera instancia, a manera de ejemplo, fuera ocupada la cocina, la sala, un baño o una habitación del inmueble, la propietaria tendría que verse obligada a alinderar esa zona para poder solicitar judicialmente que se ordene la restitución de la misma, siendo la única dueña y sin ser la propiedad una cuota determinada proindiviso sobre una cosa singular.

Por lo anterior, habiendo sustentado en debida forma el presente recurso de apelación, dentro del término concedido por su honorable Despacho, solicito respetuosamente se tenga en cuenta lo aquí argumentado, ORDENANDO REVOCAR la providencia expedida por el Juez 35 Civil del Circuito de Bogotá, quien negó las pretensiones de mi prohijada y en consecuencia, se disponga que el aquí demandado restituya a favor de la demandante la zona del inmueble que está ocupando ilegalmente, garantizándole el derecho a la propiedad sobre su unidad habitacional, para que así pueda ejercer plenamente la posesión sobre la totalidad de su inmueble y en consecuencia condenarlo al pago de costas procesales y agencias en derecho.

De la Honorable Magistrada.

Atentamente,



JOHN JAVIER TORRES PAVA
C.C. 1032405392
Apoderado de la parte actora.

Bogotá D.C. junio 16 de 2020

Honorable
MAGISTRADA PONENTE
Dra. MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
E.S.D.

TIPO DE PROCESO: VERBAL
ASUNTO: ACCIÓN REIVINDICATORIA DE DOMINIO
RADICADO: 11001 3103 035 2018 00396 01
DEMANDANTE: ERIKA ANDREA GARZÓN CLAVIJO
DEMANDADO: DIEGO FERNANDO GARZÓN CLAVIJO

Honorable Magistrada,

Reciba un cordial saludo,

JOHN JAVIER TORRES PAVA, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderado de la parte actora en el proceso de la referencia, me permito dentro de la oportunidad procesal, presentar ante su Despacho, sustentación del Recurso de Apelación instaurado contra lo resuelto por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, en Audiencia de que trata el Artículo 373 del CGP, llevada a cabo el pasado 04 de marzo de 2020, en los siguientes términos:

En desarrollo de la Audiencia de que trata el artículo 373 del CGP, el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, resolvió lo siguiente:

1) Negar las pretensiones de la demanda

2) Declarar infundada la tacha de falsedad

3) Declarar terminado el proceso

4) Condenar en costas al demandante a favor del demandado (Agencias en Derecho $3.200.000).

5) Conceder el Recurso de Apelación en el Efecto Suspensivo ante el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil.

Las consideraciones por las cuales el A-quo, resolvió lo anterior, fueron como se indican a continuación:

a. Acreditó el derecho de dominio de la demandante, por medio del Certificado de Libertad y Tradición del Inmueble.

b. Desvirtuó la Tacha de Falsedad del Documento, puesto que el demandado no allegó un cotejo pericial o dictamen sobre las posibles adulteraciones de la firma y huella, al igual que tampoco solicitó la práctica de la prueba, ni las declaraciones de sus testigos fueron suficientes, ya que ninguno de ellos ostentaba la calidad de grafólogo.

c. Afirmó que la demandante en su interrogatorio indicó que el demandado era el poseedor del tercer piso; que el inmueble es de 3 plantas, 3 niveles, 3 pisos, y que en el segundo piso vive una tía y en el primer piso una arrendataria con la que tiene contrato de arrendamiento.

d. Señaló que si lo que se pretendía reivindicar era el tercer piso ocupado por el demandado, porque las dos plantas restantes están bajo la dirección de la demandante, debió especificarlo en la demanda y haber alinderado el piso que posee el demandado.

e. Afirmó que la demandante tiene el dominio y posesión del restante inmueble, refiriéndose al primer y segundo piso de la vivienda.

f. Señaló que no se logró probar que el inmueble que se pretende reivindicar en su totalidad, se encuentre en posesión del demandado como lo establece el artículo, puesto que la demandante afirma que lo poseído por el demandado obedece al tercer piso y que a estos límites y linderos debió remitirse la demanda.

g. Señaló que no está identificado todo el inmueble, debido a que uno es el que posee el demandando en el tercer piso y otros son los que poseen la tía de la demandada y el otro la inquilina. Un piso cada uno.

h. Afirmó, que no se cumplieron los presupuestos legales y jurisprudenciales, como necesarios para el bien fin de la acción por lo que se niega lo pretendido por la demandante.

i. Aseveró que no fue demostrada la condición de poseedor de la totalidad del inmueble en cabeza del demandado.

j. Concluyó que no se produjo el alinderamiento y pretensión respecto a que se hubiera alinderado de manera objetiva y determinada el bien objeto a reivindicar y a la que se debió referir en la demanda. A su vez que no se hizo el alinderamiento especial del inmueble.

Una vez verificadas las consideraciones del Ad-quo para resolver negativamente las pretensiones de mí prohijada, el suscrito apoderado las encuentra insuficientes e infundadas. Lo anterior, basado en los siguientes argumentos:

En primer lugar, a modo ilustrativo, me permito transcribir la normatividad aplicable a la materia, tomada del Código Civil, con el fin de acreditar que mi representada cumple los presupuestos legales y jurisprudenciales, como necesarios, para el bien fin de la acción, el cual es recuperar la posesión de su inmueble, ocupado de forma ilegal por el demandado:

"(…)
ARTICULO 762. <DEFINICION DE POSESION>. *La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.*
El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo*.*

(…)

TITULO XII
DE LA REIVINDICACIÓN

ARTICULO 946. <CONCEPTO DE REIVINDICACION>. La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla.

CAPITULO I
QUE COSAS PUEDEN REIVINDICARSE

ARTICULO 947. <OBJETOS DE LA REIVINDICACION>. Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.

Exceptúense las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla.

***ARTICULO 948. <REIVINDICACION DE DERECHOS REALES>. Los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio**, excepto el derecho de herencia.*

Este derecho produce la acción de petición de herencia, de que se trata en el libro 3o.

***ARTICULO 949. <REIVINDICACION DE CUOTA PROINDIVISO>.** Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular.*

CAPITULO II
QUIEN PUEDE REIVINDICAR

***ARTICULO 950. <TITULAR DE LA ACCION>. La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa**.*

Existencia de posesión actual del demandado (art 952 cc)

ARTICULO 952. <PERSONA CONTRA QUIEN SE INTERPONE LA ACCION>. La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor.

***Identidad entre el bien perseguido por el demandante y el que posee el demandado cosa singular reivindicable** o una cuota determinada proindiviso sobre una cosa singular (949 cc)*

(…)"

Como se puede evidenciar en el caso de mi poderdante, ella es propietaria plena del inmueble objeto de esta Litis, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50S-113710, tal como reza en la anotación No. 006 del certificado de libertad y tradición del inmueble; está plenamente habilitada como titular para interponer la Acción Reivindicatoria o de Dominio contra el aquí demandado, quien es un mero tenedor del inmueble de propiedad de la demandante, pero que es reconocido por el AD-QUO como un poseedor de la tercera planta del mismo, punto sobre el que me pronunciaré más adelante.

De otra parte, es claro que existe identidad entre el bien perseguido por la demandante y en el que reside el mero tenedor, el aquí demandado, quien aduce ser el poseedor de la tercera planta del predio y desconoce la titularidad del bien en cabeza de mi prohijada, pero que en desarrollo del proceso, no presentó el acervo probatorio necesario para desvirtuar la propiedad de mi representada sobre el inmueble en su totalidad, el cual es una vivienda compuesta de tres plantas, considerado una unidad habitacional. Por ende, el demandado se encuentra obligado a reivindicar el inmueble en la zona del mismo que está ocupando.

Respecto al requisito de que el título de propiedad sea anterior a la posesión del demandado también se encuentra acreditado; sin embargo, para mayor claridad se hará un breve recuento de la forma en que adquirió la propiedad mi representada:

"Por medio de Escritura Pública No. 230 del 09 de febrero de 2017, esta fecha de la Notaría Diecinueve del Círculo de Bogotá, la señora ERIKA ANDREA GARZON CLAVIJO, adquirió el inmueble en referencia por compra realizada al señor PABLO ENRIQUE GARZÓN RODRÍGUEZ (QEPD), identificado con la cédula de ciudadanía N. 17.010.602; el inmueble presenta las siguientes características:

Lote de Terreno ubicado en la carrera trece (13) número tres – cuarenta y cuatro sur (3 – 44 Sur), de Bogotá D.C., y comprendido dentro de los siguientes linderos: Lote de Terreno situado en la carrera trece (13) número tres – cuarenta y cuatro sur (3 – 44 S) de la nomenclatura actual de la ciudad de Bogotá, con una cabida de ciento sesenta metros cuadrados (160 Mts2), aproximadamente que hace parte de la Urbanización "FUCHA", y el cual se encuentra comprendido dentro de los siguientes linderos generales así: POR EL NORTE: En extensión de diez y seis metros (16.00 Mts) con el lote número doce (12) de la misma manzana y Urbanización; POR EL SUR: En extensión de diez y seis metros (16.00 Mts) con el lote número catorce (14) de la misma manzana y Urbanización; POR EL ORIENTE: en una extensión de diez metros (10.00 Mts) con el lote número cinco (5) de la misma manzana y Urbanización; Y POR EL OCCIDENTE: en una extensión de diez metros (10.00 Mts) con la carrera trece (13) antes doce A (12ª) de Bogotá.

A este inmueble le corresponde el folio de Matricula Inmobiliaria No. 50S-113710 y la cédula catastral No. 4S 12B 3".

En segundo lugar, se hace especial énfasis a que mi mandante no ha desconocido el hecho de que el demandado residió con antelación en el inmueble objeto de reivindicación, y así lo hizo durante gran parte de su vida junto a la demandante, de forma intermitente en las diferentes plantas de la vivienda, al ser esta una unidad habitacional; toda vez que el anterior propietario del mismo, era su señor padre, PABLO ENRIQUE GARZÓN RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), y es de aclarar que ni el demandado ni mi prohijada ostentaban posesión sobre éste inmueble, solo eran meros tenedores del mismo, hasta el momento en que mi prohijada adquiere la propiedad total sobre el predio en cuestión cuando efectúa la compra a su señor padre (q.e.p.d.).

De otra parte, debe tenerse en cuenta que los señores DIEGO FERNANDO GARZÓN CLAVIJO y ERIKA ANDREA GARZON CLAVIJO, hasta el día 09 de febrero de 2017se consideraban unos meros tenedores del inmueble objeto de reivindicación; hasta esta fecha la posesión y titularidad recaía sobre el anterior dueño, su padre, quien residió dentro del inmueble hasta su deceso (29 de marzo de 2018), pero una vez mi representada adquiere la propiedad del inmueble y hace el respectivo trámite de registro de la escritura ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, pasa de ser una mera tenedora a ostentar la posesión y el derecho de dominio en su totalidad sobre el inmueble.

Con posterioridad a haberse convertido en propietaria del inmueble, consintió que su hermano, el aquí demandado, residiera en la tercera planta de la vivienda, a solicitud de su padre quien continuó cohabitando el predio hasta su deceso, y en consideración a su parentesco con el demandado. Sin embargo, dado el señor, DIEGO FERNANDO GARZÓN CLAVIJO, ha efectuado actuaciones en detrimento de la propiedad de mi representada y a su vez lo ha utilizado con fines de promoción de su página de pornografía infantil, atentando contra la tranquilidad e integridad de las otras dos personas que residen en el inmueble, que si cuentan con el consentimiento y aval de la propietaria.

Quiero dejar constancia que el demandado tampoco cancela el valor de los servicios públicos, generando deudas importantes a mi prohijada, quien ha tenido que asumirlos para evitar el corte y sobre todo el perjuicio comunitario.

Por esta y otras conductas que nada tienen de sana convivencia, llevaron a mi mandante a verse obligada a solicitarle al demandado que de forma voluntaria se retirara del inmueble, a lo cual éste se ha negado tajantemente hasta el día de hoy, alegando un derecho herencial que no le corresponde, manifestando ostentar una presunta posesión sobre la tercera planta del inmueble y que motivó a mi representada a instaurar la presente acción reivindicatoria en contra del aquí demandando para recuperar la posesión sobre la zona que ha sido ocupada de forma ilegal por este.

De la misma forma, en que fue señalado al Juzgado de primera instancia, respecto a la forma en que se encuentra distribuido el inmueble y sus cohabitantes, y para que este elemento no induzca en error al AD-QUEM, hago las siguientes precisiones:

Nos encontramos frente a un inmueble urbano, ubicado en sector residencial, el cual cuenta con tres plantas; en el primer piso tiene 3 puertas de ingreso, una que permite acceder al garaje, otra que permite el acceso a la primera planta y la otra que permite el acceso a la segunda y tercera planta. ***(Véase la imagen anexa para mayor claridad)***



En la primera planta reside una inquilina de nombre KAREN OTÁLORA, en la segunda planta reside una tía paterna de los señores DIEGO FERNANDO GARZÓN CLAVIJO y ERIKA ANDREA GARZON CLAVIJO y en la tercera planta, reside el aquí demandado. Es de mencionar que al ser ésta una Unidad habitacional se identifica así:

"Apartamento o casa de vivienda independiente con acceso a la vía pública o a las zonas comunes del conjunto multifamiliar y separada de las otras viviendas, de tal forma que sus ocupantes puedan acceder sin pasar por las áreas privadas de otras viviendas", los residentes y/o ocupantes de este inmueble, pueden convivir e interactuar entre ellos, comparten el acceso a la vivienda, servicios públicos, ya que este inmueble no ha sido objeto de desenglobe "*que no es otra cosa que subdividir el predio en dos o más partes con el fin de que cada uno tenga su título de propiedad, independencia catastral; matrícula inmobiliaria (historia jurídica e información física con linderos y medidas, entre otros aspectos"* y por ende, tampoco de alinderamientos especiales *"Significa la línea que separa unas propiedades o heredades de otras. Es el límite o límites hasta los cuales superficialmente se extiende la finca o el dominio sobre la misma"*; no se trata de un proindiviso *"se define como el derecho parcial de una persona sobre una propiedad. La razón es que comparte la titularidad con una o más personas, por lo que se considera una comunidad de bienes o copropiedad".*

La única poseedora y titular del Derecho de Dominio es mi mandante, a quien nunca se le ha desconocido su derecho de dominio sobre el inmueble; tampoco la demandante reconoce a los cohabitantes del inmueble como poseedores materiales, únicamente como meros tenedores; y para el caso en particular del demandado, es un mero tenedor, pero dado el caso que es considerado por el Juez de Primera Instancia como poseedor de la tercera planta del mismo, el demandado no cumple los requisitos necesarios para adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva de dominio, puesto que no cuenta con título ni con el modo para ello y al día de hoy no ha impetrado acción judicial alguna contra mi mandante y, dado el caso que considerara alegar alguna pertenencia sobre la propiedad en cuestión, esta se desconoce de tajo pues no cumple los requisitos legales para considerarse un poseedor; igualmente, por la constitución del inmueble no es posible ejercer posesión sobre el mismo, ya que el hecho que resida en la tercera planta de éste no lo convierte en poseedor, toda vez que la tercera planta forma parte de la totalidad de la vivienda en sí, de la que tampoco es posible constituir una propiedad horizontal, ya que hablamos de una unidad habitacional, que la componen las tres plantas, la cual no ha sido alinderada por pisos, ni desenglobada, lo cual imposibilita al demandado a ejercer posesión de una zona del inmueble como si esta no formara parte integral del mismo y como fue interpretado erróneamente por AD-QUO para tomar su veredicto.

Para desenglobar esta propiedad se tendría que proceder a alinderar en forma especial tanto los predios que segrega con el restante. "*No se podría desenglobar existiendo derecho de cuota común y proindiviso, pues el derecho no está determinado hasta que se realice la división o partición material del inmueble*", pero como nunca se ha atacado la propiedad de la demandante por el demandado, ni por otros terceros, a la demandante siendo su única y exclusiva propietaria no le interesa hacerlo porque la vivienda compuesta por las 3 plantas fue adquirida a buen título, de manera honesta y fruto de su trabajo, a su vez un trámite de esta magnitud le generaría incurrir en gastos económicos innecesarios y que no es dispuesta a asumir pues la ley no la obliga a ello**.**

Es requisito indispensable tener pleno dominio para que se pueda lograr el desenglobe de un bien en común y proindiviso, pero efectuar el alinderamiento y posterior desenglobe es potestativo de la propietaria, en este caso mi mandante, quien como indiqué previamente no le interesa adelantar esta acción sobre su predio.

Así pues, evidencio como apoderado del demandante una errónea interpretación de la norma por parte del AD-QUO, ya que el inmueble no se encuentra alinderado ni desenglobado, al igual que ninguna disposición obliga a un propietario único a tener que alinderar zonas que forman parte de su vivienda por el mero entender del señor Juez, quien a pesar de contar con los elementos necesarios para resolver el litigio que nos atañe, estableció requisitos adicionales que la ley no contempla para condicionar a mi prohijada a alinderar su inmueble por plantas, y en consecuencia tener que desenglobarlo, sin necesidad de hacerlo, pues es la única propietaria del mismo, defiendo con su decisión al demandado, quien se considera un poseedor y manteniéndolo dentro del inmueble para que lo siga ocupando ilegalmente contra la voluntad de mi mandante, aún a sabiendas del acervo probatorio que obra en el expediente donde están plenamente definidas las partes y el inmueble objeto de reivindicación.

Para agregar a lo antes expuesto, el AD-QUO desconoce los derechos de mi representada sobre su propiedad, cayendo en meras interpretaciones literales de la norma, sin hacer una correcta validación de las pruebas practicadas, en las que existe un reconocimiento pleno por parte del demandado de que se encuentra ocupando de forma ilegal parte del inmueble de mi representada, del cual no consiguió desvirtuar la propiedad en cabeza de ésta y, pudo haber resuelto este pleito en forma justa y equilibrada, pues la importancia de esta acción judicial radica en la identificación plena del propietario del inmueble, el poseedor y/o ocupante actual y la identidad del inmueble a reivindicar, requisitos plenamente acreditados.

El Juez de Primera Instancia no hizo una valoración correcta del acervo probatorio, y para ello hago mención a una prueba en específico que fue determinante en su veredicto, pero lastimosamente fue mal valorada y es la relacionada con el interrogatorio de parte practicado a mi prohijada del cual hago las siguientes observaciones:

Este es el diálogo que se escucha en el audio del interrogatorio:

*"JUEZ: Señora Erika, venga y le hago otra pregunta: Dígame el nombre completo del actual **poseedor** de ese inmueble.*

ERIKA: Poseedor ?... o la propietaria ?

*JUEZ: **El poseedor**, quien se encuentra habitando ese inmueble **en el cual usted no esta poseyendo** **en este momento...**".*

*ERIKA: Ok, eeeeh, tendría que aclara señor juez que la casa es una casa de tres plantas, es una sola escritura pero es una casa que está dividiva en tres plantas, en el tercer piso que esta **residiendo** en este momento el señor Diego, en el momento, la última vez que yo entré a la casa estaba viviendo con su señora esposa,que no se, o su pareja, no se que relación tiene, en el segundo piso vive una tía".*

De este extracto se puede concluir que **es el juez** quien en una pregunta direccionada afirma que la demandante no es la poseedora del inmueble. Y, nunca se escucha por parte de la demandante declarar la posesion del bien por parte del demandado, de hecho la demandante nunca pronuncia la palabra POSEEDOR, y si en cambio utiliza la palabra RESIDENTE, para referirce al demandado.

Estas palabras contrastan y son muy diferentes al diálogo que expuso el juez como argumento para su sentencia, las cuales fueron utilizadas y retomadas en repetidas ocasiones como pilar para sustentar los argumentos que dieron lugar a la misma.

El diálogo que expone el juez durante la sentencia es el siguiente:

JUEZ: A la pregunta de que quién poseía el bien objeto de reivindicacion, esta indicó (Refirendose a la señora Erika Garzón) "***que lo poseía*** *el señor Diego Fernando Garzon Clavijo"*. Adujo (Refirendose a la señora Erika Garzón): "***El es el actual POSEEDOR"***, y precisó (Refirendose a la señora Erika Garzón), "***del tercer piso"***. Aclaró (Refirendose a la señora Erika Garzón) ***"que es un bien de tres plantas".***

Es necesario recalcar que NUNCA se escucha en el audio del interrogatorio afirmar por parte de la demandante las palabras que hacen parte del diálogo expuesto por el juez durante la sentencia, argumento que fue utilizado cuando menos tres veces durante la sustentación de la misma. Esta actuación deja entrever cierta ligereza en el análisis de las evidencias que utiliza el juez para dictar su sentencia, y el hecho de asumir este error partiendo de una premisa falsa ciertamente afectó la toma de decisión para dictar la sentencia.

Del interrogatorio practicado por el juez a mi representada es simple concluir que el togado desconoce la diferencia entre un poseedor y un mero tenedor, pues define al poseedor, palabras textuales como ***"quien se encuentra habitando ese inmueble en el cual usted no esta poseyendo en este momento",*** es decir, que según el juez cualquier persona que reside en un inmueble automáticamente lo convierte en un poseedor, el cual es una persona que desconoce la titularidad del inmueble, que ejerce actos de señor y dueño sobre este y, que lo explota económicamente, situación que no le es aplicable en ningún caso al demandado.

Reitero nuevamente que mi representada nunca ha cedido la posesión y titularidad que ejerce sobre su propiedad, por tanto, que el juez desde antes que mi poderdante resolviera la pregunta, ya reconociera al demandado como poseedor, sin que esta lo ratificara o manifestara hace dudar de la convicción y orientación del juez en sus cuestionamientos, sumado al hecho que la demandante en ninguna parte de su interrogatorio reconoció al señor diego como poseedor del inmueble, sino como un residente de la tercera planta del mismo, lo cual es muy distinto a lo que concluye el ad-quo, otorgándole calidades que no le corresponden al demandado.

Por tanto, con las pruebas documentales, testimoniales e interrogatorios practicados, el Juez de primera instancia, debió haber resuelto que fuera reivindicada en favor de mi poderdante la zona del inmueble que está siendo ocupada en forma irregular por parte del demandado, y no colocar cargas a mi mandante que la ley no le ordena, puesto que ella es la única propietaria, como lo es alinderar y desenglobar su propiedad.

H. Magistrada, reitero e insisto en que mi prohijada no se encuentra obligada a alinderar ni desenglobar su propiedad, lo que se exige es que el ocupante ilegal, o técnicamente identificado como el mero tenedor y a quien el Juez de primera instancia le otorgó la calidad de poseedor, haga la devolución inmediata de la zona que está ocupando en dentro de la propiedad de mi mandante.

Insisto en que no debemos caer en imprecisiones del orden legal y jurídico, dado que lo pretendido por mi representada es claro y es recuperar la posesión total de su propiedad, que aunque ejerce plenamente esta como titular del bien, se encuentra siendo afectada por la permanencia en el predio de forma ilegal por parte del aquí demandado, el señor DIEGO FERNANDO GARZÓN CLAVIJO, quien es un mero tenedor de una zona del inmueble, localizada en la tercera planta y por ende, la demanda fue dirigida en su contra y no respecto a las dos inquilinas que residen en el inmueble, quienes están autorizadas por la propietaria para permanecer allí.

Es de tenerse en cuenta la diferencia que existe entre ser un poseedor y un mero tenedor, la cual es definida por la doctrina, normatividad y jurisprudencia de la siguiente forma:

"En la posesión una persona ejerce ánimo de señor y dueño sobre un bien sobre el cual no tiene la propiedad, mientras que un mero tenedor reconoce la propiedad de alguien más sobre el bien, el cual cuida o disfruta de él.

El concepto de mera tenencia lo encontramos en el artículo 775 del código civil de Colombia, que señala en su primer inciso:

«Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.

Este concepto es diametralmente al concepto de posesión contenido en el artículo 762 del código civil en tanto la define como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño.

Respecto a los elementos diferenciadores entre estas dos figuras tiene dicho la sala civil de la corte suprema de justicia (sentencia SC1716-2018 – 76001):

«No obstante, esta Corte, con apoyo en el Código Civil napoleónico, desde sus inicios a hoy, se ha superpuesto coherentemente para despuntar esa vieja, pero, siempre actual polémica, conjugando, como requisitos concurrentes para edificar la posesión, como fuente para la adquisición del derecho de dominio, la fusión intrínseca del elemento subjetivo, el animus, con el elemento externo, el corpus.

La presencia de estos elementos, en quien se predica poseedor con ánimo de señor y dueño, es precisamente, el elemento que ideológicamente diferencia esta institución de los diferentes títulos de tenencia que se asientan en el sistema jurídico, como el arrendamiento, el comodato, la anticresis y la retención, entre otros.»

A lo que luego precisa la corte:

«El elemento subjetivo en la relación posesoria implica la convicción o ánimo de señor y dueño de ser propietario del bien, desconociendo dominio ajeno; el siguiente, el corpus, –elemento externo– conlleva ocupar la cosa, lo que se traduce en su explotación económica.

Es decir que son dos los elementos que caracterizan la posesión:

1. ***El ánimo de señor y dueño.***
2. ***La explotación económica.***

Seguidamente señala la corte:

«Estos dos específicos requisitos, en particular el inicial, cuya base sustancial la constituye el artículo 762 del Código Civil, a cuyo tenor «[l]a posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño», son los que diferencian el instituto en cuestión, de la mera tenencia, o sea, «(…) la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño (…)», como el «(…) acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación (….)», calidad que «(…) se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno», según las voces del artículo 775 ibidem, pues mientras en ésta solo externamente se está en relación con la cosa, en la posesión a ese vínculo material es menester añadir la voluntad de comportarse ante propios y extraños como dueño. Es decir, la distinción entre la una y la otra gira en el ánimo o conducta reclamada en cada situación.»

Es claro que un arrendatario, por ejemplo, nunca actúa como señor y dueño de la casa, sino que en todo tiempo reconoce el dominio ajeno de la casa que habita, y tampoco explota económicamente la casa, sino que por el contrario debe pagar a su dueño por utilizarla.

Importancia de diferenciar tenencia de posesión.

La importancia de tener clara esta diferencia, es que la posesión puede dar origen a un derecho a favor de quien lo posee, como bien lo señala la sala civil de la Corte suprema de justicia en sentencia SC12323-2015 (41001) con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa:

«La posesión material, suficientemente es conocido, se erige en presupuesto de la prescripción adquisitiva del dominio, en cuanto asegura el derecho de propiedad radicada en personas distintas del poseedor, para quienes se extingue, luego de ejercida durante el tiempo dispuesto en el ordenamiento positivo.»

Es decir que quien demuestra haber poseído un inmueble por un determinado tiempo, puede iniciar la acción de prescripción adquisitiva del dominio para que por vía judicial se le reconozca la propiedad jurídica o el dominio jurídico del bien en cuestión.

Un arrendatario jamás puede pretender la adquisición del dominio de la casa que habita, aunque lleve toda una vida en ella, pero si esa casa es entregada a otra persona para que la ocupe bajo una figura que permita materializar la posesión, el dueño puede perder esa propiedad por el simple paso del tiempo.

Mera tenencia no se convierte en posesión por el paso del tiempo.

Una de las dudas respecto a la tenencia, es si esta puede mutar o convertirse en posesión con el paso del tiempo.

Al respecto señala el artículo 777 del código civil:

«El simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión.»

Esta duda surge porque el tiempo hace que la propiedad se pierda si la posesión ha sido ejercida por otra persona, mediante la figura de la prescripción adquisitiva del dominio, pero es un asunto diferente que no hace que la tenencia se convierta en posesión.

Tránsito de mera tenencia a posesión.

Por regla general la mera tenencia solo puede transitar a posesión si hay un acto contractual de por medio que así lo permita.

El arrendatario o el usufructuario, que son meros tenedores, no puede transitar a poseedores sino por medio de un acto o contrato que así lo considere.

Por ejemplo, se suele creer que, si un contrato de arrendamiento no se renueva, pero el arrendatario sigue ocupando el inmueble, la tenencia se convierte en posesión, lo que no es cierto porque el contrato de arrendamiento se puede renovar automáticamente sin necesidad de que las partes lo manifiesten expresamente en un nuevo contrato, o en otro sí.

Además, la existencia del primer y único contrato implica que el tenedor (arrendatario) está reconociendo dominio ajeno de forma expresa, lo que hace imposible que se configure la posesión.

Esto hace que se requiere otro tipo de contrato para que la tenencia se convierta en posesión,

como una compraventa o incluso una promesa de compraventa.

En aplicación de las disposiciones anteriores, es claro que ha sido desvirtuada cualquier presunción de dominio que pretendiera ostentar el demandado, puesto que mi representada lo considera como un mero tenedor de una zona del inmueble de su propiedad, refiriéndose a la tercera planta del mismo, sin embargo en el libelo de la demanda se solicitó la reivindicación del inmueble como una unidad habitacional, puesto que no se reconoce al demandado como poseesor del inmueble, sino un mero tenedor, como se ilustró anteriormente.

Finalmente me cuestiono, si a criterio del juez de primera instancia, a manera de ejemplo, fuera ocupada la cocina, la sala, un baño o una habitación del inmueble, la propietaria tendría que verse obligada a alinderar esa zona para poder solicitar judicialmente que se ordene la restitución de la misma, siendo la única dueña y sin ser la propiedad una cuota determinada proindiviso sobre una cosa singular.

Por lo anterior, habiendo sustentado en debida forma el presente recurso de apelación, dentro del término concedido por su honorable Despacho, solicito respetuosamente se tenga en cuenta lo aquí argumentado, ORDENANDO REVOCAR la providencia expedida por el Juez 35 Civil del Circuito de Bogotá, quien negó las pretensiones de mi prohijada y en consecuencia, se disponga que el aquí demandado restituya a favor de la demandante la zona del inmueble que está ocupando ilegalmente, garantizándole el derecho a la propiedad sobre su unidad habitacional, para que así pueda ejercer plenamente la posesión sobre la totalidad de su inmueble y en consecuencia condenarlo al pago de costas procesales y agencias en derecho.

De la Honorable Magistrada.

Atentamente,



JOHN JAVIER TORRES PAVA
C.C. 1032405392
Apoderado de la parte actora.

DEL MAR

Señora Magistrada
HILDA GONZALEZ NEIRA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL- DESPACHO 09
Ciudad

REF. PERTENENCIA No. 11001310303220170025601
DE. ALIRIO VILLALOBOS ORJUELA Y OTROS
VS. MALTA S.A. EN LIQUIDACION JUDICIAL

Actuando como apoderado judicial del señor ALIRIO VILLOBOS y como cesionario de derechos, con todo respeto me permito sustentar el recurso de acuerdo a lo ordenado en auto del 8 de junio del año en curso:

SUSTENTACION DEL RECURSO

I. NORMAS LEGALES Y JURISPRUDENCIA VIOLADAS POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

Inicio por decir que el juez de primera instancia **no tuvo en cuenta las pruebas debatidas en el proceso, tampoco lo reglado en los artículos 762, 981 y 2518 del Código Civil Colombiano**.

El artículo 762, define la POSESION de la siguiente manera: "La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el lugar que da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que al tenga en lugar y a nombre de él.

A su vez el artículo 981, establece que para probar la posesión del suelo se necesita realizar hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.

El artículo 2518, tipifica que se gana por prescripción adquisitiva el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que estén en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales.

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SENTENCIA SC19903-2017 del 29/11/2017, DEFINIO LA POSESION de la siguiente manera:

Por tratarse de una figura que procura conquistar legítimamente el derecho de dominio, considerado éste, según las diversas categorías históricas, ora sagrado o ya inviolable en épocas antiguas; natural en tiempos modernos, y hoy, como una garantía relativa, inclusive derecho humano para algunos, protegido por el ordenamiento jurídico pero susceptible de limitaciones, exige comprobar, contundentemente la concurrencia de sus componentes axiológicos a saber: (i) posesión material actual en el prescribiente; (ii) que el bien haya sido poseído durante el tiempo exigido por la ley, en forma pública, pacífica e ininterrumpida;

Scanned by TapScanner

ininterrumpida[1]; (iii) identidad de la cosa a usucapir; (iv) y que ésta sea susceptible de adquirirse por pertenencia.

SOBRE EL PRINCIPIO DE LA BUENA DE QUE DEBE PREVALECER EN LAS POSESIONES COMO LA DEBATIAD EN EL RPOCESO, LA CORTE SUPREMA EN SENTENCIA SC19903-2017 del 29/11/2017, dijo:

En conclusión, el poseedor de buena fe es quien detenta el bien como un propietario, creyendo recibirlo de su dueño en virtud de un justo título "*cuyos vicios ignora*"[2], vale decir, se trata de una convicción formada de que ninguna otra persona, salvo él, tiene derecho sobre el terreno. De ese modo, "*la buena fe no es solamente la ignorancia del derecho de otro en la cosa, sino la certidumbre de que se es propietario*"

II. SUSTENTACION DE LA SENTENCIA POR PARTE DEL JEUZ PARA NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

DIJO EL A QUO EN SU FALLO

- Que el demandante no hizo construcciones dentro del predio.
- Que el testigo de la actora LUIS JORGE PARDO CRUZ que los sacaron en el año 2014 y que solo volvieron hasta el 2017.
- Que fueron los funcionarios del IDU que alinderaron y dividieron el predio.
- Que no hay servicios públicos.
- Que no se pagaron impuestos
- Que no hay actos reveladores que el señor ALIRIO VILALOBOS ORJUELA haya realizado actos de posesión.
- Manifiesta que la posesión no es pública, pero **llega a esa conclusión con un oficio que radicaron personas ajenas al proceso** como el de la ASOCIACION .....
- Que fue secuestrado el predio por parte de la SUPERSOCIEDADES en el año 2015, que se haya identificado bien o mal el predio, que eso no importaba.
- Que dentro del lote no hay construcción.
- Concluyó que el demandante no es poseedor material del predio.
- Aseveró de manera errada que MALTA S.A. EN LIQUIDACION si quería en un régimen protector de la propiedad ni siquiera tenía que ir al lote, ni estar pendiente del mismo, que para eso estaba la ley.
- Que los jueces en Bogotá, están tomando una posición restrictiva para acceder a las pretensiones de las demandas de pertenencia.
- Que se debe proteger es la propiedad de quien registra como titular en el certificado de libertad y tradición.
- Que el señor ALIRIO VILLALOBOS se benefició cuando tuvo el parqueadero.
- NO DIJO NADA SOBRE EL ABANDONO DEL PREDIO POR PARTE DE MALTA S.A. EN LIQUIDACION. TAMBIEN PASO POR ALTO QUE ESTA EMPRESA A FOLIOS 304 Y 305 C1 MANIFESTARO QUE EL PREDIO OBJETO DEL LITIGIO ERA BIEN PUBLICO Y COADYUVO CON LA

Scanned by TapScanner

PETICION DEL DADEP DE QUE SE TERMINARA ANTICIPADAMENTE POR SER UN BIEN DE USO PUBLICO.

III. ANALISIS DE LAS PRUEBAS <u>QUE NO TUVO</u> EN CUENTA EL JUEZ DE INSTANCIA QUE PROBABAN LA POSESION MATERIAL DEL PREDIO DE MANERA ININTERRUMPIDA POR PARTE DEL DEMANDANTE ALIRIO VILALOBOS ORJUELA, ENTRE EL AÑO 2002, LA FECHA DE RADICACION DE LA DEMANDA, POSESION QUE SE MANTIENE HASTA EL DIA DE HOY.

1. A folios 13 a 20 del C 1, se encuentra las peticiones y las respuestas del INSTITUTO DE DESARROLLO – IDU de fechas 17 de enero de 2017 y el 13 de febrero de 2017.

2. A folios 90 y 91 C1, reposa un oficio suscrito por el señor GERMAN TABARES GALLEGO quién dice pertenecer a una asociación **"ASOCONASJOR"**, ni la persona que suscribe el documento ni la asociación que representa son parte del proceso, el documento tiene los mismos rasgos de la versión que da MALTA S.A., además no existe prueba de la existencia de esa asociación, ni el lugar donde tiene su cede, se limitan a decir que son vecinos del sector, cuyo contenido del documento va en contravía de todas las pruebas debatidas que demuestran la posesión material antes del 16 de julio de 2017, fecha en la cual se instaló la valla ordenada dentro del proceso y que hacen referencia en el oficio mencionado.

Reitero que ésta asociación no son parte y lo que pretenden sin ninguna justificación es que se desestimen las pretensiones de la demanda, porque según ellos en ese terreno van hacer un parque.

Pero lo grave no es el desconocimiento de los actos de posesión que desee el año 2002 ha ejercido el señor ALIRIO VILLALOBOS ORJUELA, por parte de una asociación que ni si quiera se estableció que exista, LO GRAVE E INEXPLICABLE ES QUE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA SUSTENTÓ SU FALLO EN ESTE OFICIO, EL CUAL SEGÚN EL LO LLEVO A CONCLUIR QUE LA POSESION NO ERA PUBLICA.

3. INTERROGATORIO DE PARTE Y TESTIMONIOS

Con los interrogatorios de parte y los testimonios se probó que el demandante ha estado en posesión del inmueble desde el año 2002, PRUEBAS QUE NO FUERON TENIDAS EN CUENTA POR EL FALLADOR DE INSTANCIA. A continuación se hace referencia a las versiones que corroboran los hechos de la demanda principal y las excepciones propuestas en la demanda de reconvención en reivindicación:

a. **DECLARACION JURAMENTADA (INTERROGATORIO DE PARTE) DEL DEMANDANTE ALIRIO VILLALOBOS ORJUELA**

<u>AUDIO 11.08.14 a 11:37.44</u>

Scanned by TapScanner

La declaración hecha por el demandante, que no deja ninguna duda de sus actos de posesión entre el año 2002, la radicación de la demanda y hasta la efcha, inclusive, el señor VILLALOBOS ORJUELA dijo:

- *Que en el año 2002, tomó posesión del terreno, y que en este momento tiene la posesión de una parte del terreno.*
- *Que no reconoce dueño, porque nadie desde el año 2002 ha llegado a reclamar el terreno.*
- *Que el IDU LE EXPROPIO UNA PARTE DEL PREDIO y que los sacaron de esa parte del lote el 28 de agosto de 2014. Que expropio 2168 metros.*
- *Que les entregó al IDU la parte que había expropia y que quedó en el lote objeto de la demanda.*
- *Que le dejaron la entrada al pedazo de tierra que sobró.*
- *Que el cultivo se hacía en todo el terreno*
- *Que en el año 2017 volvieron funcionarios del IDU y que él no se ha se ha pasado a terrenos del IDU.*
- *Manifestó que se consideraba como dueño del lote.*
- *Que MALTA S.A. nunca ha ido al lote.*
- *Sobre el escrito radicado por el señor GERMAN TABARES GALLEGO quién dice pertenecer a una asociación "ASOCONASJOR".*
- *Que no volvió a estar de manera permanente a partir del 29 de agosto de 2014, porque recibió amenazas por unos invasores de otro predio que quedaba cerca del lote objeto de la usucapión.*

b. TESTIMONIO DEL SEÑOR CARLOS EDUARDO QUINTERO ALVAREZ

AUDIO 12.44:40 a 13:04.59

- *Éste testigo corrobora que el señor ALIRIO ALIIRO VILLAOBOS ORJUELA es poseedor del predio.*
- *Le consta porque es funcionario público, más concretamente **PATRULLERO DE LA POLICIA** adscrito al cuadrante donde está ubicado el predio, CAI EL RINCON de la Estación de Policía de Suba.*
- *En su declaración dijo que había llegado a trabajar en esa zona en el año 2012.*
- *Que para el año 2012 era el dueño del parqueadero que funcionaba el predio.*
- *Identificó plenamente la dirección del inmueble.*
- *Que aún sigue trabajando en la misma zona.*
- *Que la persona que cuida el predio lo han llamado para retirar a personas de la calle para que los retiren.*
- *Que la forma geométrica y por las divisiones el inmueble tiene una forma de triángulo. Identificó sus linderos.*
- *que sabe de la forma del predio porque el IDU o el DADEP fueron a medir para dividir esos predios. Que pusieron unas cintas unas demarcaciones.*
- *Que el predio tiene acceso.*
- *Que cuando estaba el parqueadero si había servicios públicos.*
- *Que no estuvo en la fecha del desalojo del IDU (28/08/2014) pero que los policiales de turno le informaron de ese desalojo y que al señor ALIRIO VILLALOBOS LE DEJARON EL PREDIO DEL PROCESO.*
- *Manifestó que no han hablado con los miembros de la asociación **"ASOCONASJOR"** y que no conoce al señor GERMAN TABARES GALLEGO.*
- *Que el día que se puso la valla no hubo nadie que reclamara el predio o que haya ejercido violencia.*
- *Que entre el desalojo de los predios del IDU que colinda con el predio objeto del proceso y la fecha de construcción de la nueva casa, que es al*

Scanned by TapScanner

5

misma de la instalación de la valla, julio 16 de 2017, el testigo manifestó lo siguiente: QUE DON ALIRIO NO IBA CON TANTA FRECUENCIA, PERO QUE EL ESTABA PENDIENTE DEL LOTE, AL IGUAL QUE OTRAS PWERSONAS SUBORDINADAS DEL DEMANDANTE, COMO EL SEÑOR BLADIMIR, DON JORGE, EL QUE SIMPRES HA ESTADO EN LOTE, QUE LO IBAN A CUIDAR, A DESYERBAR, QUE TODOS ESTABAN PENDIENTES DEL LOTE.

- *Ratificó que ninguna otra persona diferente al señor ALIRIO VILLAOBOS ORJUELA y las que andaban con él o empleados de él, hubieren estado pendiente del lote, cuidándolo, o desyerbándolo, es decir entre la fecha del desalojo y la fecha que se instaló la valla y construyó la nueva casa, (25/08/2014 y el 16/07/2017).*
- *Que en los 8 años que lleva como policía en la zona conoce como propietario al señor ALIRIO VILLAOBOS.*
- *Que muchas veces que don LAIIRO iba al lote llamaba al 123 o llamaba al cuadrante por seguridad. Que pedía protección por el hecho que él había manifestado que lo habían amenazado.*
- *Que nunca el señor ALIRIO VILLALOBOS ORJUELA ha ejercido violencia para permanecer en el predio.*
- *Que no conoce ni ha escuchado hablar de la empresa MALTA S.A.*

c. YUSED BLADIMIR GOMEZ PINZON

AUDIO 13.45.30 a 14.02:25

- *De igual manera éste testigo ratifica que la posesión del lote ha estado en manos del señor VILLAOBOS ORJUELA desde el año 2002.*
- *Manifestó que conoce el predio, dijo que era el mismo predio que identificó el juez en diligencia de inspección judicial.*
- *Que conoció el lote desde el año 2002.*
- *Que en todo el predio había cultivos, que luego del año 2010 comenzaron a meteré carros, que se hizo un relleno.*
- *Que se enteró del desalojo por parte del IDU de la parte del terreno que le corresponde a esa entidad.*
- *Las cosas del señor JORGE PARDO las dejaron en el predio donde actualmente está la casita.*
- *Que el señor JORGE PARDO es la persona que siempre ha estado en el lugar.*
- ***Que parte del predio que identificó el juez en la inspección judicial era utilizado como parqueadero.***
- *Que la casa que está en el predio está siendo utilizada por don JORGE PARDO y su esposa para cuidar el lote.*
- *Que una vez hecho el desalojo (28/08/2014) y por las amenazas que recibió el señor VILLALOBOS no continuaron en el predio, pero que periódicamente hacían visitas al terreno.*
- *Que cuidaban el lote y le hacían limpieza con el señor JORGE PARDO.*
- *Que el señor JORGE PARDO cuando fue por primera vez al lote (2002) ya estaba en el lote, que ya estaba viviendo ahí. Que siempre ha estado a órdenes de ALIRIO VILLALOBOS.*
- *Dijo que no conoce al señor JAIME BERNAL.*
- *Que iba en ocasiones a limpiar el terreno, que desalojaban con la policía a indigentes que llegaban al lote.*
- *Que practica deporte montar bicicleta y que jamás vio a personas diferentes que estuvieran dentro del predio.*
- *Que desde el año 2002, nuca ha abandonado el lote.*

Scanned by TapScanner

FIRMA DE ABOGADOS
DEL MAR
www.delmarfirmadeabogados.com

- *Que nunca el señor VILLAOBOS ha ejercido actos de violencia para permanecer en el lote.*
- *Que las amenazas que recibió el señor VILLALOBOS es por cuestiones de otro predio.*
- *Que ´le considera dueño del terreno al señor ALIRIO VILALOBOS ORJUELA, porque él siempre ha estado pendiente de su terreno, que siempre ha estado ahí.*
- *Que nunca funcionarios de MALTA S.A. han ido al predio, que nunca han puesto cuidanderos.*

d. LUIS JORGE PARDO CRUZ

AUDIO 14.11:40 a 14.24.50

- *Dijo que trabajaba para el señor ALIRIO VILLALBOS trabajaba hace unos 23 años.*
- *Que el lote que inspeccionó el juez lo conoce desde el año 2002, hasta ahorita a la fecha, dijo el testigo.*
- *Que en el año 2002, encerraron todo el lote, el cual estaba vació, que comenzaron a sembrar.*
- *Que él ha vivido en el predio, que llegó en el año 2002 y que se han montado varias casas.*
- *Que actualmente vive en la casa.*
- *Que no vivió tres años, pero que él iba cada ocho días. cada mes o cada dos meses a limpiar y cuidarlo para que no lo invadan.*
- ***Conoce como dueño al señor ALIRIO VILLAOBOS ORJUELA.***
- *Que nunca ha habido otras personas a reclamar.*
- *Que nunca personal de MLATA S.A. ha ido a reclamar el predio.*
- *Que no conoce al señor JAIME BERNAL.*
- ***Que en lote que inspeccionó el juez hubo parqueadero.***
- *Que actualmente hay parqueadero.*
- *Que el señor VILLALOBOS no ha ejercido actos de fuerza.*
- *Reitera que se fue en el año 2014, pero que él iba y venía cada 8 días, o cada 15 días limpiar el lote y a verificar que no esté siendo invadido.*
- *Que el señor VALLALOBOS no abandonó el predio entre la fecha de desalojo que hizo el IDU de otra parte del terreno (28/08/2014) y la fecha que se hizo la nueva casa (16/07/2017).*
- *Que no conoce a la asociación **"ASOCONASJOR**" y que no conoce al señor GERMAN TABARES GALLEGO.*

4. PRUEBAS DOCUMENTALES

- Todos los documentos aportados por la demandante principal demuestran y corroboran la versión de los testigos antes referidos que de manera fácil se logra establecer que la posesión material del lote, de manera pública, ininterrumpida y con ánimo de señor y duelo la tiene el señor ALIRIO VILLALOBOS ORJUELA desde el año 2002.
- Con los documentos y las declaraciones ***se demuestra que MALTA S.A. EN LIQUIDACION, ni siquiera sabía que ese lote de terreno había quedado después de la cesión*** que hizo el DADEP, ANOTACION 014 DEL FOLIO DE MATRICULA, E/P 13 18 DEL 24/11/2006 NOTARIA 66 DE BOGOTA. Y de la expropiación que hizo el IDU, ANOTACION 017 DEL FOLIO DE MATRICULA.
- Obsérvese que MLATA S.A ni en la contestación de la demanda principal ni en la demanda de reconvención aporta prueba que demuestre que no

Scanned by TapScanner

7

TENIA BANDONADO EL LOTE, es por ello que a folios 98 a 131 reposan las actas de las audiencias que realizó en el predio que expropió el IDU y que colinda con el lote objeto del proceso, y en ninguna de ellas hubo representación de MALTA S.A.

- ***Otra prueba que demuestra que MALTA S.A. tenía abandonado el lote porque no se percató que después de la cesión que hizo el DADEP y de la expropiación administrativa que realizó el IDU, quedó un remanente es los documentos que ellos mismos aportaron a folios 304 y 305, con los cuales coadyuvaron con el DADEP afirmando que el lote objeto del proceso era un bien de uso público.*** **Extrañamente el juez de primera instancia no le dio importancia a la versión que dio MALTA S.A de que era un bien público**, contrariando la versión que ese lote era de su propiedad y que tenía la propiedad plena, es decir con posesión.

- **NINGUNA DE LAS PRUEBAS APORTADAS POR LA PARTE DEMANDANTE LAS TUVO EN CUENTA EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.**

- **TAMPOCO TUVO EN CUENTA QUE MALTA S.A. MANIFESTO A FOLIOS 304 Y 305 QUE EL LOTE OBJTO DE LA USUCAPION ERA BIEN PUBLICO, EN COADYUVANCIA CON EL DADEP. PUEBA SUMARIA QUE TENIA ABANODNADO EL TERRENO O QUE NO SABIA DE QUE ESE REMANENTE LE HABIA QUEDADO.**

5. **NO APLICO A FAVOR DE MI CLIENTE LO REGLADO EN LOS ARTIUCLOS 204 Y 205 DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO.**

- **EL ARTICULO 204 QUE A SU TENOR DICE:**

> ***"Artículo 204. Inasistencia del citado a interrogatorio***
> *La inasistencia del citado a interrogatorio solo podrá justificarse mediante prueba siquiera sumada de una justa causa que el juez podrá verificar por el medio más expedito, silo considera necesario.*
>
> *Si el citado se excusa con anterioridad a la audiencia, el juez resolverá mediante auto contra el cual no procede ningún recurso.*
>
> *Las justificaciones que presente el citado con posterioridad a la fecha en que debía comparecer, solo serán apreciadas si se aportan dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia. El juez solo admitirá aquellas que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito. Si acepta la excusa presentada por el citado, se fijará nueva fecha y hora para la audiencia, sin que sea admisible nueva excusa.*
>
> *La decisión que acepte la excusa y fije nueva fecha se notificará*

Scanned by TapScanner

8

por estado o en estrados, según el caso, y contra ella no procede ningún recurso."

*** PASO POR ALTO LO REGLADO EN EL ARTÍCULO 205 DEL C.G.P. INCISO FINAL, hago tal aseveración porque** EL REPRESENTANTE LEGAL DE MALTA S.A. NO ASISITIÓ A ABSOLVER EL INTERROGATORIO DE PARTE Y TAMPOCO A LA AUDIENCIA INICIAL, SITUACION QUE BENEFICIABA A LA DEMANDANTE YA QUE DEBIO DARSE POR CIERTO LOS HECHOS SUCEPTIBLE DE PRUEBA DE CONFESION.

- **Como el Representante legal de MALTA S.A. no asistió al interrogatorio de parte ni a la audiencia inicial <u>debió el juez dar por cierto los hechos susceptibles de confesión,</u> con lo cual se daba por probado que el señor VILLALOBOS ORJUELA si ha estado en posesión ininterrumpida en el lote desde el año 2002 y hasta la fecha de la sentencia.**
- Al no aplicar la sanción de las normas antes referidas, el A quo violó flagrantemente el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, ya que por el fueron que la ley le impone debió acatar y aplicar el debido proceso en la dirección del expediente. También violó el debido proceso porque no hizo un estudio integral de las pruebas.

IV. PRUEBAS APORTADAS POR MALTA S.A EN LIQUIDACION EN LA CONTESTACION DE LA DEMANDA PRINCIPAL Y EN LA DEMANDA DE RECONVENCION.

MALTA S.A. en la contestación de la demanda y en la demanda de reconvención únicamente baso su defensa en lo siguiente:

1. Que el señor ALIRIO VILLALBOS ORJUELA ingresó al lote el día 17 de julio de 2017.
2. Que el predio fue secuestrado por la SUPERSOCIEDADES en el año 2015, y
3. Aportó el certificado de libertad y tradición que lógicamente aparecen como titulares del derecho de dominio.

Todas las pruebas aportadas por MALTA S.A. fueron desvirtuadas, por lo siguiente:

1. **QUE EL SEÑOR ALIRIO VILLALOBOS ORJUELA INGRESO SOLO HASTA EL 17 DE JULIO DE 2017:**

a. En la anotación 014 del folio de matrícula registra la demanda de pertenencia con radicado 2014-0193 Juzgado 34 C.C. que no se subsanó y fue rechazada por ese hecho.

b. Tanto el policial CARLOS EDUARDO QUINTERO ALVAREZ, como el mismo demandante y los demás testigos acreditan que la posesión del bien no inició en el año 2017. Entonces está errada la apreciación que hace el juez dándole valor probatorio exclusivamente a la versión de la demandada principal y demandante en reconvención.

c. Se encuentra el contrato de compraventa de derechos litigiosos suscrito por el demandante y los señores ARLEY LUNA GOMEZ y MAGDA

Scanned by TapScanner

5

MILENA ESCOBAR SILVA. Este documento se suscribió el día 23 de diciembre de 2016.

d. A folios 13 a 20 del C 1, se encuentra las peticiones y respuestas cruzadas con el INSTITUTO DE DESARROLLO – IDU, entre el 17 de enero de 2017 y el 13 de febrero de 2017, entidad que reconoce como poseedor al demandante principal y coordina con él para verificar los linderos que pertenece a esa entidad y al actor principal..

2. **Que el predio fue secuestrado en el año 2015 por LA SUPERSOCIEDADES:**

- A folios 12 y 13 cuaderno de reconvención, se encuentra el acta de secuestro donde se dejó plasmado que la cabida y lineros del predio a secuestrar estaban descritos en el certificado de libertad y tradición del predio de mayor extensión con matrícula 50N-52302.

- Nos remitimos a folio 15 del cuaderno de reconvención y la cabida del predio que se hace referencia según el certificado de libertad es de 20 fanegadas y alinderan esta extensión de tierra. No tuvo en cuenta el juez que 20 fanegadas equivalen a 128.000 metros cuadrados y el lote objeto de la usucapión es de 770.4.

- En declaración rendida en la audiencia por parte del señor FABIO TOLOSA DIAZ, funcionario de la SUPERSOCIEDADES que dirigió el secuestro, manifestó que a él lo llevaron a ese lugar y no dijo con certeza que lote fue el que secuestró teniendo en cuenta que alude en el acta que la cabida es de 20 fanegadas. El juez no tuvo en cuenta está prueba irrefutable de que al lote que pretenden mi cliente nunca fueron.

- Que el día del secuestro, 14 de abril de 2015, atendió la diligencia el señor JAIME BERNAL C, pero como el mismo director de la diligencia adujo en su testimonio que a él lo llevaron al lugar los funcionarios de MALTA S.A. se remite a ello, pero pasa por alto que el lote que según el mismo estableció que iba a secuestrar media 20 fanegadas.

- Al señor JAIME BERNAL C, nadie lo conoce, es evidente que lo pusieron para que atendiera la diligencia de secuestro que no se sabe dentro de las 2 fanegadas donde la hicieron. Pero si estuvieron en el sitio pretendido por MLATA S.A. son los mismos testigos del señor VILLALOBOS quienes manifestaron que para la fecha del secuestro no estaba nadie viviendo en el lugar, sino que iban a limpiarlo esporádicamente y a cuidarlo que no lo invadas, incluyendo el desalojo de los indigentes, como ellos lo manifestaron.

3. Que aparecen como titulares del dominio en el folio de matrícula, es innegable, pero ni siquiera sabían que tenían u remanente del globo de tierra que en el pasado tuvieron, prueba de ésta aseveración es los oficios que reposan a folios 304 y 305 en los cuales **MALTA SA COADYUBA CON EL DADEP, solicitándole al juez que profiera sentencia anticipada por el hecho que el lote de terreno objeto del proceso era un bien público**. Sobre éste aspecto nada dijo el A quo.

Scanned by TapScanner

10

Si hubiera analizado como en derecho corresponde los folios 304 y 305, fácilmente el fallador se hubiera percatado que MALTA S.A. no tenía la posesión del lote, que lo había abandonado, *sino porque iba a afirmar y coadyuvar con el DAEP aduciendo que era un bien de uso público*.

LO ANTERIOR DEMUESTRA QUE EL JUEZ NO ANALIZO LAS PRUEBAS EN SU INTEGRIDAD Y DE MANERA IMPARCIAL, NO SE RESPETO EL DEBIDO PROCESO.

V. EL JUEZ LE DA VALOR PROBATORIO AL OFICIO QUE REPSOS EN LOS FOLIOS 90 Y 91 C1, suscrito por el señor GERMAN TABARES GALLEGO, quién dice pertenecer a una asociación "ASOCONASJOR",

- Con éste oficio el juez concluyó que el señor VILLAOBOS no tenía una posesión pública.
- **Se le olvidó analizar que ni el señor GERMAN TABARES GALLEGO ni la asociación en mención eran parte del proceso.**
- ***Se le pasó por alto que ese documento no fue puesto a disposición de las partes.***
- No tuvo en cuenta que todos los testigos y las pruebas documentales demuestran que la posesión la tiene mucho antes del 17 de julio de 2017, como lo aluden en ese oficio.
- No analizó el documento en su integridad, porque de manera fácil se puede verificar que tiene la misma versión que da en sus escritos MALTA S.A. EN LIQUIDACION.
- Al darle valor probatorio a un documento que no fue debatido por las partes, por el hecho que no se corrió traslado es desconocer los lineamientos constitucionales, más concretamente el artículo 29 de nuestra Carta Política.

VI. CONCLUSIONES

- POR LO ANTES ANALIZADO, el juez baso su sentencia en la protección de la propiedad privada, pero no le dio ningún valor probatorio a las pruebas y más concretamente a la prueba testimonial que demostró que el señor VILLALOBOS cumple con los requisitos para acceder a la pertenencia del predio debatido.

- Se probó que entre el año 2002 y el 28 de agosto de 2014, el predio junto con los lotes colindantes se utilizaron para siembras y parqueadero.

- Se demostró que mi mandante hasta el 28 de agosto de 2014, utilizó el predio como parte del parqueadero que tenía incluido el terreno que expropio el IDU.

- Se probó que entre el 29 de agosto de 2014 y el 16 de julio de 2017, el lote era cuidado para que no lo invadan y limpiado por personas a cargo del demandante, así lo manifestaron los propios subalternos en esas gestiones LUIS JORGE APRDO CRUZ y YUSED BLADIMIR GOMEZ PINZON. **Testimonios corroborados** por el testigo que labora para la Policía Nacional CARLOS EDUARDO QUINETRO ALVAREZ.

Scanned by TapScanner

11.

- Se probó que entre el 16 de julio de 2017 y hasta el día de hoy vive el señor LUIS JORGE APRDO CRUZ, y que en el lugar funciona un parqueadero de carros.

- **Se demostró que MALTA S.A. abandonó el lote o ni siquiera sabía que existía porque a folios 304 y 305 C1 coadyuva con el DADEP AFIRMANDO *QUE EL LOTE ES ESPACIO PUBLICO*.**

- **Como el A quo no revisó las pruebas en su integridad y se limitó a decir que estaba protegiendo la propiedad de MALTA S.A. ésta fue la razón para no acceder a las pretensiones de la demanda.**

VII. PETICIONES

Por lo antes expuesto, le pido el favor que se revoque la sentencia atacada y en su defecto se concedan las pretensiones de la demanda.

Atentamente

JAIRO DEL MAR
C.C. 98.379.162
T.P. 135608 CSJ

Scanned by TapScanner

Respetada
Magistrada Ponente
DRA. MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
E. S. D.

REF. SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN
DECLARACIÓN DE PERTENENCIA No. 020 - 2015 - 587 - 01
DTE. MARÍA FLOR CABALLERO FONTIBÓN, DAVID STEFAN CASTRO CABALLERO Y FREDY HERNANDO CASTRO CABALLERO
DDO. JAIME CASTRO ORTIZ Y PERSONAS INDETERMINADAS

Respetada Magistrada:

MAURICIO ROA PINZÓN, mayor de edad, identificado como consta al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderado de la parte demandante, me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por la JUEZ VEINTE (20) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, en fecha del veinticinco (25) de Julio del año 2019; en los siguientes términos:

1. Frente al caso que nos ocupa, la decisión por parte de la juez de conocimiento del presente proceso, en primera instancia, reconoce la existencia de dos de los elementos para poder declarar la prescripción adquisitiva de dominio del predio objeto de la presente demanda, cual es la posesión real y material del bien, así como que se trata de un bien susceptible de ser adquirido por usucapión y entra a cuestionar el animus de mis poderdantes, de ejercerla por más de 10 años, mediante una evaluación e interpretación de los medios probatorios allegados al proceso de manera muy restrictiva; es el caso del interrogatorio de la señora María Flor Caballero, que en todas y cada una de las preguntas realizadas por el despacho, no reconoce como propietario del bien al señor Jaime Castro, hermano del señor Hernando Castro, este último con el cual ella mantuvo una relación extramatrimonial durante algunos años, y muy por el contrario, siempre afirmó tanto en este proceso como en el proceso reivindicatorio instaurado por el aquí demandado en contra de mis poderdantes (pruebas trasladadas que fueron aprobadas por la señora Juez, en la audiencia de instrucción y juzgamiento, para ser evaluadas ejerciendo el poder que tienen los togados mediante la figura de solicitud de oficio) que el señor Hernando Castro la llevo a vivir a esa casa en calidad de propietarios por cuanto este había adquirido la propiedad del bien.

Ella manifiesta que se hicieron diferentes arreglos y construcciones, como lo decide cualquier pareja o familia, sobre el bien del cual entiende es de su propiedad, tal es el hecho que no fue refutado por la parte contraria de que un hermano de la señora, además de los hijos en comunidad, realizaron las correspondientes mejoras que fueron necesarias para el mismo. Sobre lo dicho por

esta demandante, la señora Juez para descartar el animus o elemento subjetivo o psíquico de la señora María Flor Caballero, aduce que esta persona afirma que su actividad era la del cuidado de los hijos y que el señor Hernando Castro era quien allegaba los recursos para el sostenimiento, no podía entonces la señora María Flor Caballero realizar ningún acto de señor y dueño del bien; como si la manifestación de ejercer sobre un bien actos de señor y dueño, dependiera única y exclusivamente de la manutención de un hombre, que si bien tenía una relación extramatrimonial con ella, no permanecía en el inmueble y simplemente acudía al mismo esporádicamente.

Desconoce en su análisis de este medio de prueba la señora Juez, que a través de los diferentes testimonios e interrogatorios inclusive el mismo de la señora María Flor Caballero, que al principio se arrendó un espacio de la casa para poder a través del mismo, obtener los medios y recursos con los cuales sostenerse y financiar los gastos que el inmueble requiriera.

2. Frente a los interrogatorios realizados a David y Fredy Castro Caballero, manifiesta incongruencias sobre detalles de los apartamentos construidos por ellos en compañía de su padre, lo cual no es cierto por cuanto ellos identificaron plenamente su inmueble, ya que hasta por el decir del propio señor Hernando Castro y Jaime Castro, ellos siempre han vivido ahí por lo tanto el conocimiento de su inmueble donde nacieron, crecieron, viven y contribuyeron con su mano de obra en la elaboración de mejoras de la casa, no deja de ser por lo menos, una interpretación muy débil por parte de la Juez de conocimiento de lo dicho por ellos, en todas y cada una de las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante el cual los interrogados a partir de tener la mayoría de edad han ejercido su vida dentro de ese inmueble como dueños y señores, sin reconocer propietario alguno diferente a ellos mismos, por cuanto hasta el momento en que toman la decisión de presentar la correspondiente demanda conocen la existencia incluso de su tío Jaime Castro (remítase al correspondiente interrogatorio del señor Jaime Castro, tanto en el proceso de pertenencia como en el reivindicatorio).

No les reconoce el Aquo, las actividades de mano de obra realizadas como mejoras de ornato y mantenimiento, que incluso arrendatarios del bien inmueble, en calidad de testigos, les reconocen, ya que manifiestan haberles visto hacer los mismos; téngase en cuenta que las obras duraron bastantes años en realizarse; hasta el año 2002, la obra negra dentro del bien inmueble, fue terminada y los acabados y ornatos aproximadamente hasta el año 2010, esto por cuanto mis poderdantes no son personas de grandes ingresos económicos, utilizando recursos y ahorros propios, así como el valor de los arrendamientos para su conclusión y manutención de la madre e hijos.

3. Frente al testimonio realizado por el señor Hernando Castro Ortiz, la señora Juez en sus consideraciones, pasa por alto un elemento sustancial como es la relación de consanguineidad entre el señor Jaime Castro y el testigo, dándole plena credibilidad a todas y cada una de sus aseveraciones, sin tener en cuenta este elemento, así como el testimonio realizado por este señor en el proceso reivindicatorio del Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, cuyas pruebas fueron aprobadas de oficio por parte de la señora Juez en su condición de trasladadas, en las cuales hay

una serie, de por decir lo menos, inconsistencias y manifestaciones plenamente contrarias, entre una declaración y otra, (Es decir, entre las presentadas por el señor JAIME CASTRO Y HERNANDO CASTRO dentro de los proceso Reivindicatorio y el de Pertenencia) como la del hecho, en donde se le pregunta en el proceso reivindicatorio al señor Hernando Castro Ortiz, si conoció del negocio de compraventa realizado por su hermano Jaime sobre el bien inmueble objeto de estos procesos y afirma que no solo lo conoció, si no, que da detalles tales como, que con el vendedor del bien inmueble que más se entendieron, para la realización del negocio jurídico, fue con la señora Alicia María Villate, en plena contradicción con el interrogatorio realizado por su hermano Jaime castro en el mismo proceso, en donde manifiesta que se entendieron para la realización de ese negocio con el señor Rubén Elías Villate Molano, ya que con la hija de este no tuvieron relación alguna, y en el proceso de pertenencia al preguntársele por el mismo hecho manifestó que no conocía como se realizó el negocio de compraventa y adquisición de ese bien inmueble; lo anterior es una clara PRUEBA que mienten los hermanos JAIME Y HERNANDO CASTRO, al dar versiones diferentes sobre los mismos hechos en los procesos Reivindicatorio como el de Pertenencia.

Es menester que el Ad quem, al no hacerlo el Juez de conocimiento, por omisión, sopese y analice en conjunto las declaraciones de los intervinientes antes señalados, surtidas en ambos procesos, lo cual a todas luces arrojará una verdad procesal muy clara, es decir, que los testimonios e interrogatorios de estas personas, trata de manera descarada de engañar a la justicia, para demostrar la propiedad de un bien inmueble , que no fue más que un parapeto y subterfugio de la época por parte del señor Hernando Castro, por prejuicio, en cabeza de su hermano Jaime, haciendo aparecer que la realización de una compraventa y un muy poco creíble contrato de arrendamiento de forma verbal, como lo que es , era y fue, una forma de tratar de mantener oculta una relación extramatrimonial, a la cual, hay que reconocérselo, trato de proteger en su momento, como lo expreso la demandante y excompañera sentimental la señora María Flor Caballero, "…*que le compro la casa para que viviera ella y sus hijos"*.

En el desarrollo de las consideraciones por parte del despacho, este manifiesta que el señor Hernando *"Indico que él vivió con la señora María Flor y los hijos hasta el 15 de marzo del año 2016, cuando fue desalojado del apartamento, por que hizo el reclamo por el folder de los recibos dejados a su cargo y que le fue sustraído, que tuvo acceso a la vivienda hasta ese momento…"* situación que es difícil de entender cuando en múltiples pruebas e incluso varias de las consideraciones por el mismo expresadas, indican que él no vivía ahí, si no que iba esporádicamente. Este hecho es irrefutable cuando los testigos así lo manifiestan, como el hecho mismo que el señor Hernando reconoce que es persona casada. Por estas y más razones que más adelante del escrito sustenta, señores Magistrados, que es claro que este testimonio debió haberse analizado por el despacho como no creíble y parcializado.

4. Ahora bien frente a la posesión conjunta o indivisión posesoria, hay una errada interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto en la sentencia cuestionada manifiesta que *" lo que lleva a concluir que al no ser la posesión exclusiva y excluyente, todos los*

coposeedores deben acreditar el cumplimiento de los requisitos para adquirir, pues de lo contrario ninguno podrá acceder a la pretensión" dentro del acervo probatorio se ha demostrado que como dice la jurisprudencia antes señalada "*en la coposesión varias personas dominan la misma cosa en consecuencia el señorío no es ilimitado ni independiente por que el otro coposeedor lo comparte y lo ejerce en forma conjunta e indivisa".*

Por tal razón los tres han probado que mantienen la posesión real y material, así considerado en la misma providencia apelada, cuando manifiesta que en la inspección judicial así fue comprobado; con los testimonios de los señores JOHN WILLIAM MARTÍNEZ ESPAÑA, YURY ADRIANA DÍAZ MORENO y por la señora MARÍA BERTHA OBANDO CASTAÑO (este testimonio aprobado de oficio como prueba trasladada del Juzgado 19 Civil del Circuito en el proceso reivindicatorio), son reiterativos en afirmar que uno de ellos arrendaba como era la señora María Caballero y que sus hijos le colaboraban en esta actividad ,así como ellos realizaban labores tales como mejoramientos, arreglos, pagos y otros sobre el bien inmueble por tal razón, no puede entenderse que todos tengan que demostrar el aprovechamiento económico, los arreglos, los pagos y otros elementos propios que determinan el animus sobre el inmueble, por que como así lo explica y lo dice la sentencia ***"****en cuanto todos poseen el concepto de " unidad de objeto" la unidad o el todo, exteriorizando su voluntad para tener, usar o disfrutar una cosa, no exclusivamente, si no en forma conjunta porque entre todos poseen en forma proindivisa".*

5. No podemos estar de acuerdo con la afirmación hecha por parte del Aquo, en el sentido que no se tenga la fecha del 2004 en la que David Castro, cumplió la mayoría de edad, porque al decir del despacho *"como quiera que si la familia ingreso al predio por el padre y este detentaba el bien como tenedor, los demandantes tenían la carga de demostrar el momento en que tal condición se modificó"* lo cual no es cierto, por cuanto han afirmado mis poderdantes en sus diferentes interrogatorios, así como los testigos tanto en el proceso de pertenencia como en las pruebas trasladadas del Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso reivindicatorio, nunca fue de conocimiento de ellos la existencia de ningún presunto contrato de arrendamiento entre el señor Jaime Castro y el señor Hernando Castro, por tal razón, desde el primer momento en que ingresa al inmueble la señora María Flor Caballero, es teniendo conciencia que es un bien que les pertenece y que fue adquirido por el señor Hernando para ellos, por tal motivo todas las actuaciones realizadas por mis poderdantes no fueron si no una demostración clara y precisa de actuar como señores y dueños del bien, por lo tanto, no tendrían que demostrar ninguna fecha en donde supuestamente se interrumpió la tenencia del señor Hernando, por cuanto el jamás la tuvo, lo que en realidad hizo este señor, fue ayudar a acondicionar la casa de sus hijos y de la madre de ellos y estos a su vez realizaron todas las actividades para mantenerla, mejorarla como lo hace cualquier propietario con su bien, sin reconocerle señorío o dominio alguno a nadie.

6. Frente a la aseveración por parte del despacho de que las diferentes pruebas documentales no pueden tenerse en cuenta, por cuanto supuestamente el mero tenedor también está facultado para elevar quejas y promover actuaciones administrativas ante los servicios públicos, es una

muestra de la falta de analizar todas las pruebas en su conjunto, dándole el peso que corresponde, cosa que no hace el despacho por cuanto con los elementos probatorios ya analizados, le es indiferente una solicitud de matrícula ante la empresa de gas natural E.S.P en julio del año 1996 por parte de la señora María Flor Caballero, así como dos oficios ante la empresa Gas Natural Fenosa, para la verificación técnica y reglamentaria, y reparación de defectos a la instalación en el inmueble, acaso para el época el señor Hernando Castro, no afirmaba que realizaba y definía todas y cada una de las actividades propias del bien inmueble?, supuestamente no era el tenedor del bien que realizaba todas y cada una de las actuaciones en nombre de su hermano Jaime Castro?; entonces el acceso y pago a tener el servicio de gas no hubiese requerido el permiso de él y de su hermano y obviamente quedar estas instalaciones a nombre de alguno de ellos?, son interrogantes que no se plantean y no se sopesan en lo que debiese ser el análisis conjunto de todas y cada una de las pruebas y se parte casi desde el principio de la sentencia de la existencia de un contrato realizado por dos personas que tienen un vínculo consanguíneo y como arriba dejamos en claro, sus diferentes interrogatorios y testimonios tienen inconsistencias, incongruencias y contradicciones por decir lo menos, teniendo en cuenta las pruebas realizadas tanto en el proceso de pertenencia como en el proceso reivindicatorio ya mencionado.

7. Es muy extraño que la señora Juez, una vez aprueba de oficio en la audiencia de instrucción y juzgamiento las pruebas trasladados por su pertinencia para este proceso, manifieste que solo se le aportó como prueba trasladada las copias de la sentencia de primera y segunda instancia del proceso reivindicatorio realizado en contra de mis poderdantes por los aquí demandados, teniendo en cuenta que a fecha 09 de julio del 2019 a las 3:46pm el Juzgado 20 Civil del Circuito recibe el memorial mediante el cual se le anexa un (1) CD que contiene copia de la audiencia celebrada en el Juzgado (19) Civil del Circuito de Bogotá en la fecha del 17 de marzo del 2017. Donde se puede apreciar el interrogatorio de parte practicado al señor Jaime Castro Ortiz (min 17:57 a 33:55), el testimonio efectuado por el señor Hernando Castro Ortiz (min 1:18:05 a 1:50:22) y el testimonio de la señora María Bertha Obando (min 1:50:18 a 2:04:19).

Argumenta la juez de instancia que por no encontrar el CD mencionado anteriormente, solo puede pronunciarse sobre las correspondientes sentencias y de hecho descarta analizar el contenido del CD, habiendo sido aprobado por ella, el tenerlo en cuenta para analizar los interrogatorios y testimonios allí brindados, muy especialmente el de la señora María Bertha Obando Castaño, la cual manifiesta en ese proceso conocer tanto al señor Hernando Castro Ortiz, como a la señora María Flor Caballero ya que ella además de vivir cerca de ellos antes de comprar la casa, es la madrina del señor David Castro Caballero que además de eso vivió en condiciones de arrendataria en una fecha muy anterior al 2004, que dicho inmueble fue arrendado por la señora María Flor Caballero, que lo explotaba económicamente ella y con posterioridad con sus hijos, en condición de señora y dueña por cuanto afirma que al conocerlos a ambos, supo que esa casa había sido adquirida por el señor Hernando Castro para su esposa y sus hijos, que por eso ellos actuaban como señores y dueños, para arrendar y participar en la construcción del bien, que el señor Hernando venia esporádicamente y que nunca ejerció tenencia del bien y otros elementos de carácter probatorio, situación que se encuentra probada dentro de todo el material, APROBADO, por la señora juez de conocimiento y no analizado en su conjunto.

8. Una vez proferida la correspondiente sentencia aquí cuestionada, el asistente de la firma Roa Pinzón & Abogados Asociados S.A.S, señor Daniel Pinzón Roa, al revisar el día 31 de julio del año 2019 el expediente correspondiente a este proceso se vio, ante la sorpresa que el CD anexo al memorial mencionado anteriormente, no se encontraba en el expediente y al preguntar al señor secretario sobre esa situación le manifestó que por favor aportara nuevamente el CD para anexarlo al expediente; dejando clara muestra que el CD fue extraviado, retirado, sustraído o cualquier otra circunstancia la cual nunca fue informada ni en audiencia, ni con posterioridad a ella y solo de manera tangencial en la sentencia se menciona que solamente fueron aportadas copias de la sentencia cuando el mencionado memorial señalaba de manera clara lo que se aportaba al juzgado.

Lo anterior naturalmente al no ser tenido en cuenta, cambia totalmente el sentido de la decisión de todas y cada una de las apreciaciones por la juez realizadas en la providencia impetrada, lo cual lleva a que sus consideraciones, por esta sola situación, al no ser valoradas todas las pruebas en conjunto, no pudo apreciar el animus de señor y dueño, y su actitud al no considerar como propietario de su bien a nadie distinto a ellos mismos.

PETICIONES

Teniendo en cuenta los anteriores, solicito Honorables Magistrados las siguientes:

1. Sírvase dar aplicación al artículo 322 incisos 2 y 3 del Código General del Proceso, y se fije fecha para ampliar la sustenciacion de este recurso

2. REVÓQUESE la sentencia proferida por el juzgado 20 Civil del Circuito de fecha 25 de Julio del año 2019, y en su lugar cambiar por una que apruebe todas y cada una de las pretensiones solicitadas en el libelo de la demanda.

3. Por tratarse de una situación irregular originada en el Juzgado del Despacho 20 Civil del Circuito anexamos copia del memorial de fecha 9 de julio, así como los correspondientes anexos al mismo, incluido el CD que contiene copia de la grabación de la audiencia celebrada en el Juzgado (19) Civil del Circuito de Bogotá en la fecha del 17 de marzo del 2017.

PRUEBAS

1. Sírvase Honorables Magistrados, aceptar copia del CD que contiene la grabación de la audiencia celebrada en el Juzgado (19) Civil del Circuito de Bogotá en la fecha del 17 de marzo del 2017, en las cuales se llevó a cabo la instrucción y juzgamiento del proceso reivindicatorio donde se practicaron las pruebas aprobadas de oficio como trasladadas por parte del Juzgado 20 Civil del Circuito.

Dicho CD debió ser remitido por el juzgado de conocimiento al momento de enviar el expediente a su despacho para el trámite correspondiente de apelación, pese a lo anterior, me permito remitir el archivo de video de la audiencia en mención, como archivo adjunto al correo electrónico por medio del cual se remite el presente memorial, enviado al correo habilitado para la recepción de memoriales por parte del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

2. Sírvase fijar hora y fecha para oír en testimonio al señor Daniel Pinzón Roa, sobre el conocimiento de lo ocurrido el día 31 de julio de 2019, fecha en la que se conoce por esta parte la perdida, extravió o sustracción del CD mencionado en el numeral primero de este acápite.

   Lo anterior en aplicación del artículo 327 del Cogido General del Proceso, numerales 2, 3 y 4.

   Sin otro en particular, me suscribo de usted.

   Atentamente,



MAURICIO ROA PINZON
C.C. No 79.513.792 de Bogotá
T.P.No. 178.838 del C. S. de la J

JUZGADO 20
CIVIL DEL CIRCUITO

Señora
JUEZ (20) VEINTE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. 9 JUL 10 P3:46
E. S. D.

RECIBIDO

REF.: **DECLARACIÓN DE PERTENENCIA No. 2015-587.**
DTE. **MARÍA FLOR CABALLERO FONTIBÓN, DAVID CASTRO CABALLERO Y FREDY HERNANDO CASTRO CABALLERO.**
DDO. **JAIME CASTRO ORTIZ Y PERSONAS DETERMINADAS.**

Respetada señora juez:

MAURICIO ROA PINZÓN, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando en condición de apoderado de la parte actora dentro del proceso de la referencia y por medio del presente escrito invocando el artículo 174 del Código General del proceso, denominado prueba trasladada y prueba extraprocesal el cual manifiesta que: *"las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella".*

Dentro del proceso que cursa en su despacho, lo demandados instauraron demanda reivindicatoria contra mis poderdantes la cual cursó en el Juzgado Diecinueve (19) Civil del Circuito de Bogotá D.C, bajo el radicado No.11001310301920160013600O, proceso que a la fecha ya surtió todas las etapas procesales y su decisión favorable a mis poderdantes ya hizo tránsito a cosa juzgada. Dentro de este se realizaron o se practicaron pruebas testimoniales las cuales fueron tanto a solicitud de parte, como, controvertidas en audiencia en la etapa probatoria ante el juzgado ya mencionado; para esta parte es muy importante señora Juez, solicitar acepte copias de los interrogatorios de parte del señor Jaime Castro, así como del testimonio del señor Hernando Castro Ortiz y la señora María Bertha Obando.

Lo anterior señora Juez, con el fin de que sean aceptadas, apreciadas y valoradas por su despacho, teniendo en cuenta que nos encontramos dentro de la etapa procesal pertinente, como lo es la probatoria, así como, por el hecho de que no podían ser solicitadas por este extremo procesal, al momento de la presentación de la demanda de pertenencia, ya que este proceso reivindicatorio fue iniciado en fecha muy posterior al proceso que aquí nos congrega así como la práctica de las mismas, teniendo estas circunstancias como hechos nuevos para ser observados dentro del proceso de la referencia.

Me permito anexar los siguientes:

1. Un (1) CD el cual contiene copia de la audiencia celebrada en el Juzgado (19) Civil del Circuito de Bogotá en la fecha del 17 de marzo del 2017. En la cual se puede apreciar el interrogatorio de parte practicado al señor Jaime Castro Ortiz (min 17:57 al 33:55), el testimonio efectuado por el señor Hernando Castro Ortiz (min 1:18:05 al 1:50:22) y el testimonio de la señora María Bertha Obando (min 1:50:18 al 2:04:19).

2. Copia de la sentencia proferida por el Juzgado (19) Civil del Circuito de Bogotá en la fecha del 29 de septiembre del 2017

3. Copia de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Séptimo Civil de Decisión en la fecha del 19 de diciembre del 2017.

Sin otro en particular, me suscribo de usted señora Juez.

Atentamente,

MAURICIO ROA PINZÓN
C.C.No 79.513.792 de Bogotá
T.P.No. 178.838 del C. S. de la J

Respetada
Magistrada Ponente
DRA. MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
E. S. D.

REF. SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN
DECLARACIÓN DE PERTENENCIA No. 020 - 2015 - 587 - 01
DTE. MARÍA FLOR CABALLERO FONTIBÓN, DAVID STEFAN CASTRO CABALLERO Y FREDY HERNANDO CASTRO CABALLERO
DDO. JAIME CASTRO ORTIZ Y PERSONAS INDETERMINADAS

Respetada Magistrada:

MAURICIO ROA PINZÓN, mayor de edad, identificado como consta al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderado de la parte demandante, me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por la JUEZ VEINTE (20) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, en fecha del veinticinco (25) de Julio del año 2019; en los siguientes términos:

1. Frente al caso que nos ocupa, la decisión por parte de la juez de conocimiento del presente proceso, en primera instancia, reconoce la existencia de dos de los elementos para poder declarar la prescripción adquisitiva de dominio del predio objeto de la presente demanda, cual es la posesión real y material del bien, así como que se trata de un bien susceptible de ser adquirido por usucapión y entra a cuestionar el animus de mis poderdantes, de ejercerla por más de 10 años, mediante una evaluación e interpretación de los medios probatorios allegados al proceso de manera muy restrictiva; es el caso del interrogatorio de la señora María Flor Caballero, que en todas y cada una de las preguntas realizadas por el despacho, no reconoce como propietario del bien al señor Jaime Castro, hermano del señor Hernando Castro, este último con el cual ella mantuvo una relación extramatrimonial durante algunos años, y muy por el contrario, siempre afirmó tanto en este proceso como en el proceso reivindicatorio instaurado por el aquí demandado en contra de mis poderdantes (pruebas trasladadas que fueron aprobadas por la señora Juez, en la audiencia de instrucción y juzgamiento, para ser evaluadas ejerciendo el poder que tienen los togados mediante la figura de solicitud de oficio) que el señor Hernando Castro la llevo a vivir a esa casa en calidad de propietarios por cuanto este había adquirido la propiedad del bien.

Ella manifiesta que se hicieron diferentes arreglos y construcciones, como lo decide cualquier pareja o familia, sobre el bien del cual entiende es de su propiedad, tal es el hecho que no fue refutado por la parte contraria de que un hermano de la señora, además de los hijos en comunidad, realizaron las correspondientes mejoras que fueron necesarias para el mismo. Sobre lo dicho por

esta demandante, la señora Juez para descartar el animus o elemento subjetivo o psíquico de la señora María Flor Caballero, aduce que esta persona afirma que su actividad era la del cuidado de los hijos y que el señor Hernando Castro era quien allegaba los recursos para el sostenimiento, no podía entonces la señora María Flor Caballero realizar ningún acto de señor y dueño del bien; como si la manifestación de ejercer sobre un bien actos de señor y dueño, dependiera única y exclusivamente de la manutención de un hombre, que si bien tenía una relación extramatrimonial con ella, no permanecía en el inmueble y simplemente acudía al mismo esporádicamente.

Desconoce en su análisis de este medio de prueba la señora Juez, que a través de los diferentes testimonios e interrogatorios inclusive el mismo de la señora María Flor Caballero, que al principio se arrendó un espacio de la casa para poder a través del mismo, obtener los medios y recursos con los cuales sostenerse y financiar los gastos que el inmueble requiriera.

2. Frente a los interrogatorios realizados a David y Fredy Castro Caballero, manifiesta incongruencias sobre detalles de los apartamentos construidos por ellos en compañía de su padre, lo cual no es cierto por cuanto ellos identificaron plenamente su inmueble, ya que hasta por el decir del propio señor Hernando Castro y Jaime Castro, ellos siempre han vivido ahí por lo tanto el conocimiento de su inmueble donde nacieron, crecieron, viven y contribuyeron con su mano de obra en la elaboración de mejoras de la casa, no deja de ser por lo menos, una interpretación muy débil por parte de la Juez de conocimiento de lo dicho por ellos, en todas y cada una de las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante el cual los interrogados a partir de tener la mayoría de edad han ejercido su vida dentro de ese inmueble como dueños y señores, sin reconocer propietario alguno diferente a ellos mismos, por cuanto hasta el momento en que toman la decisión de presentar la correspondiente demanda conocen la existencia incluso de su tío Jaime Castro (remítase al correspondiente interrogatorio del señor Jaime Castro, tanto en el proceso de pertenencia como en el reivindicatorio).

No les reconoce el Aquo, las actividades de mano de obra realizadas como mejoras de ornato y mantenimiento, que incluso arrendatarios del bien inmueble, en calidad de testigos, les reconocen, ya que manifiestan haberles visto hacer los mismos; téngase en cuenta que las obras duraron bastantes años en realizarse; hasta el año 2002, la obra negra dentro del bien inmueble, fue terminada y los acabados y ornatos aproximadamente hasta el año 2010, esto por cuanto mis poderdantes no son personas de grandes ingresos económicos, utilizando recursos y ahorros propios, así como el valor de los arrendamientos para su conclusión y manutención de la madre e hijos.

3. Frente al testimonio realizado por el señor Hernando Castro Ortiz, la señora Juez en sus consideraciones, pasa por alto un elemento sustancial como es la relación de consanguineidad entre el señor Jaime Castro y el testigo, dándole plena credibilidad a todas y cada una de sus aseveraciones, sin tener en cuenta este elemento, así como el testimonio realizado por este señor en el proceso reivindicatorio del Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, cuyas pruebas fueron aprobadas de oficio por parte de la señora Juez en su condición de trasladadas, en las cuales hay

una serie, de por decir lo menos, inconsistencias y manifestaciones plenamente contrarias, entre una declaración y otra, (Es decir, entre las presentadas por el señor JAIME CASTRO Y HERNANDO CASTRO dentro de los proceso Reivindicatorio y el de Pertenencia) como la del hecho, en donde se le pregunta en el proceso reivindicatorio al señor Hernando Castro Ortiz, si conoció del negocio de compraventa realizado por su hermano Jaime sobre el bien inmueble objeto de estos procesos y afirma que no solo lo conoció, si no, que da detalles tales como, que con el vendedor del bien inmueble que más se entendieron, para la realización del negocio jurídico, fue con la señora Alicia María Villate, en plena contradicción con el interrogatorio realizado por su hermano Jaime castro en el mismo proceso, en donde manifiesta que se entendieron para la realización de ese negocio con el señor Rubén Elías Villate Molano, ya que con la hija de este no tuvieron relación alguna, y en el proceso de pertenencia al preguntársele por el mismo hecho manifestó que no conocía como se realizó el negocio de compraventa y adquisición de ese bien inmueble; lo anterior es una clara PRUEBA que mienten los hermanos JAIME Y HERNANDO CASTRO, al dar versiones diferentes sobre los mismos hechos en los procesos Reivindicatorio como el de Pertenencia.

Es menester que el Ad quem, al no hacerlo el Juez de conocimiento, por omisión, sopese y analice en conjunto las declaraciones de los intervinientes antes señalados, surtidas en ambos procesos, lo cual a todas luces arrojará una verdad procesal muy clara, es decir, que los testimonios e interrogatorios de estas personas, trata de manera descarada de engañar a la justicia, para demostrar la propiedad de un bien inmueble , que no fue más que un parapeto y subterfugio de la época por parte del señor Hernando Castro, por prejuicio, en cabeza de su hermano Jaime, haciendo aparecer que la realización de una compraventa y un muy poco creíble contrato de arrendamiento de forma verbal, como lo que es , era y fue, una forma de tratar de mantener oculta una relación extramatrimonial, a la cual, hay que reconocérselo, trato de proteger en su momento, como lo expreso la demandante y excompañera sentimental la señora María Flor Caballero, "…*que le compro la casa para que viviera ella y sus hijos"*.

En el desarrollo de las consideraciones por parte del despacho, este manifiesta que el señor Hernando *"Indico que él vivió con la señora María Flor y los hijos hasta el 15 de marzo del año 2016, cuando fue desalojado del apartamento, por que hizo el reclamo por el folder de los recibos dejados a su cargo y que le fue sustraído, que tuvo acceso a la vivienda hasta ese momento…"* situación que es difícil de entender cuando en múltiples pruebas e incluso varias de las consideraciones por el mismo expresadas, indican que él no vivía ahí, si no que iba esporádicamente. Este hecho es irrefutable cuando los testigos así lo manifiestan, como el hecho mismo que el señor Hernando reconoce que es persona casada. Por estas y más razones que más adelante del escrito sustenta, señores Magistrados, que es claro que este testimonio debió haberse analizado por el despacho como no creíble y parcializado.

4. Ahora bien frente a la posesión conjunta o indivisión posesoria, hay una errada interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto en la sentencia cuestionada manifiesta que *" lo que lleva a concluir que al no ser la posesión exclusiva y excluyente, todos los*

coposeedores deben acreditar el cumplimiento de los requisitos para adquirir, pues de lo contrario ninguno podrá acceder a la pretensión" dentro del acervo probatorio se ha demostrado que como dice la jurisprudencia antes señalada "*en la coposesión varias personas dominan la misma cosa en consecuencia el señorío no es ilimitado ni independiente por que el otro coposeedor lo comparte y lo ejerce en forma conjunta e indivisa".*

Por tal razón los tres han probado que mantienen la posesión real y material, así considerado en la misma providencia apelada, cuando manifiesta que en la inspección judicial así fue comprobado; con los testimonios de los señores JOHN WILLIAM MARTÍNEZ ESPAÑA, YURY ADRIANA DÍAZ MORENO y por la señora MARÍA BERTHA OBANDO CASTAÑO (este testimonio aprobado de oficio como prueba trasladada del Juzgado 19 Civil del Circuito en el proceso reivindicatorio), son reiterativos en afirmar que uno de ellos arrendaba como era la señora María Caballero y que sus hijos le colaboraban en esta actividad ,así como ellos realizaban labores tales como mejoramientos, arreglos, pagos y otros sobre el bien inmueble por tal razón, no puede entenderse que todos tengan que demostrar el aprovechamiento económico, los arreglos, los pagos y otros elementos propios que determinan el animus sobre el inmueble, por que como así lo explica y lo dice la sentencia ***"****en cuanto todos poseen el concepto de " unidad de objeto" la unidad o el todo, exteriorizando su voluntad para tener, usar o disfrutar una cosa, no exclusivamente, si no en forma conjunta porque entre todos poseen en forma proindivisa".*

5. No podemos estar de acuerdo con la afirmación hecha por parte del Aquo, en el sentido que no se tenga la fecha del 2004 en la que David Castro, cumplió la mayoría de edad, porque al decir del despacho *"como quiera que si la familia ingreso al predio por el padre y este detentaba el bien como tenedor, los demandantes tenían la carga de demostrar el momento en que tal condición se modificó"* lo cual no es cierto, por cuanto han afirmado mis poderdantes en sus diferentes interrogatorios, así como los testigos tanto en el proceso de pertenencia como en las pruebas trasladadas del Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso reivindicatorio, nunca fue de conocimiento de ellos la existencia de ningún presunto contrato de arrendamiento entre el señor Jaime Castro y el señor Hernando Castro, por tal razón, desde el primer momento en que ingresa al inmueble la señora María Flor Caballero, es teniendo conciencia que es un bien que les pertenece y que fue adquirido por el señor Hernando para ellos, por tal motivo todas las actuaciones realizadas por mis poderdantes no fueron si no una demostración clara y precisa de actuar como señores y dueños del bien, por lo tanto, no tendrían que demostrar ninguna fecha en donde supuestamente se interrumpió la tenencia del señor Hernando, por cuanto el jamás la tuvo, lo que en realidad hizo este señor, fue ayudar a acondicionar la casa de sus hijos y de la madre de ellos y estos a su vez realizaron todas las actividades para mantenerla, mejorarla como lo hace cualquier propietario con su bien, sin reconocerle señorío o dominio alguno a nadie.

6. Frente a la aseveración por parte del despacho de que las diferentes pruebas documentales no pueden tenerse en cuenta, por cuanto supuestamente el mero tenedor también está facultado para elevar quejas y promover actuaciones administrativas ante los servicios públicos, es una

muestra de la falta de analizar todas las pruebas en su conjunto, dándole el peso que corresponde, cosa que no hace el despacho por cuanto con los elementos probatorios ya analizados, le es indiferente una solicitud de matrícula ante la empresa de gas natural E.S.P en julio del año 1996 por parte de la señora María Flor Caballero, así como dos oficios ante la empresa Gas Natural Fenosa, para la verificación técnica y reglamentaria, y reparación de defectos a la instalación en el inmueble, acaso para el época el señor Hernando Castro, no afirmaba que realizaba y definía todas y cada una de las actividades propias del bien inmueble?, supuestamente no era el tenedor del bien que realizaba todas y cada una de las actuaciones en nombre de su hermano Jaime Castro?; entonces el acceso y pago a tener el servicio de gas no hubiese requerido el permiso de él y de su hermano y obviamente quedar estas instalaciones a nombre de alguno de ellos?, son interrogantes que no se plantean y no se sopesan en lo que debiese ser el análisis conjunto de todas y cada una de las pruebas y se parte casi desde el principio de la sentencia de la existencia de un contrato realizado por dos personas que tienen un vínculo consanguíneo y como arriba dejamos en claro, sus diferentes interrogatorios y testimonios tienen inconsistencias, incongruencias y contradicciones por decir lo menos, teniendo en cuenta las pruebas realizadas tanto en el proceso de pertenencia como en el proceso reivindicatorio ya mencionado.

7. Es muy extraño que la señora Juez, una vez aprueba de oficio en la audiencia de instrucción y juzgamiento las pruebas trasladados por su pertinencia para este proceso, manifieste que solo se le aportó como prueba trasladada las copias de la sentencia de primera y segunda instancia del proceso reivindicatorio realizado en contra de mis poderdantes por los aquí demandados, teniendo en cuenta que a fecha 09 de julio del 2019 a las 3:46pm el Juzgado 20 Civil del Circuito recibe el memorial mediante el cual se le anexa un (1) CD que contiene copia de la audiencia celebrada en el Juzgado (19) Civil del Circuito de Bogotá en la fecha del 17 de marzo del 2017. Donde se puede apreciar el interrogatorio de parte practicado al señor Jaime Castro Ortiz (min 17:57 a 33:55), el testimonio efectuado por el señor Hernando Castro Ortiz (min 1:18:05 a 1:50:22) y el testimonio de la señora María Bertha Obando (min 1:50:18 a 2:04:19).

Argumenta la juez de instancia que por no encontrar el CD mencionado anteriormente, solo puede pronunciarse sobre las correspondientes sentencias y de hecho descarta analizar el contenido del CD, habiendo sido aprobado por ella, el tenerlo en cuenta para analizar los interrogatorios y testimonios allí brindados, muy especialmente el de la señora María Bertha Obando Castaño, la cual manifiesta en ese proceso conocer tanto al señor Hernando Castro Ortiz, como a la señora María Flor Caballero ya que ella además de vivir cerca de ellos antes de comprar la casa, es la madrina del señor David Castro Caballero que además de eso vivió en condiciones de arrendataria en una fecha muy anterior al 2004, que dicho inmueble fue arrendado por la señora María Flor Caballero, que lo explotaba económicamente ella y con posterioridad con sus hijos, en condición de señora y dueña por cuanto afirma que al conocerlos a ambos, supo que esa casa había sido adquirida por el señor Hernando Castro para su esposa y sus hijos, que por eso ellos actuaban como señores y dueños, para arrendar y participar en la construcción del bien, que el señor Hernando venia esporádicamente y que nunca ejerció tenencia del bien y otros elementos de carácter probatorio, situación que se encuentra probada dentro de todo el material, APROBADO, por la señora juez de conocimiento y no analizado en su conjunto.

8. Una vez proferida la correspondiente sentencia aquí cuestionada, el asistente de la firma Roa Pinzón & Abogados Asociados S.A.S, señor Daniel Pinzón Roa, al revisar el día 31 de julio del año 2019 el expediente correspondiente a este proceso se vio, ante la sorpresa que el CD anexo al memorial mencionado anteriormente, no se encontraba en el expediente y al preguntar al señor secretario sobre esa situación le manifestó que por favor aportara nuevamente el CD para anexarlo al expediente; dejando clara muestra que el CD fue extraviado, retirado, sustraído o cualquier otra circunstancia la cual nunca fue informada ni en audiencia, ni con posterioridad a ella y solo de manera tangencial en la sentencia se menciona que solamente fueron aportadas copias de la sentencia cuando el mencionado memorial señalaba de manera clara lo que se aportaba al juzgado.

Lo anterior naturalmente al no ser tenido en cuenta, cambia totalmente el sentido de la decisión de todas y cada una de las apreciaciones por la juez realizadas en la providencia impetrada, lo cual lleva a que sus consideraciones, por esta sola situación, al no ser valoradas todas las pruebas en conjunto, no pudo apreciar el animus de señor y dueño, y su actitud al no considerar como propietario de su bien a nadie distinto a ellos mismos.

PETICIONES

Teniendo en cuenta los anteriores, solicito Honorables Magistrados las siguientes:

1. Sírvase dar aplicación al artículo 322 incisos 2 y 3 del Código General del Proceso, y se fije fecha para ampliar la sustenciacion de este recurso

2. REVÓQUESE la sentencia proferida por el juzgado 20 Civil del Circuito de fecha 25 de Julio del año 2019, y en su lugar cambiar por una que apruebe todas y cada una de las pretensiones solicitadas en el libelo de la demanda.

3. Por tratarse de una situación irregular originada en el Juzgado del Despacho 20 Civil del Circuito anexamos copia del memorial de fecha 9 de julio, así como los correspondientes anexos al mismo, incluido el CD que contiene copia de la grabación de la audiencia celebrada en el Juzgado (19) Civil del Circuito de Bogotá en la fecha del 17 de marzo del 2017.

PRUEBAS

1. Sírvase Honorables Magistrados, aceptar copia del CD que contiene la grabación de la audiencia celebrada en el Juzgado (19) Civil del Circuito de Bogotá en la fecha del 17 de marzo del 2017, en las cuales se llevó a cabo la instrucción y juzgamiento del proceso reivindicatorio donde se practicaron las pruebas aprobadas de oficio como trasladadas por parte del Juzgado 20 Civil del Circuito.

Dicho CD debió ser remitido por el juzgado de conocimiento al momento de enviar el expediente a su despacho para el trámite correspondiente de apelación, pese a lo anterior, me permito remitir el archivo de video de la audiencia en mención, como archivo adjunto al correo electrónico por medio del cual se remite el presente memorial, enviado al correo habilitado para la recepción de memoriales por parte del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

2. Sírvase fijar hora y fecha para oír en testimonio al señor Daniel Pinzón Roa, sobre el conocimiento de lo ocurrido el día 31 de julio de 2019, fecha en la que se conoce por esta parte la perdida, extravió o sustracción del CD mencionado en el numeral primero de este acápite.

   Lo anterior en aplicación del artículo 327 del Cogido General del Proceso, numerales 2, 3 y 4.

   Sin otro en particular, me suscribo de usted.

   Atentamente,



MAURICIO ROA PINZON
C.C. No 79.513.792 de Bogotá
T.P.No. 178.838 del C. S. de la J

JUZGADO 20
CIVIL DEL CIRCUITO

Señora
JUEZ (20) VEINTE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. 9 JUL 10 P3:46
E. S. D.

RECIBIDO

REF.: **DECLARACIÓN DE PERTENENCIA No. 2015-587.**
DTE. **MARÍA FLOR CABALLERO FONTIBÓN, DAVID CASTRO CABALLERO Y FREDY HERNANDO CASTRO CABALLERO.**
DDO. **JAIME CASTRO ORTIZ Y PERSONAS DETERMINADAS.**

Respetada señora juez:

MAURICIO ROA PINZÓN, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando en condición de apoderado de la parte actora dentro del proceso de la referencia y por medio del presente escrito invocando el artículo 174 del Código General del proceso, denominado prueba trasladada y prueba extraprocesal el cual manifiesta que: *"las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella".*

Dentro del proceso que cursa en su despacho, lo demandados instauraron demanda reivindicatoria contra mis poderdantes la cual cursó en el Juzgado Diecinueve (19) Civil del Circuito de Bogotá D.C, bajo el radicado No.11001310301920160013600O, proceso que a la fecha ya surtió todas las etapas procesales y su decisión favorable a mis poderdantes ya hizo tránsito a cosa juzgada. Dentro de este se realizaron o se practicaron pruebas testimoniales las cuales fueron tanto a solicitud de parte, como, controvertidas en audiencia en la etapa probatoria ante el juzgado ya mencionado; para esta parte es muy importante señora Juez, solicitar acepte copias de los interrogatorios de parte del señor Jaime Castro, así como del testimonio del señor Hernando Castro Ortiz y la señora María Bertha Obando.

Lo anterior señora Juez, con el fin de que sean aceptadas, apreciadas y valoradas por su despacho, teniendo en cuenta que nos encontramos dentro de la etapa procesal pertinente, como lo es la probatoria, así como, por el hecho de que no podían ser solicitadas por este extremo procesal, al momento de la presentación de la demanda de pertenencia, ya que este proceso reivindicatorio fue iniciado en fecha muy posterior al proceso que aquí nos congrega así como la práctica de las mismas, teniendo estas circunstancias como hechos nuevos para ser observados dentro del proceso de la referencia.

Me permito anexar los siguientes:

1. Un (1) CD el cual contiene copia de la audiencia celebrada en el Juzgado (19) Civil del Circuito de Bogotá en la fecha del 17 de marzo del 2017. En la cual se puede apreciar el interrogatorio de parte practicado al señor Jaime Castro Ortiz (min 17:57 al 33:55), el testimonio efectuado por el señor Hernando Castro Ortiz (min 1:18:05 al 1:50:22) y el testimonio de la señora María Bertha Obando (min 1:50:18 al 2:04:19).

2. Copia de la sentencia proferida por el Juzgado (19) Civil del Circuito de Bogotá en la fecha del 29 de septiembre del 2017

3. Copia de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Séptimo Civil de Decisión en la fecha del 19 de diciembre del 2017.

Sin otro en particular, me suscribo de usted señora Juez.

Atentamente,

MAURICIO ROA PINZÓN
C.C.No 79.513.792 de Bogotá
T.P.No. 178.838 del C. S. de la J

CI 414197
PROVICRÉDITO S.A.S.
Calle 12 No.- 7 – 32 Oficina 906 Edificio Banco Comercial Antioqueño
Tels. 315 5857731 (01)7444799 gerenciajuridica@provicredito.com-jurdidicabog2@provocrédito.com

Señor Magistrado,
GERMAN VALENZUELA VALBUENA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ– SALA CIVIL
E. S. D.

Juzgado de Origen: **30 Civil Circuito de Bogotá D.C.**
Rad. **110013103030-2018-00066-01**
Proceso: **EJECUTIVO**
Demandante: **INTELLIGENT ELECTRONICS SOLUTIONS S.A.S.**
Demandado: **COCEL ELECTRONICS LIMITADA**

Asunto: **SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DEL 26 DE AGOSTO DE 2019**

HERNANDO GARZÓN LOSADA, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de Apoderado Judicial de la parte demandante dentro del proceso de la referencia, de conformidad con el poder sustituido al suscrito por el apoderado anterior (anexo); encontrándome dentro del término legal, al Señor Juez, y dentro de la oportunidad procesal que corresponde, me permito presentar los argumentos que fundaron el recurso de apelación presentado el pasado 29 de Agosto de 2019, así:

AUTO ATACADO:
Fecha: 26 de agosto de 2019
Contenido: Sentencia de Primera Instancia
Se observa que el despacho mediante el auto cuestionado se abstiene de ordenar seguir adelante con la ejecución de acuerdo al mandamiento de pago librado el 9 de febrero de 2018, en cambio declara fundadas ***las excepciones derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación del título y la de violación o incumplimiento de las instrucciones para el diligenciamiento del pagaré*** y ordena seguir adelante con la ejecución por **$ 64.460.466**, junto con los intereses de mora causados desde el 6 de mayo de 2016.

ANTECEDENTES:

1. El día 29 de enero de 2018 mi representado **INTELLIGENT ELECTRONICS SOLUTIONS** presentó demanda ejecutiva en contra de la sociedad aquí demandada, por las sumas de dinero contenidas en el Pagaré No. 038 de 015, esto es por el valor de $126.338.535.

2. Que mediante auto de fecha 09 de febrero de 2018, el Juzgado de origen libro orden de pago por la vía ejecutiva por las obligaciones contenidas en el Pagaré base de ejecución.

3. Que la sociedad demandada se notificó personalmente del mandamiento de pago el 27 de febrero de 2018, y presentó como excepción previa la inexistencia de título ejecutivo, la cual fue despachada de forma desfavorable mediante auto de fecha 3 de mayo de 2018.

4. De igual forma presento las siguientes excepciones de mérito:

    4.1. Alteración del título valor – falsedad ideológica del título valor, indicando que el pagaré objeto de ejecución no fue diligenciada por la suma que corresponde, pues hace referencia a las 209 tarjetas objeto de contrato, cuando solo se instalaron 60 tarjetas, afirma la demandada.

    4.2. Excepción derivada del negocio jurídico que dio origen a la creación del título valor, explicando que el contrato suscrito entre las partes para la instalación de tarjetas electrónicas.

    4.3. Excepción non adimpleti contractus - contrato no cumplido, el cual hace referencia al supuesto incumplimiento por parte de **INTELLIGENT ELECTRONICS SOLUTIONS**, respecto de la entrega de las 209 tarjetas objeto de contrato.

4.4. Excepción de violación o incumplimiento de las instrucciones impartidas para diligencias el título valor en blanco, indicando que no fue diligenciado por las sumas de dinero que al parecer del demandado realmente se debían.

4.5. Excepción al principio de buena fe, acusando al demandante de actuar de mala fe cuando procedió con el diligenciamiento del pagaré.

4.6. Excepción plus petitum, señalando que el demandante cobra el 100% del contrato, cuando solo se ejecutó una parte de él.

4.7. Excepción de solución de pago, trayendo a discusión un abono realizado antes de la presentación de la demanda por la suma de $40.289.635,00 M/Cte.

5. Una vez trabada la Litis se desplegó toda la fase probatoria, de las cuales se pueden señala dentro de los interrogatorios de parte y pruebas documentales; que ambas partes llegan a la conclusión de que efectivamente no se instalaron las 209 tarjetas electrónicas pactadas dentro del contrato.

6. Que con fecha 26 de agosto de 2019, el juzgado 30 civil del circuito dictó sentencia en la cual resolvió:

6.1.1. Declarar fundadas y probadas las excepciones indicadas en la parte motiva de la providencia
6.1.2. Ordenar seguir adelante con la ejecución por la suma de $65.460.466 por concepto de capital más los intereses moratorios causados desde el 6 de mayo de 2016, hasta el momento en que se verifique el pago.
6.1.3. Condenar en el 50% de las costas a la parte demandada.

Las razones en las que se fundamenta el Juez de primera instancia para su fallo…

Teniendo en cuenta los antecedentes anteriores, se puede evidenciar que el Juzgador de primera instancia, partió de una premisa equivocada para orientar su fallo, al concluir que como quiera que COLJUEGOS no reportó sino 113 tarjetas instaladas, solo se adeudan estas; sin embargo, interpreta erróneamente teniendo en cuenta que, como se pactó dentro del contrato de compraventa suscrito entre las partes, el VENDEDOR tenía que entregar 209 tarjetas, de las cuales terminó entregando solo 135 tarjetas; adicionalmente, olvida el juez de instancia que la diferencia entre 113 tarjetas y las 135 que menciona mi representado; corresponden claramente a las tarjetas que el COMPRADOR no permitió continuar con los procesos técnicos de instalación por parte de mi representada, debido a que contrató con otro proveedor, a pesar de lo anterior es claro que las 135 tarjetas se encuentran bajo su poder y en consecuencia las adeuda a mi representada.

El juzgador llega entonces a las siguientes conclusiones:

1. Que las tarjetas instaladas no fueron 135 sino 113, que son las que conforme al acervo probatorio estaban en funcionamiento.

2. Afirma en ese sentido que si la cantidad de las tarjetas es de 113, y el valor de cada una de ellas tiene un precio unitario de $935.841,00., el valor adeudado serían $105.750.033,00; per como quiera que existió un abono previo de $40.289.635,00, el real saldo adeudado es por la suma de $65.460.466,00.

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD.

El sentenciador de primera instancia llega a una conclusión equivocada como quiera que parte de una interpretación probatoria igualmente equivocada, lo cual explico:

1. Si bien es cierto que solo hay 113 tarjetas electrónicas instaladas reportadas por COLJUEGOS como se ha visto en el material probatorio, no es menos cierto que en poder del demandado hay 135 tarjetas.

Que la diferencia entre las cifras anteriores obedece a las 22 restantes que se encuentran en poder del demandado, pero no se encuentran en funcionamiento, que es precisamente donde se original el error del sentenciador al presumir que como quiera que las 135 no están en funcionamiento, sino solo 113, el vendedor solo pueda cobrar las 113 tarjetas en funcionamiento.

Es importante que se revise en esta segunda instancia, se revise nuevamente todo el material probatorio que demuestra que la entrega se realizó por las 135 tarjetas electrónicas, y que el hecho de que las 22 tarjetas que no están funcionando es culpa exclusiva del comprador, quien se negó a autorizar el acceso de los técnicos enviados por la sociedad demandante.

Por lo cual, no exime al comprador el pago de las 135 tarjetas que conforme al contrato que se anexó como prueba, el cual no fue discutido ni tachado de falso, fueron entregadas 135 de las 209 inicialmente pactadas. No se está haciendo el cobro de las 209 tarjetas objeto de contrato, sino las 135 efectivamente entregadas al comprador.

2. La segunda inconformidad tiene que ver con el abono reportado por la sociedad demandada; por lo que, como apoderado de la parte actora, y en un ejercicio de lealtad procesal manifiesto que: si bien es cierto el valor de esos $40.289.635,00 pudieron haber sido aplicados contablemente en su momento a otro tipo de rubros tales como viáticos y gastos técnicos; concuerdo con el Juzgador de primera instancia, que de dicha aplicación de valores no se encuentran demostrados dentro del presente proceso.

Pero no es menos cierto respetado Magistrado que el abono realizado por el demandado deberá clara y fielmente a lo establecido por el artículo 1653 del código civil, en lo que refiere a que la aplicación de la los pagos, en primer lugar a los intereses moratorios, y luego al capital, debido a que mi representada no ha autorizado la aplicación a capital; de tal manera, se logrará determinar el valor real adeudado, el cual se definirá en la etapa de liquidación de crédito.

En consecuencia, **solicito al su despacho:**

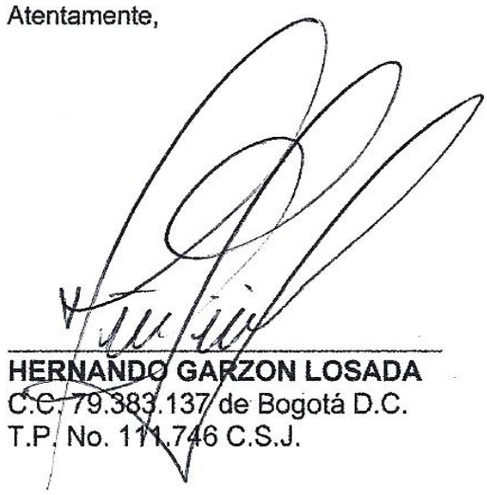
1. Se sirva ordenar al Juez de primera instancia para que REVOQUE totalmente la providencia de fecha 26 de agosto de 2019, por las razones anteriormente expuestas.

2. Que en su lugar se ordene seguir adelante con la ejecución por el saldo insoluto de las sumas de dinero contenidas en el Pagaré base de ejecución, previo aplicación del abono conforme a las reglas del artículo 1653 del CGP.

3. Que se condene a la sociedad demandada al 100% de las costas del proceso.

Del respetado Magistrado,

Atentamente,



HERNANDO GARZON LOSADA
C.C. 79.383.137 de Bogotá D.C.
T.P. No. 111.746 C.S.J.

Señor
JUEZ CUARENTA (40) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C
E. S. D.

REFERENCIA: DECLARATIVO Nº 2015-835
DEMANDANTE: JAIRO GERMAN VALENCIA
DEMANDADO: LINA MARITZA CELIS Y PROLUZ E.U

***ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN EL EFECTO SUSPENSIVO* CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EL DÍA 22 DE AGOSTO DE 2019.**

FRANCISCO POSADA ACOSTA, mayor de edad, domiciliado y residente en esta ciudad, identificado con C.C No. 19.440.465 de Bogotá D.C, y portador de la T.P. No. 190.463 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, abogado en ejercicio, actuando como apoderado de la parte demandante dentro del proceso de la referencia, encontrándome dentro del término previsto para tal fin, por medio del presente me permito sustentar el recurso de apelación en el efecto suspensivo presentado dentro del proceso de la referencia en contra de la sentencia proferida el día 22 de agosto de 2019, en los siguientes términos:

PRIMERO: Tal como se señaló en el escrito de apelación respecto de la excepción denominada "falta de legitimación en la causa por pasiva" esta no estaba llamada a prosperar puesto que dentro del plenario se demostró ampliamente la existencia de la relación comercial establecida entre las partes en las anualidades de 2008 y 2010, misma que se inicia en el momento en que la demandada LINA MARITZA CELIS, respaldándose en la persona jurídica denominada PROLUZ E.U., solicita a mi representada crédito de carácter personal el cual estaría avalado con los bienes y el patrimonio de MARITZA CELIS, puso como garantía de su préstamo personal bienes propios como es un inmueble ubicado en el municipio de la Girardota Antioquia y cheques provenientes de una cuenta corriente a nombre de la sociedad PROLUZ E.U.

Así las cosas, con meridiana claridad se observa la mala fe de la accionada, pues pese a tratarse de un crédito personal solicita que las mercancías dadas a crédito sean despachas a nombre de la sociedad PROLUZ E.U., según ella para facilitar el pago de dichas mercancías y del crédito solicitado, puesto que dicha relación estaba amparada según lo acordado con el patrimonio de esa sociedad ya que la señora CELIS fungía como representante legal de la misma.

Así mismo asalta a mi prohijado en su buena fe, puesto que según ella la facturación a nombre de PROLUZ E.U, le permitía.

Ahora bien la demandada señora LINA MARITZA CELIS, abusando de la buena fe de mi poderdante solicita también que la mercancía sea despachada de esta manera a fin de efectuar diversos movimientos mercantiles con mayor facilidad brindándole supuestamente a los demás actores del comercio mayor seguridad al vender dicha mercancía a través de la sociedad que representaba PROLUZ E.U; en efecto las mercancías fueron despachadas de esa manera conforme el pedido de

la señora CELIS, a través de la persona jurídica LUMICOM S.A.S., de quien es propietario y representante mi prohijado.

Ahora bien, la actuación desplegada claramente es de mala fe, pues la señora CELI, enajeno dichas mercancías lucrándose de esta manera a costa del patrimonio de otra persona y por demás desconociendo las obligaciones adquiridas que le permitieron contar con dicha mercancía, sobre la cual la demandada aseguro avalar su crédito personal con el haber patrimonial de la sociedad PROLUZ E.U.

El fallador de primera instancia no solo no advierte esta situación en la que hay un claro abuso del derecho por parte de la señora LINA MARITZA CELIS, en detrimento de mi representado quien obrando de buena fe, acepto que sobre el crédito personal de la señora LINA MARITZA CELIS, y sobre el cual se ofrecieron garantías reales por parte de la accionada se emitieran facturas a la sociedad que esta representaba, esto es, PROLUZ E.U., situación que desmedro gravemente el patrimonio de mi representado al tener que acudir a préstamos bancarios tal y como se probó con suficiencia a través de los testimoniales recaudados el día 22 de agosto de 2019.

Así como se probó plenamente en el dossier los daños patrimoniales causas a mi poderdante, también quedo plenamente probado la relación comercial entre mi prohijado y la demanda prueba de esto son los cheches aportados que fueron girados a nombre de JAIRO GERMAN VALENCIA, por parte de la demandada tal y como se acordó al momento de establecer la relación comercial; los cheques exhibidos son posteriores y algunos concomitantes a la emisión de las facturas con las que se realizó el despacho de la mercadería, así mismo se puede observar sin duda alguna que estos instrumentos cambiarios fueron girados en virtud de dicha relación comercial y de la obligación asumida por la demanda, toda vez, que las sumas dinerarias consignadas en dichos cheques son en gran parte equivalentes a las sumas dinerarias contenidas en las facturas emitidas a nombre de la sociedad PROLUZ E.U., en virtud del crédito personal de la señora LINA MARITZA CELIS.

Es de señalar que las facturas aportadas en ningún momento han sido desconocidas ni objetadas por la demanda, por lo que es claro que se encuentra plenamente aceptada la obligación por parte del extremo pasivo, conforme lo norma el inciso 3 del artículo 773 del código de comercio modificado por la Ley 1676 de 2013 y el artículo 272 del Código General del Proceso.

Si bien se aportaron las facturas respectivas, estas son elemento de prueba de la relación comercial y del préstamo dado a la señora CELIS, que pretenden acercar al señor Juez a la verdad y al pleno conocimiento de los hechos, sin que las aludidas facturas se pretendan hacer valer como origen de la relación, toda vez que el origen de la mentada relación entre los extremos deviene de los cheques que como ya se dijo se giraron para ser pagados a mi prohijado en virtud del crédito dado a la demandada por el cual se despacharon mercaderías.

Por lo anteriormente expuesto yerra el Despacho al declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa, pues todos los presupuestos requeridos para que la pasiva se encuentre legitimada se hayan presentes y probados con

suficiencia, así mismo mi prohijado reúne las calidades suficientes para ostentar la legitimación por activa.

SEGUNDA: RESPECTO DE LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL.

Con el fallo proferido por este H, Despacho, se vulnera ampliamente el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, situación que está regulada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 228 de la constitución política.

"*Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial"*

Dicha vulneración deviene de la indebida valoración de las pruebas allegadas al plenario, pues estas no se han valorado de manera íntegra y como un todo, dándole primacía a la formalidad, dejando de lado que sustancialmente la relación comercial entre mi poderdante y la pasiva se originó como una relación comercial entre mi prohijado como persona jurídica y presentante de la sociedad LUMICOM S.A.S y la señora LINA MARITZA CELIS como persona natural., acuerdo llevado a cabo tras las solicitudes de la señora LINA MARITZA CELIS.

De otra parte no observa el H, Despacho que las personas naturales extremos de la litis para llevar a buen fin su acuerdo, hicieron uso de las personas jurídicas denominadas por una parte PROLUZ E.U., y de otra la sociedad gestada, representada y dirigida plenamente por mi prohijado LUMICOM S.A.S; por lo que la naturaleza de la relación nacida entre los extremos en pugna en ningún momento muto o se trasformo de personal a una de tipo societario, pues la voluntad de las partes en ningún momento fue esa, toda vez que las comprometidas no fueron las sociedades sino las personas naturales que las representan, el hecho de que la señora CELIS, de mala fe pretenda desconocer la relación y evadir las obligaciones de las que es titular no hace que dicha relación cambie su naturaleza y lo pactado conforme la autonomía privada de la voluntad de las partes.

TERCERA: MALA FE DE LA ACCIONADA.

Tal como se señaló líneas atrás, se desprende de los elementos de prueba aportados en el plenario que la actuación de la demanda es una actuación de mala fe que ha dado como resultado un enriquecimiento sin justa causa como persona natural y representante legal de la sociedad PROLUZ E.U., y en consecuencia el empobrecimiento correlativo que ha sufrido mi mandante JAIRO GERMAN VALENCIA por las artimañas de las que se ha valido la demanda para evadir las obligaciones adquiridas con mi mandante al pretender desdibujar la naturaleza de la relación comercial surgida entre estos y sustraerse del pago del préstamo otorgado a esta escudándose en la persona jurídica de PROLUZ E.U.

Así pues, señor Juez, es evidente la mala fe de la demandada en el caso de marras, pues el hecho de solicitar que por la confianza depositada en ella por parte de mi representado sobre un crédito otorgado como persona natural se emitieran facturas de venta a nombre de la sociedad que la demandada representa PROLUZ E.U., deja en evidencia que su pretensión desde el inicio fue turbia y de mala fe,

pues con dicha solicitud ha conseguido hacer que el fallador incurra en error en cuanto a la naturaleza de la relación comercial y de las obligaciones adquiridas usando la persona jurídica PROLUZ E.U., como sofisma de distracción para que de esta manera aduciendo que las facturas se generaron a nombre de dicha sociedad poder sustraerse del pago de las obligaciones adquiridas, enriqueciéndose sin justa causa a costa del detrimento causado a mi representado, quien con dineros propios y créditos bancarios a fin de no permitir la banca rota de la sociedad LUMICOM S.A.S gestada por él y dirigida plenamente por este, tuvo que cubrir las acreencias dejadas por la señora LINA MARITZA CELIS, perdiendo no solo mercancías sino sumas dinerarias.

CUARTO: FALTA **DE VALORACIÓN RACIONAL E INTEGRAL DE LAS PRUEBAS.**

Como se mencionó líneas atrás y se dejo en el escrito de apelación, Yerra el fallador de primera instancia en el ejercicio de la valoración integral de las pruebas, pues no fueron valoradas en debida forma, fragmentando las pruebas omitiendo que estas deben ser valoradas en bloque, como un todo, para que de esta manera permitan un real acercamiento del Juez a la verdad.

Lo anterior al observar que la sentencia proferida se fundó en la valoración fragmentada, se le resto valor probatorio a los cheques aportados que dan cuenta de la existencia de la relación comercial personal entre los extremos, ahora bien, el valor probatorio de los cheques girados a favor de mi prohijado debido a las facturas emitidas y que se hayan dentro del plenario son prueba suficiente para que la excepción de falta de legitimidad en la causa por activa no fuera de recibo por el fallador.

Así mismo no fueron debidamente valorados los testimonios presentados por los señores OCTAVIO BAEZ RICO y JULIO CESAR VEGA, sin haber sido tachados estos de alguna manera se les resto valor probatorio, desconociendo que estos testimonios demostraron con meridiana claridad y de manera más que suficiente que la relación que dio origen a la demanda se suscitó entre la demandada y mi prohijado como persona jurídica y presentante de la sociedad LUMICOM S.A.S y la señora LINA MARITZA CELIS como persona natural.

La indebida valoración de las pruebas, da como resultado la constitución de un defecto factico, que tal como ha dicho la H, Corte Constitucional.

"se configura cuando sin razón aparente, el juez natural excluye pruebas aportadas al proceso que tienen la capacidad para definir el asunto jurídico debatido, ii) deja de valorar una realidad probatoria que resulta determinante para el correcto desenlace del proceso, iii) declara probado un hecho que no emerge con claridad y suficiencia de los medios de prueba que reposan en el expediente y, por último, iv) omite la valoración de las pruebas argumentando el incumplimiento de carga procesales que, al final, resultan arbitrarias y excesivas"[1]

[1] Sentencia T-074 de 2018
Referencia: Expediente: T-6.346.931
Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Así las cosas, en el caso en concreto de la valoración de las pruebas hechas por el fallador se desprende el defecto factico toda vez que los testimonios que acreditaron la existencia de la relación comercial y contractual, el efectivo despacho de mercancías a la señora LINA MARITZA CELIS, a nombre de la sociedad que esta representa, y que se sustenta con el giro de cheques por las cantidades dinerarias contenidas en las facturas libradas a nombre de PRULUZ E.U., a favor de mi representado, elementos que de haber sido debidamente valorados reconociéndoles el real valor probatorio que merecen , probaban la legitimidad en la causa por activa; y de haberse dado su debida e integra valoración tenían la capacidad para definir el asunto jurídico debatido en primera instancia.

Por los argumentos anteriores me permito de manera respetuosa elevar la siguiente:

PETICIÓN

PRIMERO: Solicito que el superior jerárquico, REVOQUE la decisión del fallador de primera instancia de declarar probada la excepción de mérito denominada falta de legitimación en la causa por activa, propuesta por el curador ad – litem del extremo pasivo.

SEGUNDO: Solicito que el superior jerárquico, REVOQUE la decisión del fallador de primera instancia de negar las pretensiones de la demanda.

Con fundamento en los planteamientos que anteceden, solicito se sirva revocar la sentencia recurrida, dictando en su lugar la que en derecho deba reemplazarla.

Atentamente,



FRANCISCO POSADA ACOSTA
C.C Nº 19.440.465 De Bogotá.
T.P. Nº 190.463 del C. S. de la J.

Señor
JUEZ CUARENTA (40) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C
E. S. D.

REFERENCIA: DECLARATIVO Nº 2015-835
DEMANDANTE: JAIRO GERMAN VALENCIA
DEMANDADO: LINA MARITZA CELIS Y PROLUZ E.U

***ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN EL EFECTO SUSPENSIVO* CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EL DÍA 22 DE AGOSTO DE 2019.**

FRANCISCO POSADA ACOSTA, mayor de edad, domiciliado y residente en esta ciudad, identificado con C.C No. 19.440.465 de Bogotá D.C, y portador de la T.P. No. 190.463 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, abogado en ejercicio, actuando como apoderado de la parte demandante dentro del proceso de la referencia, encontrándome dentro del término previsto para tal fin, por medio del presente me permito sustentar el recurso de apelación en el efecto suspensivo presentado dentro del proceso de la referencia en contra de la sentencia proferida el día 22 de agosto de 2019, en los siguientes términos:

PRIMERO: Tal como se señaló en el escrito de apelación respecto de la excepción denominada "falta de legitimación en la causa por pasiva" esta no estaba llamada a prosperar puesto que dentro del plenario se demostró ampliamente la existencia de la relación comercial establecida entre las partes en las anualidades de 2008 y 2010, misma que se inicia en el momento en que la demandada LINA MARITZA CELIS, respaldándose en la persona jurídica denominada PROLUZ E.U., solicita a mi representada crédito de carácter personal el cual estaría avalado con los bienes y el patrimonio de MARITZA CELIS, puso como garantía de su préstamo personal bienes propios como es un inmueble ubicado en el municipio de la Girardota Antioquia y cheques provenientes de una cuenta corriente a nombre de la sociedad PROLUZ E.U.

Así las cosas, con meridiana claridad se observa la mala fe de la accionada, pues pese a tratarse de un crédito personal solicita que las mercancías dadas a crédito sean despachas a nombre de la sociedad PROLUZ E.U., según ella para facilitar el pago de dichas mercancías y del crédito solicitado, puesto que dicha relación estaba amparada según lo acordado con el patrimonio de esa sociedad ya que la señora CELIS fungía como representante legal de la misma.

Así mismo asalta a mi prohijado en su buena fe, puesto que según ella la facturación a nombre de PROLUZ E.U, le permitía.

Ahora bien la demandada señora LINA MARITZA CELIS, abusando de la buena fe de mi poderdante solicita también que la mercancía sea despachada de esta manera a fin de efectuar diversos movimientos mercantiles con mayor facilidad brindándole supuestamente a los demás actores del comercio mayor seguridad al vender dicha mercancía a través de la sociedad que representaba PROLUZ E.U; en efecto las mercancías fueron despachadas de esa manera conforme el pedido de

la señora CELIS, a través de la persona jurídica LUMICOM S.A.S., de quien es propietario y representante mi prohijado.

Ahora bien, la actuación desplegada claramente es de mala fe, pues la señora CELI, enajeno dichas mercancías lucrándose de esta manera a costa del patrimonio de otra persona y por demás desconociendo las obligaciones adquiridas que le permitieron contar con dicha mercancía, sobre la cual la demandada aseguro avalar su crédito personal con el haber patrimonial de la sociedad PROLUZ E.U.

El fallador de primera instancia no solo no advierte esta situación en la que hay un claro abuso del derecho por parte de la señora LINA MARITZA CELIS, en detrimento de mi representado quien obrando de buena fe, acepto que sobre el crédito personal de la señora LINA MARITZA CELIS, y sobre el cual se ofrecieron garantías reales por parte de la accionada se emitieran facturas a la sociedad que esta representaba, esto es, PROLUZ E.U., situación que desmedro gravemente el patrimonio de mi representado al tener que acudir a préstamos bancarios tal y como se probó con suficiencia a través de los testimoniales recaudados el día 22 de agosto de 2019.

Así como se probó plenamente en el dossier los daños patrimoniales causas a mi poderdante, también quedo plenamente probado la relación comercial entre mi prohijado y la demanda prueba de esto son los cheches aportados que fueron girados a nombre de JAIRO GERMAN VALENCIA, por parte de la demandada tal y como se acordó al momento de establecer la relación comercial; los cheques exhibidos son posteriores y algunos concomitantes a la emisión de las facturas con las que se realizó el despacho de la mercadería, así mismo se puede observar sin duda alguna que estos instrumentos cambiarios fueron girados en virtud de dicha relación comercial y de la obligación asumida por la demanda, toda vez, que las sumas dinerarias consignadas en dichos cheques son en gran parte equivalentes a las sumas dinerarias contenidas en las facturas emitidas a nombre de la sociedad PROLUZ E.U., en virtud del crédito personal de la señora LINA MARITZA CELIS.

Es de señalar que las facturas aportadas en ningún momento han sido desconocidas ni objetadas por la demanda, por lo que es claro que se encuentra plenamente aceptada la obligación por parte del extremo pasivo, conforme lo norma el inciso 3 del artículo 773 del código de comercio modificado por la Ley 1676 de 2013 y el artículo 272 del Código General del Proceso.

Si bien se aportaron las facturas respectivas, estas son elemento de prueba de la relación comercial y del préstamo dado a la señora CELIS, que pretenden acercar al señor Juez a la verdad y al pleno conocimiento de los hechos, sin que las aludidas facturas se pretendan hacer valer como origen de la relación, toda vez que el origen de la mentada relación entre los extremos deviene de los cheques que como ya se dijo se giraron para ser pagados a mi prohijado en virtud del crédito dado a la demandada por el cual se despacharon mercaderías.

Por lo anteriormente expuesto yerra el Despacho al declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa, pues todos los presupuestos requeridos para que la pasiva se encuentre legitimada se hayan presentes y probados con

suficiencia, así mismo mi prohijado reúne las calidades suficientes para ostentar la legitimación por activa.

SEGUNDA: RESPECTO DE LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL.

Con el fallo proferido por este H, Despacho, se vulnera ampliamente el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, situación que está regulada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 228 de la constitución política.

"*Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial"*

Dicha vulneración deviene de la indebida valoración de las pruebas allegadas al plenario, pues estas no se han valorado de manera íntegra y como un todo, dándole primacía a la formalidad, dejando de lado que sustancialmente la relación comercial entre mi poderdante y la pasiva se originó como una relación comercial entre mi prohijado como persona jurídica y presentante de la sociedad LUMICOM S.A.S y la señora LINA MARITZA CELIS como persona natural., acuerdo llevado a cabo tras las solicitudes de la señora LINA MARITZA CELIS.

De otra parte no observa el H, Despacho que las personas naturales extremos de la litis para llevar a buen fin su acuerdo, hicieron uso de las personas jurídicas denominadas por una parte PROLUZ E.U., y de otra la sociedad gestada, representada y dirigida plenamente por mi prohijado LUMICOM S.A.S; por lo que la naturaleza de la relación nacida entre los extremos en pugna en ningún momento muto o se trasformo de personal a una de tipo societario, pues la voluntad de las partes en ningún momento fue esa, toda vez que las comprometidas no fueron las sociedades sino las personas naturales que las representan, el hecho de que la señora CELIS, de mala fe pretenda desconocer la relación y evadir las obligaciones de las que es titular no hace que dicha relación cambie su naturaleza y lo pactado conforme la autonomía privada de la voluntad de las partes.

TERCERA: MALA FE DE LA ACCIONADA.

Tal como se señaló líneas atrás, se desprende de los elementos de prueba aportados en el plenario que la actuación de la demanda es una actuación de mala fe que ha dado como resultado un enriquecimiento sin justa causa como persona natural y representante legal de la sociedad PROLUZ E.U., y en consecuencia el empobrecimiento correlativo que ha sufrido mi mandante JAIRO GERMAN VALENCIA por las artimañas de las que se ha valido la demanda para evadir las obligaciones adquiridas con mi mandante al pretender desdibujar la naturaleza de la relación comercial surgida entre estos y sustraerse del pago del préstamo otorgado a esta escudándose en la persona jurídica de PROLUZ E.U.

Así pues, señor Juez, es evidente la mala fe de la demandada en el caso de marras, pues el hecho de solicitar que por la confianza depositada en ella por parte de mi representado sobre un crédito otorgado como persona natural se emitieran facturas de venta a nombre de la sociedad que la demandada representa PROLUZ E.U., deja en evidencia que su pretensión desde el inicio fue turbia y de mala fe,

pues con dicha solicitud ha conseguido hacer que el fallador incurra en error en cuanto a la naturaleza de la relación comercial y de las obligaciones adquiridas usando la persona jurídica PROLUZ E.U., como sofisma de distracción para que de esta manera aduciendo que las facturas se generaron a nombre de dicha sociedad poder sustraerse del pago de las obligaciones adquiridas, enriqueciéndose sin justa causa a costa del detrimento causado a mi representado, quien con dineros propios y créditos bancarios a fin de no permitir la banca rota de la sociedad LUMICOM S.A.S gestada por él y dirigida plenamente por este, tuvo que cubrir las acreencias dejadas por la señora LINA MARITZA CELIS, perdiendo no solo mercancías sino sumas dinerarias.

CUARTO: FALTA **DE VALORACIÓN RACIONAL E INTEGRAL DE LAS PRUEBAS.**

Como se mencionó líneas atrás y se dejo en el escrito de apelación, Yerra el fallador de primera instancia en el ejercicio de la valoración integral de las pruebas, pues no fueron valoradas en debida forma, fragmentando las pruebas omitiendo que estas deben ser valoradas en bloque, como un todo, para que de esta manera permitan un real acercamiento del Juez a la verdad.

Lo anterior al observar que la sentencia proferida se fundó en la valoración fragmentada, se le resto valor probatorio a los cheques aportados que dan cuenta de la existencia de la relación comercial personal entre los extremos, ahora bien, el valor probatorio de los cheques girados a favor de mi prohijado debido a las facturas emitidas y que se hayan dentro del plenario son prueba suficiente para que la excepción de falta de legitimidad en la causa por activa no fuera de recibo por el fallador.

Así mismo no fueron debidamente valorados los testimonios presentados por los señores OCTAVIO BAEZ RICO y JULIO CESAR VEGA, sin haber sido tachados estos de alguna manera se les resto valor probatorio, desconociendo que estos testimonios demostraron con meridiana claridad y de manera más que suficiente que la relación que dio origen a la demanda se suscitó entre la demandada y mi prohijado como persona jurídica y presentante de la sociedad LUMICOM S.A.S y la señora LINA MARITZA CELIS como persona natural.

La indebida valoración de las pruebas, da como resultado la constitución de un defecto factico, que tal como ha dicho la H, Corte Constitucional.

"se configura cuando sin razón aparente, el juez natural excluye pruebas aportadas al proceso que tienen la capacidad para definir el asunto jurídico debatido, ii) deja de valorar una realidad probatoria que resulta determinante para el correcto desenlace del proceso, iii) declara probado un hecho que no emerge con claridad y suficiencia de los medios de prueba que reposan en el expediente y, por último, iv) omite la valoración de las pruebas argumentando el incumplimiento de carga procesales que, al final, resultan arbitrarias y excesivas"[1]

[1] Sentencia T-074 de 2018
Referencia: Expediente: T-6.346.931
Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Así las cosas, en el caso en concreto de la valoración de las pruebas hechas por el fallador se desprende el defecto factico toda vez que los testimonios que acreditaron la existencia de la relación comercial y contractual, el efectivo despacho de mercancías a la señora LINA MARITZA CELIS, a nombre de la sociedad que esta representa, y que se sustenta con el giro de cheques por las cantidades dinerarias contenidas en las facturas libradas a nombre de PRULUZ E.U., a favor de mi representado, elementos que de haber sido debidamente valorados reconociéndoles el real valor probatorio que merecen , probaban la legitimidad en la causa por activa; y de haberse dado su debida e integra valoración tenían la capacidad para definir el asunto jurídico debatido en primera instancia.

Por los argumentos anteriores me permito de manera respetuosa elevar la siguiente:

PETICIÓN

PRIMERO: Solicito que el superior jerárquico, REVOQUE la decisión del fallador de primera instancia de declarar probada la excepción de mérito denominada falta de legitimación en la causa por activa, propuesta por el curador ad – litem del extremo pasivo.

SEGUNDO: Solicito que el superior jerárquico, REVOQUE la decisión del fallador de primera instancia de negar las pretensiones de la demanda.

Con fundamento en los planteamientos que anteceden, solicito se sirva revocar la sentencia recurrida, dictando en su lugar la que en derecho deba reemplazarla.

Atentamente,



FRANCISCO POSADA ACOSTA
C.C Nº 19.440.465 De Bogotá.
T.P. Nº 190.463 del C. S. de la J.

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
Sala Civil
Magistrada Ponente Dra. Hilda González Neira.

Proceso: Resp. Civil Extracontractual **No. 2011-00436**
De Doralba Romero y otros
Vs. Julio Hernán Rincón García y otros.

ASUNTO: Sustentación apelación.

Alfonso M Trujillo Duque obrando como apoderado de la parte demandante dentro del proceso de la referencia, con todo respeto manifiesto:

Que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el **1º** de octubre de 2019, lo sustentó en los términos indicados en el escrito de apelación, y en lo siguiente:

La incongruencia de la sentencia de primera instancia radica en los reparos que brevemente reseñó así:

.- El a aquo no se pronunció sobre cada uno de los sujetos procesales que integran la parte pasiva y menos sobre sus calidades o condiciones jurídicas en que individual y/o solidariamente deben legalmente responder por los daños y perjuicios causados a los demandantes así:

JULIO HERNÁN RINCÓN GARCÍA

- conductor del automóvil de Placas BNF-736.
- Autor del hecho que le causó la muerte a RONALD MANUEL HERNANDEZ ROMERO (q.e..p.d.).
- Segundo Asegurado en la citada póliza del seguros de automóviles.
- Obligaciones a su cargo derivadas del contrato de Leasing Financiero (tomar una póliza, tener informada a la Financiera Andina de los daños o perjuicios que se causen con el referido automóvil)
- Llamado en garantía por Financiera Andina.
- Se tuvo por no contestada la demanda, ni el llamamiento en Garantía.

FINANCIERA ANDINA S.A.

- Propietaria del automóvil BNF-736.
- Dadora en leasing del citado automóvil.
- Ejerce control sobre el referido automóvil al solicitarle información al locatario sobre lo que ocurra con dicho vehículo y obligarlo a tomar una póliza a favor de la financiera que ampare los daños y perjuicios que se causen con dicho automotor.

Frente a la póliza de seguro del citado automóvil la citada financiera es la tomadora, la beneficiaria y la primera o principal asegurada.

LLAMADOS EN GARANTÍA:

- Compañía aseguradora COLSEGUROS S.A. hoy ALLIANZ SEGUROS S.A.

- JULIO HERNÁN RINCÓN GARCIA, quien fuera llamado en garantía por la citada Financiera Andina S.A., en calidad de segundo asegurado de la referida póliza.

Cómo podrán apreciar Honorables Magistrados nada dijo el a-quo respecto de la interpretación del contrato Leasing número 2100119317 como tampoco respecto de la póliza de seguro de automóviles número 13173950 que ampara el citado vehículo BNF-736; ni sobre las obligaciones a cargo de los contratantes en el caso de los daños y perjuicios que se causaron con el referido automóvil.

Contratos en los cuales quedó claramente establecido que tanto la financiera Andina como el señor Julio Hernán Rincón García y los referidos llamados en garantía quedaban obligados a responder a las victimas por los citados daños y perjuicios.

Sobre la interpretación de los contratos en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia proceso número 2000-00075 del 19 de Diciembre de 2008 Magistrado Ponente doctor ARTURO SOLARTE RODRIGUEZ señala:

…"En numerosas ocasiones la Corte ha precisando que la interpretación de los contratos – en línea de principio rector – es tarea confiada a la cordura, perspicacia y pericia del juzgador"; lo que en el caso de la sentencia objeto de impugnación brilla por su ausencia.

Otro de los reparos consiste en que el a-quo absolvió sin ningún fundamento fáctico probatorio ni jurídico a la demandada FINANCIERA ANDINA S.A. hoy BANCO FINANDINA y a los llamados en garantía; no obstante que de acuerdo con los referidos contratos de leasing y de seguros están obligados a reparar e indemnizar los perjuicios causados con el automóvil involucrado en este proceso.

Al omitir el a-quo la interpretación de los citados contratos desconoció el principio procesal de la sana crítica de las pruebas que obran en este proceso en cuanto las mismas deben ser analizadas tanto individualmente como en su conjunto.

De acuerdo con la jurisprudencia de nuestra honorable Corte Suprema de Justicia " Son responsables de los daños y perjuicios que se producen por el hecho de las cosas, quién tenga el uso, control o aprovechamiento económico de las mismas"

En este caso concreto la entidad Financiera Andina S.A. cómo está estipulado en el referido contrato de Leasing Financiero ejercía un control y obtenía un provecho económico que le producía el arrendamiento del mencionado automóvil.

Continuando con los reparos el Juez de primera instancia niega sin fundamento legal válido la condena a los demandados por los daños y perjuicios materiales, concretamente respecto al lucro cesante indicando que el fallecido Joven RONALD MANUEL HERNANDEZ ROMERO (q.e.p.d.) no tenía ninguna obligación económica con respecto a sus padres; desconociendo con ello las citadas disposiciones legales doctrinales y jurisprudenciales de nuestras altas Cortes en especial de la Corte Constitucional que consagran y establecen de manera clara y precisa las obligaciones que tienen los hijos para con sus padres en su ancianidad, enfermedad o en cualquier otra circunstancia que lo requieran.

Por otra parte en cuanto a los argumentos de la apelación presentada por el apoderado del demandado señor Julio Hernán Rincón García no le asiste ninguna razón fáctica probatoria o jurídica por los siguientes motivos:

No es cierto que la responsabilidad establecida por la a-quo en contra del demandado señor Julio Hernán Rincón García como autor material de los hechos que le causaron la muerte a RONALD MANUEL HERNÁNDEZ ROMERO. (q.e.p.d.) se haya fincado o fundado única y exclusivamente en el testimonio de la señora ANGGIE LORENA RODRIGUEZ ARDILA rendido ante la justicia Penal, como dentro de este mismo proceso; puesto que no obstante que su versión sobre los hechos que nos ocupan es clara, precisa, natural y espontánea por haber tenido conocimiento directo e inmediato de ellos, por cuanto estos sucedieron frente a su residencia donde ella se encontraba en ese momento; los mismos coinciden y concuerdan con otros testimonios vertidos en ambos procesos.

Pero además de dichos testimonios obran en este expediente copiosas y contundentes pruebas que acreditan y demuestran la referida responsabilidad del señor Julio Hernán Rincón García conductor del citado automóvil, en la comisión de los hechos que le causaron la muerte al joven RONALD MANUEL entre ellas el informe de policía, el croquis, la prueba trasladada del proceso penal en la que se adelantó diligencia de imputación de cargos por el delito de HOMICIDIO CULPOSO con fundamento en las pruebas obrantes en dicho proceso; la declaración del conductor del referido automóvil rendida ante la justicia Penal y en el interrogatorio absuelto en este proceso en donde fácilmente con un ligero vistazo se puede apreciar sus contradicciones entre una y otra versión cómo quedó señalado claramente en los alegatos de conclusión y en el escrito de apelación; tratando de distraer la atención de los respectivos jueces y evadir su responsabilidad pues su versión en la forma como ocurrieron los hechos no es clara ni precisa por el contrario es confusa y ambigua.

Por otra parte señala el apoderado del Citado conductor del automóvil que se debe aplicar en este caso la culpa objetiva y no la culpa presunta establecida desde antiguo tanto en el código civil como por la doctrina y nuestra jurisprudencia, respecto a la responsabilidad derivada de la actividad peligrosa como en este caso donde la culpa se presume, pues no le asiste ninguna razón toda vez que no estamos ante un proceso penal donde su fin es investigar, juzgar y sancionar o castigar la comisión de un delito, en donde existen otros elementos o parámetros jurídicos rigurosos para determinar la responsabilidad del imputado o procesado, o del ser del caso la preclusión de la investigación.

Puesto que en la Justicia Penal se haya en juego otros derechos fundaméntales como la libertad, ejercer cargos públicos entre otros; lo cual no ocurre en la justicia civil donde en estos casos lo que se busca o se pretende es establecer la responsabilidad civil y la reparación e indemnización de los daños y perjuicios causados.

De otra parte tenemos que respecto del demandado JULIO HERNÁN RINCÓN GARCIA se tuvo por no contestada la demanda así como tampoco contestó el llamado en garantía que le hizo la Financiera ANDINA S.A., en calidad de segundo asegurado según la referida póliza, por otra parte no aportó ninguna prueba que lo exima de su responsabilidad.

En cuanto se refiere a que la empresa Financiera Andina S.A. como ya se indicó, como propietaria del referido automóvil no perdió el control total del mismo por cuanto le exigía a quien le permitió su uso y goce es decir al señor Julio Hernán Rincón que este debía estarle informando cualquier daño o perjuicio que se causara a un tercero con dicho vehículo, así como cualquier daño que sufriera el citado vehículo, que debía adquirir una póliza en la compañía de seguros que ella eligiera para amparar el referido vehículo contra daños y perjuicios a terceros; de igual manera la financiera obtenía un provecho económico del arrendamiento o explotación económica del referido vehículo.

Punto con el cual estoy en total acuerdo con el apoderado del demandado, por cuanto la citada entidad financiera obtiene un lucro como contra prestación del uso y goce concedido al referido locatario y ejerce un control sobre el citado automóvil al tenor de lo estipulado en dicho contrato de Leasing Financiero.

Finalmente con los fundamentos fácticos, la contundente evidencia probatoria y los abundantes referentes legales, doctrinarios y jurisprudenciales sobre la materia y teniendo en cuenta el principio legal según el cual el objeto de los procedimientos, es la búsqueda de la verdad material, la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial y la prevalencia de la justicia, a los Honorables Magistrados con todo respeto solicitó:

-. Se ordene ADICIONAR la sentencia en el sentido de declarar a la entidad Financiera Andina S.A hoy Banco FINANDINA civil, extracontractual e indirectamente responsable de los daños y perjuicios causados a los

demandantes con la muerte del joven RONALD MANUEL HERNANDEZ ROMERO (q.e.p.d.).

-. Condenar a la parte demandada al pago de los perjuicios materiales derivados de la responsabilidad civil extracontractual aquí demandada, es decir, se conde al señor JULIO H RINCÓN GARCÍA en sus múltiples calidades como conductor de dicho vehículo, como autor material de los hechos que le causaron la muerte del citado joven RONALD MANUEL, como locatario, como la persona autorizada por la citada Financiera para que usara y disfrutara el referido automóvil, como SEGUNDO ASEGURADO de la mencionada póliza de seguro de automóviles y como LLAMADO EN GARANTÍA.

-.Se declare indirectamente responsable de los perjuicios causados a los demandantes y se condene al pago de los perjuicios a la FINANCIERA ANDINA S.A. Hoy BANCO FINANDINA, también en sus múltiples calidades o condiciones de a) propietaria, b) dadora en Leasing y quien a su vez facultó al señor JULIO HERNÁN RINCÓN GARCÍA para que usara y disfrutara el multicitado automóvil, bajo su autorización, vigilancia, control y obteniendo un provecho económico que le producía el arrendamiento del mismo, c) En calidad de primer y principal asegurado de la aludida póliza de seguro de automóviles.

-. Se condene a los LLAMADOS EN GARANTÍA compañía de seguros COLSEGUROS S.A hoy ALLIANZ S.A, quien expidió la referida póliza de seguro que ampara el automóvil involucrado en este proceso de placas BNF-736, ordenándole que efectúe el pago del siniestro o perjuicio amparado por concepto de responsabilidad civil extra contractual y por el monto allí estipulado.

-. Se disponga lo que en derecho corresponda .

-. Se condene en costas y perjuicios a la parte demandada.

Atentamente,

ALFONSO M. TRUJILO DUQUE
CC No. 19.430.890 de Bogota
T.P No. 48.413 del C. S. de la J.
Email: altrujillod@hotmail.com
Cel. 310 344 26 21 - 311 248 60 00