



Rugeles Gracia
Abogados

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC

SALA CIVIL DE DECISIÓN

E. S. D.

-Ref.: Radicado: 11001310302520170089601
Proceso: DECLARATIVO VERBAL
DEMANDANTE: PROESAC LTDA
DEMANDADO: AR CONSTRUCCIONES
MAGISTRADO PONENTE

En mi condición de parte demandante y reconvenida dentro del proceso en referencia, procedo a presentar los alegatos de conclusión dentro del trámite del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia que definió la demanda principal en la audiencia verificada el 27 de julio a partir de la hora de las 9:30 de la mañana en los siguientes términos:

Desestima el a quo las pretensiones de la demanda principal a través de un medio exceptivo declarado de oficio, al no encontrar que se cumpliera el elemento subjetivo de causar daño dentro de los elementos del abuso del derecho y por esa vía hace que la demandada se quede con los dineros retenidos sin causa que lo justifique.

A nuestro juicio y con el debido respeto, el a quo llega a esa conclusión, sin haber efectuado un análisis completo del elenco probatorio que se llevó al proceso y al haber valorado la prueba testimonial sin el rigor que impone las reglas de la sana crítica.

Muestra de lo anterior es el haber rechazado el testimonio de Edgar Javier Medina Cortes, testigo que a partir de una relación contractual con el demandante, de paso ya inexistente, pudo referir, en detalle y sin distorsiones, de manera creíble, seria e imparcial, lo ocurrido alrededor de la abusiva y desproporcionada retención de los dineros de la retergarantía en diversos contratos con la demandada, con quien, de paso, se sostuvo una relación comercial por más de 20 años.

En efecto, el testigo aludido fue quien se reunió con el representante de AR CONSTRUCCIONES SAS para liquidar las cuentas de los contratos, lo que evidentemente se llevó a cabo y a pesar de lo cual, nunca se devolvieron los dineros retenidos de aquellos contratos.



Rugeles Gracia
Abogados

Se tiene por sentado que dentro del ejercicio valorativo de la prueba testimonial, la confiabilidad del testimonio depende principalmente de su coherencia interna y de **su articulación con las demás pruebas** que se acopian, lo que no tiene en cuenta el fallo apelado.

Si se analiza el resto del elenco probatorio se llega a la pacífica conclusión del hecho indiscutible de que desde hace más de 6 años se causó la obligación para AR CONSTRUCCIONES SAS de DEVOLVER los dineros retenidos a PROESAC LTDA por cuenta de los contratos liquidados en la cuantía que se deprecia en la demanda.

De acuerdo con los contratos de obra arrimados al proceso, el pacto contenido en el PARAGRAFO TERCERO DE LA CLAUSULA TERCERA, deja ver con claridad que nada se pactó respecto de la obligación de pagar el FIC a cargo de PROESAC LTDA. Dicho aserto fue el sustento de SEGUROS DEL ESTADO al objetar la reclamación elevada por AR CONSTRUCCIONES SAS, con el propósito de afectar la póliza de cumplimiento bajo el amparo de salarios, prestaciones, ICBF y SENA.

En efecto, la aseguradora indica que la contribución FIC **carece de cobertura** y si ello es así, el pacto relativo a los pagos según la cláusula tercera parágrafo 3, se refiere es a salarios y prestaciones y no a FIC, exclusión expresa en el contrato de seguro respecto a pagos de parafiscales, lo que tampoco valora el fallo apelado a pesar de la prueba documental aportada.

No se valoró por el a quo la prueba documental que da cuenta de que Seguros del Estado desestimó una reclamación de AR CONSTRUCCIONES SAS con la que se pretendía afectar la póliza de salarios y prestaciones y pagos a SENA y a ICBF, misma con la que se garantizaban los contratos objeto de la retergarantía. Nótese que al no prosperar reclamación por dicho concepto, resulta indicativo de que la contribución no estaba atada al pacto contractual que la sociedad AR CONSTRUCCIONES SAS aprovecha para no devolver las sumas relativas a retergarantía retenidas más allá de lo razonable y por fuera de toda justificación desde hace más de seis (6) años en lapso muy superior al tiempo en que fuera fiscalizada por el SENA.

Nótese, señor Magistrado que, fue hasta mucho tiempo después de liquidados los contratos, cuando los dineros por retergarantía ya tenían que haber sido devueltos, que la sociedad AR CONSTRUCCIONES SAS resulta ser sujeto de un proceso de fiscalización adelantado por el SENA, entidad ésta que en 2017, bajo un procedimiento específico de costo total de la



Rugeles Gracia
Abogados

obra, define una suma a cancelar a cargo, única y exclusivamente de dicha sociedad.

Dicho evento es aprovechado indebidamente por la sociedad AR CONSTRUCCIONES SAS para indicar que es la sociedad PROESAC LTDA la llamada a pagar la contribución sin que el SENA haya llamado a dicha sociedad a responder por ese pago.

AR CONSTRUCCIONES SAS sembró en PROESAC LTDA por más de 20 años la expectativa a partir de NUNCA haber reclamado situación alguna que no se derivara de las actas suscritas por las partes al liquidar cada uno de los proyectos, promoviendo descuentos y ajustando las sumas a devolver como lo evidencia el testimonio de Edgar Medina.

La corte Constitucional ha dicho al respecto:

*“Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el respeto al acto propio, en virtud del cual las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Principio constitucional que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidas lícitamente; en cambio en las circunstancias del caso, **dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorios respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.**”¹*

Quedó acreditado que PROESAC LTDA nunca fue objeto de requerimiento alguno por parte del SENA para el pago del FIC.

Lo anterior es reconocido por el a quo al minuto 35:27 de la audiencia cuando sostiene: **“Es palmario que de la relación contractual que ata a la demandante con la demandada NO aparece pactada obligación alguna de la naturaleza que pretende la sociedad actora en reconvencción, pues si alguna obligación existe para la demandada en reconvencción [léase PROESAC LTDA] es el pago del FIC PERO RESPECTO CON EL (sic) SENA, más no con respecto a la empresa AR CONSTRUCCIONES SAS. Y es que esta misma lo reconoce, pero dándole un giro de rebote para justificar sus propias pretensiones,**

¹ Sentencia T-295 de 1999 MP Alejandro Martínez Caballero.



Rugeles Gracia
Abogados

giro tal que realmente no le otorga la razón para deprecar pretensiones de la naturaleza que persigue.”

En el anterior sentido resulta pacífico para revocar el fallo apelado y la prosperidad de las pretensiones de la demanda principal, que AR CONSTRUCCIONES SAS no tiene, en manera alguna, autoridad ni legitimación para fiscalizar a PROESAC LTDA determinando obligaciones a su cargo por cuenta del aporte al FIC o para proponer acaso una subrogación o compensación por lo pagado al SENA, por la potísima razón de no haberse definido obligación alguna por parte del SENA a cargo de PROESAC LTDA y que haya sido pagada por AR CONSTRUCCIONES SAS.

Desde la prueba recaudada, se avizora claramente un abuso del derecho de la demandada, pues a más de no haber devuelto los dineros en tiempo, al ser fiscalizada por el SENA, **aprovecha esa situación que le concierne solo a ella**, para trasladar una justificación inapropiada carente de sustento y seguir negándose a devolver el dinero que no le pertenece, incurriendo en mala fe y desconociendo el acto propio, pues se destacó que el SENA solo pudo fiscalizar a dicha sociedad los últimos 5 años por prescripción de los anteriores, beneficiándose así de una suerte de **“conveniente silencio”**.

Tampoco analiza el fallo de primera instancia, a pesar de haberlo reconocido, que AR CONSTRUCCIONES SAS traspasó la destinación, el móvil y la función de su derecho a retener las sumas por retregarantía. Por eso la ecuación a tener en cuenta podría ser: *“Señores AR CONSTRUCCIONES SAS devuélvanme los dineros que me pertenecen por retregarantía y que hace más de 6 años debió entregarme y si el SENA nos llama a responder por alguna situación, responderemos.”*

Si bien existió un derecho legítimo en cabeza de AR CONSTRUCCIONES SAS por retregarantía, una vez liquidados los contratos, como evidentemente ocurrió, esta sociedad excedió la retención más allá de lo razonable, seis (6) años, desviándose de la finalidad en el ejercicio de su derecho. Señor Magistrado los contratos se encontraban terminados con arreglo a la ley.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado “...cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, no pueden mañana apartarse de lo que contiene el acta. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto o si se declaran a paz y salvo.



Rugeles Gracia
Abogados

La parte que no deje anotada en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra la considere en esa vía, NUNCA PODRÁ pretenderlas judicialmente...”²

Y si el a quo echó de menos el factor subjetivo ya superado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde 1942³ y luego en 1994⁴, no se tuvo en cuenta que la sociedad demandada AR CONSTRUCCIONES SAS tornó su comportamiento en doloso o con culpa grave al no devolver los dineros después de 6 años y luego a propósito de un procedimiento por el que solo esa sociedad habría de responder ante el SENA sigue reteniendo indebidamente los dineros. Eso es abuso del derecho.

Lo anterior se refleja en la propia sentencia apelada que al ocuparse de desestimar las pretensiones de la demanda de reconvención reconoce:

“En gracia de la discusión, y aceptándose que PROESAC LTDA estuviera obligada a pagar al SENA el aporte de esa contribución [FIC], un eventual incumplimiento se consumaría entre PROESAC y EL SENA, sin que en ello tuviera injerencia AR CONSTRUCCIONES SAS, muy a pesar de su intervención en los contratos de obra indicados.”

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional **“no es posible dejar que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual han sido consagrados, y se utilicen en cambio como**

² Sentencia Consejo de Estado Sección Tercera de veintinueve (29) de enero de dos mil dieciocho (2018), Radicado: 680012333000201300118 01 (52.666). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³ “...el abuso puede manifestarse de manera subjetiva – cuando existe en el agente la definida intención de agravar un interés ajeno **o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder – o bajo forma objetiva, cuando la lesión proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo. Resumiendo, la falta imputable a título de dolo o culpa grave no es un elemento indispensable para la adecuada caracterización del abuso del derecho...**”

“El abuso del derecho implica como punto de partida un derecho legítimo y efectivo en cuyo ejercicio se ha llegado más allá de donde corresponde a su finalidad o se le ha desviado de ella.” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de abril de 1942. M.P. Ricardo Hinestroza Daza.

⁴ **...no solo es la intención o el mero propósito de dañar la única vía para la floración de un abuso del derecho, sino que existen otros detonantes, el último de ellos de naturaleza objetiva, realmente de mayor amplitud: que la conducta se torne perjudicial, valoración que naturalmente le corresponderá al juez...** Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de 19 de Octubre de 1994.



Rugeles Gracia
Abogados

armas de agresión para sojuzgar y explotar a los demás. (Sentencia T-550 de 2 de diciembre de 1994).

Se destaca que el fallo apelado resulta legitimando que la sociedad AR CONSTRUCCIONES SAS **siga reteniendo los dineros de PROESAC LTDA**, a pesar de que no le prosperó su pretensión de incumplimiento contractual.

Al fallar en la forma en que lo hizo el a quo, se le da patente de corso a la demandada para seguir apropiándose de los dineros de la demandante sin causa que lo justifique, por unos contratos que ya estaban terminados con arreglo a la ley y a satisfacción de las partes al haber acudido a suscribir las actas de liquidación. No hay coherencia jurídica en lo que pretende AR CONSTRUCCIONES SAS frente al derecho que evidentemente le asiste a PROESAC LTDA a que le devuelvan los dineros de retergarantía histórica e indebidamente retenidos.

Solo a partir de que el SENA definiera una obligación a su favor y a cargo de PROESAC LTDA, se podría pensar en la posibilidad de discutir un eventual incumplimiento contractual.

A manera de conclusión y siguiendo autorizada doctrina:

“Cuando una persona dentro de una relación jurídica ha suscitado en otra, con su conducta, una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella.” (La doctrina de los Propios Actos Diez Picasso, de 1963).

“Cuando una persona con su propio comportamiento ha creado en el sujeto pasivo, la razonable, objetiva y fundada confianza en que el derecho no será ejercitado, o solo lo será de una determinada manera, debe mantener un estándar de coherencia con su comportamiento, no defraudar la confianza que se puede haber creado y por consiguiente no puede hacer valer unas pretensiones que resulten contrarias al sentido objetivo de su comportamiento anterior. “No se puede borrar con el codo lo que se escribe con la mano” (La doctrina de Los Actos Propios y su



Rugeles Gracia
Abogados

proyección en la esfera del Derecho de Contratos. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

“Lo fundamental para el ejercicio racional de un derecho, no solo es tenerlo o contar con él, sino también cómo y cuándo se ejerce y bajo qué circunstancias “aflora” su ejercicio. “No todo lo que brilla es oro”. (Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Derecho de Contratos Vol. I.).

Por lo anterior solicitamos revocar la sentencia de primera instancia que desestimó las pretensiones de la demanda principal.

Respetuosamente,

CARLOS ALBERTO RUGELES GRACIA

C. C. No. 79.159.378 de Bogotá

T. P. No. 62.624 del C. S. de la J.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
Atn. Doctor LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO VERBAL DECLARATIVO
NÚMERO: 2017-00896
DEMANDANTE INICIAL: PROESAC LTDA.
DEMANDADO
Y DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN: AR CONSTRUCCIONES S.A.S.

ASUNTO: ALEGACIONES ART. 14 DECRETO 806 CONFORME AL AUTO
DEL DÍA 26 DE OCTUBRE DE 2020 NOTIFICADO MEDIANTE
ESTADO DEL 27 DE OCTUBRE DE 2020.

SERGIO FAJARDO MALDONADO, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía número 80.424.207 expedida en Bogotá, abogado en ejercicio portador de la tarjeta profesional No. 89.218 del C.S. de la J., en calidad de apoderado especial de **AR CONSTRUCCIONES S.A.S.**, identificada con el NIT: 900.378.893-8, demandada y demandante en reconvencción dentro del proceso de la referencia, y encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, mediante el presente escrito procedo a presentar las alegaciones del art. 14 del Decreto 806 de 2020, de las cuales este despacho corrió traslado de cinco (5) días a cada una de las partes de forma separada mediante auto del 26 de octubre de 2020, notificado mediante estado el 27 de octubre de 2020.

I. OPORTUNIDAD

Este escrito se presenta dentro del término legal establecido por el art. 14 del Decreto 806 de 2020, norma que otorga un término de cinco días a cada una de las partes para que de manera separada presente la sustentación de su recurso, termino que otorgó a ambas partes de forma simultanea.

II. ARGUMENTOS PARA DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE PROESAC LIMITADA Y REVOCATORIA PARCIAL DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El demandante y demandado en reconvencción propuso en su demanda a modo de pretensión, que se declarara que mi representada es responsable por haber abusado del derecho de retener los dineros derivados de la retergarantía pactada en el parágrafo tercero de la cláusula tercera de los contratos de obra suscritos con ella como demandante. AR CONSTRUCCIONES propuso las excepciones de (i) legitimidad al derecho de retención, (ii) incumplimiento imputable al demandante, (iii) ausencia de la obligación solidaria por concepto de FIC, (iv) enriquecimiento sin justa causa, (v) compensación, (vi) abuso del derecho,

(vi) excepción de contrato no cumplido y (vii) cobro de lo no debido. Además de lo anterior, dio trámite a la demanda de reconvención por los incumplimientos contractuales deprecables de la sociedad demandante debido a su renuencia a realizar los pagos por concepto de parafiscales FIC que le correspondían en virtud de sus obligaciones suscritas en los contratos de obra referidos en el proceso.

El Honorable Juez en primera instancia, mediante sentencia del día veintisiete (27) de julio de 2020, negó las pretensiones de la demanda y de la demanda en reconvención, encontrando como probada la excepción de ausencia de presupuestos para declarar el abuso del derecho a favor de AR CONSTRUCCIONES y expresando que no encontraba responsable **contractualmente** a PROESAC LTDA por el no pago de los aportes parafiscales FIC, argumentando que aquél pago constituía una obligación legal y no contractual. No obstante, dejó claro que operó la figura de la subrogación en el pago de los aportes en cabeza de mi representada.

Como quiera entonces que en virtud del recurso de apelación presenté las razones por las cuales considero que debe revocarse parcialmente la decisión del a quo, en el sentido en que no fue declarado el incumplimiento contractual de PROESAC LTDA, haré referencia nuevamente a ello con el fin de que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, y se declare el incumplimiento de los contratos de obra por parte de PROESAC por no haber efectuado el pago de la contribución FIC, y se conserve la decisión de declarar como probada la excepción de ausencia de los presupuestos para declarar el abuso del derecho pretendida por la demandante.

2.1. Incumplimiento contractual por parte de PROESAC LTDA.

Mediante la demanda en reconvención interpuesta, pretende mi representada que se declare el incumplimiento de sendos contratos de obra suscritos con PROESAC LTDA por el no pago de la contribución para la Formación Profesional de la Industria de la Construcción – FIC¹, y como consecuencia de dicho incumplimiento – plenamente probado tal como consta en el expediente-, se la condenara a pagar las sumas equivalente a la contribución FIC a cargo de PROESAC LTDA que AR pagó al SENA, así como las sumas correspondientes a la cláusula penal pactada en dichos contratos, correspondiente al 30% del valor total de cada uno de ellos.

¹ Normalmente la cláusula décima o décima segunda de los contratos:

“d) Suministrar y manejar a su arbitrio y bajo su absoluta responsabilidad la cantidad de personal idóneo y necesario para que cada actividad contratada se ejecute termine y entregue dentro de los plazos del contrato y cumpliendo con la programación contratada”

(...)

“i) **Pagar por su cuenta todos los salarios de mano de obra, prestaciones sociales del sistema de seguridad social integral (ARP, EPS y AFP), subsidio familiar, sena, ICBF etc., en su calidad de empleador y/o trabajador independiente según el caso, así como las demás prestaciones laborales exigidas por la ley”.**

Como es bien conocido por este Honorable Despacho, las pretensiones de la demanda en reconvención que ha sido propuestas por mi representada, buscan en términos generales que se declare que PROESAC LTDA., en su calidad de contratista de obra, incumplió sendos contratos suscritos con AR CONSTRUCCIONES S.A.S., debido a que desconoció el cumplimiento de lo contenido en el literal i) de la cláusula denominada "obligaciones del contratista" de los contratos (obrantes a folios 67 a 753 del expediente), que estableció como obligación de PROESAC "i) **pagar por su cuenta todos los salarios de mano de obra, prestaciones sociales del sistema de seguridad social integral (ARP, EPS, AFP), subsidio familiar, Sena, ICBF, etc., en su calidad de empleador y/o trabajador independiente según el caso, así como las demás prestaciones laborales exigidas por la ley**".

La contribución para el Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción – FIC – es un gravamen parafiscal (de acuerdo con el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto), de carácter obligatorio y destinado a atender los programas y modos de formación profesional que guarden relación con los diferentes oficios de la industria de la construcción. Por lo tanto, ha sido expresamente establecido por la administración que, el pago de dicho aporte o contribución parafiscal **se encuentra en cabeza de aquel que realice actividades de construcción**, y que contrate a cuarenta o más empleados, respecto de los cuales deberá realizar el aporte.

El hecho que PROESAC LTDA como empleador de la industria de la construcción se encuentra obligado a realizar los pagos al FIC, se probó – además de la obligación expresada en los contratos-, con los siguientes documentos allegados a este despacho: 1) Respuesta del SENA del 10 de octubre de 2017 al derecho de petición del 27 de septiembre de 2017 (obrante a folios 29-33), donde la entidad certificó el pago realizado por parte de AR CONSTRUCCIONES S.A.S por la contribución FIC en nombre de PROESAC, **dado que éste último no cumplió con las obligaciones de pago**, 2) Concepto jurídico sobre la contribución FIC emitido por CAMACOL, obrante a folios 48-52; donde expresamente se establece que cuando una constructora (como lo es AR CONSTRUCCIONES) realiza sus actividades a través de contratistas independientes (como lo fue PROESAC), son estos últimos los empleadores, y corresponde a estos últimos realizar el respectivo pago; pues la obligación de contribuir "emana de la circunstancia de tener trabajadores de la construcción bajo su mando" y 3) Memorial radicado el día 29 de enero de 2020, con el cual se describió el traslado del concepto 70041 de 2019, mediante el cual se allegó al despacho: i) Concepto 34855 DE 2018 emitido el SENA; ii) Concepto 21686 DE 2019 emitido por el SENA y iii) Sentencia Nº 2849 de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - SECCIÓN PRIMERA; que sustentan que en efecto, PROESAC como contratista se encontraba obligado al pago de la contribución FIC, en la medida que es este quien debe disponer de la contratación de personal de la construcción a su cargo, de cuya relación laboral se desprende el sustento de la obligación del

contratista/verdadero obligado al pago. Por lo anterior, en el evento en que el contratante o dueño de la obra tenga que realizar el pago por virtud del incumplimiento del contratista, como ocurrió en el presente caso, es evidente que AR CONSTRUCCIONES como dueño de la obra según los presupuestos de la subrogación, tendría el derecho de cobrarle y exigirle el pago a PROESAC.

Incluso desde el comienzo del interrogatorio rendido por el representante legal de PROESAC LTDA, (minuto 18:00 en delante de la grabación de la audiencia), en la audiencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020), aquél mismo reconoce que la sociedad que representa, en efecto es una sociedad cuyo objeto social se circunscribe a las labores de construcción, para lo cual – y específicamente para los contratos celebrados con AR CONSTRUCCIONES S.A.S. – realiza la contratación de un buen número de personas (entre 60 y 70 para cada obra, tal y como lo manifiesta a minuto 16:30 de la grabación de la audiencia), y mano de obra, para la ejecución de sus obras, y para el cumplimiento de los contratos que suscribe. Por lo tanto, existe convencimiento no solo para el representante legal de PROESAC LTDA., sino también para este Despacho, que por virtud de su objeto social y del ramo de la actividad económica a la que se dedica, se establece a su cargo el cumplimiento de la obligación de realizar los aportes al FIC administrado por el SENA.

Lo anterior es reforzado por la Cámara Colombiana de la Construcción (concepto obrante a folio 48-52 del cuaderno No.2 del expediente), la cual establece, respecto del aporte al FIC que *“la obligación de contribuir emana de la circunstancia de tener trabajadores de la construcción bajo su mando, es decir, que si los trabajadores se encuentran bajo la nómina del contratista independiente, es a aquel a quien le corresponde el pago de la contribución y no al dueño de la obra, pues es dicho contratista quien ostente la calidad de empleador respecto de sus trabajadores y por consiguiente, es quien se encuentra obligado a cumplir con el pago de los referidos aportes, al igual que de las demás obligaciones derivadas de dicha obligación laboral”*. Por lo tanto, no cabe duda de que en efecto, esa obligación, que **fue pactada contractualmente y aceptada por la demandante y demandada en reconvencción, se configuró exclusivamente a su nombre, así la misma parte pretenda ahora desconocer los efectos contractuales de dicha cláusula.**

De conformidad con lo anterior, no existe duda sobre la verdadera sujeción o titularidad pasiva de la obligación contractual y legal de realizar los aportes al FIC del SENA, respecto de **sus propios empleados**, que para el caso concreto, se sitúa exclusivamente en cabeza de PROESAC LTDA., y que por virtud de su incumplimiento, mi representada ha tenido, sin obligación alguna, la necesidad de realizar tales aportes y así evitar una posible sanción por el SENA, y por lo tanto, ha ejercido legítimamente la facultad de retener ciertos dineros a título de garantía para el cumplimiento de esa obligación. Lo anterior, se reafirma con la respuesta del SENA del 10 de octubre de 2017, a un derecho de petición radicado el 27 de septiembre de 2017 (obrante a folios 29 a 33 del expediente),

en donde la misma entidad, en su calidad de administradora del FIC, certificó el pago realizado por parte de mi poderdante AR CONSTRUCCIONES S.A.S. por la contribución FIC en nombre de PROESAC, en vista del incumplimiento de este último respecto de dicho pago.

En efecto, y según lo reconocido por el H. Juez de primera instancia, por virtud del artículo 1579 del Código Civil AR CONSTRUCCIONES, al realizar el pago de los aportes FIC a que estaba obligado PROESAC, se subrogó en la acción del acreedor, es decir, del SENA, con lo cual al realizar el pago de una obligación contractual que no le correspondía, tiene ahora todo el derecho de garantizarse el pago de la misma por parte de quien es el verdadero deudor de dicho aporte al FIC administrado por el SENA, quien es PROESAC LTDA.

Precisamente, el error interpretativo del H. Juez de primera instancia radicó en que – a pesar de haber reconocido la existencia de la obligación legal en cabeza de PROESAC de realizar el aporte FIC-, desconoció que dicha obligación también era de naturaleza contractual, pese a que los contratos establecían que es obligación del CONTRATISTA ***"i) pagar por su cuenta todos los salarios de mano de obra, prestaciones sociales del sistema de seguridad social integral (ARP, EPS, AFP), subsidio familiar, Sena, ICBF, etc., en su calidad de empleador y/o trabajador independiente según el caso, así como las demás prestaciones laborales exigidas por la ley"***; y bajo este supuesto negó las pretensiones de AR, las cuales, como se ha señalado anteriormente, tienen suficiente sustento fáctico y jurídico para prosperar.

Con el desconocimiento de los efectos de la cláusula de las obligaciones del contratista en lo referente a la obligación de pago al SENA – por el hecho de PROESAC mencionar que dentro de los pagos SENA que se pactaron no se encuentra el referido pago al FIC – , el honorable Juez de primera instancia olvidó lo establecido en el artículo 1620 del Código Civil, que en materia de interpretación contractual establece que *"el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno"*. Por lo tanto, debe afirmarse también que, atendiendo justamente a dicho criterio teleológico de interpretación contractual contenido en el artículo 1618 del Código Civil – según el cual conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras - la intención evidente de las partes al momento de suscribir y celebrar cada uno de los contratos era que el contratista estaba obligado a realizar dichas contribuciones.

Así, es esa la interpretación que H. Magistrado deberá darle a dicha cláusula, por el hecho de que en ese sentido la misma produce todos los efectos que teleológicamente estaba llamada a producir, y por lo tanto, el sentido en el que produce efectos, como se está esbozando en estas alegaciones, es la interpretación que debe preferirse por este Despacho.

Igualmente, no debe olvidar la actora inicial que, de acuerdo con el artículo 1603 del Código Civil *"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". Por lo tanto, de acuerdo con la imperiosa necesidad de ejecutar los contratos de buena fe, el demandante y demandado en reconvencción ha olvidado que dentro de los elementos de la naturaleza de este tipo de contratos de obra que fueron suscritos con mi prohilada, y de manera adicional, dentro de los elementos de la naturaleza de los contratos de trabajo suscritos con su personal de obra, se encuentra justamente el cumplimiento de este tipo de obligaciones, en la medida en que en efecto, la satisfacci3n de tal pago es un gravamen que se encuentra en cabeza del contratista constructor, y verdadero de empleador de aquellos por virtud de los cuales surge el cumplimiento de la obligaci3n.

Quedando clara la obligaci3n en cabeza de PROESAC, resta entonces realizar el juicio de responsabilidad en el que queda clara la conducta culposa, que gener3 un da1o claro, cierto y resarcible a mi representada y que existi3 un nexo de causalidad:

(i) Existi3 un incumplimiento por parte de PROESAC, de sus obligaciones principales del contrato, que se evidencia por ejemplo, con la liquidaci3n del 25 de enero de 2017 emitida por el SENA cobrando el FIC impago (obrante a folios 9 a 13 del cuaderno 2 del expediente), y tambi3n a trav3s de la respuesta del SENA del 10 de octubre de 2017 a un derecho de petici3n del 27 de septiembre de 2017, en el que certifica que PROESAC no realiz3 el pago del FIC que estaba a su cargo y que por lo tanto fue mi representada quien tuvo que satisfacer dicho aporte.

Debe afirmarse adem3s que la obligaci3n de realizar dicho pago, en efecto obedece a una obligaci3n de resultado, por lo cual, en palabras de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 19 de abril de 1993)², en las obligaciones de resultado se exige necesariamente, en cabeza del que ha incumplido, la prueba de una causal de exoneraci3n, tal como un caso fortuito, una fuerza mayor, un hecho de un tercero o una causa extra1a, entre otras, para que en efecto se pueda liberar de su responsabilidad. Sin embargo, debe afirmarse para el caso concreto, que la presunci3n de culpa en cabeza de PROESAC en ning3n momento fue controvertida o desestimada, y por tal raz3n, el fundamento de la culpa sigue arrojando de manera necesaria su responsabilidad.

(ii) En cabeza de mi representada, y por el hecho de haber tenido que realizar el pago de los aportes parafiscales al FIC que fueron requeridos por el SENA por el hecho de que su pago fue incumplido por PROESAC LTDA., que por dem3s se prueba con los recibos de pago obrantes a folios 29 a 33 del cuaderno 2 del

² "si la obligaci3n es de medio all3 se debe probar la culpa del deudor o autor del da1o, mientras que si es de resultado, ella se presume de conformidad con el art3culo 1604 del C3digo Civil" Corte Suprema de Justicia, Sala de Casaci3n Civil. M.P. Pedro Lafont Pianetta. Sentencia del 19 de abril de 1993.

expediente, se generó un perjuicio a AR CONSTRUCCIONES, consolidándose el daño que quedó plenamente demostrado, de conformidad con el pago que tuvo que hacer AR CONSTRUCCIONES S.A.S. y que consta a folios 29 a 33 del cuaderno 2 del expediente.

(iii) Por último, en relación con el nexo de causalidad, es evidente que existe una relación directa de causalidad material entre la conducta omisiva del contratista PROESAC, consistente en la abstención del cumplimiento de sus obligaciones de carácter legal y contractual, y el perjuicio generado en cabeza de AR CONSTRUCCIONES en consideración a las erogaciones patrimoniales como daño emergente, que tuvo que hacer dicha entidad como contratante, para cubrir la falta de pago por parte de PROESAC en el cumplimiento de sus obligaciones de los aportes parafiscales como el FIC, circunstancia que ha quedado demostrada dentro del proceso, como consta con la confesión del representante legal del PROESAC, quien a minuto 39:30 de la audiencia, reconoce que dicha compañía en ningún momento realizó el pago de dicha contribución parafiscal de sus empleados.

Finalmente sobre el particular quiero referirme a lo que en cuanto al cumplimiento contractual ha dicho el honorable profesor y tratadista Fernando Hinestrosa y que a modo de conclusión puede decirse sobre el caso que nos ocupa que:

"Cumplimiento es, pues, el comportamiento del deudor concorde con el tenor de la obligación. Mas, ¿cuál puede decirse que es el tenor de esta? Cuando proviene de negocio jurídico, fácil queda la respuesta pensando en los accidentalia, los naturalia y los essentialia negotia (art. 1501 c.c.), en los efectos finales del negocio jurídico y en la integración del contenido negocial y el influjo de este en 'los efectos' del negocio (arts. 1603 c.c. y 871 [2.ª frase] c.co.)."

(...) Y, no importa cuál sea la fuente, de todas maneras la naturaleza de la prestación precisa el contenido de la conducta del deudor, o sea que, a semejanza de lo dicho a propósito del negocio jurídico, cuyos efectos resultan de lo estipulado expresamente, más aquello que a falta de estipulación se integra al contenido negocial por costumbre o por ley o por equidad (arts. 1603 c.c. y 871 c.co.), en el caso de las obligaciones puede sostenerse que la conducta exigida y exigible del deudor es la resultante del "tenor de la obligación" complementado con lo que corresponda a la naturaleza de la prestación en ley y en buen sentido."³

³ Hinestrosa. F., "Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones", 2019, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia.

Es decir, no se puede manifestar que existe un incumplimiento por parte de PROESAC LTDA en el hecho de no realizar los pagos correspondientes a los que estaba obligado por concepto de FIC y a su vez indicar que aquella obligación era únicamente para con el SENA, pues esta obligación de realizar los pagos tiene como fuente la contratación de personal propio para el sector de la construcción a fin de cumplir con los contratos suscritos con mi representada como ya se expuso en la primera parte de este escrito y en el recurso de apelación. Pues al ser una obligación que emana de la Ley y que además de ello ha sido pactada de forma voluntaria por los contratantes la naturaleza de la prestación debida hace esperar un cumplimiento total de las obligaciones pactadas, conllevando así un incumplimiento contractual en caso de no atenerse a dichas disposiciones.

Por lo anterior, este H. Magistrado deberá revocar los numerales SEGUNDO y parcialmente el TERCERO del resuelve de la sentencia de primera instancia, y proceder a declarar que PROESAC LTDA es responsable, no solo legal, sino contractualmente por el no pago de la contribución para la Formación Profesional de la Industria de la Construcción – FIC – obligación pactada en los contratos de obra⁴, y como consecuencia de dicho incumplimiento, se condene a PROESAC LTDA a pagar las sumas equivalente a la contribución FIC a su cargo que AR pagó al SENA; así como a las sumas correspondientes a la cláusula penal pactada en dichos contratos, correspondiente al 30% del valor total de cada uno de ellos.

2.2. Ausencia de los presupuestos para declarar el abuso del derecho.

Como ha sido este el argumento principal por parte de la demandante y demandada en reconvención PROESAC LTDA., y la razón de su recurso de apelación nos referiremos sobre este punto manifestando, en primera medida, que nos encontramos de acuerdo con la decisión del a quo de encontrar como probada esta excepción de oficio, de las cuales se deriva la aplicación al caso concreto de las excepciones de compensación y legitimidad del derecho de retención.

El abuso del derecho es una figura jurídica consistente en la limitación que tiene una persona natural o jurídica al momento de ejercer sus derechos, para que

⁴ Normalmente la cláusula décima o décima segunda de los contratos:

“d) Suministrar y manejar a su arbitrio y bajo su absoluta responsabilidad la cantidad de personal idóneo y necesario para que cada actividad contratada se ejecute termine y entregue dentro de los plazos del contrato y cumpliendo con la programación contratada”

(...)

“i) **Pagar por su cuenta todos los salarios de mano de obra, prestaciones sociales del sistema de seguridad social integral (ARP, EPS y AFP), subsidio familiar, sena, ICBF etc., en su calidad de empleador y/o trabajador independiente según el caso, así como las demás prestaciones laborales exigidas por la ley”.**

con este ejercicio formalmente válido, no genere perjuicio a los derechos de los demás, de lo contrario se genera responsabilidad. La exigencia de no abusar del derecho es en sí misma un límite a la autonomía de la voluntad contractual y la libertad privada y exige de la persona un ejercicio correcto de sus derechos. En consecuencia, en caso de existir un abuso del derecho, la persona lesionada puede reclamar la responsabilidad del sujeto que realizó un uso inadecuado de sus derechos.

Ha expresado además la H. Corte Constitucional que *"El abuso del derecho se configura cuando se fractura la relación finalística que hay entre (i) la dimensión particular del derecho subjetivo y (ii) la proyección social con la que aquel se ha previsto. Se trata por lo general de situaciones en las que, en aplicación de una disposición normativa que desarrolla un derecho subjetivo, éste se desvía y logra un alcance más allá de sí mismo. Usualmente se advierte en escenarios judiciales cuando genera una lesión a un interés ajeno, no contemplada por el ordenamiento y, en esa medida, ilegítima."*⁵

El abuso del derecho "se caracteriza entonces fundamentalmente por la existencia, ab initio, de una acción permitida por una regla, sólo que, por contrariar algún principio de trascendental connotación social, como la moralidad del acto, la buena fe y otros semejantes, termina convirtiéndose en una conducta del todo injustificada y, por contera, constitutiva de un perjuicio".⁶ Tal como lo decidió el Honorable Juez (mins. 17:50 – 19:50), en el presente proceso no se configuraron requisitos necesarios para declarar la existencia del abuso del derecho, pues sus elementos no se subsumen de la situación creada a partir de lo acordado en virtud de la cláusula tercera, parágrafo tercero de los contratos; pues AR CONSTRUCCIONES no ejerció la retención "con una intención de dañar, o con fin ilícito o inmoral ni con algún malsano proceder, como para propiciar ningún desequilibrio económico del contrato, su formación, su ejecución o luego de este, ni tampoco que se haya excedido anormalmente, dolosa o culposamente"; por el contrario, lo que pretendió siempre fue que PROESAC LTDA honrara su obligación contractual y legal de pagar el valor correspondiente al aporte del FIC.

Al existir prueba en los documentos contractuales sobre la existencia de la obligación, surge de forma evidente que fue totalmente legítimo que AR CONSTRUCCIONES S.A.S. retuviera los dineros destinados a cubrir la obligación en cabeza de la demandante inicial.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrada Sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO. Bogotá, D.C, 12 de octubre de 2017, Rad SU637 de 2017.

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE. Bogotá, D. C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil diez (2010). REF.: 11001- 3103-027-2005-00590-01

Siendo PROESAC LTDA quien pretendía el pago de perjuicios, estaba ésta en la obligación de demostrar que mi representada se extralimitó en el ejercicio de sus derechos legítimos y por conducto de esta, logró un alcance mas allá de si mismo, es decir que buscó un fin teleológico diferente al que inicialmente fue concebido contractualmente, que en el caso del derecho de retención no es más que garantizar el cumplimiento en la totalidad de las obligaciones de la contraparte. Este alcance extralimitado es el que configuraría un abuso del derecho, de acuerdo con el análisis que ha realizado la Corte Constitucional y por lo tanto es el análisis sobre el cual el H. Magistrado debe centrarse para encontrar como inexistente tal abuso.

Bajo este análisis, debe tenerse en cuenta además que en el marco de los contratos de obra, con la retegarantía, se busca por las partes garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas en virtud del contrato por parte del contratista. Esto quiere decir que hasta no encontrarse a satisfacción con el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratante no hay lugar a la devolución de estos dineros depositados o retenidos en garantía. Esto aplicado al caso que nos compete y como se observó en los documentos que obran en el expediente, en el lapso en el que se verificaban los cumplimientos de las obligaciones correspondientes, mi representada fue objeto de un requerimiento por parte del SENA para realizar el pago de la obligación del FIC, que en todo caso era única y exclusivamente responsabilidad de PROESAC LTDA. Pero que sin embargo, a fin de evitar mayores perjuicios, se subrogó en el pago de estas sumas y producto de ello realizó los pagos correspondientes al dicho aporte en incluso una cantidad muy superior a los valores que se estimaron por concepto de retegarantía.

Siendo esto de esa manera, mi representada no desvió la intención o finalidad de su derecho legítimo de retención, no existió un alcance más allá de si mismo del que ya se ha manifestado. Pues la retenciones se realizaron de forma justificada, previendo situaciones obligacionales como las que de hecho ocurrieron. Pues a modo de discusión, señor Magistrado, piénsese ¿qué hubiese ocurrido si mi representada hubiere devuelto los dineros en calidad de retegarantía a PROESAC y no hubiese sido posible garantizar el pago de contribuciones parafiscales al SENA? El perjuicio no solo habría sido para AR CONSTRUCCIONES como acreedora en el cumplimiento contractual, sino para el Estado Colombiano, pues el hecho que mi representada haya realizado los pagos que por obligación le correspondían a PROESAC, le permitió al SENA obtener dineros que en otro caso tendrían que haberse cobrado efectivamente a PROESAC.

Es por ello que hace bien el señor Juez de primera instancia al analizar los presupuestos básicos para que se de un abuso del derecho y no encontrarlos aplicables en el caso sub examine. Pues no hay tal, y siendo este por completo el argumento por el cual PROESAC encamina sus peticiones y recurso de apelación, no hay lugar a que mi representada sea condenada por ninguna de las solicitudes hechas en el escrito de demanda. Tal y como falló el Juez de primera instancia, debiéndose proceder a **confirmar la decisión primera** del referido fallo, y con respecto a los numerales segundo y tercero (parcialmente) revocarse la decisión por lo expresado en el presente memorial de alegatos, para que en su lugar, se condene a PROESAC al pago de las sumas pretendidas en la demanda de reconvenición por concepto de daño emergente y por el pago de la cláusula penal de conformidad con las pretensiones allí estipuladas.

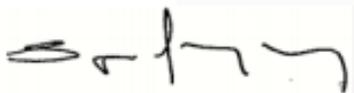
III. PETICIÓN

Por las razones expuestas anteriormente, respetuosamente solicito al Despacho se sirva revocar parcialmente, es decir, únicamente los numerales dos a plenitud, y tercero de forma parcial en lo que respecta a las pretensiones de mi representada del resuelve de la sentencia emitida por el señor juez 25 Civil del Circuito de Bogotá el día veintisiete (27) de julio de 2020, en los términos expuesto en el presente memorial.

IV. NOTIFICACIONES

El suscrito apoderado recibirá notificaciones al correo sergiofajardo@lfalegal.com.

Del señor Juez,



SERGIO FAJARDO MALDONADO.
C.C. 80.424.207
T.P.A. 89.218 del C.S. de la J.

Bogotá D.C.

Señor.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

Magistrado Ponente:

RICARDO ACOSTA BUITRAGO.

REF: 2019 – 201401

ASUNTO: SUSTENTACIÓN – RECURSO DE APELACIÓN.

JUGADO DE ORIGEN: 25 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ.

JOSÉ HENRY OROZCO MARTINEZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 84.457.923 de la ciudad de Santa Marta, abogado en ejercicio portador de la tarjeta profesional número 193.982, quien actúa para la presente, en condición de apoderado judicial de la parte activa, señor **MANUEL OCTAVIO MOSCOTE**, por medio de la presente me permito sustentar el recurso de apelación de la siguiente forma:

Gracias su señoría, presento los alegatos de conclusión al fallo de primera instancia, emanado por parte del Juzgado 25 Civil del Circuito, por medio del cual dentro del proceso con radicado número 2019 – 214, despachó desfavorablemente las pretensiones incoadas por el suscrito en la acción y a contrario sensu, este extremo procesal, pretende que su honorable despacho, revoque el fallo de instancia y con ello, acceda a nuestras pretensiones, como quiera que este extremo procesal considera que el Juez de primera instancia no tuvo en cuenta la situación fáctica especial y con ello no aplicó los postulados legales y jurisprudenciales por los que debía acceder a nuestras suplicas en la acción.

Lo anterior de la siguiente forma.

De conformidad como quedó fijado el litigio e audiencia anterior y en atención a lo expuesto por la parte demanda en contestación de demanda, en las excepciones de fondo y en el interrogatorio de parte surtido por la señora CALROLINA ESPAÑOL, lo que se derivó en hechos y circunstancias confesadas, quedó probado en el presente proceso lo siguiente:

Frente al hecho número (1) de la demanda a pesar que en la contestación de

demanda manifiesta que no es cierto, su señoría al revisar el contenido o más bien los fundamentos por los que justificó que no era cierto lo expuesto por este extremo procesal en el hecho en mención da cuenta que como primera medida, no manifestó ninguna situación factica o aportó alguna prueba que diera cuenta que la relación sentimental que sostuvo mi prohijado con la señora ESPAÑOL en torno a la convivencia bajo el mismo techo y lecho haya sido por un periodo superior al año y seis meses expuesto de nuestra parte; al contrario en la contestación del hecho en el parrafo segundo manifiesta textualmente lo siguiente “los correos electrónicos aportados como prueba por el demandante, mi mandante acepta como prueba en su totalidad”, acto seguido transcribe algunos correos los cuales dan cuenta que solo hasta ese momento fue que las partes determinaron intentar tener una convivencia bajo el mismo techo y lecho. Así las cosas, cualquier manifestación posterior que pretenda la parte demandada esbozar frente al tiempo de duración de la convivencia, sería temeraria a vida cuenta que en la contestación al no desplegar una actividad probatoria o al menos una manifestación contraria al tiempo de convivencia sería un YERRO como quiera que tal situación plasmada en el hecho salió del debate probatorio.

Por otra parte su señoría y para de mi parte dejar sentado lo expuesto de marras, la parte demandada en las excepciones de fondo que formuló denominó la primera como EXISTENCIA DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO, sin embargo su señoría al revisar el contenido de la misma, se evidencia que la parte demandada tiene una confusión entre que es una relación sentimental y cuando esta adquiere la connotación o cuando la misma se puede derivar en una unión marital de hecho, como quiera que en el primer parrafo expone que la relación sentimental duró más de 18 meses, lo cual nunca fue negado por este extremo procesal, sin embargo no aporta al menos una prueba que de cuenta que la convivencia bajo el mismo techo y lecho fue superior al alrededor del año y cuatro meses que convivieron juntos en el mismo apartamento y acto seguido transcribe el artículo 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 y en especial redacta que la unión marital de hecho siempre se debe declarar judicialmente y que para que exista debe haber una convivencia bajo el mismo techo y lecho no inferior a dos años, en tal sentido si se partiera del caso hipotetico que el presente caso se configuraron los mandatos de ley para la misma y al ser la demandada la interesada en eso, debió tal y como lo Ley lo determina incoar las acciones pertinentes para la declaración durante el año siguiente a la termanación de la convivencia, lo cual una vez más brilló por su ausencia, lo que da cuenta una vez más de la falta de tecnicismo en lo jurídico por la parte demandada, sin contar con la falsedad en interrogatorio en la que incurrió la demandada cuándo inicialmente manifiesta que cada uno vivía con sus padres, lo cual se corrobora en los escritos de la apoderada y luego esboza que desde el 2015, vivían juntos.

Por otra parte su señoría frente a los hechos del segundo hasta el décimo quinto, fueron confesados como ciertos por la parte demandada, por lo que queda

probado que mi poderdante aportó a la sociedad patrimonial de hecho la suma de ciento setenta millones de pesos, más los electrodomestios que se aportaron con facturas por los medios expuestos en la demanda, más que la razón por la que fue excluido de la promesa de compraventa, fue por estricta recomendación del fondo nacional de ahorro tal y como lo confesó en los hechos la parte demandada, el cual inicialmente fue negado ante su señoría por la señora ESPAÑOL y luego cuando el suscrito le efectuó la pregunta con base lo expuesto en contestación de demanda, reconoció que faltó a la verdad en su interrogatorio bajo gravedad de juramento, por lo que ruego a su señoría si así lo considera compulse copias ante la Fiscalía General de la Nación, para con ello generar un precedente frente al respeto que se debe tener ante el sistema de justicia en general, máxime que siempre intentó de forma habil no dar respuesta de fondo a cada pregunta que su señoría le formuló y contrario sensu de no ser porque la llamó en más de una oportunidad al orden no se hubiera dislumbrado todas las contradicciones en el interrogatorio.

Así mismo, su señoría manifiesto que todas y cada una de las pruebas aportadas por este extremo procesal no fueron tachadas de falsa por la parte demandada, además que tal y como lo indiqué anteriormente, las mismas fueron aceptadas y además que el interrogatorio surtido ante su despacho por el señor MOSCOTE da cuenta de la ratificación y la coherencia con lo expuesto en al demanda, además que en últimas existe confesión por la parte demandada frente a lo expuesto por este extremo procesal.

Ahora bien frente al punto que según la parte demandada los ciento setenta millones de pesos, más los electrodomesticos aportados por mi prohijado para la sociedad patrimonial de hecho fue un regalo lo cual lo resalta en mayuscula, además su señoría de ser más que evidente que nadie regala a otra persona una suma en dinero de tal magnitud, máxime cuando es padre de hijos menores, lo que se deprecia incluso en un detrimento no solo para el señor MOSCOTE sino para ellos.

Su señoría al efectuar un ejercicio hipotetico frente al cual el señor MOSCOTE le regaló ciento setenta millones de pesos, más los electródometicos a la señora ESPAÑOL, al analizar cual sería la figura jurídica para tal situación y si frente a la misma existe o no la obligación de solemnidades para la legalidad o existencia de la misma, encontramos que se ajusta a la figura de la donación, al respecto: El título 13 del Código Civil Colombiano establece lo concerniente a las donaciones entre vivos, para lo cual el

ARTICULO 1458. <AUTORIZACION DE DONACIONES EN RAZON AL MONTO>. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Decreto 1712 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Corresponde al notario autorizar mediante escritura pública las donaciones cuyo valor excedan la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, siempre que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal.

Las donaciones cuyo valor sea igual o inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, no requieren insinuación.

De lo anterior se colige que además de no ser cierto ese supuesto regalo, tal y como quedó probado a lo largo de la presente audiencia, para el año 2018, 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes da un total de \$ 39.062.100.000, para el 2019 \$ 41.405.800.000 y para el 2020 \$ 43.890.100.000, de lo que se colige que desde el punto de vista normativo ese supuesto regalo que quedó en un simple manifestación sin ningún tipo de prueba, no sería procedente tal y como lo exige la norma, lo único que queda claro es que existe un detrimento patrimonial de mi poderdante frente a lo entregado a la señora ESPAÑOL la cual es renuente en evadir el pago de lo aportado por mi poderdante, además que las pruebas en cabeza de terceros dan cuenta de la participación en la negociación de mi poderdante en las que se evidencia su nombre, más que quedó sentado incluso de dónde octuvo los recursos y como los aportó.

Con fundamento en los argumentos facticos, jurisprudencias y juridicos, expuestos en la la demanda y en el curso del proceso, ruego a su señoría revoque el fallo de primera instancia y en su lugar acceda a nuestras pretensiones.

Cordialmente;



JOSÉ HENRY OROZCO MARTINEZ.
C.C. N. 84457923 de Santa Marta.
TP. 193.982 C.S.J

BOGOTÁ, 12 de AGOSTO de 2.020.

Honorable

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA -SALA CIVIL-
MP. GERMAN VALENZUELA VALBUENA**

E. S. D.

**REF: RECURSO DE SÚPLICA CONTRA EL AUTO CALENDADO 5 DE NOVIEMBRE
DE 2020**

PROCESO: ORDINARIO RESPONSABILIDAD CIVIL

RADICADO: 2007 - 134

DEMANDANTES: FABIO MEIJA LONDOÑO

DEMANDADOS: CESAR FAUSTO HUERTAS Y OTROS

NÉSTOR EDUARDO GÓMEZ CHACÓN, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado judicial del **Dr. CÉSAR FAUSTO HUERTAS**, y **ANA MARIA FUENTES TORRES**, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderada judicial del **Dr. LUIS CARLOS HERNANDEZ** por medio del presente memorial, procedemos a interponer recurso de SÚPLICA contra el auto fechado del 5 de noviembre de 2020 por medio del cual se decretó nulidad en el proceso de la referencia, de acuerdo con las siguientes:

CONSIDERACIONES

1. Procedencia del recurso de súplica.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 331 del Código General del Proceso “El recurso de súplica procede **contra los autos que por su naturaleza serían apelables**, dictados por el Magistrado sustanciador en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto.” Negrilla intencional

Así mismo el numeral 6 del artículo 321 de la normatividad citada señala que es apelable el auto que “niegue el trámite de una nulidad procesal y **el que la resuelva**” Negrilla intencional

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta que el auto objeto de reproche procedió a declarar la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia, no cabe duda de la procedencia del presente recurso de súplica.

2. Sobre la nulidad declarada en el proceso de la referencia.

Señala el auto objeto del recurso, que en el presente asunto se configuró nulidad procesal en la medida en que no se materializó debidamente la notificación del agente liquidador de Salucoop EPS en la medida en que no existe correspondencia

entre la dirección de notificación donde fue enviado y entregado el citatorio y el de la posterior entrega del aviso.

Sobre la nulidad por indebida notificación, cabe resaltar que el artículo 137 del Código General del Proceso es claro en señalar que “en cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. **Cuando se originen en las causales 4 y 8¹ del artículo 133 el auto se le notificará al afectado** de conformidad con las reglas generales previstas en los artículos 291 y 292. Si dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario el juez la declarará.”

Por lo anterior, es que debe revocarse el auto calendado del 5 de noviembre de 2020, en la medida en que en la declaratoria de nulidad se omitió el cumplimiento de una condición previa a su pronunciamiento cual es, en términos del artículo 137 citado, la puesta en conocimiento de la parte afectada a fin de que comparezca al proceso para alegarla o guardar silencio, posible declararla únicamente en caso de que el afectado la alega dentro de los 3 días siguientes a la puesta en conocimiento.

Ahora, debe destacarse que en el proceso de la referencia se ha alegado una nulidad por parte del apoderado de la parte demandante, pero esta parte claramente no es quien se ha visto presuntamente afectada por la nulidad declarada por el Tribunal, por lo que en nada cambia este hecho el razonamiento expuesto en el presente memorial con respecto a la imposibilidad de declarar la nulidad sin surtir el procedimiento previsto en el artículo 137 citado.

Finalmente el código general del proceso es aplicable por el estado en él se encuentra el proceso. De conformidad con lo anterior se elevan las siguientes:

SOLICITUDES

1. **REVOCAR** el auto calendado 5 de noviembre de 2020 por medio del cual se declaró la nulidad dentro del proceso de la referencia.
2. Surtir el proceso previsto en el artículo 137 del Código General del Proceso, y en consecuencia, poner en conocimiento del agente liquidador de

¹ 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

SaludCoop la nulidad encontrada por el Tribunal a fin de que se pronuncie o guarde silencio con los efectos procesales considerados en la norma.

Atentamente



NÉSTOR EDUARDO GÓMEZ CHACÓN
C.C. No. 91.542.117 de Bucaramanga
T.P. No. 200.801 del C. S. de la J.



ANA MARIA FUENTES TORRES
C.C. 60.446.494 de Cúcuta
T.P. No. 183.775

Bogotá, 4 de noviembre de 2020

Doctora

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

Honorable Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

SALA CIVIL

E.

S.

D.

Ref.: Proceso Verbal (Declarativo) No.11001310304020190007001
LABORATORIOS MARIA SALOME S.A.S. Vs. TSO S.A.S.

Conocido en autos como apoderado de la parte demandada en el proceso de la referencia; dentro del término consagrado por el Art.14 del Dec.806/2.020 en consonancia con lo dispuesto por el Art.322 C.G.P., concurre ante su digno Despacho, para sustentar en debida forma el RECURSO DE APELACION que fuera admitido mediante auto adiado el 19 de octubre retro próximo.

Por adquirir relevancia jurídica y para evitar su innecesaria reproducción por obrar en el plenario; ruego a su señoría tener en cuenta mis alegatos de conclusión expuestos en audiencia en la primera instancia (sin ser analizados en toda su extensión previo a fallar; así como el escrito que sustentó el recurso de alzada y que fuera radicado ante el a quo.

La impugnación va dirigida para que la Sala Civil del Honorable Tribunal Superior de Bogotá y bajo su ponencia; revoque la decisión adoptada en primera instancia y en su defecto, se absuelva a mi representada de las pretensiones de la demanda.

Como se observa de la actuación procesal, el libelo de demanda que promueve la acción; se concreta en la **"INDEMNIZACION DE PERJUICIOS"** (es lo pedido y así se admitió).

A contrario sensu, la sentencia impugnada se extralimita y decide en forma Ultra Petita; apartándose de lo pedido, incurriendo en error judicial, como se observa a continuación:

Ultra Petita es una locución latina que significa literalmente "más allá de lo pedido". Se utiliza en derecho para señalar la situación en la que una resolución judicial concede más de lo pedido por una de las partes. Tiene su origen en el derecho romano y se resume en el brocardo *sententia debet esse conformis libello* (literalmente "la sentencia debe ser conforme a la

demanda"). El principio de congruencia, es uno de los elementos del **principio dispositivo**; prohíbe al juez expedirse a favor o en contra de otras personas distintas de las **partes** (las personas de la acción), conceder o negar algo distinto a lo solicitado por las partes (el *petitum* de la acción) o reemplazar el derecho invocado por las partes (la *causa petendi* de la acción) por otro diferente. Estos elementos de la acción son los que delimitan el *thema decidendum*, el ámbito dentro del cual el juez puede pronunciarse, y la consiguiente ilegalidad de una decisión judicial que otorgara más de lo pedido (ultra petición) o algo diferente a lo pedido (extra-petición).

En efecto, la providencia atacada debía haber centrado su atención en lo pedido, esto es, en la acción indemnizatoria (nada más) y no centrarse a declarar **"INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL"** contenido en el contrato de compraventa; como lo hace desde el inicio de sus consideraciones y arribando a su parte resolutive.

El Art.870 C. de Co., citado en la providencia, señala: "En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios (Art.1546 C.C.).

El error jurídico en la redacción de la demanda, lo corrige la señora Juez en su providencia. La demanda se concreta en la acción INDEMNIZATORIA; más no en la **"resolución"** del negocio jurídico (Sentencia del 9 de junio de 2015 M.P. Dr. Alvaro García en el expediente #234); para nada se concreta en la **adicional o consecencial acción INDEMNIZATORIA ("Pretensión Declarativa y repetida como condenatoria")**.

En lo que respecta a la INDEMNIZACION DE PERJUICIOS impetrada en la demanda como pretensión única y principal; es importante tener en cuenta el **JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS** que exige el **Art.206 C.G.P.**, al revisar el libelo de demanda, el mismo carece de este requisito sin e qua non; se limita a copiar la norma, pero no hace el juramento que señala la ley.

Oportunamente, con la contestación de la demanda, OBJETE su estimación, para lo cual ruego a su señoría tenerla como parte integral de estos alegatos; objeción que no cuenta con réplica ni petición de pruebas dentro del traslado y sin que en la sentencia atacada haya habido pronunciamiento alguno, pero si para condenar en la devolución del precio pagado como consecuencia de declarar un incumplimiento en cabeza de la demandada, sin estar pedido en la demanda.

Al respecto, la sentencia atacada se aparta de lo dispuesto por el Art.36 del Dec.3466 de 1.982; el cual determina que, se hará por la vías del proceso verbal contenido en el hoy C.G.P. **y cuya competencia corresponde a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO de acuerdo con el Art.145 literal b) de la Ley 446 de 1998 y Art.24 C.G.P.**, para ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección del consumidor, o

las contractuales si ellas resultan más amplias. Oportunamente en los alegatos de conclusión lo advertí, sin eco en el fallo atacado.

Ahora bien, avanzando con el análisis procesal, tenemos que el medio exceptivo propuesto por la parte pasiva; ataca su declaratoria, toda vez que el incumplimiento fallado a cargo de la demandada, es atribuible exclusivamente a la demandante; por cuanto ésta no dio estricto cumplimiento a las instrucciones emanadas del proveedor para el buen funcionamiento y mantenimiento del equipo en la forma como lo indica el catálogo y su manual de operación; documentos entregados a la compradora, para su imperiosa observancia y cumplimiento de los deberes que le impone el Art.3 de la Ley 1480 de 2011 (estatuto del consumidor). Las características del equipo que se encuentran allí descritas y su permanente funcionamiento para el cual fue diseñado, de alta precisión (en punto su temperatura y velocidad); depende de la adecuada instalación (entre otras, piso nivelado), utilización por operario capacitado, el suministro del papel con las características propias de la máquina y el buen mantenimiento del producto. A contrario sensu, si el equipo dada su alta precisión sufre de un mal manejo (operarios), se alimenta con materias primas no adecuadas (fluidez del material) o no se le da el mantenimiento debido; debe presentar fallas porque no está diseñada para este comportamiento, es decir para un mal uso.

La accionante no probó que, en la puesta en funcionamiento de la máquina, hubiese observado estrictamente las instrucciones y consideraciones que exige el manual de operación; dadas las características y especificaciones del equipo. La demandante no aportó la bitácora que demuestre quien operó la máquina y que mantenimiento se le hizo al equipo.

Como se dijo en la réplica de la demanda, la máquina Sacheteadora tal como fue diseñada y fabricada la **ENTREGÓ** la vendedora en las instalaciones de la compradora el 19 de mayo de 2.014 dentro del término, especificaciones y condiciones establecidas en la Oferta No.ER-030-14-04inox del 15 de abril de 2.014 (es decir dentro de las 5 semanas siguientes -se acordaron 12 semanas-), la Orden de Compra No.8473 del 19 de mayo de 2.014 y acorde con las especificaciones determinadas en el catálogo, manual de operación y planos y la puso en funcionamiento; tal como lo indican los documentos aportados en debida forma al proceso y después de una serie de pruebas y acondicionamientos; tal como lo determina el Num.3 del Art.923 C. de Co.; todo lo cual hace que no se presente mora por parte de la demandada. En ninguno de estos documentos, se demuestra un incumplimiento por la vendedora.

Para poner en funcionamiento el equipo; la compradora debía aportar el papel con las características exigidas, materia prima que tardó 60 días en el suministro, por lo cual se generó mora en entrar en funcionamiento. Una vez recibida la materia prima (papel) para operar en las instalaciones de la compradora; se realizaron las debidas pruebas y ajustes, adicionalmente se colocaron unos accesorios acordes con las

necesidades y exigencias del Laboratorio María Salomé; proceso de alistamiento que concluyó el 4 de agosto de 2015, conforme al email (ver) del Ing. Técnico de la compradora John Jairo Mazo Rico, quien certifica que una vez se instala de nuevo la figura No.2: "**Cumpliendo con lo esperado**". Frase esta que debe entenderse como el recibido a satisfacción de la máquina, formalizando la entrega y, por ende, constituyéndose en el punto de partida de la **garantía** de los 12 meses acordados en la Orden de Compra.

La providencia atacada no lo entiende de esta forma, le da una interpretación distinta, indicando que la conformidad es de la pieza No.2 y no de la máquina propiamente dicha. Sea como se interprete, debe considerarse que si la compradora procede a continuación con el pago del saldo del precio acordado en la Orden de Compra (realizado el 4 de septiembre de 2.015, previo los descuentos por gastos que debía asumir la vendedora), significa que sí pagó el saldo y realizó el descuento de sumas de dinero a cargo de la aquí demandada en cuantía de \$2'874.451 -último que descontaría dicho por "Director Técnico de la demandante John Jairo Mazo Rico" el 7 de septiembre de 2015 -ver correo electrónico.- (es el técnico autorizado por la compradora, tal como lo afirmó en audiencia la representante legal de la demandante); expresa su conformidad con el recibido del bien comprado y por ende ordenando el pago del saldo debido por el precio acordado. Desviar su atención y tener como versión cierta la de la representante legal de que lo hicieron atendiendo una amabilidad a petición de la vendedora (para pagar al fabricante y el IVA), es un verdadero desacierto; aquí yo diría ***¿por qué tengo que pagar el saldo del precio si no se me han entregado a satisfacción el bien comprado?***

Ahora bien, si la inconformidad del comprador la constituye la **Garantía** que define el Num.5 del estatuto del consumidor como: "Obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas", la que se compone por regla general de las obligaciones de reparación total y gratuita de los defectos del bien (Art.11 Ley 1480/2011), o si se tratare de suspensión o ampliación del plazo de la garantía por estar la compradora privada del uso del producto (Art.9 Ley 1480/2011), o, la exoneración a la vendedora de responsabilidad, por el uso indebido del bien por parte del consumidor y por no atender las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento indicadas en el Manual del producto y de la garantía (Art.16 del estatuto del consumidor); en cuyos casos estaríamos frente a una presunta **violación de los derechos del consumidor, y por ende la "COMPETENCIA" para conocer del asunto es de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, conforme lo determina el Art.24 C.G.P.** y no la justicia ordinaria como aquí ocurre; advertencia que hice oportunamente en los desconocidos alegatos de conclusión.

Adicionalmente, para el cumplimiento del negocio jurídico, la vendedora otorgó caución mediante la Póliza de Seguro de Cumplimiento Particular No.21-45-101136697 expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A.; es así como si se presentare incumplimiento en el negocio jurídico, correspondería a la demandante, haber realizado la debida reclamación ante la aseguradora, acción que no realizó tal como lo indicara la representante legal de la accionante, en audiencia llevada a cabo el 14 de septiembre de 2.020.

En este caso la LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, se vería alterada, por cuanto la demandada por este hecho debe ser SEGUROS DEL ESTADO S.A. y no TSO S.A.S. como aquí aparece. La providencia atacada, desconoce este hecho puesto de presente en los alegatos de conclusión; se limita a decir que la póliza perdió vigencia y que por ello no se tiene en cuenta, contrariando de esta forma la prueba documental no tachada de falsa y prestada para garantizar el CUMPLIMIENTO, que a contrario sensu, aquí se declara "INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL", lo que de ser así, debe entrar a responder es la Aseguradora, quien debe atender la reclamación que debía presentar la demandante y que se abstuvo de realizar por considerar que no hubo incumplimiento (implícito).

DEL DEBATE PROBATORIO

Mediante decreto de pruebas; se ordenó, tener como tales, entre otros:

- a) Documentales. - Las aportadas con la contestación de la demanda relacionadas en los siete numerales que demuestran lo antes afirmado, incluida la Orden de Compra No.8473 del 19 de mayo de 2014; documentos que constituyen plena prueba por no haber sido tachados de falso. Con las mismas se prueba que la máquina sí funcionó, que la utilizaron y que siempre la dejaban funcionando los técnicos de la vendedora; diferente fuera que el operario que ponían en ausencia de la vendedora para funcionar la máquina, no fuese el idóneo para el estricto manejo que requiere por su alta precisión, velocidad y temperatura.
- b) Interrogatorio de parte. - Se citó a la representante legal a la audiencia inicial de que trata el Art.372 C.G.P., audiencia celebrada el 3 de diciembre de 2.019; a la misma no asistió, ni dentro del término otorgado justificó su inasistencia mediante prueba siquiera sumaria (plena prueba sin controvertirse) **-Art.204 C.G.P. - ; lo que hace presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión para la contestación de la demanda y los medios exceptivos propuestos o en su defecto como indicio grave en su contra**
-Confesión presunta- Art.205 C.G.P. En la providencia atacada, brilla por su ausencia el cumplimiento del ordenamiento legal; a contrario sensu, la falladora de primera instancia le da todo el valor probatorio al

interrogatorio absuelto de manera extemporánea como oportunamente lo censuré. De manera arbitraria con el respeto que me merece el a quo, procede de esta forma, yendo en contra vía con los ordenamientos legales; todo lo anterior, muy a pesar que dentro del término otorgado para justificar su inasistencia, presenta es una certificación médica (Santa Lucía) de una cirugía de estética realizada a la representante legal de la demandante, en noviembre del año inmediatamente anterior; es otro **error judicial el tener en cuenta como justificada la ausencia a la audiencia de interrogatorio del 3 de diciembre de 2.019**, con un documento antiguo, fuera de contexto.

- c) Con la demanda se aportó como prueba el dictamen pericial, el que fuera realizado en junio de 2018 (4 años después de entregada la máquina), para el cual impetro aplicar el principio de la inmediatez (6 meses); el que fuera sustentado en audiencia del pasado 14 de septiembre de 2020. Dicho documento no cumple los requisitos exigidos por el Inciso cuarto del Art.226 C.G.P., en especial la acreditación de la idoneidad y experiencia del perito, así como que su opinión de independencia y que corresponde a su real convicción profesional; como tampoco se acompañan los documentos que le sirven de fundamento. De otra parte, la pericia no da las explicaciones que ordena la precitada norma, como tampoco se da estricto cumplimiento a los Nums.3 a 10 de la misma. En el mal llamado experticio, se denota la parcialidad y el afán de favorecer a su contratante; por cuanto centra su atención a criticar el diseño de la máquina, indicando que presenta defectos de fabricación conforme a las normas técnicas (que no identifica, ni precisa), asimismo al dictaminar que la máquina no cumple con los requisitos de la compradora; es una afirmación fuera de contexto, por cuanto fue decisión de la demandante de adquirir el bien que le fuera ofertado con las características propias de este equipo; escapa a su control si suple o no las necesidades de quien la adquirió; de otra parte no es claro por cuanto al ser interrogado, incurre en las siguientes imprecisiones: a) En cuanto al papel requerido por la máquina, no hace claridad si es el mismo que se le puso a su disposición para la puesta en funcionamiento y es el adecuado para este equipo; considerando la precisión de la máquina, sus medidas, velocidad, temperatura, el saché, la fotocelda y la importante dosificación. b) Señala que, **"la máquina no había operado mucho tiempo"** -lo anterior demuestra que si funciona-; allá la compradora si la quiere o la necesita trabajar o por el contrario no la usufructúa. c) Censura las instalaciones eléctricas, considerando que le faltan cajas, cubiertas de cables y otros accesorios que ponen en peligro al operario - debemos tener en cuenta que, en este asunto no se debate responsabilidad por perjuicios al personal-. d) Indica que los tornillos se aflojan por la vibración de la máquina al funcionar; esto es normal que

se produzca con el piso desnivelado y que por ende se descalibre la máquina y es para ello que se requiere de buenas instalaciones y del buen mantenimiento que exige el manual de operación.

La falladora de primera instancia centra toda su atención en esta prueba técnica; desconociendo los derechos de defensa y del debido proceso que le asiste a mi representa, yendo igualmente en contra vía con los derechos constitucionales en cita.

La sentencia atacada indica que, hubo incumplimiento de la demandada por presentar la máquina materia del negocio jurídico, "defectos de fabricación y que la misma nunca funcionó correctamente y que por el contrario presentó múltiples fallas por el cual no hubo gozo y uso del bien"; lo anterior, conforme lo demuestran las declaraciones de parte, los documentos y la prueba pericial (error judicial en la apreciación de la prueba bajo el principio de la sana crítica) -véase las pruebas documentales arrojadas por la demandada y la negación a absolver el interrogatorio de parte por la representante legal de la demandante -confesión ficta o presunta-.

a) Del Interrogatorio de Parte (sólo puede considerarse el absuelto por el representante legal de la demandada; el practicado a la demandante, es extemporáneo y por ello no puede considerarse, debido a que la oportunidad para rendirlo feneció y no fue justificada su ausencia). Aquel fue enfático en señalar que las fallas para poner en funcionamiento la máquina, obedecieron al desnivel del piso donde se instaló y a la falta de operarios para el buen funcionamiento, toda vez que no fue designado un sólo operario para la máquina, que en las diferentes visitas se designaba un nuevo operario y de esta forma se perdía la capacitación dada a los operarios inicialmente señalados para el efecto -Andrés y Felipe-; asimismo al señalar que las fallas presentadas se dieron porque el comprador adquirió la máquina de manera básica y que adicionalmente le instaló otros accesorios para hacerla más práctica (entre otros la Tolva) sin consentimiento del vendedor y sin tener en cuenta que se trata de una máquina de alta precisión (ejemplarizó lo del automóvil con vidrios manuales y luego adaptarle los eléctricos; o el automóvil para uso de la ciudad y luego destinarlo como una camioneta, para el campo). Desafortunadamente la sentencia atacada, desconoce estos fenómenos que influyeron en la puesta en marcha del bien vendido, limitándose a decir que no hay pruebas del defecto del piso y de la capacitación del personal (desconociendo el principio de la buena fe de las partes, la contestación de la demanda y la confesión ficta o presunta de la demandante al negarse a rendir el interrogatorio). Asimismo, no tiene en cuenta la experiencia del fabricante, ni de la vendedora en esta

clase de máquinas (verticales y horizontales). Brilla por su ausencia en el análisis judicial, que el técnico de la demandante, con ocasión de la oferta visitó las instalaciones del fabricante para ilustrarse en un todo de las especificaciones, características y servicios que prestaría la máquina ofertada.

- b) Documentales: La sentencia atacada, sólo tiene en cuenta los correos adiados el 15 de abril, 26 de mayo y 6 de agosto de 2015 aportados con la demanda; ¿y el resto qué? ¿Por qué no considera los documentos aportados con la contestación y tenidos como prueba documental, escritos que acreditan por un lado la ENTREGA de la máquina como lo acepta la sentencia atacada como probada; y la puesta en funcionamiento de esta?
- c) De la prueba pericial; la tiene en cuenta en toda su extensión, sin tener en cuenta el principio de la inmediatez, principio sine qua non, que debe observarse en el principio de la sana crítica de la prueba; como tampoco se consideran las observaciones al mismo que contiene mis alegaciones de conclusión (sin observancia de lo dispuesto por el Art.226 C.G.P.); ni la carencia de experiencia en este tipo de máquinas para emitir dictámenes en procesos judiciales.

Por último, la sentencia atacada en nada tiene en cuenta la fijación del litigio; en audiencia se determinaron los hechos probados como fueron: a) compra de la máquina, b) póliza de cumplimiento, c) precio pagado y d) entrega del bien, sin precisar fecha, pero considera la del 15 de agosto de 2015.

En cuanto a los No probados y que son materia de ello; nada indica el fallo, son:

Funcionamiento de la máquina, b) Vendedor no cambió la máquina, c) Que el vendedor no hizo las Reparaciones, d) gastos de la vendedora, e) que se haya entregado sin reparos y accesorios, y f) el incumplimiento de la demandada. Si revisamos la sentencia, no existe pronunciamiento alguno sobre el particular.

En la parte resolutive, se incurre en dos (2) graves errores; a saber:

- 1- Condenar al pago de PERJUICIOS, incluyendo con base en la Factura de Venta No.570; reconocer el valor de "PIEZAS ADICIONALES PARA 2 PRODUCTOS Orden de Remisión 5 boquillas" por valor de \$10'044.000 más el 16% \$1'607.040 para un gran total de \$11'651.440; suma de dinero que no tiene porqué devolver el vendedor, porque se trata de piezas adicionales, compradas por decisión del adquirente de la máquina y lo que es más grave, indexado.
- 2- Indexar el valor del precio pagado de \$141'868.190 sin haber sido pedido por la parte demandante (fallo **Ultra Petita** es una locución latina que significa literalmente "más allá de lo pedido". Se utiliza

en *derecho* para señalar la situación en la que una *resolución judicial* concede más de lo pedido por una de las *partes*. Tiene su origen en el *derecho romano* y se resume en el *brocardo sententia debet esse conformis libello* (literalmente "la sentencia debe ser conforme a la demanda").

Fallas jurídicas que saltan de bulto en la sentencia atacada.

Por último, es otro desacierto de la decisión judicial atacada; no tener en cuenta para ordenar la resolución del contrato de compraventa y volver las cosas a su estado original; no tener en cuenta que una máquina como la que ocupa nuestra atención sufra deterioro por el uso, el pasar del tiempo (modelo) y la obsolescencia; que constituyen una desvaloración que se ve afectada y que anualmente se deprecia contablemente en la forma como lo determina el Art.128 del Estatuto Tributario. Al ordenar la devolución del precio pagado, debidamente indexado; es desconocer la DEPRECIACION que obliga a descontarse anualmente en un 20% sobre los bienes muebles (máquinas). Han pasado más de cinco (5) años de entregada la máquina (19 de mayo de 2.014); lo que constituye que, al momento de fallar, la depreciación del equipo haya agotado su vida útil y por ende, no consulta con los principios de equidad y justicia, que se reconozca el precio pagado indexado!

De otro lado, riñe con los principios de equidad y de justicia, que el fallo atacado ordene que la demandada deba devolver el IVA (impuesto al valor agregado) indexado; no se considera que este tributo es para el Estado Colombiano, que la vendedora lo recaudó y de inmediato se lo pagó a la DIAN, que en nada se benefició de este impuesto y ahora la demandada resulta obligada a devolverlo a la demandante con indexación. Esto riñe igualmente con los principios de equidad y justicia que debe observar el fallador.

Sean estas breves consideraciones para que esa Honorable Corporación, revoque lo resuelto por el a quo y en su reemplazo emita la sentencia que en derecho corresponda, llamando a prosperar no parcial, sino totalmente la excepción propuesta de "IMPOSIBILIDAD FISICA Y JURIDICA PARA ACCEDER A LO PEDIDO; EN VIRTUD A QUE NO HA EXISTIDO INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA DEMANDADA" y en consecuencia, deniegue las pretensiones de la demanda.

Con sentimientos de aprecio y admiración,

CARLOS ELMER BURITICA GARCIA

C.C.No.11'294.681 de Girardot - T.P.No.26.741 C.S.J.

Tel.3153590953 carlosburitica.garcia@hotmail.com

HERNANDO TRUJILLO RUIZ

Abogado

Honorable Magistrado:

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil

E.S.D.

REF: Proceso: Ejecutivo para la Realización Especial de la Garantía Real

Demandante: LUIS JAVIER ORTIZ CRUZ

Demandados: ANGEL MARIA PÍÑEROS Y OTRA.

Asunto: Sustentación Recurso de Apelación

Rad.2.108-0056-02

Juzgado de Origen: 46 C.C.

En mi calidad reconocida de Apoderado judicial del extremo pasivo dentro del proceso de la referencia, me permito presentar ante el Despacho la correspondiente Sustentación al Recurso de Apelación interpuesto por el suscrito, dentro del término de ley, así:

Baso mi inconformidad en que el auto objeto de impugnación no fue claro desde el inicio, el mismo fue LIGERO, INCOHERENTE, INCONSULTO E INCONGRUENTE con el Debate Probatorio, como quiera que el artículo 164 del código general del proceso establece que «[t]oda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso»; amén, su par 176 positivó que «[l]as pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica..., EL JUEZ EXPONDRÁ SIEMPRE RAZONADAMENTE EL MÉRITO QUE LE ASIGNE A CADA PRUEBA», razonamiento que derivó en que el Juzgador de Instancia ENDILGARA a los testimonios y declaraciones de los intervinientes en el Debate Probatorio, RAZONES IMPROPIAS, es decir colocó en boca de las Partes y los Testigos PALABRAS que no habían sido expresadas por ellos, al igual que no valoro la totalidad de las pruebas aportadas por los Demandados y la que oficiosamente ordenara.

En lo que respecta a las excepciones de cobro de lo no debido y pago total de la obligación, empezare por expresar que los distintos documentos aportados como prueba del pago de la obligación, cheques girados y certificados por el banco como pagos, como el recibo de pago por valor de \$40 millones no fueron refutados ni tachados de falso, especialmente este último. Estos documentos, a contrario sensu de lo expresado por el Despacho fueron aportados por el extremo ejecutado, pero el juzgador de primera instancia le endilgo este gesto de “honestidad” al ejecutante, cuando éste ocultó sin razón alguna los distintos pagos que pretendía hacer valer como CONTABILIDAD INTERNA de su señor Padre y Apoderado General y

que aporó posteriormente al escrito que describía las excepciones propuestas.

Los documentos aportados por el extremo activo dentro de los cuales consignan pagos o abonos por parte de mi representado, son fruto de una contabilidad interna del mismo, la cual no refleja la totalidad de los pagos realizados por este. Estos pagos totales si están reflejados en los distintos cheques girados por mi representado y hechos efectivos por el señor Luis Eduardo Ortiz padre del demandante y quien fungía como su apoderado general, tal y como se manifestó y quedó probado, al igual, reitero, con el recibo por \$40 millones. Esta situación fue corroborada por el testigo Mario Camelo en su declaración a (una hora un minuto de los 5 a 40 segundos).

Mis representados pagaron una suma aproximada de Doscientos Noventa y ocho Millones de pesos (\$298.000.000), pero el Juzgador de Instancia estimo, sin fundamento probatorio alguno, que esta suma correspondía a solo intereses remuneratorios desde que se dio el préstamo, esto es desde junio de 2.010 a finales de junio de 2.105, los cuales ascienden a la suma de \$138.000.000 y el resto del dinero que...?, pues la señora juez se abrogó el derecho de señalar que la restante suma se imputaba a distintas obligaciones que mis representados tenían con el aquí Demandante, cuando se dejó claro y sin lugar a dudas que la UNICA OBLIGACION que tenían mis poderdantes con el Demandante es la que contiene el GRAVAMEN HIPOTECARIO. El señor Ángel Piñeros quien es Demandado, si llegó a tener negocios comerciales con el señor Padre y Apoderado del Demandante, señor LUIS EDUARDO ORTIZ, pero nunca uno más que el que nos ocupa con LUIS JAVIER ORTIZ.

Expresa el extremo activo, que se cancelaron obligaciones diversas, de acuerdo a la contabilidad de su apoderado general señor Luis Eduardo Ortiz, pero no se puede desconocer que todos los documentos aportados por las partes intervinientes, refieren que son recibidos del aquí demandado Ángel Piñeros y que el señor Luis Eduardo Ortiz diseminó cada uno de ellos a distintas cuentas de personas naturales y jurídicas. **Es más, no se probó dentro del plenario qué otras obligaciones tenía presuntamente mi representado con el aquí Demandante y su señor Padre.**

Dentro del interrogatorio de parte al demandante, el mismo señala a minuto 15 con 56 segundos y minuto 16 que las pretensiones son de capital de \$115 millones más intereses a partir del mes de julio de 2.015 y reitera su dicho a minuto 17 con 22 a 24 segundos, con lo que contradice los hechos de la demanda inicial, ya que estaban cobrando intereses de mora desde junio de 2.010, por ende no se puede dejar de lado la temeridad latente en desconocer los pagos realizados por

mí poderdante Ángel Piñeros; reiterando que no fueran reconocidos en el proceso que el hermano del aquí demandante, señor Luis Felipe Ortiz adelanta contra el hijo del aquí demandado y trata de confundir al despacho relacionando los pagos del señor Ángel Piñeros con las obligaciones personales de sus hijos. Aquí el A Quo solicitó que se oficiara al Juzgado 36 Civil del Circuito para que se allegaran distintos documentos dentro del proceso 2.017-830 adelantado por el señor Luis Felipe Ortiz contra Carlos Piñeros y constatar si se daban allí los presupuestos de reconocimiento de pagos o abonos devenidos de los cheques girados por el Señor Ángel Piñeros, documentación que oportunamente se allegara por el suscrito y que arrojara como verdad real y procesal que no se tuvo en cuenta ningún pago o abono devenido de forma personal o de la chequera de mi poderdante Ángel Piñeros, sino que se concilio entre las partes allí intervinientes, partiendo de la suma total adeudada de \$115.000.000, el reconocimiento de intereses remuneratorios atrasados y el reconocimiento de intereses futuros sobre saldos de cuotas pactadas en el Acta de Conciliación. ***En síntesis el juzgador de instancia, previo a la oficiosidad de que hizo gala en auto, no las tuvo en cuenta, por que no las leyó y no les dio el valor probatorio que se merecían, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.***

El demandante, en forma reiterada en su declaración, señala que los pagos realizados por el aquí demandado corresponden a varios créditos que éste y sus hijos tenían con su señor padre, pero nunca aporta al plenario los documentos “títulos valores” base de dichas obligaciones, indicando el mismo demandante que nunca expedían recibos por los pagos recibidos, como quiera que lo hacían para su contabilidad interna. Aquí el Despacho le otorga total credibilidad al extremo activo, desconociendo de contera las pruebas documentales aportadas por la parte ejecutada, cheques certificados pagos por el Banco y recibo de pago por \$40.000.000 de pesos en efectivo.

De la misma forma el demandante expresa en su declaración a minuto 40 con 26 y 37 segundos que la suma de 40 millones fue pago a la hipoteca del señor Carlos Piñeros, situación que contradice lo dicho por el testigo Mario Camelo, quien estuvo siempre al lado del padre del demandante recibiendo los dineros y siendo testigo presencial de lo que allí se pagaba, e igualmente contradice la conciliación dada en el juzgado 36 civil del circuito entre Carlos Piñeros y Luis Felipe Ortiz, **donde se parte del valor total adeudado y no se tiene en cuenta ningún pago o abono.**

Tal y como lo expresa mi poderdante en su interrogatorio de parte, el apoderado general del demandante no hacia entrega de recibos donde discriminara los pagos hechos por el demandado, esto es, que valor

por concepto de capital y/o intereses de plazo, actividad propia de un prestamista que elude el pago de obligaciones fiscales como IVA, Retenciones, etc.

Corroborando los hechos que dan fundamento a las excepciones planteadas, la declaración del señor Carlos Piñeros, quien con manifiesta claridad da cuenta de cómo se pagaron las obligaciones adquiridas con el acreedor hipotecario y sumado a ello, se requirió del apoderado del aquí demandante en varias ocasiones, el levantamiento del gravamen por haber sido satisfecha la obligación que aquí se demanda y otras de terceros, solicitud que fue denegada por el señor Luis Eduardo Ortiz, argumentando para ello que la hipoteca de mi representado servía de garantía para que el señor Javier Piñeros le cancelara una obligación que tenía con él, A (minuto 15 con 19 segundos), la cual está siendo igualmente demandada en el juzgado 25 civil circuito de esta ciudad.

Como lo expresa el señor Carlos Piñeros a minuto 22 con 40 segundos, el señor Luis Eduardo Ortiz, Padre y Apoderado del aquí demandante nunca expidió un recibo por los pagos hechos, salvo el que fuera firmado por el señor Mario Camelo, todo lo cual explica que no se reconozca por el demandante el pago total de lo adeudado, entendiéndose por ello que se asegura el pago por parte de mi representado a través de los distintos cheques hechos efectivos y el pago efectivo contenido en el recibo citado y aportado.

En el mismo sentido se expresó en su testimonio el señor Mario Camelo, a quien se le cito con el fin que reconociera la firma impuesta en el recibo de \$40 millones en efectivo y, en otros tantos, por los pagos llevados a cabo por mi representado, este testigo tal y como lo afirma y reconoce el Demandante tiene parentesco con él y era la mano derecha de su Padre y Apoderado General.

En la declaración del señor Mario Camelo entre una hora un minuto y cincuenta y siete segundos a una hora dos minutos y veinticuatro segundos, expresa que recibió del señor Ángel Piñeros la suma de \$40 millones en un cheque y que firmo un recibo de ello, fijémonos que dicho recibo, en el cual reconoce su firma, no se expresó que fuera recibido en cheque, lo cual desmiente su dicho por que fue recibido en efectivo, tal y como se manifestó en el escrito de excepciones y atestigo mi poderdante Ángel María Piñeros y el señor Carlos Piñeros, además agrega que ese abono era para el pago de la hipoteca del señor Carlos Piñeros, pero más adelante a una hora dos minutos y cuarenta y un segundos a una hora tres minutos y dos segundos manifiesta, en contradicción a lo dicho anteriormente y preguntado por la señora juez, dice que esos \$40 millones pagaban la hipoteca del aquí demandado, señor Angel Piñeros y Señora. Aquí el

Juzgador de instancia le atribuyo al Señor Mario Camelo, testigo presencial y mano derecha del apoderado general del aquí Demandante, Palabras que no expreso nunca, esto es que dicha suma cancelaba intereses remuneratorios, cuando expresamente el testigo manifiesta que dicha suma iba a la cancelación de la Hipoteca de mis representados. Si se hubiese tomado la molestia de ver y escuchar el Audio-Video otro sería el sentir de su providencia.

Continuando con la disertación del señor Mario Camelo, señala a una hora tres minutos y dos segundos a una hora tres minutos diez segundos que mi representado pago con los \$40 millones parte de la hipoteca de \$115 millones y de la hipoteca de \$20 millones (Valor señalado en la Escritura pública para efectos fiscales), y continua a una hora tres minutos y veinticuatro segundos a una hora tres minutos y cuarenta y cuatro segundos que se abonaron \$40 millones a la hipoteca del aquí demandado, no refiere al señor Carlos Piñeros, para ser descontado de las hipotecas totales de \$135 millones y de sus palabras señala que quedaban \$90 millones de pesos. Aquí se reitera la falta de atención del Despacho en escuchar y ver el Audio-Video, lo que devino en endilgarle al mismo palabras que jamás fueron expresadas en su testimonio, esto es, haber manifestado que todas las sumas pagadas correspondían a intereses remuneratorios, cuando realmente se abonaba el capital de la hipoteca.

Agrega el juzgador de instancia en las consideraciones de la providencia objeto de impugnación, que la suma de \$120.000.000 reflejada en el cuadro que se aporó como prueba documental obrante a Folio 204, y que está sustentada con los medios de pago aportados por el extremo pasivo en cheques y recibos de caja, es igualmente abonada a intereses remuneratorios, cuando dichos valores altos reflejan únicamente el Abono a Capital de la obligación objeto de ejecución. Aquí el A quo se abroga el derecho a ser parte en el proceso para estimar que dichas sumas no cancelaron el capital, tal y como fue aseverado y probado por la parte Demandada.

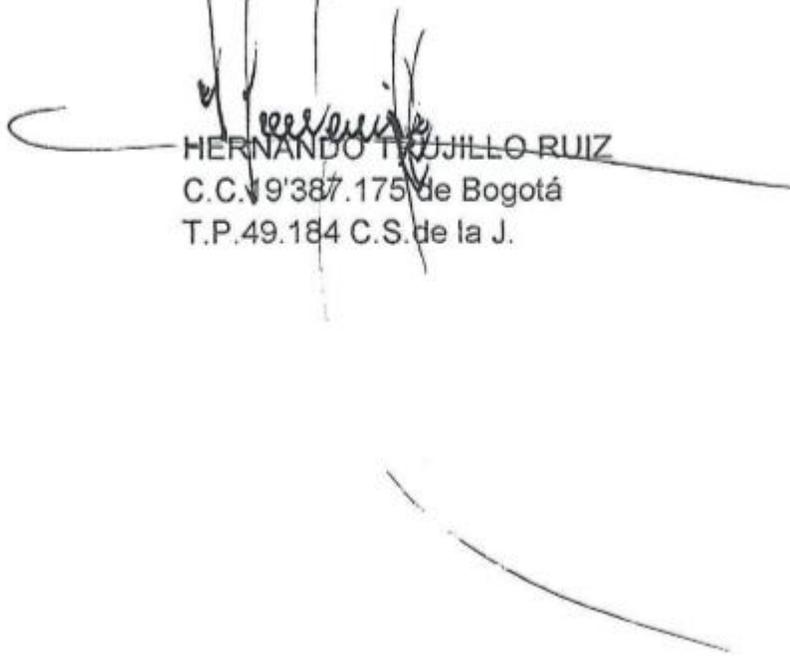
En síntesis el juez de primera instancia no valoro las pruebas en conjunto, no les dio el valor probatorio que las mismas merecen, endilgo a la declaración del Demandante y al testimonio del señor Mario Camelo, hechos y situaciones que no salieron de sus versiones, además de parcializarse en su decisión, al abrogarse interpretaciones distintas a la realidad de los hechos y las pruebas desarrolladas durante el debate probatorio.

PETICION

Por lo expuesto pido se revoque la decisión del juzgador de primera instancia y en su defecto se acceda a la prosperidad de las excepciones propuestas.

Del Honorable Magistrado.

Del señor juez.



HERNANDO TRUJILLO RUIZ
C.C. 19'387.175 de Bogotá
T.P. 49.184 C.S. de la J.

HERNANDO TRUJILLO RUIZ
C.C. 19.387.175 de Bogotá
T.P. 49.184 C.S. de la J.
Email: hernandotrujo@yahoo.es
Cra. 8 No. 16-88 oficina 607 Bogotá
Cel. 315 697 19 68
PBX 283 04 45

LUIS ANGEL ESGUERRA MARCIALES

Abogados

**HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
E. S. D.**

M. PONENTE: Dr. JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Referencia: Expediente No. 110012203000 2016 00096 00

**Recurso extraordinario de revisión promovido por
EUGENIA MERCEDES GRANADILLO CÉSPEDES dentro del
proceso ordinario 2004 - 00212 del Juzgado 37 Civil del
Circuito de Bogotá.**

Asunto: Recurso contra el auto de fecha 4 de noviembre de 2020.

LUIS ÁNGEL ESGUERRA MARCIALES, actuando en mi calidad de apoderado sustituto de **EUGENIA MERCEDES GRANADILLO CÉSPEDES**, de manera respetuosa me permito presentar **RECURSO DE SÚPLICA** en contra del auto de fecha 4 de noviembre de 2020, en los siguientes términos:

EL AUTO RECURRIDO:

Mediante el auto recurrido de fecha 4 de noviembre de 2020, notificado por Estado el día 5 del mismo mes y año, ese Despacho dispuso lo siguiente:

**Calle 100 No. 11 A - 07 Oficina 503 PBX 5235880 FAX 5235909
Bogotá - Colombia**

LUIS ANGEL ESGUERRA MARCIALES

Abogados

PRIMERO: DECLARAR TERMINADO el presente proceso de revisión, por desistimiento tácito.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. (...)

La anterior decisión fue tomada *en atención al informe secretarial que antecede y puesto que la parte actora no dio cumplimiento a lo ordenado en el auto del 25 de agosto de 2020, en aplicación del inciso segundo del numeral 1º del artículo 317 del Código General del Proceso.*

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

Como motivos de inconformidad me permito señalar que **sí se dio cumplimiento a lo ordenado en el auto de fecha 25 de agosto de 2020**, tal como se expone a continuación.

Mediante la citada providencia de fecha 25 de agosto de 2020, el Despacho ordenó requerir a la parte actora, para que proceda a notificar a los herederos determinados de MANUEL DE JESÚS CÉSPEDES ACOSTA, y a emplazar a los herederos indeterminados, dentro del término de 30 días.

Contra esta providencia se presentó recurso por parte del apoderado de la señora BELISA MARTÍNEZ DE CÉSPEDES, argumentando que no era procedente las notificaciones y emplazamientos ordenados. Este recurso fue resuelto mediante providencia de fecha 16 de septiembre de 2020, notificada el día 17 del

LUIS ANGEL ESGUERRA MARCIALES

Abogados

mismo mes y año, en el sentido de confirmar el requerimiento formulado. En al sentido, el plazo de los 30 días para realizar las diligencias de notificaciones y emplazamiento ordenados, vencía el día 30 de octubre de 2020.

Antes del vencimiento de este término, se cumplieron las siguientes actividades, destacando que algunas actuaciones ya se habían cumplido con anterioridad.

1. Notificación a los herederos determinados de MANUEL DE JESÚS CÉSPEDES ACOSTA.

Conforme al **artículo 191** del Código General del Proceso, se remitieron las siguientes citaciones para fines de notificación:

- El día 12 de marzo de 2020, se envió citatorio a MERCEDES CÉSPEDES LUZT, a través del correo electrónico *mercedesmcespedes@gmail.com*.
- El mismo día 12 de marzo de 2020, se envió citatorio a MERÍA ELISA CÉSPEDES LUZT, a través del correo electrónico *mari.boehm4@gmail.com*.
- Igualmente, el día 12 de marzo de 2020, se envió citatorio a MERCEDES CÉSPEDES LUZT, a través del correo electrónico *cespedesmelanie@yahoo.com*.

LUIS ANGEL ESGUERRA MARCIALES

Abogados

- El día 13 de marzo de 2020, se envió citatorio por medio físico a TATIANA CÉSPEDES MARTÍNEZ, a través de servicio postal autorizado y cotejado, remitido a la siguiente dirección: Calle 121 No 3 A – 20, Apartamento 620, Torre D, Barrio Usaquén de la ciudad de Bogotá.
- También el día 13 de marzo de 2020, se envió citatorio en medio físico a MANUEL JOSÉ DOLORES CÉSPEDES, a través de servicio postal autorizado y cotejado, remitido a la siguiente dirección: Transversal 7 No. 2-142, Casa 22, Conjunto Residencial del Norte, de la ciudad de Valledupar-Cesar.
- Igualmente, el día 13 de marzo de 2020, se envió citatorio en medio físico a CARLOS MANUEL CÉSPEDES DÍAZ, a través de servicio postal autorizado y cotejado, remitido a la siguiente dirección: Carrera 6 No 20C-2-43, Barrio Sicare, de la ciudad de Valledupar-Cesar.
- El mismo día 13 de marzo de 2020, se envió citatorio en medio físico a MARÍA DEL PILAR NIETO CÉSPEDES DÍAZ, a través de servicio postal autorizado y cotejado, remitido a la siguiente dirección: Calle 33 No 17-55, piso 205 de la ciudad de Bogotá.

En consideración a que las personas anteriormente citadas no concurrieron a notificarse de la providencia objeto de notificación, se procedió, conforme al **artículo 192** del Código General del Proceso, a remitir las correspondientes notificaciones por aviso, así:

**Calle 100 No. 11 A - 07 Oficina 503 PBX 5235880 FAX 5235909
Bogotá - Colombia**

LUIS ANGEL ESGUERRA MARCIALES

Abogados

- A MERCEDES CÉSPEDES LUZT, se remitió notificación por aviso a través del correo electrónico *mercedesmcespedes@gmail.com*, el día 2 de octubre de 2020.
- A MARÍA ELISA CÉSPEDES LUZT, se remitió notificación por aviso a través del correo electrónico *mari.boehm4@gmail.com*, el día 2 de octubre de 2020,
- A MELANI CÉSPEDES LUZT, se remitió notificación por aviso a través del correo electrónico *cespedesmelanie@yahoo.com*, el día 2 de octubre de 2020.
- A TATIANA CÉSPEDES MARTÍNEZ, se remitió notificación por aviso, mediante correo físico enviado el día 23 de octubre de 2020, a través de servicio postal autorizado y cotejado, a la siguiente dirección: Calle 121 No. 3 A -20, Apartamento 620, Torre D, Barrio Usaquén, de la ciudad de Bogotá.
- A MANUEL JOSÉ DOLORES CÉSPEDES, se remitió notificación por aviso, mediante correo físico enviado el día 23 de octubre de 2020, a través de servicio postal autorizado y cotejado, a la siguiente dirección: Transversal 7 No. 2-142, Casa 22, Conjunto Residencial del Norte, ciudad de Valledupar-Cesar.

**Calle 100 No. 11 A - 07 Oficina 503 PBX 5235880 FAX 5235909
Bogotá - Colombia**

LUIS ANGEL ESGUERRA MARCIALES

Abogados

- A CARLOS MANUEL CÉSPEDES DÍAZ, se remitió notificación por aviso, mediante correo físico enviado el día 23 de octubre de 2020, a través de servicio postal autorizado y cotejado, a la siguiente dirección: Carrera 6 No 20C -2-43, Barrio Sicare, de la ciudad de Valledupar-Cesar.

- A MARÍA DEL PILAR NIETO CÉSPEDES DÍAZ, se remitió notificación por aviso, mediante correo físico enviado el día 23 de octubre de 2020, a la siguiente dirección: calle 33 No 17-55 piso 205.

2. Emplazamiento a los herederos indeterminados de MANUEL CÉSPEDES ACOSTA.

Esta carga procesal se cumplió mediante la respectiva publicación realizada el día 27 de septiembre de 2020, en el periódico El Tiempo, con antelación superior a un (1) mes del vencimiento del término para dar cumplimiento a lo ordenado por el Despacho.

Información sobre el cumplimiento del trámite.

Mediante memorial remitido al Despacho el día 5 de noviembre de 2020, se allegaron los siguientes documentos:

**Calle 100 No. 11 A - 07 Oficina 503 PBX 5235880 FAX 5235909
Bogotá - Colombia**

LUIS ANGEL ESGUERRA MARCIALES

Abogados

1. Constancia de las citaciones enviadas a través de correo electrónico, a las siguientes personas:

- MERCEDES CÉSPEDES LUZT
- MARÍA ELISA CÉSPEDES LUZT
- MELANY CÉSPEDES LUZT

Herederas de MANUEL EDUARDO CÉSPEDES MARTÍNEZ, hijo fallecido de MANUEL DE JESÚS CÉSPEDES ACOSTA.

2. Constancia de las notificaciones por aviso enviadas a través de correo electrónico, a las mismas personas:

- MERCEDES CÉSPEDES LUZT
- MARÍA ELISA CÉSPEDES LUZT
- MELANY CÉSPEDES LUZT

3. Copia del mensaje de WhatsApp a través del cual se recibió información de MELANY CÉSPEDES LUZT, en el sentido de que los correos a los cuales se enviaron las citaciones y notificaciones por aviso antes mencionados, corresponde a dichas personas.

4. Constancia del envío y entrega de citaciones, debidamente cotejadas, a las siguientes personas:

**Calle 100 No. 11 A - 07 Oficina 503 PBX 5235880 FAX 5235909
Bogotá - Colombia**

LUIS ANGEL ESGUERRA MARCIALES

Abogados

- TATIANA CÉSPEDES MARTÍNEZ
- MANUEL JOSÉ DOLORES CÉSPEDES
- CARLOS MANUEL CÉSPEDES DÍA
- MARÍA DEL PILAR NIETO CÉSPEDES DÍAZ

5. Constancia del envío y entrega o devolución, de notificaciones por aviso, debidamente cotejados, remitidos a las siguientes personas:

- TATIANA CÉSPEDES MARTÍNEZ
- MANUEL JOSÉ DOLORES CÉSPEDES
- CARLOS MANUEL CÉSPEDES DÍAS
- MARÍA DEL PILAR NIETO CÉSPEDES

6. Copia de la página respectiva del periódico El Tiempo, de la edición de fecha 27 de septiembre de 2020, en la cual consta la publicación del emplazamiento a los herederos indeterminados de MANUEL CÉSPEDES ACOSTA.

Otras manifestaciones:

Con el fin de realizar precisiones y aclaraciones sobre algunos aspectos del proceso, me permito hacer las siguientes manifestaciones adicionales.

- PATRICIA CÉSPEDES MARTÍNEZ y BELISA MARTINEZ DE CEPEDAS fueron notificadas con anterioridad.

**Calle 100 No. 11 A - 07 Oficina 503 PBX 5235880 FAX 5235909
Bogotá - Colombia**

LUIS ANGEL ESGUERRA MARCIALES

Abogados

- La información referente a la dirección de correo electrónico de MERCEDES CÉSPEDES LUZT, MARÍA ELISA CÉSPEDES LUZT y MELANY CÉSPEDES LUZT, fue suministrada por esta última a través de un mensaje de WhatsApp, cuya copia se aportó al Despacho anexo al memorial remitido el día 5 de noviembre de 2020.
- En el escrito remitido al Despacho el día 5 de noviembre de 2020, se manifestó, y se reitera en esta oportunidad, que se han realizado todas las gestiones necesarias para dar cumplimiento a la carga procesal ordenada, sin embargo, en relación con las comunicaciones enviadas a los correos electrónicos de MERCEDES, MARÍA ELISA y MELANY CÉSPEDES LUZT, no fue posible obtener la constancia del acuse de recibo de los mismos.
- Respecto de la notificación por aviso enviada a MARIA DEL PILAR NIETO CÉSPEDES, la misma fue devuelta sin entregar. En efecto, según el informe de devolución de la oficina postal obtenido el día 4 de noviembre de 2020, la correspondencia se intentó entregar el día 26 de octubre de 2020, pero, sin embargo, la misma no fue efectivamente entregada por cuanto se indicó que la dirección no existe o faltan complementos, lo cual resulta inexplicable teniendo en cuenta que el citatorio fue enviado a la misma dirección, a la cual antes se habían enviado también otras notificaciones, siendo efectivamente entregado,

**Calle 100 No. 11 A - 07 Oficina 503 PBX 5235880 FAX 5235909
Bogotá - Colombia**

LUIS ANGEL ESGUERRA MARCIALES

Abogados

tal como consta y se evidencia en las respectivas constancias de remisión.

Consideraciones finales.

Tal como se ha expuesto, la parte que represento, a través de suscrito apoderado, ha realizado todas las gestiones para cumplir la carga procesal de notificar el auto de fecha 23 de julio de 2019, por el cual se admitió el recurso extraordinario de revisión de la referencia, a los herederos de MANUEL DE JESÚS CÉSPEDES, e igualmente se procedió a realizar el emplazamiento a los herederos indeterminados, todo lo cual se cumplió antes del vencimiento del plazo previsto para ello.

Cosa distinta, es que dentro del mismo plazo no se hayan aportado los documentos en los cuales constara el cumplimiento de las gestiones pertinentes, lo cual no es óbice ni motivo para declarar el desistimiento tácito, y ello se debió a la necesidad de obtener una certificación que sólo fue recibida el día 5 de noviembre de 2020.

El numeral 1º del artículo 317 del Código General del Proceso, en sus incisos 1 y 2 señala:

“Cuando para continuar el tramite de la demanda, del llamamiento en garantía, de un incidente o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya

LUIS ANGEL ESGUERRA MARCIALES

Abogados

formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta (30) días siguientes mediante providencia que se notificará por estado.

Vencido dicho término sin que quien haya promovido el trámite respectivo cumpla la carga o realice el acto de parte ordenado, el juez tendrá por desistida tácitamente la respectiva actuación y así lo declarará en providencia en la que además impondrá condena en costas.

Conforme a la norma transcrita, la declaración de desistimiento tácito procede cuando la parte requerida **NO CUMPLA LA CARGA O REALICE AL ACTO ORDENADO, en el plazo previsto.**

Teniendo en cuenta que las normas sancionatorias deben interpretarse y aplicarse en sentido restrictivo, no sería procedente interpretar, de manera extensiva, que también procede el desistimiento tácito por no informar y/o acreditar ante Despacho, **dentro del mismo plazo para cumplir la carga procesal**, las gestiones adelantadas para dar cumplimiento a la carga procesal impuesta, toda vez que la sanción prevista en la norma es por no cumplir la carga procesal en el plazo indicado, más no por no informar y acreditar el cumplimiento de la carga en el mismo plazo, pues ello no lo indica la norma citada.

Tratándose de una norma sancionatoria, debe interpretarse y aplicarse en forma restrictiva, toda vez que en estos casos, no cabe una interpretación extensiva para darle un alcance más allá del tenor literal del contenido normativo.

LUIS ANGEL ESGUERRA MARCIALES

Abogados

En efecto, las normas procesales que imponen sanciones, restricciones o limitaciones a las partes, como es el caso de las disposiciones referentes al desistimiento tácito, deben interpretarse y aplicarse en sentido restrictivo, en aplicación del *principio pro homine*, según el cual, no es procedente hacer extensivo el alcance y sentido de las normas que imponen sanciones o restricciones, para aplicarlas a situaciones fácticas no contenidas de manera expresa en la norma.

Así lo tiene establecido la Corte Constitucional, al señalar:

(...), a pesar de que el juez es autónomo e independiente en el ejercicio de su función jurisdiccional, siempre se encontrará sometido al imperio de la Constitución y de las leyes, sin que por ello, en la interpretación de estas, deje de lado el criterio hermenéutico que plantea el principio pro homine. Ciertamente, tal y como lo han dispuesto los tratados sobre Derechos Humanos, la restricción al ejercicio de un derecho, deberá estar expresa y taxativamente contemplada en la ley, y en caso de existir una interpretación dudosa de la norma siempre se deberá optar por aquella que sea más garantista y que proteja de mejor manera el ejercicio del derecho fundamental.. Sobre el particular vale la pena señalar lo siguiente:

El principio de interpretación pro homine, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este

**Calle 100 No. 11 A - 07 Oficina 503 PBX 5235880 FAX 5235909
Bogotá - Colombia**

LUIS ANGEL ESGUERRA MARCIALES

Abogados

principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades.”

De esta manera, el principio pro homine como criterio de interpretación que se fundamenta en las obligaciones contenidas en los artículos 1º y 2º de la Constitución antes citados y en el artículo 93, refiere a que los derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, entre los que se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 5º y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 29.

En consecuencia, este criterio interpretativo impone que “sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental”. (Corte Constitucional. Sentencia T-734 de 2013).

En el caso de análisis, tal como lo señalamos al inicio de este escrito y se acreditó anteriormente, sí se promovió el trámite respectivo tendiente a cumplir la carga procesal ordenada, dentro del plazo previsto, por lo cual, no procede la declaración de desistimiento tácito contemplada en el artículo 317 del C.G.P., toda vez que no se tipifica la conducta allí descrita.

**Calle 100 No. 11 A - 07 Oficina 503 PBX 5235880 FAX 5235909
Bogotá - Colombia**

LUIS ANGEL ESGUERRA MARCIALES

Abogados

I. PETICIONES

Solicito se revoque el auto recurrido, y en su reemplazo, se disponga continuar el trámite correspondiente al recurso extraordinario de revisión presentado por EUGENIA MERCEDES GRANADILLO CÉSPEDES.

En el evento de considerar que el recurso procedente es uno distinto al de súplica, solicito impartir el trámite que corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 318 del CGP, el cual dispone que, *“cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente”*.

De los Honorables Magistrados,



LUIS ÁNGEL ESGUERRA MARCIALES

C.C. 17.637.416 de Florencia

T.P. 54.033 del C.S.J.

Bogotá, D.C., 30 de octubre de 2020.

Doctor

JOSÉ ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO TRIBUNAL SUP. DE BOGOTÁ, SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

| | | |
|--------------|--------------------|--|
| Ref.: | Rad. No. | 110013199001-2018-25098-01 |
| | Demandante: | EDIFICIO MULTIFAMILIAR ESPACIO 140 - PH. |
| | Demandado: | HCC Península 140 S.A.S. y JULIO CÉSAR CUESTA MAYORGA |
| | Proceso: | Verbal |
| | Trámite: | Apelación sentencia - Sustentación |

ANDRÉS HUMBERTO VÁSQUEZ ÁLVAREZ, ciudadano colombiano, identificado con cédula de ciudadanía número 79'688.960 de Bogotá, Abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 109.063 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de **APODERADO ESPECIAL** del **EDIFICIO MULTIFAMILIAR ESPACIO 140 - PROPIEDAD HORIZONTAL**, demandante en el asunto de la referencia, en ejercicio del poder conferido, a través del presente escrito, de manera respetuosa, me permito sustentar el recurso de apelación impetrado contra la Sentencia proferida el pasado 15 de enero de 2020, de conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, con fundamento en lo siguiente:

1. FRENTE A HABERSE NEGADO LAS PRETENSIONES CONTRA JULIO CÉSAR CUESTA MAYORGA

El carácter de profesionales que ostentan los sujetos que intervienen en la construcción, conlleva a que las obligaciones que estos asumen tengan una naturaleza especial en consideración a la especialización, técnica, experiencia, intereses involucrados, competencia y dignidad de la profesión, etc. Esta circunstancia implica que las obligaciones por ellos adquiridas deban asumirse con un mayor grado de diligencia.

En el ordenamiento colombiano las profesiones involucradas en la actividad de la construcción están reguladas por diversas disposiciones que vale la pena analizar para comprender el alcance de la noción de constructor.

En términos generales, según el artículo 1 de la Ley 1229 de 2008, la cual modifica la Ley 400 de 1997, se entiende por constructor *“el profesional, ingeniero civil, arquitecto o constructor en arquitectura e ingeniería, bajo cuya responsabilidad se adelanta la construcción de una edificación”*. Sin embargo, la Ley 400 de 1997, incluye como empresarios no sólo a los ingenieros y arquitectos, sino también a otros profesionales que intervienen en la elaboración de la construcción tales como: diseñadores, revisores de diseños, directores de construcción y supervisores técnicos.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 1229 de 2008, establece quién se debe entender como profesional en construcción en arquitectura e ingeniería, definiéndolo en los siguientes términos: *“profesional de nivel universitario cuya formación académica le habilita para: a) Construir o materializar la construcción de todo tipo de proyecto civil o arquitectónico, tales como construcción de edificaciones, viviendas, vías, pavimentos, puentes, aeropuertos, acueductos, alcantarillados, oleoductos, gasoductos, poliductos, etc.,*

que hayan sido previamente diseñados o calculados por arquitectos o ingenieros respectivamente; b) Gestionar, planear, organizar, ejecutar, administrar y controlar (inspección, dirección de obra y/o interventoría), los diferentes procesos constructivos de los proyectos de obra civil o arquitectónica, utilizando las nuevas tecnologías y aplicando las normas constructivas vigentes, siempre y cuando el proyecto haya sido previamente calculado y diseñado por ingenieros civiles o arquitectos respectivamente; c) Producir materiales para la construcción e investigar sobre nuevos sistemas constructivos, innovar tanto las técnicas como los procesos constructivos e implementar en el proceso constructivo normas y procesos ambientales; d) Implementar, coordinar y asignar tareas derivadas de planes de mantenimiento constructivo preventivo y correctivo; e) Celebrar contratos públicos o privados cuyo, objeto sea la materialización, gestión, planeación, organización, administración o control de proyectos arquitectónicos o civiles, tales como Construcción de edificaciones, viviendas, vías, pavimentos, puentes, aeropuertos, acueductos, alcantarillados, oleoductos, gasoductos, poliductos, etc. y, en general, contratos que tengan que ver con la construcción de todo tipo de proyectos que hayan sido previamente diseñados o calculados por arquitectos o ingenieros respectivamente; f) Gerencia de proyectos de construcción, programación de obras y proyectos, y elaboración y control de presupuestos de construcción; g) Asesor sobre todo lo referente a la materialización de obras civiles o arquitectónicas; h) Realizar estudios, trámites y expedición de licencias de urbanismo y construcción de proyectos que hayan sido previamente calculados y diseñados por ingenieros civiles o arquitectos respectivamente; i) Desempeñar la docencia en el área de la construcción; j) Elaboración de avalúos y peritazgos en materia de construcción a las edificaciones; k) La demás que se ejerzan dentro del campo de la profesión del constructor.”

Así las cosas, bajo el contexto en el que se concibió el Código Civil, era dable entender que el empresario al que se refiere el artículo 2060 se encargara de la compra de materiales, coordinación de trabajos, pago de salarios, entre otras labores. Sin embargo, hoy en día y tal como es posible evidenciar de las disposiciones citadas, la complejidad de la actividad de la construcción ha hecho que en ésta participen varias personas, cada una de las cuales interviene con cierta autonomía en la realización de la obra.

Teniendo en cuenta lo anterior, y siendo consciente de que en la realización de una obra puede también estar involucrado un ingeniero o un arquitecto que se encargue de dirigir los trabajos técnicos, el artículo 2061 del Código Civil le hace extensiva la responsabilidad del empresario a los arquitectos. De manera que, si el ingeniero o arquitecto contrata de forma independiente con el dueño de la obra le son aplicables las reglas de responsabilidad previstas en el artículo 2060 del mismo Estatuto. No sobra señalar, que no es posible objetar que el ingeniero es diferente al arquitecto, pues el término arquitecto también debe ser entendido en un sentido genérico en consideración a la época en la que fue expedido el Código Civil.

Por lo tanto, mientras cada uno de los sujetos involucrados en la construcción mantenga la mencionada autonomía es dable considerarlos como empresarios. En consecuencia, dichos sujetos serán responsables contractualmente por los daños producidos como consecuencia de un vicio en la construcción conforme a los parámetros establecidos en los artículos 2060 del Código Civil y 1 de la Ley 400 de 1997.

La responsabilidad del productor, como consecuencia de su actividad económica, es una responsabilidad profesional por ser él quien maneja, controla y dirige la producción de bienes o la prestación de servicios, por lo tanto, asume deberes específicos relacionados con el desarrollo de su empresa. Es por ello que en el derecho de consumo se aumentan las cargas de los profesionales, en la medida en que se considera que hay una parte experta, que es la que se obliga a suministrar el bien o producto, y otra débil, que carece de la experiencia necesaria para garantizar la adecuada protección de sus derechos. Por lo tanto, por la situación de desequilibrio contractual que se genera en el ámbito del consumo, se exige que se aumente la protección a los consumidores.

En este contexto, la calidad de profesional implica “un fenómeno de imputación de consecuencias dañosas por la inobservancia de deberes jurídicos concretos relacionados con la índole de su actividad y con los servicios que dispensan o con los bienes que producen. Su apreciación es rigurosa, dado los intereses que están en juego y el bienestar de la comunidad que se encuentran involucrados en la órbita de su

obrar, y en la confianza que se les concede como sujetos competentes que ofrecen en condiciones de seguridad y garantía sus productos". (Santos Ballesteros, 2012, pág. 443).

En lo que respecta a los arquitectos, la Ley 435 de 1998 es la encargada de reglamentar el ejercicio de esta profesión. Es preciso señalar que generalmente los arquitectos son quienes se ocupan del diseño, construcción, ampliación, conservación, alteración o restauración de un edificio o de un grupo de edificios. Este ejercicio profesional incluye la planificación estratégica y del uso de la tierra, el urbanismo y el diseño urbano.

En el artículo 1 de la mencionada ley se establece qué debe entenderse por arquitectura como profesión definiéndola en los siguientes términos:

"Para todos los efectos legales, entiéndase por arquitectura, la profesión a nivel universitario, cuya formación consiste en el arte de diseñar y crear espacios, de construir obras materiales para el uso y comodidad de los seres humanos, cuyo campo de acción se desarrolla fundamentalmente con un conjunto de principios técnicos y artísticos que regulan dicho arte."

Conforme a lo establecido por el artículo 2 de la mencionada ley, es posible determinar que el campo de ejercicio de los profesionales en arquitectura es muy amplio, pues les es permitido desempeñarse como consultores, asesores, diseñadores, constructores, interventores o gerentes de obras.

Por su parte, en los artículos 16, 17, 18, 19 y 20 de la mencionada ley se establecen una serie de obligaciones y deberes para con la profesión, los clientes y el público en general. Dichos deberes llenan de contenido las obligaciones asumidas por los arquitectos en la actividad de la construcción y determinan el alcance de la responsabilidad de quienes se encargan de ejercerla.

Por lo general, los ingenieros se encargan de las obras civiles que constituyen la infraestructura de la obra. A grandes rasgos, su actividad corresponde al diseño de estructuras de la obra, por lo que, a diferencia de los arquitectos, en esta profesión cobra más importancia la durabilidad y estabilidad de la obra que la concepción artística de la misma.

En Colombia la Ley 842 de 2003, reglamenta el ejercicio de la ingeniería, la cual a la luz del artículo 1 se entiende como *"toda aplicación de las ciencias físicas, químicas y matemáticas; de la técnica industrial y en general, del ingenio humano, a la utilización e invención sobre la materia"*.

Por su parte, la Ley 400 de 1997, se encarga de definir qué se entiende por diseñador estructural y por ingeniero geotecnista. Estos ramos de la ingeniería cobran gran importancia en el tema que se pretende desarrollar, pues el primero, es quien se encarga el diseño y los planos estructurales de la edificación; mientras que el segundo, es el encargado del diseño y estudios geotécnicos bajo los cuales se establecen los parámetros del diseño de la cimentación.

Pero el ejercicio de la ingeniería no se limita a los ramos mencionados. Como se puede evidenciar de la lectura del artículo 2 de la Ley 842 de 2003, el campo de aplicación de esta profesión es muy amplio y en algunos casos el ejercicio de la misma compete con el de la arquitectura.

Por su parte, los artículos 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 42 de la ley mencionada se encargan de establecer los deberes y obligaciones de estos profesionales. Dichos artículos, al igual que en el caso de los arquitectos, delimitan el alcance y contenido de las obligaciones que tienen a su cargo.

Las normas de protección al consumidor se sujetan a los principios generales del derecho, no obstante, el derecho de protección al consumidor se contrapone a algunas de las reglas y principios del derecho patrimonial, en consideración a la asimetría¹ existente entre consumidores y usuarios frente a productores

¹ "La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. (...) En el plano constitucional, el régimen de responsabilidad del productor y del distribuidor corresponde al

y expendedores. En especial, se revalúan los principios de igualdad, autonomía de la voluntad privada y la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad. *"Podríamos decir: el Derecho del Consumidor cumple un papel de reformulador de institutos jurídicos, ya que su aplicación significará en todos los casos que los mismos se interpreten de una manera distinta a la concebida en el momento de su concepción. Lo expresado intenta explicar que el derecho del consumidor no suele ser autosuficiente, y ello no es ajeno a la materia de la responsabilidad civil".* (Wajtraub Roizner, 2007).

Ante todo, debe resaltarse que los principios generales contenidos en el artículo 1° de la Ley 1480 consagran los objetivos de la misma. Dichos principios en los que se inspira para proteger al consumidor y que buscan garantizar una adecuada interpretación de los preceptos normativos que ella consagra son:

- La efectividad de los derechos de los consumidores,
- El libre ejercicio de los derechos de los consumidores,
- El respeto a la dignidad de los consumidores, y
- La protección de los intereses económicos de los consumidores. (Giraldo López, Caycedo Espinel, & Madriñan Rivera, 2012)

En igual forma, este artículo menciona cuatro derechos, que, aunque están incluidos también en el artículo 3.1 de la misma ley, tienen una especial categoría, lo que amerita que sean incluidos también en el título de principios generales. Dichos derechos son: salud y seguridad, información, educación y organización².

No obstante, aunque la ley consagre expresamente algunos principios generales, no se puede dejar de lado los principios constitucionales consagrados en el artículo 78 de la Constitución.

El artículo 2 de la Ley 1480 de 2011, consagra el ámbito de aplicación del Estatuto del Consumidor. En el mencionado artículo titulado objeto, se definen las transacciones jurídico- económicas y las conductas de cuya regulación se ocupa la mencionada ley.

La importancia de este artículo es que, mediante el mismo, se busca delimitar qué reglas son aplicables a una determinada relación jurídico-económica, para que de esta forma el operador jurídico pueda tener claridad sobre si la conducta analizada está cobijada bajo las disposiciones particulares del Estatuto del Consumidor, o si por el contrario, se rige por las normas del Código Civil o del Código de Comercio según sea el caso.

El primer inciso del artículo 2 señala que la Ley 1480 regula *"los derechos y obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesal"*³. De lo establecido en la mencionada disposición se puede concluir que las reglas de responsabilidad de los productores y proveedores son las previstas en el Estatuto y, por lo tanto, el régimen de responsabilidad de protección al consumidor se aparta de las reglas civiles y comerciales generales, y que los procedimientos de protección al consumidor están sujetos en primer término a los dispuesto en la Ley 1480 de 2011. Por consiguiente, es claro el carácter general y residual de las disposiciones del Estatuto del Consumidor, las cuales operan sin menoscabar las regulaciones especiales.

En este contexto, hay que advertir que en el derecho de protección al consumidor se desarrolla bajo tres perspectivas: la protección colectiva, la regulación y el orden público del mercado y, los derechos subjetivos patrimoniales. (Giraldo López, Caycedo Espinel, & Madriñan Rivera, 2012)

esquema ideado por el constituyente para poner término o mitigar la asimetría material que en el mercado padece el consumidor o usuario". Corte Constitucional C-1141/00 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz 30 de agosto de 2000).

² Estos cuatro derechos recogen en buena parte los criterios indicados en la Resolución de la Asamblea General 39/248 del 16 de abril de 1985 y su ampliación del 22 de marzo de 1999 de la Organización de las Naciones Unidas sobre Protección del Consumidor. Ellos conforman los ejes o pilares fundamentales del derecho de la protección al consumidor, pues comprenden desde los tradicionales deberes de información y de seguridad, que ya habían sido tratados por el Decreto Ley 3466 de 1982 y contemplados en el artículo 78 de la Constitución como derechos colectivos; así como el derecho a la organización de los consumidores y la participación de estos en las decisiones que los afecten. Además, se consagran aspectos nuevos como la educación al consumidor. (Giraldo López, Caycedo Espinel, & Madriñan Rivera, 2012).

³ Inciso primero del artículo 2 de la Ley 1480 de 2011 entre los consumidores y usuarios de una parte, y los productores y expendedores, de la otra.

Ahora bien, en el Estatuto del Consumidor no se define de forma expresa la relación de consumo, sin embargo, mediante la descripción del objeto de la Ley 1480 de 2011, es posible determinar que la diferencia de la relación de consumo, como relación jurídico-económica establecida entre el productor y el consumidor, frente a otro tipo de relaciones jurídicas, está dada por la aplicación de un criterio subjetivo. En efecto, si bien los objetos, los títulos y los modos de estas relaciones de consumo pueden coincidir con los de otro tipo de vínculos jurídicos, el Estatuto del Consumidor les otorga una categoría jurídica propia en atención a los sujetos que están involucrados en ella.

En consecuencia, el Estatuto del Consumidor es aplicable cuando una de las partes de la relación jurídica actúe en condición de consumidor, como destinatario final del bien o servicio y con una finalidad ubicada por fuera del ámbito profesional o empresarial.

En el artículo 4 del Estatuto del Consumidor contiene tres supuestos básicos para la protección del consumidor: 1) las disposiciones legales de protección al consumidor son de orden público y por lo mismo, cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, sin perjuicio de la validez de los arreglos que se produzcan para resolver controversias sobre los derechos patrimoniales entre un consumidor y su contraparte; 2) las normas del Estatuto del Consumidor deben ser interpretadas en la forma más favorable al consumidor en lo atinente a la definición del sentido y alcance de normas que no son claras, o cuando existen vacíos legales y, 3) en caso de duda, se resuelve a favor del consumidor, regla conforme con la cual, en los casos en los que los elementos de juicio o probatorios no sean suficientes para formar concluyentemente el criterio del operador jurídico -juez o funcionario administrativo- se resuelve en favor del consumidor, regla que se deriva del principio de asimetría en desarrollo del imperativo constitucional consagrado en el artículo 78 de la Carta. (Giraldo López, Caycedo Espinel, & Madriñan Rivera, 2012)

En caso de vacíos en materia sustancial, se aplicarán en primer lugar las normas del Código de Comercio y en subsidio las del Código Civil. Se debe entender que esta remisión supletiva sólo será procedente cuando no se pueda subsanar con los principios generales del Estatuto, o por aplicación extensiva o por analogía entre sus normas. En materia procesal, los vacíos en materia de actuaciones administrativas se resolverán con las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en lo jurisdiccional con las reglas del Código General del Proceso. Sin embargo, en todos los casos, será necesario que la aplicación de la disposición no contravenga los principios del Estatuto del Consumidor.

Quienes asumen la responsabilidad por la garantía, son solidariamente todos los que hayan participado en la cadena de producción y de puesta en circulación del producto. Por lo tanto, el consumidor puede reclamarle a cualquiera de la cadena y este deberá responder independientemente de que no haya sido el directamente responsable del defecto del bien, sin perjuicio de que quien responda, luego pueda repetir contra el verdadero responsable.

No se debe dejar de lado en el análisis de las garantías, quiénes son los responsables de la misma, pues es evidente que este aspecto determina la adecuada protección al consumidor. Es por ello que el artículo 10 de la Ley 1480 de 2011 estableció la solidaridad entre el productor y el comercializador, al considerar que el consumidor no debe tener la carga de establecer quién de los participantes de la cadena de producción y comercialización del bien es el responsable de que el producto no cumpla con las condiciones de idoneidad, calidad, seguridad y buen estado y funcionamiento del mismo. Así las cosas, el consumidor podrá acudir ante quien elaboró el producto o ante quien lo puso en circulación, y cualquiera de ellos deberá cumplir con la garantía. Como ya se mencionó, en el caso de que el que responda por la garantía no haya sido el causante del daño, le será dable repetir contra quien lo causó.

Partiendo de la base de que el producto final es un inmueble, debe ser considerado como una unidad única, en la medida en que se trata de un producto sumamente complejo donde se integran una serie de materiales, procesos constructivos, equipos, aparatos, insumos, etc. En la producción del mismo una gran cadena de profesionales, de bienes y materiales están involucrados. Además, para su producción se parte de una ruta del proyecto constructivo que comprende desde diseño a la post construcción, donde en cada

una de las etapas, existen una serie de elementos, acciones, trabajos, actividades y materiales que inciden necesariamente en el concepto de calidad de la construcción, garantías de acabados y garantías de estabilidad de la construcción, habitabilidad, seguridad, funcionalidad y confort.

En consecuencia, se establecen unos parámetros de responsabilidad al constructor, alrededor del producto denominado bien inmueble, que lo hacen responder no solo por su actividad, sino también por la actividad de terceros en consideración a los efectos que estas tienen en la calidad del producto final.

2. FRENTE A HABERSE NEGADO LAS DEMÁS PRETENSIONES CONTRA LA SOCIEDAD HHC PENINSULA 140 S.A.S.

En el régimen de propiedad horizontal para que nazca la persona jurídica de la copropiedad se requiere la constitución de manera legal del régimen de propiedad horizontal sobre un edificio o conjunto a través de una escritura pública y su reconocimiento en la oficina de registros públicos.

Aunado a lo anterior, el artículo 8 de la ley 675 de 2001, sostiene que *“la inscripción y posterior certificación sobre la existencia y representación legal de las personas jurídicas a las que alude esta ley, corresponde al alcalde municipal o distrital del lugar de ubicación del edificio o conjunto, o a la persona o entidad en quien éste delegue esta facultad.”*⁴

La inscripción se realizará mediante la presentación ante el funcionario o entidad competente de la escritura registrada de constitución del régimen de propiedad horizontal y los documentos que acrediten los nombramientos y aceptaciones de quienes ejerzan la representación legal y del revisor fiscal.

“También será objeto de inscripción la escritura de extinción de la propiedad horizontal, para efectos de certificar sobre el estado de liquidación de la persona jurídica. En ningún caso se podrán exigir trámites o requisitos adicionales.”

Se puede afirmar entonces que en el tema del nacimiento de la persona jurídica existen dos momentos: El nacimiento de la persona a través de la escritura pública y su consecuente registro en la oficina de registros públicos y posterior registro ante las alcaldías municipales o distritales según sea el caso.

Reza la certificación expedida por la Alcaldía Local de Usaquén sobre la representación legal de la copropiedad EDIFICIO MULTIFAMILIAR ESPACIO 140 - PROPIEDAD HORIZONTAL, que *“mediante Resolución Administrativa y/o registro en base de datos de propiedad horizontal No. 199 del 23 de junio de 2017, fue inscrita en la Alcaldía Local de USAQUÉN, la Personería Jurídica para el EDIFICIO MULTIFAMILIAR ESPACIO 140 - PROPIEDAD HORIZONTAL, entidad sin ánimo de lucro, ubicada en la Carrera 11 No. 140 - 52 de esta ciudad, conforme lo previsto en el artículo 8 de la Ley 675 de 2001”*.

Agrega que la solicitud de inscripción se acompaña con las fotocopias de la Escritura Pública No. 1447 del 04 de noviembre de 2015, corrida ante la Notaría 10 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., mediante la cual se acogen al régimen de propiedad horizontal que trata la Ley 675 de 2001, la cual se encuentra registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en el folio de matrícula 50N-20786021.

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 675 de 2001, un Edificio o Conjunto Residencial como el que nos ocupa, debe constituir el régimen de propiedad horizontal mediante escritura pública que debe ser registrada en la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos. Una vez se realiza tal actividad surge la personería jurídica a que se refiere la citada ley.

⁴ CONGRESO DE LA REPUBLICA, Ley 675 de 2001.

De igual forma, el artículo 32 de la citada norma señala que, la propiedad horizontal, una vez constituida legalmente, da origen a una persona jurídica conformada por los propietarios de los bienes de dominio particular, cuyo objeto será administrar correcta y eficazmente los bienes y servicios comunes, entre otros.

Asimismo, conforme a lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley 675 de 2001⁵, la certificación sobre la existencia y representación legal de la persona jurídica constituida mediante el procedimiento señalado en el artículo 4 de la citada norma, corresponde a los Alcaldes Municipales y Distritales del lugar de ubicación del Edificio o Conjunto o a la persona o entidad en quien éstos deleguen la facultad.

Ahora bien, para el cumplimiento de las obligaciones citadas, en Bogotá fue expedido el Decreto Distrital 854 de 2001 "Por el cual se delegan funciones del Alcalde Mayor y se precisan atribuciones propias de algunos empleados de la Administración Distrital", que consagra en su artículo 50, adicionado por el artículo 3 del Decreto Distrital 192 de 2002, lo siguiente:

"ARTICULO 50. *Corresponderá a los Alcaldes Locales de Bogotá D.C. la inscripción y expedición de las certificaciones de existencia y representación legal de las personas jurídicas reguladas por la Ley 675 del 3 de agosto de 2001, por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal, sobre la constitución de edificios o conjuntos.*

Para el ejercicio de la función delegada, la competencia de los Alcaldes Locales se determinará respecto a los edificios o conjuntos que se encuentren ubicados dentro de la correspondiente jurisdicción territorial de cada localidad.

La facultad delegada se desarrollará conforme con los requisitos fijados en el artículo 8 de la Ley 675 de 2001.

PARÁGRAFO. *Igualmente, le corresponderá a los Alcaldes Locales ordenar a los administradores la entrega de la copia de las actas de asamblea, cuando se niegue su entrega a los propietarios, so pena de aplicar las sanciones del caso, tal como lo dispone el parágrafo del artículo 47 de la Ley 675 de 2001.*

Además, les compete dar trámite a todos los asuntos relacionados con el régimen de propiedad horizontal que dicha Ley, sus reformas o los decretos reglamentarios atribuyan al Alcalde Distrital".

De acuerdo con lo expuesto, debe anotarse que en materia de propiedad horizontal, la función de las autoridades municipales y distritales es la de adelantar el registro de las personas jurídicas reguladas por la Ley 675 de 2001, y expedir las certificaciones sobre su existencia y representación legal, previo cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 4 y 8 de la referida Ley.

De conformidad con el artículo 50 de la Ley 675 de 2001, quien ejerce la representación legal de la propiedad horizontal es el administrador designado por la asamblea general de propietarios o el consejo de administración, cuando sea el caso, que en su tenor literal cita:

"ARTÍCULO 50. NATURALEZA DEL ADMINISTRADOR. La representación legal de la persona jurídica y la administración del edificio o conjunto corresponderán a un administrador designado por la asamblea general de propietarios en todos los edificios o conjuntos, salvo en aquellos casos en los que exista el consejo de administración, donde será elegido por dicho órgano, para el período que se prevea en el reglamento de copropiedad. Los actos y contratos que celebre en ejercicio de sus funciones se radican en

⁵ **"ARTÍCULO 8.** *Certificación sobre existencia y representación legal de la persona jurídica. La inscripción y posterior certificación sobre la existencia y representación legal de las personas jurídicas a las que alude esta ley, corresponde al Alcalde Municipal o Distrital del lugar de ubicación del edificio o conjunto, o a la persona o entidad en quien este delegue esta facultad.*

La inscripción se realizará mediante la presentación ante el funcionario o entidad competente de la escritura registrada de constitución del régimen de propiedad horizontal y los documentos que acrediten los nombramientos y aceptaciones de quienes ejerzan la representación legal y del revisor fiscal. También será objeto de inscripción la escritura de extinción de la propiedad horizontal, para efectos de certificar sobre el estado de liquidación de la persona jurídica.

En ningún caso se podrán exigir trámites o requisitos adicionales".

la cabeza de la persona jurídica, siempre y cuando se ajusten a las normas legales y reglamentarias. (...)
 (Subrayado fuera de texto).

Así mismo, el artículo 52⁶ ibidem faculta al propietario inicial para nombrar un administrador provisional, hasta tanto no se efectúe la entrega de los bienes y sea designado por la asamblea general de propietarios el administrador definitivo al que hace relación el artículo 50 del régimen de propiedad horizontal.

Por lo tanto, es importante tener claro que sólo a quien la asamblea general de propietarios haya nombrado como administrador o en su defecto el administrador definitivo designado por el propietario inicial en los términos del artículo 52 de la Ley 675 de 2001, podrán ejercer la representación legal y judicial del edificio⁷, siempre y cuando se cumpla con el requisito de inscripción ante la autoridad municipal o distrital, como se establece por el artículo 8 de la Ley 675 de 2001.

La presunción de recibo de áreas comunes esenciales es exigible a la propiedad horizontal una vez se haya constituido y se haya inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos⁸, hecho con el cual surge la persona jurídica que debe someterse al cumplimiento de las diferentes obligaciones que le sean aplicables.

Adicionalmente, es de tener en cuenta que es una función del administrador *“Eleva a escritura pública y registrar las reformas al reglamento de propiedad horizontal aprobadas por la asamblea general de propietarios, e inscribir ante la entidad competente todos los actos relacionados con la existencia y representación legal de la persona jurídica”*.

En consecuencia, el administrador provisional podrá adelantar aquellos actos de administración que no impliquen la representación legal o judicial de la persona jurídica que constituye la propiedad horizontal, razón de peso para haberse accedido a las pretensiones de demanda, máxime cuando en el argumento de la Sentencia que hoy se recurre se tomó como probado el recibo de la documental que amparó la ejecución del proyecto, que por ley está obligado a entregar el constructor, en cabeza de la administradora provisional, tampoco es de recibo contar la entrega de las áreas comunes esenciales desde la ocupación del primer inmueble si se tiene en cuenta que la administración provisional asumió funciones que no tenía.

El artículo 24 de la Ley 675 señala la forma como el propietario inicial hace la entrega de estos bienes, así, nos dice: *“Se presume que la entrega de bienes comunes esenciales para el uso y goce de los bienes privados de un edificio o conjunto, tales como los elementos estructurales, accesos, escaleras y espesores, se efectúa de manera simultánea con la entrega de aquellos según las actas correspondientes”*.

Es decir, al momento de la entrega del primer bien privado a su nuevo propietario, la ley presume que el propietario inicial, debía tener habilitados todos los bienes comunes necesarios para el uso y goce de ese inmueble, así como los bienes comunes indispensables para la existencia, estabilidad, conservación y seguridad del edificio, en otras palabras, entregado el primer bien privado se presume entregado cerca del 98% de las zonas y bienes comunes, excluyendo sólo los bienes comunes no esenciales o generales.

Pero esta es sólo una presunción iuris tantum, es decir, admite prueba en contrario, pues el propietario inicial no va a habilitar cuatro ascensores para el servicio del primer residente, lo hará paulatinamente, en la medida que el edificio se ocupe.

⁶ Ley 675 de 2001. *“ARTÍCULO 52. ADMINISTRACIÓN PROVISIONAL. Mientras el órgano competente no elija al administrador del edificio o conjunto, ejercerá como tal el propietario inicial, quien podrá contratar con un tercero tal gestión.*

No obstante, lo indicado en este artículo, una vez se haya construido y enajenado un número de bienes privados que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de los coeficientes de copropiedad, cesará la gestión del propietario inicial como administrador provisional.

Cumplida la condición a que se ha hecho referencia, el propietario inicial deberá informarlo por escrito a todos los propietarios del edificio o conjunto, para que la asamblea se reúna y proceda a nombrar el administrador, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes. De no hacerlo el propietario inicial nombrará al administrador definitivo.”

⁷ Circunstancia que se infiere de las funciones del administrador establecidas por el artículo 51 de la Ley 675 de 2001.

⁸ Ver Ley 675 de 2001, Artículo 51, Numeral 9°.

Por las mismas características señaladas, no existen actas de entrega material, pues simplemente, se habilitan a necesidad, de acuerdo a la ocupación de la propiedad horizontal. Por ello se recomienda levantar actas de habilitación, como soporte probatorio, en los eventos de habilitaciones posteriores a la primera entrega, aunque estas no son necesarias.

Forman parte de los bienes comunes esenciales los equipos de la copropiedad, pues sin ellos, es claro, no se podría tener el uso y goce de los inmuebles de propiedad individual. Para estos equipos la ley ha dispuesto que se deberá entregar *“los documentos, garantía de los ascensores, bombas y demás equipos, expedidas por sus proveedores, así como los planos correspondientes a las redes eléctricas, hidrosanitarias y, en general, de los servicios públicos domiciliarios”*. Estas entregas documentales -de manuales de uso y funcionamiento, garantías, mantenimiento, fichas técnicas, planos de las redes vitales, etc.- si deberán constar en actas.

Conforme a las normas que tratan la entrega de los bienes comunes por parte del propietario inicial a la copropiedad⁹, se puede establecer que el plazo para realizar dicha entrega se encuentra condicionado únicamente a que el propietario inicial haya terminado la construcción y enajenación de un número de bienes privados que represente por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de los coeficientes de copropiedad, sin existir un límite temporal para efectuar la referida entrega.

Resulta errada entonces la apreciación del fallador por tener entregadas las áreas comunes esenciales con la entrega de la primera unidad habitacional (junio de 2016), por dos razones, a saber, la primera por cuanto la asamblea de copropietarios que da cuenta de la enajenación del 51% de las unidades se celebró hasta el 14 de junio de 2017, tal y como fue corroborado con el interrogatorio absuelto por el representante legal de la sociedad demandada, y segundo porque también, como fue reconocido en interrogatorio, el proyecto fue ejecutado por etapas.

Nos hace suponer el fallo que la presunción de entrega de áreas comunes con el primer uso que se dio a las mismas se dio sin la enajenación del 51% de los coeficientes que conforman la copropiedad, y estando la administración en cabeza del mismo constructor: El fallo pretende dar por entregadas las mismas por el constructor y recibidas por su propio delegado, en una auto entrega reprochable desde todo punto de vista.

Lo que, en idéntico sentido sobre las deficiencias constructivas de tipo documental, bajo el entendido que, en marzo de 2016, no puede haberse hecho entrega de la documental que por ley está obligada a entregar el constructor.

El artículo 52 de la Ley 675 indica que:

“No obstante lo indicado en este artículo, una vez se haya construido y enajenado un número de bienes privados que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de los coeficientes de copropiedad, cesará la gestión del propietario inicial como administrador provisional.”

Esto quiere decir, que la provisionalidad tiene una condición resolutoria, enmarcada en el hecho futuro e incierto de que el propietario inicial alcance la construcción y enajenación de bienes privados que representen no menos del 51% de los coeficientes de copropiedad. El efecto es inmediato. La norma no relativiza ni modera, sólo indica de manera imperativa: “una vez se haya construido y enajenado...” “...cesará...”. Cualquier acto de administración ejercido con posterioridad al acaecimiento de la condición,

⁹ Ley 675 de 2001. **“ARTÍCULO 24. ENTREGA DE LOS BIENES COMUNES POR PARTE DEL PROPIETARIO INICIAL.** *Se presume que la entrega de bienes comunes esenciales para el uso y goce de los bienes privados de un edificio o conjunto, tales como los elementos estructurales, accesos, escaleras y espesores, se efectúa de manera simultánea con la entrega de aquellos según las actas correspondientes. Los bienes comunes de uso y goce general, ubicados en el edificio o conjunto, tales como zona de recreación y deporte y salones comunales, entre otros, se entregarán a la persona o personas designadas por la asamblea general o en su defecto al administrador definitivo, a más tardar cuando se haya terminado la construcción y enajenación de un número de bienes privados que represente por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de los coeficientes de copropiedad. La entrega deberá incluir los documentos garantía de los ascensores, bombas y demás equipos, expedidas por sus proveedores, así como los planos correspondientes a las redes eléctricas, hidrosanitarias y, en general, de los servicios públicos domiciliarios. (...)* (Subrayado fuera de texto)

salvo causal eximente de responsabilidad, se podrá ver sometido a la declaratoria de nulidad por falta de capacidad legal.

Lo anterior, visto con detenimiento, implica varios asuntos de orden legal:

Así la Asamblea o el Consejo, según el caso, no designen Administrador definitivo, la provisionalidad “cesa” con el simple acaecimiento de la condición.

Para que la condición sea cumplida, debe construirse y enajenarse bienes privados, es decir, que no vale una u otra sino las dos. El bien no debe “existir” solamente jurídicamente, sino también materialmente y debe haber un acto de enajenación de cualquier naturaleza.

La provisionalidad es renunciable. Antes de cumplirse la condición, el propietario inicial puede convocar válidamente a la Asamblea para que designe “*en propiedad*”. Esto no quiere decir, que en tanto no se dé el cumplimiento de la condición, el propietario inicial no tenga “*derecho*” a ser el administrador provisional, con lo que es claro que su condición no puede ser arrebatada por la Asamblea o el Consejo antes de cumplir la construcción y enajenación de bienes que representen el 51% de los coeficientes.

Durante la provisionalidad, los órganos de administración del edificio o conjunto están llamados a operar plenamente, esto es, que la Asamblea General y el Consejo de Administración deben sesionar para cumplir con sus responsabilidades y deberes, así como para ejercer los derechos, conforme lo señala la ley 675 de 2001 y el reglamento de propiedad horizontal.

El artículo 52 señala, además:

“Cumplida la condición a que se ha hecho referencia, el propietario inicial deberá informarlo por escrito a todos los propietarios del edificio o conjunto, para que la asamblea se reúna y proceda a nombrar el administrador, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes. De no hacerlo el propietario inicial nombrará al administrador definitivo”.

Si bien podemos sostener que la provisionalidad termina, sin necesidad de declaración alguna, con el cumplimiento de la condición, también es claro que a partir de ese momento el propietario inicial queda obligado a poner en conocimiento de los copropietarios la situación, para que “*la asamblea se reúna y proceda a nombrar el administrador*”.

Este inciso del artículo 50, deriva en varias consecuencias:

Una vez cumplida la condición, el propietario inicial que es el que sabe cuándo se verifica, debe comunicarlo a los propietarios, so pena de incurrir en mora en sus obligaciones.

Una vez comunicado el cumplimiento de la condición, los propietarios deben designar la administración definitiva en un término no mayor a veinte (20) días hábiles. Para estos efectos la asamblea sesionará, por convocatoria del propietario inicial ya que tratándose de una asamblea “*especial*”, éste es el único habilitado para convocarla.

En caso de mora, y solo en caso de mora del propietario inicial, en informar del cumplimiento de la condición y convocar a la asamblea para que designe en propiedad, podrán los mismos copropietarios convocar de manera extraordinaria a la asamblea o el consejo de administración, si ya estuviere elegido, designar directamente al administrador.

Si la copropiedad, esto es el Asamblea o el Consejo de Administración, incurren en mora, por dejar vencer los 20 días hábiles para designar administrador definitivo, el propietario inicial quedará habilitado, por una única vez, para nombrarlo de manera válida (sin ser Asamblea ni Consejo), aún con oposición de los propietarios.

Corolario de lo anterior, es que el Administrador Provisional, es todo un Administrador y en consecuencia debe cumplir con las responsabilidades, deberes y derechos contenidos en el artículo 51 de la ley 675 de 2001 y el Reglamento de Propiedad Horizontal.

3. FRENTE A LAS PRETENSIONES NEGADAS POR HABER OPERADO EL FENOMENO DE CADUCIDAD y/o PRESCRIPCIÓN POR HABER FENECIDO LA GARANTÍA

Recuérdese que sólo deberá probarse por parte del consumidor que, dentro de la garantía, se pronunció algún defecto, sin necesidad de demostrar cuáles fueron las causas que lo generaron. Una vez se pruebe el defecto, el constructor sólo podrá excusarse probando alguna de las causales de exoneración.

Frente a este punto de la responsabilidad de los productores y proveedores hay que decir que puede ser uno de los casos excepcionales donde se rompe el principio de relatividad contractual ya que, como menciona la doctora CARMEN LIGIA VALDERRAMA:

“... la garantía es una obligación solidaria entre el productor y el proveedor y, en consecuencia, su cumplimiento puede ser exigido sin limitación alguna, a cualquiera de ellos. De esta forma, la regulación que tiene el estatuto en materia de garantías constituye un claro rompimiento del principio de relatividad de los contratos, pues es una obligación que le puede ser exigida incluso a quien no es parte de la relación contractual, pero que, como consecuencia de hacer parte de la cadena de distribución, estará igualmente obligada” (Valderrama, 2013, 244).

Las deficiencias de las que adolece el proyecto derivan del incumplimiento de la norma desde el mismo proceso de construcción del edificio y por lo tanto no se requiere documento alguno a manera de antecedente que soporte que tales hechos se presentaron dentro del año de entregadas las áreas comunes como erradamente lo entendió el fallador de primera instancia, a través de la Sentencia recurrida.

Por otro lado, y no menos importante es clarificar lo atinente a que la figura de la solidaridad no es aplicable a las cuestiones que atañen a la protección al consumidor, en tanto en artículo 10 de la Ley 1480 de 2011 únicamente hace referencia al proveedor y/o productor.

Como en otrora se anotó, el presente proceso no gira en torno a la declaratoria de incumplimiento de contrato suscrito entre las partes, pues de las pretensiones de la demanda se debe desprender que lo que buscamos es la aplicación de las normas sobre protección contractual plasmadas en el *Estatuto del Consumidor*, invocando que a la relación de consumo surgida entre las partes debe aplicársele un régimen especial de protección, que va más allá de la relación contractual.

La responsabilidad que surge como consecuencia de una relación de consumo va más allá de una relación contractual o extracontractual y se constituye en una relación especial del proveedor o productor frente al consumidor, particularmente si el tema de debate no gira en torno al incumplimiento contractual sino alrededor de la violación de los derechos estatuidos por el legislador a favor de los consumidores.

En lo que respecta a la acción de protección al consumidor, ésta se constituye desde la norma en una importante acción jurisdiccional para que el ciudadano del común acceda a una vía procesal, de carácter declarativo, que le permita instaurar, incluso sin necesidad de abogado, el respectivo proceso verbal sumario¹⁰, el cual ha de tener en cuenta reglas especiales, las cuales se encuentran establecidas en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

¹⁰ “En la disposición del artículo 58 del Estatuto del Consumidor se establece que las acciones de protección al consumidor serán conocidas por la Superintendencia bajo el proceso verbal sumario, sin hacer alusión alguna a la cuantía, lo que indicaría que son de única instancia”. (Giraldo López, Caycedo Espinel, & Madriñán Rivera, 2012, pág. 176).

Dicha acción de protección al consumidor se instaura ante la SIC en cumplimiento de sus facultades jurisdiccionales, siempre y cuando no exista un trámite especial (Giraldo López, Caycedo Espinel, & Madriñán Rivera, 2012, pág. 175). En dicho sentido, afirma Magdalena Correa Henao: “(...) *el Estatuto del Consumidor se aplica como ius commune (...) en general, a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial; y en los regímenes especiales, la Ley 1480 de 2011 opera en principio como norma suplementaria*”. (Correa Henao, 2013, pág. 109)

Con base en lo anterior, la Ley 1480 coexiste con los sistemas jurídicos presentes en los Códigos General del Proceso, Civil y Comercial, conllevando en la práctica la unificación de diversas regulaciones legales que se encuentran dispersas y refieren a la protección del consumidor (Vargas Ávila, 2013, pág. 477).

Según lo anterior, la acción de protección al consumidor opera si se dio la siguiente causal: violación de los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, que no tengan su origen por responsabilidad de producto defectuoso o en acciones de grupo o populares.

Sin duda, la Ley 1480 de 2011, “*Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*”, disciplina de manera más amplia, completa, específica y sistemática, la relación producción-consumo, con el confesado propósito de proteger, promover y garantizar la materialización y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como el amparo a su dignidad y sus intereses económicos -*art. 1.º*. La consagración de estos principios generales cobra inusitada importancia para los operadores jurídicos -*jueces, funcionarios administrativos, abogados, etc.*-, habida consideración de que son normas informadoras de todo el sistema y por tanto vinculantes en cuanto deben aplicarse para decidir los casos concretos.

En el mismo sentido se estatuye en el artículo 2.º el ámbito de aplicación objetivo¹¹ y subjetivo -*productores*¹², *proveedores*¹³ y *consumidores*¹⁴-; el catálogo de derechos y deberes de consumidores y usuarios, entre los cuales, en lo que resulta pertinente para el presente escrito, se destacan el derecho a la seguridad e indemnidad, es decir, a que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas; a tener acceso efectivo a las autoridades judiciales y administrativas y reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos, y a la protección contractual, esto es, ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, interpretación favorable, prohibición de ventas atadas, prohibición de modificar unilateralmente el contrato, etc. -*art. 34 y SS.*- De igual forma, se deja positivizado el carácter de orden público de las normas del Estatuto, lo cual blindará al consumidor frente al productor, proveedor o comercializador, por cuanto cualquier estipulación en contrario¹⁵ se tendrá por no escrita, amén que en todo caso la ley deberá interpretarse a favor del consumidor.

Se establece la responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantías ante los consumidores, al igual que por daños causados por productos defectuosos -*arts. 6º y 20-*, presumiéndose, cuando no se indique expresamente quién es el productor, que es tal, quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto; y el defecto, cuando se viole una medida sanitaria o fitosanitaria, o un reglamento técnico. También el artículo 42 protege al consumidor de las cláusulas abusivas, estableciendo el concepto de ellas y una enunciación de algunas, con sanción de ineficacia de pleno derecho.

¹¹ Regula los derechos y obligaciones surgidas entre productores, proveedores y consumidores y el tema de la responsabilidad en todos los sectores de la economía en los cuales no existe regulación especial.

¹² Definido en el numeral 9.º, artículo 3.º como, “*Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria*”.

¹³ Considerando en el numeral 11 de la misma normativa: “*Proveedor o expendedor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro*”.

¹⁴ Consumidor o usuario es: “*toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no está ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario*”.

¹⁵ Salvo acuerdos patrimoniales derivados de cualquier método alternativo de solución de conflictos después de surgida una controversia entre el consumidor y productor o proveedor, o los casos específicos referidos en la ley.

Las referencias últimas que vienen de hacerse, sobre las cuales no se profundiza por cuanto desbordan el objeto de este escrutinio, sin embargo, resultan pertinentes por cuanto, bien en los procedimientos administrativos, ora en los judiciales, surtidos en defensa de los intereses de los consumidores, tienen que ser el norte del operador jurídico, el cual no puede perderlas de vista cuando de cara a un caso concreto desarrolle su función. Constituyen, pues, verdaderos imperativos legales de aplicación obligatoria y preferente.

Un tema relevante en su tratamiento es del concepto de consumidor, genérica y precariamente definido en la literal c), artículo 1.º del Decreto 3466 de 1982, así: *“toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”*, caracterización que hubo de precisar la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos¹⁶:

Aunque en la definición no se emplea ningún parámetro relacionado, por ejemplo, con el hecho de que la persona deba ser consumidor o destinatario final del bien o servicio, o con la circunstancia de que el uso o consumo se enmarque o no dentro de una actividad profesional o empresarial, como ocurre en otros países, ello no puede conducir, por la simple imprecisión terminológica, a pensar que todos los sujetos que interactúan en el tráfico de bienes y servicios conforman tal categoría -consumidores- y que, por ende, a ellos indistintamente les sean aplicables las normas especiales, pues con semejante entendimiento se desnaturalizaría, por vía de la generalización, un estatuto excepcional destinado a proteger a determinados sujetos de las relaciones de intercambio.

Añadió la alta corporación que la vaguedad del concepto legal del consumidor acogido en el referenciado estatuto no puede conducir a un entendimiento indiscriminado, por cuanto perdería toda razón de existencia de un régimen especial, abogando porque se indague sobre la finalidad concreta que el sujeto -persona natural o jurídica- busque con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor solo en aquellas eventualidades en que se aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial, *“-en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social-, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo”*, conclusión a la cual hizo arribo luego de revisar el Derecho comparado latinoamericano y europeo.

Parece que las voces de la jurisprudencia del órgano de cierre colombiano en lo civil fueron acogidas por el Congreso de la República cuando dictó la Ley 1480 de 2011, dado que en el numeral 3, artículo 5.º estableció: *“Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no está ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”*, definición a todas luces guiada por la precisión y un carácter más completo en cuanto involucra elementos no contenidos en el Decreto 3466 de 1982, como el destino final de los bienes o servicios, así como la satisfacción de necesidades propias, privadas, familiar o doméstica y empresarial, precisando con relación a la empresa, que la adquisición de ese bien o servicio no está ligada o sea conexas a su actividad económica. Es decir, que en tratándose de empresas o personas jurídicas, la adquisición del bien o servicio no debe estar dentro de su objeto social o giro normal de su desempeño económico, puesto que, de ser así, no califica en la concepción que la ley tiene de consumidor y todo el plexo normativo de protección al mismo como parte débil de la operación producción-consumo. Este punto de vista, según la Corte en la Sentencia que se cita, es el que puede identificarse en numerosos ordenamientos jurídicos que, como adelante se examinará, catalogan únicamente como consumidor a quien sea destinatario final del bien o servicio, o, por otro lado, exigen que la adquisición o utilización esté ubicada por fuera de la esfera de actividad profesional o empresarial de quien se dice consumidor; adicionalmente, no está de más anotar que una postura similar es la adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio cuando, dentro de su competencia, ha conceptuado sobre el alcance del término que se viene estudiando

¹⁶ Sentencia de 3 de mayo de 2005, M.P.: César Julio Valencia Copete.

(Concepto 96027242 de 2 de septiembre de 1996, 96060904 de 28 de noviembre de 1996, 97023655 de 15 de julio de 1997, 99067274 de 4 de febrero de 2000, 02108233 de 17 de enero de 2003 y 03025237 de 9 de mayo de 2003; Cfr. Compendio de doctrina sobre protección del consumidor 1992-1999, Ministerio de Desarrollo Económico, Superintendencia de Industria y Comercio, 2000, pp. 152-160, y [http://www.sic.gov.co]).

La Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, reemplaza al juez de primera o única instancia de la jurisdicción ordinaria que sería competente para conocer de las acciones de protección al consumidor por razón de la cuantía, conforme a lo consagrado en el inciso 2° del numeral 1° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011. De lo que se colige que, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales al ejercer sus funciones actúa, excepcionalmente, como un juez de jurisdicción ordinaria.

Sumado a lo anterior, se encuentra que el legislador a través del artículo 24 del Código General del Proceso expresamente confirió funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer las acciones de protección al consumidor, a la cual corresponde el trámite de la referencia, como se expuso en líneas anteriores.

Debemos tener en cuenta además que el Código General del Proceso excluyó la falta de legitimación en la causa como excepción previa.

Ahora bien, debemos tener en cuenta, que el artículo 282 del C. G. del P. estableció: *“En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyan una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.”*

El evidente auge de la construcción de inmuebles y la existencia de normas que regulan específicamente su desarrollo así como las obligaciones y parámetros técnicos a seguir, y la especialización de roles al interior de esa actividad que permite identificar sujetos distintos del constructor, tales como promotores inmobiliarios, dueños de la obra, vendedores, gerentes de proyecto, financiadores, arquitectos, ingenieros de suelos, ingenieros calculistas, diseñadores de elementos estructurales y no estructurales, e interventores o supervisores técnicos, entre otros, ha determinado que cuando dichos bienes presenten deficiencias, sean diversas las opciones del adquirente para reclamar su protección en relación con los varios intervinientes.

Respecto del constructor, promotor inmobiliario, dueño de la obra, vendedor, gerente del proyecto, financiador, arquitecto, ingeniero de suelos, ingeniero calculistas, diseñador de elementos estructurales y no estructurales, e interventor o supervisor técnico, entre otros, también se puede denunciar el incumplimiento de las normas técnicas especiales relativas a la idoneidad, calidad y seguridad del bien ante las autoridades administrativas competentes para que sean impuestas las sanciones correspondientes, o solicitar la efectividad de la garantías de eficiencia y calidad, cuya protección procura el Estatuto del Consumidor y el artículo 78 de la Constitución Política, que consagra en beneficio del consumidor la exigencia de la «calidad de bienes y servicios».

Por último, la responsabilidad del constructor está regulada por diversos tipos de normas:

Ley 9 de 1989, Ley 388 de 1997 y demás normas complementarias, sobre reforma urbana y reordenamiento territorial, la Ley 546 de 1999 que estableció el sistema de financiación para la construcción y adquisición de vivienda, la Ley 400 de 1997, modificada por la Ley 1229 de 2008, sobre construcciones sismo resistentes.

Igualmente, los estatutos profesionales de la ingeniería y la arquitectura (leyes 842 de 2003 y 435 de 1998), así como la actividad de los técnicos constructores Ley 14 de 1975, Decreto 1469 de 2010, Ley 1796 de 2016 denominada: “Ley de vivienda segura” y el Decreto 1203 de 2017, entre otras; a través de las cuales se impone deberes específicos de prevención de perjuicios a terceros, que debe observar el constructor para que su conducta sea diligente. So pena, de que se considere que el Constructor ha

incurrido en culpa por negligencia a los preceptos legales y consecuentemente estará obligado a los apremios legales de su conducta.

Por su parte, el constructor es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra, de tal manera, que asume la responsabilidad por los trabajos efectuados por los diferentes oficios.

Además, el constructor está llamado a cumplir con la entrega del inmueble comprado según diseños, especificaciones, precio y tiempo. Como normalmente en un alto porcentaje el comprador no tiene conocimiento técnico y no sabe si lo que le entregan cumple con todas las especificaciones técnicas. Tanto para el constructor como para el comprador es importante tener claras las garantías que el primero debe cumplir y que existen entidades dedicadas a verificar su cumplimiento.

La Ley 400 de 1997, contempla las siguientes definiciones:

" Para los efectos de esta Ley se entiende por:

1. Acabados o elementos no estructurales. Partes y componentes de una edificación que no pertenecen a la estructura o a su cimentación.

(...)

18. Estructura. Es un ensamblaje de elementos, diseñado para soportar las cargas gravitacionales y resistir las fuerzas horizontales.

(...)

26. Líneas vitales. Infraestructura básica de redes. Tuberías o elementos conectados o continuos, que permite la movilización de energía eléctrica, agua, combustibles, información y el transporte de personas y productos, esencial para realizar con eficiencia y calidad las actividades de la sociedad.

(...)"

Sobre el particular, la doctrina ha realizado el siguiente análisis:

"En este sentido, la ley estableció una garantía mínima legal de 10 años para la estabilidad de la obra, y de un año para los acabados, término de que no puede ser disminuido en ningún caso. Sobre la estabilidad de la obra, ésta puede verse afectada principalmente por tres situaciones: problemas de suelos, problemas de materiales o problemas de construcción; los constructores y vendedores deberán responder por cualquiera de ellas.

Para los acabados, se debe responder no solo con los internos de la vivienda como puertas, ventanas, etc., sino también los que hacen parte de las zonas comunes, en caso de que el inmueble haga parte de una propiedad horizontal.¹⁷"

El mismo Estatuto del Consumidor señala en el segundo inciso de su artículo 2, que las normas allí consagradas tienen una aplicación suplementaria, esto es, complementaria o supletiva de las regulaciones especiales que se establezcan para cada sector de la economía¹⁸.

De allí, que no sea cierto que la Ley 1480 de 2011, derogue todos los regímenes especiales y dé un tratamiento idéntico a todos los sectores de la economía. Las normas y garantías allí establecidas se aplican de manera complementaria a otro tipo de normas especiales, con lo cual las múltiples regulaciones se suman o adicionan, en vez de superponerse o derogarse mutuamente (Echeverri, 2012; Giraldo, Caycedo & Madriñán, 2012; Ossa, 2013).

No se trata de constitucionalizar, a cambio de las leyes naturales, todas las coyunturas y controversias que surgen entre los particulares, o bien, entre estos y el Estado por los defectos en la construcción, aunque el

¹⁷ Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñán Rivera Ramón Eduardo, Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Legis, Primera Edición, 2012, página 48.

¹⁸ Ley 1480 de 2011. Artículo 2°. Inciso 2. Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual **aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.** (Resalto y subrayo).

propósito general de la Norma Superior es la protección de derechos de quienes han adquirido una vivienda¹⁹ para su propia habitación, goce o uso o, incluso, de quien la adquiere para negocio o comercio, lo que sí es claro, independientemente del tipo de proceso, el entendido constitucional que advierte que “... *El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades*”²⁰, especialmente cuando lo que conllevan son riesgos sociales.

En consecuencia, dichas responsabilidades deben ser asumidas por los generadores de los riesgos de conformidad con el orden jurídico establecido y, su procedimiento judicial o administrativo es el fijado según el asunto, usuarios, compradores y constructores están sujetos a lo que han establecido en los contratos de uso o compra venta. No obstante, la libertad contractual, les está completamente prohibido apartarse de las reglamentaciones establecidas.

Esta situación impregna y le da el carácter de “orden público” a estas cláusulas, las cuales se entienden como una exigencia perentoria para la protección de la parte débil del contrato y, además, sirve como garantía para que se dé el cumplimiento de “*las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que deben existir en el seno de la comunidad*”.

El objetivo, es proteger los intereses, tanto de los relacionados y vinculados por un contrato como los derechos que tienen los terceros de evitar la construcción de edificaciones sin el cumplimiento de los requisitos técnicos que las hacen altamente riesgosas y viciosas. Lo que se trata, en estos términos, es lograr una buena práctica de conformidad a la naturaleza misma de las construcciones que, en todos los casos, tiene vocación de durabilidad y permanencia en perfecto estado de conservación y buen funcionamiento.

En idéntico sentido, como eslabón substancial en todo el andamiaje constructivo, está el deber profesional de quienes intervienen en las distintas actividades, como el dueño del proyecto, el constructor, el arquitecto, el ingeniero, el interventor y, así, todas las personas que participan en la ejecución de la obra, quienes se obligan al ejercicio profesional conforme las buenas prácticas de las reglas del arte, quedando atados, solidariamente, con el dueño de la obra de acuerdo al rol desempeñado y conforme su oficio o profesión.

Estas situaciones, más que razones, exigen de los constructores respeto por las reglas de la pericia y la *lex artis*²¹, pues se entiende que los vicios en la construcción van más allá del posible perjuicio derivado de un incumplimiento contractual, “*inter partes*”, toda vez que afectan la seguridad del público en general.

Es posible entender entonces que el constructor no queda relevado de su responsabilidad, aunque existan actas de recibo, ni quien reciba la obra tenga todos los conocimientos en virtud de su oficio o profesión, además, se mantendrá la contingencia de la responsabilidad respecto de terceros, aunque la obra le haya sido recepcionada con pleno conocimiento de vicios o defectos.

La obligación de garantía es solidaria entre los intervinientes en la construcción y comercialización del proyecto inmobiliario o el inmueble nuevo, que conforme a las definiciones legales puedan ser considerados como productor o proveedor. Esta obligación comprende que el bien sea conforme, es decir, que el inmueble nuevo que se venda en Colombia cumpla con la calidad, idoneidad y seguridad del bien legalmente exigibles o las ofrecidas (art. 5 núm. 5 Ley 1480 de 2001). Por calidad se entiende, según esta norma: “*Condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él*”; ello implica que el inmueble tenga las características que tienen todos los inmuebles nuevos de su tipo o las que el vendedor le informó al consumidor. En cuanto a lo inherente, debe tenerse en cuenta que las normas obligatorias de construcción (nacionales o municipales) y de propiedad horizontal imponen requisitos mínimos en cuanto a las especificaciones de los inmuebles nuevos, las cuales deben ser cumplidas por los constructores; todos esos requisitos se entienden como

¹⁹ Constitución Política, art. 51.

²⁰ Constitución Política, art. 95.

²¹ “Lex Artis” término que proviene de la lengua latina y traduce como “Ley del Arte”. También denominada como buena técnica o correcta práctica en una determinada profesión.

inherentes y por lo tanto la falta de alguno de ellos implicará una infracción a la obligación de garantía, sancionable desde la órbita de las normas de protección al consumidor. Igualmente lo inherente se referirá a todo aquello que de manera habitual en el mercado cumple o hace parte de un inmueble, por ejemplo, que tenga una zonas comunes destinadas a la recreación de los niños, o inclusive sería lógico pensar que si el inmueble es nuevo, los accesorios y bienes que son considerados inmuebles por adhesión o destinación sean igualmente nuevos. Para soportar dichas afirmaciones basta recordar que el artículo 3 de la Ley 1480 de 2011, en su numeral 1.1, postula que los consumidores tienen derecho a recibir productos de calidad de conformidad con la garantía legal, lo ofrecido y las condiciones habituales del mercado.

Mientras tanto, por idoneidad, según el *Estatuto de Protección al Consumidor*, se entiende la "aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado", lo que implica que un inmueble nuevo destinado a vivienda será idóneo si efectivamente puede ser habitado en las condiciones normales que se esperan o que se promocionaron (art. 5 núm. 6). Igualmente dice la norma que cuando exista reglamento técnico el bien inmueble debe cumplir con el mismo (art. 6). Al respecto debe acotarse que en Colombia existen reglamentos técnicos aplicables a bienes inmuebles nuevos. El no cumplimiento de lo especificado por el reglamento técnico, incluyéndose aquí el Código de Construcción de Bogotá Acuerdo 20 de 1995, implica una infracción a la obligación de garantía, y en este caso el producto se presumirá inseguro según el numeral 14 del artículo 5 del mencionado Estatuto.

Así mismo, en el caso de no entrega del inmueble o retardo en ella, este asunto queda cobijado por la obligación de garantía, dado que la imposibilidad de gozar del bien según la norma hace parte de dicha obligación (art. 11 núm. 6). El no cumplimiento de la entrega de las áreas privadas o comunes anunciadas también queda comprendido en este tema, tanto como el incumplimiento en materia de acabados y líneas vitales del inmueble, así se trate de asuntos meramente estéticos, ya que estos se ligan a la calidad del bien. Con mayor razón el deterioro de los acabados y de la estructura del inmueble, ya sea al interior de las unidades habitacionales o en áreas comunes, se entiende incluido en la calidad. Adicionalmente, la obligación de garantía también cobija la seguridad del bien, es decir, el caso en que un bien inmueble nuevo, por un problema de construcción o diseño, no ofrezca la razonable seguridad a que los consumidores tienen derecho. En este último caso el consumidor, sin necesidad de haber sufrido un daño, puede exigir que se ordene al constructor adecuar el inmueble para garantizar dicha seguridad o, en caso de que no sea posible, pedir la indemnización de los perjuicios.

Tan es así que importantes doctrinantes han presentado y desarrollado ciertas críticas frente al alcance de la mencionada garantía inmobiliaria. Así, por el ejemplo, el Doctor Javier Tamayo Jaramillo, considera que la garantía decenal es desproporcionada y va en detrimento de los constructores.

Concretamente menciona:

"Esa garantía de 10 años es muy peligrosa e inequitativa para los constructores en relación con los daños producidos en algunos componentes de la construcción. Uno entiende que la garantía de 10 años se aplique a la estructura de la construcción y a ciertos equipamientos, pero no es justo ni lógico que el constructor tenga que responder durante diez años por la calidad de la pintura, o por la calidad de algunos componentes eléctricos" (Tamayo, 2010, 1373).

Ahora bien, ¿qué sucede si las partes pretenden modificar alguno de los términos legales previstos por la ley civil y el Estatuto en esta materia? **Ocurre, que las partes no pueden pactar en contrario para efectos de fijar un término de garantía inferior.**

En palabras de la doctora Carmen Ligia Valderrama se resolvería esa duda de la siguiente forma:

"Al respecto téngase en cuenta que la imposibilidad de pactar un término inferior al de los 10 años, no tiene sustento en que dicho término previsto en la ley 1480 de 2011, pues se reitera dichos términos son de aplicación residual, sino con base en que el término por la estabilidad de la obra tiene consagración expresa en el código civil. No sucede lo mismo con el término previsto para los acabados de la obra, pues al no estar consagrados en una disposición distinta a la ley 1480 de 2011, las partes podrán pactar, en

ejercicio de su autonomía de la voluntad, un término inferior a un año” (Valderrama, 2013, 263).

La anterior conclusión tiene respaldo por parte de otros doctrinantes, como son el doctor Javier Tamayo Jaramillo o Dionisio Manuel de la Cruz, el cual en la publicación de la revista Contexto No. 37 de la Universidad del Externado afirma que *“en los contratos de compraventa de inmuebles, cualquier cláusula que vaya contra esa norma (la que establece el término de 10 años) se tendrá por no escrita, y no tendrá campo para la interpretación”* (Cruz, 2012, pág. 19).

Por desgracia, las definiciones encontradas pertenecen a doctrinantes de otros países específicamente Argentina y Chile, sin embargo, por efectos netamente investigativos, se traen a colación para realizarles el respectivo examen.

Sobre la noción de Ruina el tratadista chileno ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ expone que: *“Para que exista el daño es necesario que provenga de la caída de los materiales incorporados al edificio, de los materiales que lo forman o constituyen, sólo ahí hay ruina”* (Alessandri, 1949, pág. 348).

Por otro lado, la doctrina argentina, especialmente el doctor ROQUE FORTUNATO GARRIDO, menciona que no se debe entender el concepto de ruina como algo restringido.

Concretamente señala que:

“No es necesario que se produzca el derrumbe del edificio o la destrucción total de la obra, bastando un deterioro de tal importancia que determine un peligro cierto o inmediato o signifique una amenaza - próxima o remota - de que la cosa puede llegar a arruinarse o deteriorarse, comprometiendo la existencia, la solidez y duración de la obra, es decir su estabilidad...” (Garrido, 1984).

El concepto anterior es más apropiado, puesto que la norma es clara al anunciar tanto a la ruina propiamente dicha, como a la simple amenaza de ruina, motivo por el cual el ámbito de aplicación de este artículo 2060 del Código Civil debe considerarse de manera amplia. Ahora bien ¿Qué sucede en la normatividad colombiana si los daños producidos no provienen del concepto de ruina?

Frente a estos casos, y en el aspecto jurídico local, hay que mencionar al reconocido jurista TAMAYO JARAMILLO el cual formula la tesis de la necesidad de hacer extensiva la garantía a daños diferentes a la ruina, en los siguientes términos:

“no vemos porque en el derecho colombiano no pueda hacerse extensiva la garantía a daños diferentes a los de la ruina. La voluntad del legislador de consagrar la garantía decenal es la de obligar a los constructores a edificar en forma adecuada. Piénsese así mismo que la mayoría de los defectos de construcción sólo se pueden percibir al cabo de los años, por lo tanto, prácticamente le es imposible al comprador o al dueño del edificio detectar los defectos de construcción que, en cierta forma son imperceptibles al momento de la recepción de los trabajos o durante los primeros meses posteriores a la entrega. Sin embargo, creemos que el vacío legal no tiene mucha importancia, por cuanto nuestro artículo 2060 habla de que la garantía decenal es aplicable si el edificio perece o amenaza ruina. Esto quiere decir que cualquier defecto de construcción que haga eventual la producción de un daño debe considerarse amparado por la norma. En conclusión, podemos decir que la garantía decenal de los artículos 2060 y 2451 del Código Civil es aplicable a todos los daños provenientes de un vicio en la construcción independientemente de que haya ruina” (Tamayo, 2010, pág. 1369).

Dicho vicio es de suma importancia ya que el indebido uso de los materiales puede hacer que ocurran un sinnúmero de contratiempos, estos pueden poner en riesgo la estabilidad de la obra y en mismo sentido la vida y protección de las personas que ocupan el sitio.

Cuando se habla de los vicios en los materiales es necesario distinguir y diferenciar las responsabilidades de los intervinientes ya que el artículo 2060 del Código Civil, específicamente el numeral 3ro expone lo siguiente:

“Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, 2057 inciso final” (Código Civil, Artículo 2060, 2010).

El doctor JAVIER TAMAYO JARAMILLO, considera que la garantía decenal es desproporcionada y va en detrimento de los constructores.

Concretamente menciona: *“Esa garantía de 10 años es muy peligrosa e inequitativa para los constructores en relación con los daños producidos en algunos componentes de la construcción. Uno entiende que la garantía de 10 años se aplique a la estructura de la construcción y a ciertos equipamientos, pero no es justo ni lógico que el constructor tenga que responder durante diez años por la calidad de la pintura, o por la calidad de algunos componentes eléctricos”- (Tamayo, 2010, 1373).*

Ahora bien. ¿Qué sucede si las partes pretenden modificar alguno de los términos legales previstos por la ley civil y el Estatuto en esta materia? Ocurre, que las partes no pueden pactar en contrario para efectos de fijar un término de garantía inferior.

En palabras de la doctora CARMEN LIGIA VALDERRAMA se resolvería esa duda de la siguiente manera:

“... en cuanto al término de 10 años de garantía por estabilidad de la obra, debemos precisar que esta es una disposición que replica lo dispuesto en el artículo 2060 del Código Civil, motivo por el cual, teniendo en cuenta los criterios de aplicación de los términos de garantía, no es posible que las partes fijen un término inferior, dado que este tiene consagración expresa en la ley.”

“Al respecto téngase en cuenta que la imposibilidad de pactar un término inferior al de los 10 años, no tiene sustento en que dicho término previsto en la Ley 1480 de 2011, pues se reitera dichos términos son de aplicación residual, sino con base que el término de la estabilidad de la obra tiene consagración expresa en el Código Civil. No sucede lo mismo con el término previsto para los acabados de la obra, pues al no estar consagrados en una disposición distinta a la Ley 1480 de 2011, las partes podrán pactar, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, un término inferior a un año” (Valderrama 2013, 263).

La anterior conclusión tiene respaldo por parte de otros doctrinantes, como lo son el doctor TAMAYO JARAMILLO o DIONISISO MANUEL DE LA CRUZ, el cual en publicación de la revista Contexto NO. 37 de la Universidad Externado afirma que *“en los contratos de compraventa de inmuebles, cualquier cláusula que vaya en contra de esa norma (la que establece el término de 10 años) se tendrá por no escrita, y no tendrá campo para la interpretación”*. (Cruz, 2012, pág. 19).

Los vicios encontrados en las pruebas allegadas son aquellos por los cuales de conformidad con lo preceptuado por el numeral 3º del artículo 2060 del ordenamiento sustantivo civil, están llamados a responder los demandados en su condición de empresarios constructores.

De conformidad con los anteriores argumentos, solicito atentamente que se **REVOQUE** la decisión de instancia, en cuanto declarada la excepción de no haberse presentado reclamación por efectividad de la garantía dentro del término de vigencia de la garantía, ordenándose en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, no sin antes precisar que no debe haber lugar a condenar en costas al recurrente, ante la eventual prosperidad del recurso.

Del señor Magistrado, atentamente;


ANDRÉS HUMBERTO VÁSQUEZ ÁLVAREZ
 T.P. No. 109.063 del C. S. de la J.



César Augusto Lancheros Casas
Abogado

Bogotá D.C., 04 de noviembre de 2020

Honorable Magistrado
Dr. JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil de Decisión
E. S. D.

Asunto: **SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN**

Referencia: **ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO**

Radicado No.: 11001-31-99-003 – **2018 – 02263** – 01

Demandante: **ANA LUCIA GOMAJOA TOVAR** en nombre propio y en representación de sus menores hijos WILSON FERNANDO y DAVID FERNANDO TOVAR GOMAJOA

Demandado: **ALLIANZ SEGUROS S.A.**

CÉSAR AUGUSTO LANCHEROS CASAS, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 74.371.261 expedida en Duitama (Boyacá), abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional de abogado No. 273231 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado de la señora **ANA LUCIA GOMAJOA TOVAR**, y de sus menores hijos **WILSON FERNANDO TOVAR GOMAJOA** y **DAVID FERNANDO TOVAR GOMAJOA**, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo Número 806 del 4 de junio de 2020, por medio de este escrito de una manera respetuosa me permito sustentar el recurso de apelación que presente contra de la sentencia de primera instancia de fecha 11 de septiembre de 2020, mediante la cual la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, declaró probada la excepción de mérito “*ALLIANZ SEGUROS S.A. NO ESTÁ OBLIGADA A INDEMNIZAR*” formulada por la demandada y como consecuencia de ello negó las súplicas de la demanda, sustentación que presento de la siguiente manera:



I. MANIFESTACIONES PREVIAS

Considero importante manifestar, que mediante auto de fecha 26 de octubre de 2020, notificado en el estado electrónico No. 114 del 27 de octubre de 2020, se dispuso a admitir en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por esta parte demandante en contra de la sentencia emitida el 11 de septiembre de 2020, por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Igualmente, en mencionada providencia, se dispuso que una vez cobrara ejecutoria esta decisión es decir el día 30 de octubre de 2020, se deben controlar el término de cinco (05) días para sustentar la alzada interpuesta, esto es a partir del 03 de noviembre de 2020 y hasta el 09 de noviembre de 2020 inclusive, por tanto, encontrándome dentro de esta oportunidad procesal y en el término de Ley, procedo a sustentar el mencionado recurso de apelación en los siguientes términos:

II. OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con la presente impugnación pretendo que el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revoque la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2020 y, en su lugar, en esta instancia se acceda a las pretensiones de la demanda y condene en costas de ambas instancias a la parte demandada, esto es, a la Aseguradora Allianz Seguros S.A.

III. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN FRENTE A LA SENTENCIA RECURRIDA

Sin perjuicio de los reparos concretos que formulé en la audiencia de instrucción y juzgamiento, los cuales amplié posteriormente en la forma y oportunidad debidas, a continuación, me permito sustentar la apelación interpuesta:



➤ **RESPECTO A LOS LINEAMIENTOS DEL ARTÍCULO 1077 DEL CÓDIGO DEL COMERCIO, Y EL ANÁLISIS QUE HIZO EL DESPACHO DEL CONTRATO DE SEGUROS, Y DE LAS CARGAS QUE ESTA NORMA LE IMPONE TANTO AL ASEGURADO COMO A LA ASEGURADORA**

En este punto considero importante realizar una transcripción de lo manifestado por el despacho, a partir del minuto 20:15 y hasta el minuto 29:19, del video de la audiencia llevada a cabo el día 11 de septiembre de 2020, respecto al análisis de la excepción planteada por Allianz Seguros S.A. en la contestación de la demanda, titulada “ALLIANZ SEGUROS S.A. NO ESTÁ OBLIGADA A INDEMNIZAR”, para seguidamente hacer un análisis a lo allí contenido de la siguiente manera:

“De allí entonces que la Delegatura y siguiendo los lineamientos del artículo 1077 del Código de Comercio, entra a analizar el contrato de seguros y las cargas que esta norma le impone tanto al asegurado como a la aseguradora, recuérdese que el artículo 1077 establece como una carga para ser cumplida por la parte que reclama, bien sea porque es el asegurado, bien sea porque es el beneficiario, de la póliza que se reclama, la obligación de demostrar la existencia del siniestro, esto es la materialización del riesgo que se ha asumido por la aseguradora en los términos del contrato objeto de análisis y de ser el caso también la cuantía del mismo, en tanto que en la misma línea la aseguradora debe demostrar aquellos hechos o circunstancias que le eximen de su responsabilidad.

En este punto pues recuérdese que como estamos dentro de una relación contractual cuyo marco es el contrato de seguros, pues no nos podemos alejar del marco normativo que regula este contrato, y para ello les recuerdo que estamos delimitados en los artículos 1036 a 1162 del Código de Comercio, al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, a la Circular Básica Jurídica emitida por esta Superintendencia Financiera, a la Ley 1328 de 2009, y a la Ley 1480 de 2011, y a toda aquella legislación que sea aplicable a este tipo de seguros, siendo entonces enfático en indicar que en este punto vamos a iniciar con el análisis del contrato de seguros bajo los lineamientos de la norma que ya hemos indicado, el artículo 1077.

El contrato de seguro que se está analizando en la presente controversia es el contrato de seguros de automóviles identificado con el número 021994879 que amparaba en su momento al vehículo de placas DAE-522, cuyo asegurado, tomador y beneficiario figura el señor Reinel Rodríguez Casallas, el cual también aparece como entidad aseguradora Allianz Seguros S.A., y dentro del cual como ya se señaló hace un momento, esta uno de los amparos que se pretende a través de esta acción afectar, que es el amparo de responsabilidad extracontractual, copia de esta póliza se encuentra en el derivado 015 y



César Augusto Lancheros Casas *Abogado*

constituye en los términos del artículo 1047 y 1048 del Código de Comercio, prueba de la existencia del mismo, aunado a que las partes dentro el litigio no desconocen la existencia del mismo.

Teniendo entonces en cuenta que el objeto de este litigio consiste justamente en establecer si existe o no esa responsabilidad contractual que pretenden endilgar la parte actora en cabeza de la entidad aseguradora, procede entonces el despacho a entrar si está demostrado por quienes fungen como beneficiarios en este litigio, la carga que le corresponde, esto es si han demostrado la existencia del siniestro que es la materialización del riesgo asegurado en los términos del artículo 1072 del Código de Comercio. Para que de una vez acreditado esto y acreditado la cuantía del mismo se pueda proceder a analizar las razones de exclusión que aduce la entidad aseguradora para sustentar la razón por la cual no entra a responder.

En ese orden de ideas, nos tendremos que remitir al texto de la póliza, documento que no ha sido tachado por ninguno de los presentes, y al iremos específicamente al numeral 6 de la misma, donde de manera textual se lee: “6. Responsabilidad civil extracontractual. La compañía indemnizara los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el lucro cesante y el daño moral, siempre y cuando se encuentren debidamente acreditados, que cause el asegurado o el conductor autorizado con motivo de la responsabilidad civil extracontractual en que incurrir de acuerdo con la ley, proveniente de un accidente de tránsito ocasionado por el vehículo descrito en esta póliza.

La parte actora mediante las documentales allegadas al expediente aportó copia de la sentencia del 25 de noviembre del año 2017 del Juzgado Primero Penal del Circuito de Girardot que avaló el preacuerdo realizado entre Orlando Palacios Diaz y la Fiscalía, procediendo el Juzgado a proferir una sentencia condenatoria en contra del señor Palacios Diaz, por el fallecimiento del señor Tovar Meza en el accidente de tránsito ocurrido el 02 de abril del año 2017, con una pena de sesenta meses de prisión, una multa de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, y también la no conducción de automotores por 90 meses.

Así mismo las partes relevaron de prueba el hecho de que el 11 de diciembre de 2017 se radicara en el mismo juzgado un incidente de reparación integral, el cual tuvo inicio el 24 de agosto de 2018, como fuera certificado por el citado juzgado, el Primero Penal del Circuito de Girardot, que se encuentra aportado en el plenario como ya lo habíamos indicado en precedentes.

A pesar de lo anterior, no obra en el plenario prueba alguna que acredite que el señor Reinel Rodríguez Casallas, tomador, asegurado y beneficiario de la póliza objeto de este estudio haya sido condenado a responder de manera civil por los presuntos perjuicios ocasionados por los hechos ocurridos el 02 de abril del año 2017, donde se vio involucrado el vehículo que estaba asegurado por Allianz Seguros S.A., de ahí entonces que siguiendo el planteamiento de la póliza objeto de estudio y atendiendo que también se refiere a que el seguro de daños tal como lo ha precisado la legislación colombiana busca proteger el patrimonio del



César Augusto Lancheros Casas Abogado

asegurado, no encuentra la delegatura para este momento que se cumpla en cabeza de la parte actora con el deber de demostrar la ocurrencia del siniestro en los términos del artículo 1077 del Código del Comercio, aunque existe una sentencia penal que declare una responsabilidad por el homicidio en accidente de tránsito en cabeza del conductor del vehículo de placas DAE-522, ocurrido el 02 de abril de 2017, esto es el señor Orlando Palacios Diaz, como lo indicara en su momento el apoderado actor en sus alegatos de conclusión, no se encuentra acreditado en este proceso, que este señor hubiese sido autorizado por el asegurado para su conducción, que es uno de los requisitos para la afectación de la póliza, como también lo afirmara la apoderada de la pasiva en su alegatos de conclusión, siendo pertinente recordar que la competencia de la delegatura como fuimos muy enfáticos en indicarlo al iniciar esta intervención, no le permite entrar a hacer un análisis de esta circunstancia y decretar o no la responsabilidad del asegurado por los actos de terceros.

Así las cosas, la parte actora no cumple con la carga de demostrar la ocurrencia el siniestro en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, razón por la cual deberemos declarar probada la excepción titulada por la pasiva: “ALLIANZ SEGUROS S.A. NO ESTÁ OBLIGADA A INDEMNIZAR” por cuanto la parte demandante no probó la ocurrencia o cuantía del siniestro, de contrera se negarán las pretensiones de la demanda.

En este sentido y teniendo en cuenta lo previsto en el inciso 3 del artículo 282 del Código General del Proceso, se releva el despacho de hacer el análisis de los demás medios exceptivos propuestos por la pasiva.”

Considero importante resaltar al respecto, que el despacho en primer lugar en su análisis hizo referencia únicamente a que no se había acreditado por la actora la ocurrencia del siniestro en términos del artículo 1077 del Código de Comercio, por cuanto no se acreditó que el señor Orlando Palacios Diaz fuera el conductor autorizado para conducir el vehículo de placas DAE-522 al momento del accidente el día 02 de abril de 2017.

Frente a tal planteamiento y como lo manifesté al interponer el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, **me permito reiterar mi posición en cuanto a que el propietario del vehículo asegurado, señor Reinel Rodríguez Casallas, en su calidad de asegurado, tomador y beneficiario de la póliza**, y tal y como obra en el expediente, hasta el momento no ha denunciado, o por lo menos siquiera informado que no había permitido la conducción al señor Orlando Palacios Diaz, al momento del accidente.

Aunado a lo anterior, reitero mi posición descrita en el devenir de la actuación procesal, en el entendido que desde el día 18 de julio del año 2017, hice un requerimiento a la aseguradora (*Visible a folios 60 al 68 del derivado 000 de la demanda 2018130868-000-000*), **aportando las pruebas que tenía en mi poder, es decir acreditando la ocurrencia del siniestro, ello**



César Augusto Lancheros Casas Abogado

como carga e la prueba que me correspondía como demandante, y presentando un monto de reclamación como indemnización que ascendía a la suma de 769.852.206, cifra que en su momento se encontraba debidamente soportada con los anexos allí aportados, y frente a la cual en su momento para el día 22 de agosto de 2017 la aseguradora se limitó únicamente a manifestar que no se había definido responsabilidad por autoridad judicial competente, ni se había establecido el monto de los perjuicios (*Visible a folio 69 del derivado 000 de la demanda 2018130868-000-000*), **es decir fue la aseguradora la que incumplió con su carga procesal de demostrar hechos o circunstancia que le exonerarán de su responsabilidad.**

Sin embargo, y ante tal negativa, nuevamente radiqué a la aseguradora el día 12 de septiembre de 2017 un memorial en el que complementaba la reclamación presentada, indicando y haciendo referencia que el conductor del vehículo DAE-522 para el día 02 de abril de 2017 era el señor Orlando Palacios Diaz, y aportando el informe de accidente que daba cuenta de tal situación (*Visible a folios 70 y 71 del derivado 000 de la demanda 2018130868-000-000*), es decir prueba contundente para determinar la ocurrencia del siniestro, tal y como lo regula el artículo 1077 del Código del Comercio, sin embargo la aseguradora nunca se pronunció al respecto, **es decir que la aseguradora continuaba incumpliendo con su carga procesal de demostrar hechos o circunstancia que le exonerarán de su responsabilidad.**

Posteriormente allegue a la aseguradora una segunda reclamación para afectar la póliza, ello para el día 31 de enero del 2018 (*Visible a folios 85 a 96 del derivado 000 de la demanda 2018130868-000-000*), la cual nunca fue respondida, **por tanto, la aseguradora continuaba incumpliendo con su carga procesal de demostrar hechos o circunstancia que le exonerarán de su responsabilidad**, y por la cual fue que se inicie la presente demanda en el entendido que la **aseguradora incumplió sistemáticamente los preceptos legales contenidos en el artículo 1053 del Código de Comercio.**

En ese entendido, además de las obligaciones que las partes tienen en un contrato de seguros, es importante resaltar que las aseguradoras, aparte de cumplir el clausulado allí pactado, la ley comercial les exige un cumplimiento adicional, el cual es brindar una respuesta clara y de fondo a las reclamaciones que les sean presentadas para afectar las pólizas objeto de sus contratos de seguros, exigencia legal esta que está contenida en el artículo



César Augusto Lancheros Casas Abogado

1053 del Código del Comercio, en donde se determina claramente las sanciones legales por no acatar o responder de fondo las reclamaciones que les presenten sus asegurados o beneficiarios de un seguro, sanción que conlleva a que la póliza preste mérito ejecutivo en contra del asegurador y a favor del beneficiario de la póliza, situación está que conllevo finalmente a presentar la demanda que nos ocupa.

Ahora bien, al respecto frente a los apartes de la decisión adoptada me permito referirme de la siguiente manera:

*“A pesar de lo anterior, no obra en el plenario prueba alguna que acredite que el señor Reinel Rodríguez Casallas, tomador, asegurado y beneficiario de la póliza objeto de este estudio haya sido condenado a responder de manera civil por los presuntos perjuicios ocasionados por los hechos ocurridos el 02 de abril del año 2017, donde se vio involucrado el vehículo que estaba asegurado por Allianz Seguros S.A., de ahí entonces que siguiendo el planteamiento de la póliza objeto de estudio y atendiendo que también se refiere a que el seguro de daños tal como lo ha precisado la legislación colombiana busca proteger el patrimonio del asegurado, **no encuentra la delegatura para este momento que se cumpla en cabeza de la parte actora con el deber de demostrar la ocurrencia del siniestro en los términos del artículo 1077 del Código del Comercio**, aunque existe una sentencia penal que declare una responsabilidad por el homicidio en accidente de tránsito en cabeza del conductor del vehículo de placas DAE-522, ocurrido el 02 de abril de 2017, esto es el señor Orlando Palacios Diaz, como lo indicara en su momento el apoderado actor en sus alegatos de conclusión, no se encuentra acreditado en este proceso, que este señor hubiese sido autorizado por el asegurado para su conducción, que es uno de los requisitos para la afectación de la póliza, como también lo afirmara la apoderada de la pasiva en su alegatos de conclusión, siendo pertinente recordar que la competencia de la delegatura como fuimos muy enfáticos en indicarlo al iniciar esta intervención, no le permite entrar a hacer un análisis de esta circunstancia y decretar o no la responsabilidad del asegurado por los actos de terceros.”*

(Negrilla y subrayas fuera del texto original, aplica a la presente impugnación)

Vale la pena resaltar en este punto que previo a presentar esta demanda, cite a conciliar ante la Personería de Bogotá, tanto a la Aseguradora Allianz Seguros como al propietario del vehículo asegurado DAE-522, señor Reinel Rodríguez Casallas, en donde en audiencia llevada a cabo el día 17 de agosto de 2018 ante mencionada entidad del Distrito Capital, no se llegó a ningún acuerdo (*Visible a folios 109 al 111 del derivado 000 de la demanda 2018130868-000-000*), resaltando al respecto que allí ni la aseguradora ni este ciudadano realizaron ninguna manifestación respecto a que para el día



César Augusto Lancheros Casas *Abogado*

02 de abril de 2017 cuando ocurrió el siniestro, el conductor del vehículo de placas DAE-522, no estaba autorizado por el propietario para la conducción del mismo, **es decir el asegurado SÍ tenía conocimiento y había dado autorización para la conducción a este ciudadano**, tal y como consta igualmente en todos los escritos que presente a la aseguradora en donde siempre lo réferi como el conductor del vehículo.

Con los documentos que le aporté a la Aseguradora Allianz Seguros S.A., con ellos puse claramente en conocimiento de la aseguradora que el conductor era una persona ajena al propietario, y sin embargo en los diferentes momentos nunca se hizo ningún tipo de manifestación respecto a señalar que el conductor no era autorizado, es decir que para el día 02 de abril de 2017 el señor Orlando Palacios Diaz estaba facultado por el propietario y asegurado del vehículo de placas DAE-522 para su conducción.

Por otro lado, no existe, ni ha existido siquiera una denuncia incoada por el señor Reinel Rodríguez Casallas en contra del señor Orlando Palacios Diaz en la cual se ponga en conocimiento de autoridad judicial, algún tipo de abuso de confianza o de hurto respecto del vehículo de placas DAE-522 para la fecha del 02 de abril de 2017, es decir que el propietario del rodante señor Rodríguez era consciente que el conductor para esa fecha estaba autorizado por él para realizar esa actividad peligrosa (*conducción de vehículos*), por tanto asumió el riesgo que ello conllevaba, y que se materializó con un accidente de tránsito causado por ese automotor en el cual falleciera el señor Wilson Fernando Tovar Meza (q.e.p.d.), para la fecha de marras.

Aunado a lo anterior, considero importante resaltar que desde el día 02 de abril de 2017 fecha en que ocurrió el accidente y hasta el día 25 de noviembre de 2017 fecha en la cual se dictó sentencia por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Girardot, la Fiscalía adelantó la respectiva investigación y acusación, y en ese lapso de tiempo el señor Reinel Rodríguez Casallas nunca se acercó ni a la Fiscalía del caso ni al Juzgado de conocimiento para allí informar que para el día 02 de abril de 2017 el señor Orlando Palacios Diaz conducía el vehículo de placas DAE-522 de su propiedad, sin permiso por el otorgado, como tampoco informó de algún abuso de confianza o hurto en que hubiese incurrido este ciudadano causante del accidente, para así excusarse de responsabilidad alguna por ese hecho, como tampoco para aclarar lo pertinente sobre la tenencia que ese conductor tenía del vehículo en ese momento.



➤ ***SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA***

En este aspecto me permito manifestar que, para el presente caso, el Código de Comercio en su artículo 1077, determina la carga de la prueba que corresponde a cada parte en el contrato de seguros, y al respecto se define que para la parte asegurada corresponde demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, y por otro lado a la aseguradora le corresponde demostrar los hechos y circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

Igualmente, el mismo Código de Comercio en su artículo 1133, legitima al tercero damnificado para accionar directamente contra el asegurador del responsable del siniestro, con el fin de obtener la indemnización del daño sufrido a consecuencia del hecho imputable a aquel, lo cual al cumplir los preceptos del artículo 1077 correspondería entonces al tercero damnificado, cumplir la carga dispuesta al asegurado, es decir corresponde demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, lo cual está plenamente acreditado y probado en el plenario, toda vez que en múltiples reclamaciones incluso en una instancia de conciliación y en el misma escrito de demanda se hace siempre referencia a la forma en que ocurrió el siniestro, quien lo ocasiono, y siempre se liquidó y cuantificó en debida forma con apoyo jurisprudencial la cuantía de la pérdida, reitero, cuantificación que nunca fue objetada por la demandada Allianz Seguros S.A.

Es decir, que la aquí demandante SIEMPRE EN TODOS SUS ESCRITOS le demostró a la aseguradora Allianz Seguros S.A., la ocurrencia del siniestro, ello con todos los documentos allegados, es decir en tres ocasiones se le informó y se le demostró a la aseguradora que el hecho había ocurrido, **hecho que consistía en que en un accidente de tránsito causado por el vehículo de placas DAE-522 había fallecido el señor Wilson Fernando Tovar Meza (q.e.p.d.), corroborado ello con el informe de accidentes rendido por un señor Patrullero de la Policía Nacional**, y respecto a la cuantía de la pérdida, en la primer reclamación presentada el día 17 de julio de 2017, se puso en conocimiento que por la pérdida del señor Wilson Fernando Tovar Meza (q.e.p.d.), se causaron unos perjuicios morales a su esposa e hijos, e igualmente se les causó un pérdida económica definida en los escritos como lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro, calculado de acuerdo al sueldo que devengaba como Suboficial del Ejército Nacional y tomando también las esperanzas de vida al nacer tanto del fallecido como de su esposa, ambas expedidas por el DANE, **ante lo cual la aseguradora Allianz Seguros S.A., nunca se pronunció**, como tampoco



César Augusto Lancheros Casas
Abogado

objeto tales reclamaciones, lo que inmediatamente nos conduce a aplicar el artículo 1053 del Código del Comercio.

En ese entendido, soy claro en manifestar que la carga de la prueba respecto a la demandante se cumplió a cabalidad, pero también manifiesto que **la carga de la prueba respecto a la demandada no se cumplió**, toda vez que nunca demostró hechos y circunstancias excluyentes de su responsabilidad, es más, nunca respondió o siquiera se pronunció respecto a las reclamaciones que le fueran presentadas por la señora Ana Lucia Gomajoa Tovar como tercera damnificada por el accidente ocurrido el día 02 de abril de 2017 con el vehículo de placas DAE-522 el cual se encontraba asegurado por Allianz Seguros S.A. para ese momento.

Por estas razones, el despacho incurrió en error al determinar que la actora había incumplido con el deber de demostrar la ocurrencia del siniestro en los términos del artículo 1077 del Código del Comercio, porque según su decisión no se encuentra acreditado en este proceso, que este señor Orlando Palacios hubiese sido autorizado por el asegurado para la conducción de su vehículo, deber que le correspondía probar en este caso a la demandada, como un excluyente de su responsabilidad, lo cual nunca ocurrió, como tampoco presentó y probó excepción alguna en la contestación de demanda que diera cuenta de tal situación.

➤ ***SOBRE EL DEBER DE APORTACIÓN DE LA PRUEBA***

Al respecto me permito manifestar que las partes del proceso están en la obligación de presentar y aportar al plenario las pruebas que tengan en su poder y que consideren pertinentes para ejercer ya sea la acción en la demanda o la defensa correspondiente.

En ese entendido, la actora por intermedio del suscrito siempre aportó las pruebas que se mencionaron en la demanda, con las cuales se determinaba claramente la existencia del siniestro en el cual el señor Wilson Fernando Tovar Meza fue víctima de un accidente de tránsito en su calidad de peatón, en tales pruebas documentales se hizo referencia también a la cuantía de la pérdida por su fallecimiento, pruebas que nunca fueron tachadas por la parte demandada aseguradora Allianz Seguros S.A.

Sin embargo y ante tal situación, la demandada, de acuerdo con la carga probatoria que le correspondía estaba en la obligación de aportar



pruebas con las cuales se exonera de su responsabilidad, lo cual nunca realizó.

En ese entendido, si la demandada excepciona respecto a tal situación, debió probarlo, lo cual tampoco ocurrió, la simple prueba para demostrar que el conductor no estaba autorizado, era por lo menos presentar una declaración extra proceso, en la cual el propietario del vehículo y asegurado de la póliza manifestara que para el día 02 de abril de 2017, él no había permitido la conducción de su vehículo de placas DAE-522 al señor Orlando Palacios Diaz, documento que no existe, por lo tanto queda probado que efectivamente el conductor si estaba autorizado para conducir el vehículo de placas DAE-522 para la tarde del 02 de abril de 2017, en el momento de la ocurrencia del hecho.

➤ **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DESCONOCIÓ EL PRINCIPIO DE JUSTICIA MATERIAL**

La sentencia de primera instancia por ser abiertamente desproporcional desconoció el principio de justicia material. La Corte Constitucional en la Sentencia T-339 de 2015, ha señalado sobre este principio lo siguiente:

“Desde sus primeros pronunciamientos la Corte se ha referido al principio de la justicia material señalando que el mismo “se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica.”

Más allá de las enrevesadas interpretaciones de la sentencia de primera instancia, lo único cierto es que Allianz Seguros S.A., incumplió su deber legal de manifestarse en un tiempo determinado respecto de la reclamación presentada por la aquí actora. Aunado a que la parte demandante sí cumplió con la presentación de las reclamaciones, y posteriormente en el proceso con su deber de demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de su pérdida, y sin embargo en cabeza de la demandada estaba la obligación de demostrar los hechos y circunstancias excluyentes de su responsabilidad, ante lo cual el despacho en su decisión manifestó claramente que la actora tenía la obligación de determinar que el conductor estaba autorizado, **lo cual a la luz de la lógica correspondía a la demandada**, de presentar al despacho tal situación y por lo menos por medio de una declaración juramentada o extra-proceso rendida por el propietario del vehículo señor Reinel Rodríguez Casallas, podía soportar el dicho que el conductor no estaba autorizado, prueba que en el devenir procesal no existe, como ninguna otra que



César Augusto Lancheros Casas *Abogado*

determine que el propietario del vehículo no había permitido al señor Orlando Palacios realizar la conducción del rodante de placas DAE-522 para la tarde del 02 de abril de 2017.

En ese entendido hoy no es posible determinar, qué era lo que quería expresar el despacho al hacer tal manifestación, **porque reitero era una carga probatoria de la demandada, de determinar que el conductor no estaba autorizado**, en el entendido que ello estaba definido en el clausulado que la entidad aseguradora tenía en su poder y que nunca puso de presente o mejor en conocimiento de la actora cuando ella le presentó las varias reclamaciones, **reclamaciones que al no ser contestadas en su momento y por virtud de la ley comercial, sancionan a la aseguradora demandada, con hacer que la póliza por ella suscrita preste mérito ejecutivo en su contra y en favor del beneficiario del seguro para este caso.**

En este orden de ideas, acudo al buen criterio del Tribunal Superior de Bogotá, para que la sentencia de segunda instancia se aparte de mencionadas irregularidades, y sea una decisión en derecho que corresponda a un verdadero designio de justicia.

➤ LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA APLICÓ INDEBIDAMENTE LAS FUENTES DEL DERECHO

En este punto considero importante resaltar que la demandada al contestar la demanda de manera deficiente y no hacer pronunciamiento expreso frente a las pretensiones, tal y como lo consagra el artículo 97 del Código General del Proceso, lo cual obra en el derivado 015 del proceso (2018130868-015-000), hizo presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, es decir que efectivamente lo argumentado tanto en mi escrito de demanda, como en la subsanación de la misma, como en mis alegaciones gozan de toda validez, entre tanto la demandada en ese momento ya estaba obligada a responder para determinar y justificar de ser así, si el conductor estaba autorizado por el asegurado para la conducción el día en que materializó el siniestro, siniestro en el que se le causó la muerte al señor Wilson Fernando Tovar Meza (q.e.p.d.) esposo de la aquí demandante y padre de sus menores hijos, lo cual sí está totalmente probado en el proceso, es decir está probada la ocurrencia del siniestro y la pérdida que este ocasionó.

Partiendo de lo anterior, descendiendo al caso que nos ocupa, visto que la controversia se funda en el proceso de reclamación adelantado ante la materialización de un riesgo presuntamente amparado por el seguro, téngase



César Augusto Lancheros Casas *Abogado*

de presente que el legislador en el artículo 1077 del Código de Comercio distribuyó las cargas de los opuestos procesales en el sentido de establecer *“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”*.

Igualmente, el Código del Comercio en su artículo 1133, legitima al tercero damnificado para accionar directamente contra el asegurador del responsable del siniestro, con el fin de obtener la indemnización del daño sufrido a consecuencia del hecho imputable a aquel, por consiguiente al aplicar entonces los parámetros del artículo 1077 de la misma codificación, al asegurado en este caso al tercero damnificado, se le impone la carga de demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida si fuere del caso, y frente al asegurador este por su parte deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, para lo cual el último está en la obligación de aportar información cierta, suficiente y oportuna.

Ahora bien, el asegurador al tener ese deber legal, también el mismo Código del Comercio le regula el tiempo para excusarse de su responsabilidad, situación que, de no presentarse en los términos allí descritos, le aplica una sanción, la cual está contenida en el artículo 1053 de esta misma normativa, con las respectivas consecuencias allí descritas.

Es así, que el mencionado artículo 1053 estipula claramente que la póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos: *“3. Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda”*.

Atendiendo entonces estos postulados, y en el entendido que la señora Ana Lucia Gomajoa Tovar como tercera damnificada, por el siniestro en el cual perdiera la vida su esposo y padre de sus dos menores hijos, por intermedio del suscrito como apoderado especial, presentó el día 18 de julio de 2017 ante la Aseguradora Allianz Seguros, la respectiva reclamación aparejada de los documentos que consideraba necesarios para demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de su pérdida dentro de los lineamientos del artículo 1077 del Código del Comercio, y luego transcurrido más de un mes, esta Aseguradora por intermedio de un abogado externo, contestó irregularmente la reclamación eso sí, sin demostrar hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, limitándose únicamente a entre otras, a manifestar que

Página 13 de 19



no era posible formalizar la reclamación, toda vez que no se había definido responsabilidad por autoridad judicial competente, ni se había establecido el monto de los perjuicios, aunque en la reclamación inicial se había presentado una liquidación de perjuicios tal y como lo dispone la actual jurisprudencia legal colombiana.

Es por esta situación descrita, que la Delegada, inaplicó estas fuentes del derecho, y por el contrario las interpreto de manera irregular creando una carga que no correspondía a la demandante, para de manera abierta e irregular aplicar indebidamente las mismas, con lo cual se favoreció a la demandada en la sentencia.

➤ ***SOBRE LA INADECUADA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA RESPECTO A LAS PRETENSIONES PROPUESTAS E INDEBIDA PRESENTACIÓN DE EXCEPCIONES***

En este punto considero importante referir como primer término que en el escrito demandatorio, hice unas pretensiones respecto a declarar una responsabilidad civil extracontractual en contra de la vigilada aseguradora Allianz Seguros S.A., e igualmente en contra del señor Reinel Rodríguez Casallas, **por lo que el despacho se pronunció al respecto inadmitiendo la demanda para que se subsanaran tales pretensiones (Visible en el derivado 003 de la demanda 2018130868-003-000)**, frente a lo cual presente la respectiva subsanación en los términos allí ordenados, siendo así que por parte del despacho se procedió a admitir la Acción de Protección al Consumidor Financiero que nos ocupa, y por secretaria corriendo traslado de la misma a la demandada para que contestara mencionada demanda.

Sin embargo, soy preciso en referir en este punto que, al momento de contestar la demanda, no hubo un pronunciamiento claro respecto a las pretensiones de la demanda, entendiéndolo aquí que no existe ninguna objeción ni contraposición respecto a las pretensiones de la demanda ni las pretensiones de la subsanación de la demanda, tal y como lo dispone el artículo 96 del Código General del Proceso.

Aun cuando la demandada, no hizo tal pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda, sí presentó una serie de excepciones en su mayoría dirigidas a exonerarse de una responsabilidad civil extracontractual, lo cual no correspondía, es decir de una manera indirecta con las excepciones de mérito propuestas se buscó desviar la atención de la demanda hacia tal situación.



Las excepciones presentadas por la aseguradora en la contestación de la demanda fueron:

- A. EXCEPCIÓN: ALLIANZ SEGUROS S.A. NO ESTA OBLIGADA A INDEMNIZAR POR EXISTIR UNA EXCLUSIÓN PARA EL AMPARO POR CUANTO EL CONDUCTOR DEL VEHÍCULO DE PLACAS # DAE – 522 NO TENÍA LICENCIA DE CONDUCCIÓN
- B. EXCEPCIÓN: ALLIANZ SEGUROS S.A. NO ESTA OBLIGADA A INDEMNIZAR POR EXISTIR UNA EXCLUSIÓN PARA EL AMPARO CUANDO EXISTA DOLO O CULPA GRAVE EN LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO POR PARTE DEL CONDUCTOR AUTORIZADO. TOMADOR, ASEGURADO O BENEFICIARIO.
- C. EXCEPCIÓN: ALLIANZ SEGUROS S.A. NO ESTA OBLIGADA A INDEMNIZAR POR EXISTIR UNA EXCLUSIÓN PARA EL AMPARO CUANDO EL ASEGURADO SIN AUTORIZACIÓN EXPRESA Y ESCRITA DE LA COMPAÑÍA RECONOZCA SU PROPIA RESPONSABILIDAD Y REALICE ACUERDOS.
- D. EXCEPCIÓN: ALLIANZ SEGUROS S.A. NO ESTA OBLIGADA A INDEMNIZAR POR EXISTIR UNA EXCLUSIÓN PARA EL AMPARO CUANDO EL VEHÍCULO ASEGURADO SEA CONDUCTO POR UNA PERSONA NO AUTORIZADA POR EL ASEGURADO.
- E. EXCEPCIÓN: EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.**
- F. EXCEPCIÓN: HACER UN OFRECIMIENTO TRANSACCIONAL POR PARTE DE ALLIANZ SEGUROS S.A. NO IMPLICA QUE LA COMPAÑÍA ACEPTA LA RESPONSABILIDAD EN EL ACCIDENTE.
- G. EXCEPCIÓN: ALLIANZ SEGUROS S.A. NO ESTA OBLIGADA A INDEMNIZAR POR CUANTO LA PARTE DEMANDANTE NO PROBÓ LA OCURRENCIA Y CUANTÍA DEL SINIESTRO.**
- H. EXCEPCIÓN: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES MORATORIOS POR PARTE DE ALLIANZ SEGUROS S.A.
- I. EXCEPCIÓN: AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA ASEGURADORA POR AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ASEGURADO.
- J. EXCEPCIÓN: EL DEMANDANTE NO HA PROBADO LA EXISTENCIA REAL DE LOS PERJUICIOS MORALES POR EL VALOR DE \$ 234.372.600 Y LOS MISMOS SON EXCESIVOS.
- K. EXCEPCIÓN: APLICACIÓN DEL LÍMITE ASEGURADO Y DEL DEDUCIBLE PACTADO EN LA PÓLIZA.
- L. EXCEPCIÓN: FALTA DE LA PRUEBA Y EXCESIVA ESTIMACIÓN DE LOS PERJUICIOS SOLICITADOS EL DEMANDANTE – (SUSTENTO DE LA OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO).



César Augusto Lancheros Casas *Abogado*

M. EXCEPCIÓN: OTRAS EXCLUSIONES Y GARANTÍAS PACTADAS LA PÓLIZA.

N. EXCEPCIÓN: CADUCIDAD, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN Y NULIDAD RELATIVA.

O. EXCEPCIÓN: LA GENÉRICA.

Es así que la Delegada, al pronunciarse en su sentencia sobre las excepciones planteadas, solo tuvo en cuenta en su pronunciamiento las excepciones E. y N. antes mencionadas, por cuanto considero tenían relación con el caso demandado, y finalmente se pronunció frente a la excepción G., ante lo cual se despachó desfavorablemente respecto a lo pretendido en la demanda, eso sí, de manera irregular, tal y como se observa en argumentos anteriores.

Atendiendo entonces las demás excepciones propuestas, ninguna de ellas fue propuesta realmente por lo pretendido en la demanda, es decir se hizo referencia a circunstancias diferentes al objeto de la demanda, desviando con ello la atención del operador judicial, esto en el entendido que lo que se demandó fue el incumplimiento no contractual sino **el incumplimiento legal**, explicando esto en que si bien es cierto existía un contrato de seguros, en la demanda nunca se demandó tal incumplimiento, porque hasta el momento de radicar esta acción no se tenía ningún conocimiento del clausulado que regía tal contrato de seguros; **lo que se demandaba era el incumplimiento legal es decir el no acatamiento de dar una respuesta clara y de fondo respecto a las reclamaciones presentadas**, incumplimiento que acarrea una sanción correspondiente a que la póliza preste mérito ejecutivo en contra del asegurador, en los términos del artículo 1053 del Código del Comercio.

Es así, que el artículo 1053 del Código del Comercio, estipula claramente que la póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos: **“3. Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda”.**

De acuerdo con esto, al haberse presentado la reclamación, mejor dos reclamaciones, sin que la aseguradora haya objetado si quiera una de estas, y pasado más de un mes de haberse presentado la reclamación, sin recibir la respuesta u objeción, la Ley antes mencionada consagra que la póliza



César Augusto Lancheros Casas *Abogado*

presta mérito ejecutivo contra la aseguradora, esto como castigo por el incumplimiento que la entidad concedora y profesional del comercio realiza para con el consumidor.

En ese entendido, así la aseguradora presente el contrato de seguros en la contestación de la demanda, y el clausulado allí contenido, ya no puede venir a hacer efectivo el mismo, ello por cuanto en su momento no adujo tal situación, como tampoco objetó las reclamaciones presentadas, por ello reitero, lo que se demandó fue el incumplimiento legal de la aseguradora respecto a lo consagrado en el artículo 1053 del Código del Comercio, motivo más que suficiente para determinar que al contestar la demanda, lo que se buscó hábilmente por la demandada fue pretextos y excusas para desviar el real curso que debería llevar este proceso.

Es entonces que ante la ausencia de una contestación cierta de la demanda respecto a las pretensiones, y ante las excepciones propuestas que en nada corresponden al cumplimiento legal que tenía a su cargo Allianz Seguros S.A., en los términos del artículo 1053, desde un principio la Superintendencia Delegada para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, debió pronunciarse de fondo respecto a tales excepciones y declararlas todas infundadas respecto al objeto de la litis, por lo que entonces en esta segunda instancia solicito muy respetuosamente que todas las excepciones de mérito propuestas por la demandada se declaren infundas y desiertas.

En este punto siendo respetuoso de las decisiones judiciales, me permito hacer referencia a un hipotético caso, en el cual una persona X demanda por una restitución de inmueble arrendado, siendo tal arriendo de cosa ajena, y la demandada al contestar la demanda, y sin presentar una reconvencción propone como excepciones la posesión sobre el inmueble, y al momento de fallar el despacho, por esta inducción que hizo la demandada sobre el proceso, la decisión que se toma es que no se restituye el inmueble y aunado a ello se ordena la inscripción como nuevo propietario del inmueble al arrendatario, todo porque el despacho accedió a las excepciones propuestas las cuales en nada tenían que ver con las pretensiones de la demanda, reitero sin una demanda de reconvencción, y reitero, es simplemente un caso hipotético con afectaciones tan graves como las planteadas en el devenir del proceso que nos ocupa.

La anterior apreciación la hago y aterrizó, en el presente caso de una manera muy respetuosa, para presentar un paralelo en lo que ocurrió en la presente causa, en donde se demandó por un incumplimiento legal de la aseguradora, al no acatar los preceptos del artículo 1053 del Código del Comercio, y al

Página 17 de 19



César Augusto Lancheros Casas
Abogado

contestar la demanda, la entidad aseguradora exceptuó sobre otras situaciones, las cuales de manera irregular fueron tenidas en cuenta por el despacho, y con ellas negó las pretensiones de la demanda, que reitero correspondían a situaciones totalmente diferentes a las planteadas en la demanda.

IV. SOLICITUDES

Con base en los argumentos que preceden, respetuosamente solicito al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. – Sala Civil de Decisión, que continúe con el trámite al recurso de apelación interpuesto en la forma y oportunidad debidas contra la sentencia de primera instancia, y, en consecuencia, se revoque en su totalidad la sentencia recurrida.

Igualmente solicito muy respetuosamente que, en el evento de revocar la sentencia recurrida, y acceder a las pretensiones de la demanda, se ordene a Allianz Seguros S.A., realizar los pagos correspondientes a la demandante y al suscrito en las proporciones determinadas en el contrato de prestación de servicios jurídicos suscrito, el cual allegaré a la entidad aseguradora demandada, para lo pertinente.

V. NOTIFICACIONES:

LA DEMANDADA y/o ACCIONADA:

- **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, sociedad comercial Representada legalmente por la señora LUISA FERNANDA ROBAYO CASTELLANOS, o quien haga sus veces, puede ser notificada en su oficina ubicada en la carrera 13 A No. 29 – 24 de esta ciudad Bogotá D.C., correo electrónico: notificacionesjudiciales@allianz.co o en la dirección que aparece registrada en la página web de (LA ENTIDAD VIGILADA DEMANDA).

LOS DEMANDANTES y/o ACCIONANTES:

- La señora **ANA LUCIA GOMAJOA TOVAR**, e hijos, las reciben en la Calle 25 B No. 71 – 80 Torre 4 apartamento 1204, Conjunto Residencial Gran Reserva de Oporto, del sector Ciudad Salitre Nor-Occidental,



César Augusto Lancheros Casas
Abogado

Localidad Novena Fontibón, de la ciudad Bogotá D.C. (Cundinamarca),
teléfono celular 3202353433, correo electrónico anitax6@hotmail.com

EL REPRESENTANTE DE LOS DEMANDANTES y/o ACCIONANTES:

- **El suscrito abogado CÉSAR AUGUSTO LANCHEROS CASAS** las recibo en mi oficina de profesional ubicada en la Calle 15 No. 10 – 26 Oficina 202 Torre A, de la ciudad Bogotá D.C., teléfono celular 3102277125, correo electrónico abogado.lancheroscasas@gmail.com

De Su Señoría, respetuosamente,


CÉSAR AUGUSTO LANCHEROS CASAS

C. C. No. 74.371.261 expedida en Duitama (Boyacá)
T. P. No. 273231 del C. S. de la J.

Honorable
TRIBUNAL DE BOGOTA
E. S. D.

NRO. DE RADICACIÓN: 2019116700
ACTUACIÓN: APELACION A SENTENCIA DEL 3 DE SEPTIEMBRE DE 2020. RADICADO NRO.T-2019116700-3329417 proferida por el Dr. Edward Javier Mora, Delegado para las Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera.
DEMANDANTE: CASA PRIETO S.A.S
NIT. 900504877-0
DEMANDADO: BANCO AV. VILLAS S.A

Apreciado Doctor

RUBIELA CARMENZA ZÚÑIGA DAZA, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, D.C., Abogada en Ejercicio, identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 52.478.961 de Bogotá, D.C y con la TP 338674 del C.S. J actuando mediante poder previamente conferido por la señora **OLGA PRAXCEDIS PRIETO MARIN** identificada con la cédula de ciudadanía número: 52.098.045 expedida en Bogotá quien representa legalmente a **CASA PRIETO S.A.S.** identificada con el Nit. Número 900.504.877-0 persona jurídica con domicilio también en la ciudad de Bogotá D.C., dentro de los términos legales allego a su despacho APELACIÓN A SENTENCIA PROFERIDA POR SU DESPACHO EL PASADO 3 DE SEPTIEMBRE DE 2020, RADICADO NRO.T- 2019116700-3329417 de conformidad con los artículos 33 y 320-330 del Código General del Proceso la cual negó la totalidad de las pretensiones de la parte demandante, de acuerdo a las siguientes consideraciones:

EN CUANTO A LAS PRUEBAS PRESENTADAS POR LA PARTE DEMANDANTE

Considero que el juez al desconocer de facto todas las pretensiones elevadas por la parte demanda no tiene en cuenta las siguientes pruebas documentales presentadas al expediente:

QUEJA DEL 19 DE FEBRERO DE 2019. RAD. 2019116700-000-00 Pág. 59 interpuesta ante la Superintendencia Financiera de Colombia donde la señora OLGA PRIETO MARÍN consigna la siguiente información: “Mi inconformidad o queja es con el proceder del señor Gerente General del Señor Álvaro Salamanca de la Sucursal AV villas Restrepo. Devolución divisas provenientes de Hong Kong donde **no se me dio la oportunidad de presentar la documentación solicitada por él mismo y de paso bloquearme la cuenta sin informarme el motivo por el cual lo hizo.** Demora de las divisas a la ciudad de origen...**El señor se comunica conmigo vía celular para informarme sobre la cancelación de la cuenta sin informarme un motivo por el cual pretenden cancelarme mi cuenta y me aconseja que ojalá hoy mismo 19 de febrero de 2019 sea yo quien la cancelara sin razón y sin motivo por la cual se está tomando esta decisión.** Solicito al banco la no cancelación de la cuenta hasta que esto no se me resuelva. Muchas gracias” Negrilla y subrayado fuera del texto.

Esta queja deja entrever que hay una divergencia en la información que el señor Salamanca consignó en el correo electrónico que elevó ante la oficina de cumplimiento del Banco AV VILLAS pues en la visita presencial realizada a la fábrica de mi poderdante el señor Salamanca le informa que debe presentar unos documentos para legalizar las divisas, que cuentan con 30 días para hacerlo y que lo antes posible allegue los documentos de manera presencial a la sucursal Restrepo, contrario a la información que recibió la decisión UNILATERAL del señor Salamanca como obra en el informe le impidió presentar los documentos para legalizar las divisas. En la misma queja afirma la señora PRIETO que ese día (19 de febrero de 2019) la llamó para decirle que finalmente no iban a monetizarlas las divisas, que iban a cancelar la cuenta o que en su defecto ella misma la cancelara ojalá el mismo día para que no tuviera problemas.

Por otra parte, a esa queja se anexan los documentos que certifican que el negocio jurídico era lícito y que evidentemente existió, los mismos que ya conocemos, cotización, cámara de comercio de la Empresa Fullytech International Ltd., orden de compra, etc.. En dicha queja la señora Prieto asegura además que tiene la cuenta bloqueada y que las divisas fueron devueltas sin motivo aparente. Considero que el juez desestimó la información plasmada en la queja que no fue debatida por la contraparte pues NADIE VA HASTA LA SUPERFINANCIERA A PONER UNA QUEJA COMO LO RELATA LA SEÑORA OLGA EN SU INTERROGATORIO DE PARTE DONDE AFIRMA QUE SE BAJO DEL

TRASMILENIO, COGIÓ UN TAXÍ Y SE DIRIGIÓ ANTE LA ENTIDAD LLENA DE FRUSTRACION AL EVIDENCIAR QUE EL BANCO LE INFORMÓ ESE DÍA (19 DE FEBRERO DE 2019) QUE NO LE IBAN A MONETIZAR LAS DIVISAS. Es decir, con la información entregada en el interrogatorio, la consignada en la queja es evidente que el señor Salamanca no fue claro en la información que brindó a la señora Prieto pues ella insistió desde el principio en legalizar las divisas y la negación solo la recibió hasta 19 de febrero de 2020.

RESPUESTA DEL BANCO AV. VILLAS DEL 28 DE FEBRERO DE 2019 RAD. 2019116700-000-00 Pág. 63 donde informan... “para proceder con la monetización de las divisas era necesario generar actualización de datos y solicitar autorización por parte del área de seguridad del banco, proceso que fue realizado por nuestro gerente” Negrilla y subrayado fuera del texto.

Posterior agrega: ...”una vez realizadas las validaciones correspondientes a los documentos aportados y a la entrevista efectuada no se autorizó la monetización de las divisas, por lo cual se devolvieron. Cabe mencionar el banco se reserva el derecho de realizar y autorizar este tipo de operaciones” Negrilla y subrayado fuera del texto

“En cuanto al proceso de cancelación o para obtener más información puede acercarse a la Oficina de 005- Restrepo donde estarán dispuestos a atenderla” Negrilla y subrayado fuer del texto.

La respuesta a la queja del 28 de febrero de 2019 no responde de fondo todos los pronunciamientos de la señora Prieto ni debate tampoco la información entregada por el Gerente, sucursal Restrepo sobre la coerción que recibió la señora Prieto para que cancelara la cuenta ni la divergencia que se presenta (que solo conocimos ante la interposición de la demanda) entre lo que consignó el señor Salamanca en el informe y la información verbal recibida por la señora PRIETO. Todas las diligencias apuntan a que la señora PRIETO no recibió una información veraz que le permitiera actuar de otra forma ni la contraparte demostró que la información fue efectiva ni obra en el expediente prueba de ello, por el contrario, se nota que el banco desconoció desde el principio la obligación de brindar información, clara, expresa y suficiente para que el procedimiento de las divisas fluyera con agilidad.

En interrogatorio la señora PRIETO informa que el banco le impidió realizar la actualización de los documentos solicitados por el señor Salamanca, muy seguramente que a la fecha en que ella se presentó a la sucursal 7 de febrero de 2019 (aportando: Balance a corte 2018, Cámara de Comercio, fotocopia de la cédula de ciudadanía, entre otros documentos como obra en el interrogatorio practicado por el a quo) debido a que a corte 7 de febrero de 2019 las divisas habían sido devueltas de forma APRESURADA, ARBITRARIA, UNILATERAL Y SIN APEGO AL PROCEDIMINTO NI AL TIEMPO ESTIMADO PARA LEGALIZARLAS por la Oficina de Cumplimiento.

DERECHO DE PETICIÓN DE FECHA 13 DE MARZO DE 2020 RAD. 2019116700-000-00 Pág. 64-67.

PETICION: “Mi Empresa se niega a perder las negociaciones próximas, por lo tanto, sujeta a los derechos violados descritos solicito el manejo de divisas por la entidad bancaria de aquí en adelante sin ningún contratiempo pues la negociación es totalmente lícita y carece de fuentes de ilegalidad que le impidan seguir su curso normal como cualquier otra”. Negrilla y subrayado fuera del texto.

No figura dentro del acervo probatorio de la parte demandada que hayan respondido el derecho de petición interpuesto y esta es la prueba que las negociaciones no se sujetaban a los tres (3) primeros containers cuyo adelanto fue devuelto por el banco sino que se había pactado negociaciones próximas durante todo el 2019 y principios de 2020. También está consignado que la información verbal que recibió la señora Olga es que se presumían lavado de activos. Que Banco AV villas teniendo la oportunidad de no debatir esta prueba demuestra que desde el principio se nota que la información que recibió la señora Olga fue incipiente, confusa, contradictoria y contra de sus derechos fundamentales (art. 13, 14,23, 29, 83, 333 de la Constitución Política)-

DOCUMENTO ACLARATORIO DE COMPROMISOS Y RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES RAD. T-2019116700-005-00. Pág. 5

Este documento se suscribió en febrero de 2019 donde entre las partes dejaron constancia de sus responsabilidades, el Sr. LAURO ESPINOSA está encargado de la parte operativa a fin de llevar a cabo el negocio jurídico con el cliente de Hong Kong y CASA PRIETO S.A.S, razón por la cual se encargaría de realizar la supervisión, compra, selección, proceso de embalaje y envío de las pieles saladas de acuerdo

con lo establecido con el cliente previamente. A su vez Casa Prieto S.A.S se encargará de toda la parte administrativa, incluida todos los trámites ante la DIAN, los trámites aduaneros, facturación, permisos, licencias, exportación, facturación correspondientes a cada envío. APARTÁNDOSE ESTE ACUERDO DEL CONTRATO DE INTERMEDIACIÓN CUYA ESENCIA SERÁ ARGUMENTADA EN LA PARTE JURÍDICA DE LA PRESENTE APELACIÓN.

COMPRABANTE DE VISITA DE LA SEÑORA OLGA PRIETO MARÍN T-2019116700-005-00. **Pág. 3** a la sucursal Restrepo (fecha el 15 de febrero de 2019) en la cual le entregaron el documento que fue causa de refute por la contraparte en que ese no era el documento con el cual se devolvieron las divisas pero que evidentemente fue entregado por el banco de forma equivocada pues es obvio que CASA PRIETO S.A.S. no tiene acceso a dicha documentación. Esto demuestra que para entonces todavía no había claridad con lo sucedido, ni con la información que entregó el banco a mi poderdante.

DOCUMENTOS DE DILIGENCIAS. ESTOS OBRAN EN DOS EXPEDIENTES: EN LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA Y EN LA SUBSANACION

El juez de la Superintendencia Financiera desconoce los innumerables trámites que se surtieron para lograr la monetización de las divisas pues la señora Olga Prieto trató como consta en el interrogatorio, por todos los medios que el negocio no se cayera. Por tanto obra en los dos expedientes: correos electrónicos al correo oficial de mi demandada: olpra45@gmail.com, trámites, contratos con diversas entidades tanto de orden público como privado, **todos durante el mes de febrero de 2019 (Incluso, la mayoría de ellos se adelantaron durante los primeros quince (15) días al ingreso de las divisas a la cuenta corriente de mi poderdante) que corroboran la intención de CASA PRIETO S.A.S de no perder los próximos envíos.**

EN CUANTO A LAS PRUEBAS PRESENTADAS POR LA PARTE DEMANDANDA

El 6 de febrero de 2020 el señor ÁLVARO SALAMANCA tras insistencia de la señora Prieto solicitó realizar visita presencial a la fábrica CASA PRIETO S.A.S para confirmar la legalidad del negocio jurídico. Es en este punto es donde surgen las mayores controversias del litigio. Pues en la prueba Nro. 4 de la parte demandante Página 33 de la CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA-2019116700-016-000, para tal efecto hago las siguientes apreciaciones:

El SR. SALAMANCA describe el negocio entre amigos que se realizó de forma verbal a través de Whatsapp, hecho que le causa extrañeza de como una empresa china deposita en una cuenta de una Empresa que desconoce tal cantidad de dinero (15.600) dólares. Menciona también que CASA PRIETO SAS tiene permiso para trabajar cuero seco y que está adelantando los trámites para trabajar cuero húmedo, que es su fuerte, que la Empresa evidentemente existe y que había un buen stock de cuero de seco. Posterior de forma textual afirma...*dado esto la exportación lo haría nuestro cliente...le comento que dado estas circunstancias nuestro banco se abstenía de monetizar estos recursos*"

Posteriormente dijo: *“Al hablar con la cliente observo que ella desconoce todo este proceso de exportación y que como le salió el negocio de vender las pieles y ganarse unos recursos por la intermediación pidió las pieles que estaban almacenadas para enviarlas. Observo que la cliente tiene muchas dudas al respecto y veo, me parece que ella quiere utilizar la empresa para hacer las exportaciones a los clientes Chinos que no conoce bien al ecuatoriano. Le comenté a ella ya personalmente y a los dos; que yo no le daría viabilidad a la operación y ella me comentó que tenía muchas dudas y que pensaba si era así no realizar el negocio”.*

Tras el interrogatorio y pruebas documentales se puede corroborar que la señora Olga Praxcedis Prieto Marín no realizó tales afirmaciones al Sr. Salamanca, por el contrario, el ad quem puede corroborar la confianza que hay entre las partes, pues tanto la Sra. Olga, el Sr. Jaime y el Sr. Lauro son amigos personales. Desde el principio y ciñendonos a la verdad mi poderdante siempre ha afirmado que no conoce el Representante Legal en China pero que don Lauro y don Jaime han tenido negocios de exportación con esta empresa en otros países de Latinoamérica desde ya hace años. Esa información fue sustentada en interrogatorio.

Insisto además, en la presente apelación que **jamás la señora Olga le aseguró al señor Salamanca como él indica que ella había desistido del negocio.** Por el contrario, las pruebas certifican que buscó hasta el final lograr la transacción pues ya había invertido bastante dinero en la compra de pieles y en gastos precontractuales, también se puede inducir que EL SEÑOR ÁLVARO SALAMANCA NUNCA LE DIJO EN LA ENTREVISTA QUE NO IBA A MONETIZAR LAS DIVISAS, PRUEBA DE ELLO

ES QUE LE PIDIÓ LA DOCUMENTACIÓN QUE LA SEÑORA OLGA SE APRESURÓ A SOLICITAR A FUYLLY TECH INTERNATIONAL LTD. (Cabe resaltar que la actualización de los datos los llevó al otro día, pero que no lograron actualizar los datos porque la cuenta ya se encontraba bloqueada). Estos documentos son parte de prueba en el expediente. Al contrario, de forma reiterada tanto la parte demandante como la parte demandada concuerdan en que la señora Prieto como Representante Legal de CASA PRIETO S.A.S tenía un mes para legalizarlos. .

Tanto el Banco como la parte demandante afirman que las divisas fueron devueltas el 7 de febrero de 2019 como lo demostró largamente la parte demandante en su interrogatorio. Este hecho corrobora que a la señora Olga no se le dio tiempo de legalizar la documentación solicitada por el Sr. Salamanca (que son 30 días) mutilando con ello la posibilidad de tener un negocio que le brindara estabilidad financiera. CONSIDERO SINCERAMENTE DESPUÉS DE ESTUDIAR A PROFUNDIDAD EL INFORME EXPEDIDO POR EL SEÑOR SALAMANCA ES QUE A ÉL SE LE ATRIBUYE QUE LA OFICINA DE LA UNIDAD DE CUMPLIMIENTO DEL BANCO HAYA NEGADO LAS DIVISAS, POR LAS CONSIDERACIONES QUE ÉL EXPRESO FUERA DE CONTEXTO PUES NUNCA LE INFORMÓ A MI PODERDANTE QUE HABÍA DESISTIDO DEL NEGOCIO COMO SÍ LO HIZO A LA OFICINA DE CUMPLIMIENTO. INCLUSO DADA LAS AFIRMACIONES EXPUESTAS EN EL INFORME FUE ÉL QUIEN DE FORMA UNILATERAL NO DECIDIÓ MONETIZAR LAS DIVISAS.

En el interrogatorio a mi poderdante por parte del a quo también se aclara que la señora PRIETO visitó otros bancos a fin de monetizar las divisas con otra entidad financiera, todas le informaron que requería mínimo de 6 meses de permanencia. Incluso afirma que le ofreció usar su cuenta personal del Banco Caja Social para poder monetizar las divisas y no perder el negocio pero los Empresarios de Hong Kong ya habían perdido la confianza depositada en CASA PRIETO S.A.S para adelantar estas operaciones.

Finalmente, el proyecto se cristaliza con LEATHER COIMPOEXPORT S.A.S (Pruebas que se anexan al expediente) y la señora Prieto pierde el negocio que tuvo entre manos causando daños y perjuicios económicos tan importantes que todavía no se han podido superar. Esta información puede ser corroborada por el *ad quem* mediante la documentación presentada por la demandante. De igual forma la Empresa Fullytech International Logistics Ltd. sigue importando pieles con otras empresas como exporpieles, lo que indica que son Empresas acostumbradas a hacer exportaciones, que son Empresas legalmente constituidas, responsables en el pago a los proveedores. Infortunadamente, cuando se realizó el negocio jurídico se estaba celebrando el año nuevo en China lo que demoró un poco la trazabilidad en la legalización de las divisas (En el interrogatorio la Sra. Prieto afirmó que lo lograron hasta el 12 o 13 de febrero de 2019). De todas formas cabe resaltar de los hechos lo siguiente:

- 1) No se le concedió a mi poderdante los 30 días que tenía para legalizar las divisas
- 2). Se presentó un informe a la Unidad de Cumplimiento del Banco AV. Villas apartado de la realidad y que fue IMPOSIBLE refutar por mi poderdante pues conoció de su existencia solo a la contestación de la demanda por parte del banco AV. Villas.
- 3) En menos de 24 horas la unidad de cumplimiento del Banco AV. Villas devuelve las divisas a su país de origen.
- 4). No hubo claridad, ni tampoco hay prueba de que se le haya suministrado a la señora Olga una información clara, expresa y suficiente en la negación de las divisas, prueba de ello se encuentra la queja que interpuso ante la Superintendencia Financiera que es solo hasta el 19 de febrero de 2020 cuando le informan que las divisas definitivamente no iban a ser monetizadas.
- 5) Mi poderdante siempre reconoció que el único error que cometió fue no haber informado al banco pero esto no la priva de sus derechos a ser informada y guiada en debida forma.

EN CUANTO AL ANÁLISIS JURÍDICO:

En cuanto al análisis jurídico le manifiesto al ad quem lo siguiente:

DERECHOS FUNDAMENTALES, CONSTITUCIONALES Y LEGALES DESCONOCIDOS POR LA PARTE DEMANDADA A LA PARTE DEMANDANTE:

El artículo 29 de la constitución política obliga tanto a las Empresas públicas y privadas aplicar el debido proceso a todas las actuaciones administrativas, consecuentemente al violarse el debido proceso al no concederle a la señora Prieto la monetización de las divisas en el período de (30 días) se violó de igual

forma el artículo 13 constitucional, este hecho fue repetitivo, por ejemplo cuando presento su derecho de petición tratando de escalar su situación a otras esferas del Banco, cuando se acercó a la oficina principal para tratar de escalar la situación y monetizar las divisas informado en interrogatorio, pues en ambas situaciones, nuevamente la dirigieron a la sucursal Restrepo aduciendo la independencia de cada gerente y evidentemente, este derecho de petición jamás fue contestado conculcando el artículo 23 de la constitución Política.. Traigo a referencia además el artículo 333 de la Constitución política pues el banco le ha extrañado la forma en como se hizo la transacción desconociendo la autonomía de la voluntad privada que enviste las actividades económicas y la iniciativa privada son libres desde diversas perspectivas específicas: El derecho individual de contraer obligaciones y el intercambio de bienes y servicios, el desarrollo de actividades de cooperación, el derecho a la asociación, y la libertad de mercado pues nadie es ajeno a los procesos globalizadores, por lo tanto, si la compraventa es un contrato consensual este debe respetarse. Desde el principio mi poderdante ha reconocido que el único que error que tuvo fue no haberle informado al banco de la transacción pero este hecho no es suficiente para negar de facto la monetización de las divisas. El banco se apresuró rápidamente a devolver unas divisas sin permitirle a la señora Prieto contradecir la información expedida por el Sr. Salamanca, ni actualizar sus datos ni presentar los documentos para legalizar la transacción.

La presunción de lavado de activos que está soportada en lo documentos y que no fueron contestados por la parte demandada al igual que en la información dada por la señora OLGA en el interrogatorio ataca de forma directa el artículo 14 de la Constitución Política que consagra el derecho al reconocimiento de la personalidad y de la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, entre ellos los económicos, también ataca el principio general de buena fe que debe regir las acciones bancarias el cual está cristalizado en la Constitución Política en el art. 83, la ley 1480 de 2011 art. 3 lit. 2.2, el artículo 871 del C.Comercio y el art. 1603 del Código Civil, entre otras normas desconociendo la licitud del acto jurídico celebrado que se considera formalizado con la consensualidad y la determinación del precio y la cosa.

Otro principio es el no abuso del derecho ni de posición dominante (los cuales reforzaré en el precedente judicial) de conformidad con el artículo 830 del C.Co. pues el que abuse de los derechos está obligado a indemnizar el perjuicio que cause pues tras la negación de la monetización de las divisas a la empresa CASA PRIETO S.A.S le bloquearon la cuenta por varios días, presumieron que a través de la transacción que estaba realizando con la Empresa era en ocasión al lavado de activos, hecho que no se ha demostrado en el litigio. Tampoco demostraron que la señora Prieto fuera guiada de forma debida para que la monetización se realizara adecuadamente negando los derechos conferidos en el literal 1.3 (derecho a recibir información) del estatuto del consumidor en el ya pluricitado artículo, de igual forma esta misma ley en literal 1.12 exhorta a que los clientes sean tratados por igual.

Queda claro que la responsabilidad civil es contractual estipulado en los artículos 1602 a 1617, artículos 2341 a 2360 del Código Civil en la medida que los daños ocasionados por la NO monetización de las divisas fueron en contra de mi mandante pues al no realizar estas provocó la terminación del negocio jurídico cuyo depósito se realizó en la cuenta corriente de CASA PRIETO S.A.S, el cual está reglado en el Código de Comercio art. 1382 y siguientes.

Adicionalmente, de acuerdo con lo previsto en la circular reglamentaria No. 83 del 27 de octubre de 2016 del Banco de la República afirma: “Los importadores y exportadores informaran los datos al Intermediario del Mercado cambiario a través del cual se realizó la operación inicial a más tardar dentro del mes calendario siguiente a la fecha en que los importadores y los exportadores anexaron o conservaron las declaraciones de exportación y las declaraciones de exportación (DEX), o los documentos que haga sus veces, a la respectiva declaración del cambio inicial”. Circular que fue desconocida por el demandado al IMPEDIR a todas luces la legalización de las divisas. Vale la pena aquí resaltar que la información que la usuaria (CASA PRIETO S.A.S tenía 30 días para legalizar las divisas provino de:

1. La llamada que realizó el agente del banco y la información verbal suministrada por el Sr. Salamanca y que desconoció al momento de emitir el informe a la Unidad de Cumplimiento del Banco AV VILLAS.

Por otra parte, el estatuto del consumidor financiero (Ley 1328 de 2009) establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS. Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes:

a) **Debida Diligencia.** Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros.

c) **Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.** Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.

d) **Responsabilidad de las entidades vigiladas en el trámite de quejas.** Las entidades vigiladas deberán atender eficiente y debidamente en los plazos y condiciones previstos en la regulación vigente las quejas o reclamos interpuestos por los consumidores financieros y, tras la identificación de las causas generadoras de las mismas, diseñar e implementar las acciones de mejora necesarias oportunas y continuas.

e) **Manejo adecuado de los conflictos de interés.** Las entidades vigiladas deberán administrar los conflictos que surjan en desarrollo de su actividad entre sus propios intereses y los de los consumidores financieros, así como los conflictos que surjan entre los intereses de dos o más consumidores financieros, de una manera transparente e imparcial, velando porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, sin perjuicio de otras disposiciones aplicables al respecto.

f) **Educación para el consumidor financiero.** Las entidades vigiladas, las asociaciones gremiales, las asociaciones de consumidores, las instituciones públicas que realizan la intervención y supervisión en el sector financiero, así como los organismos de autorregulación, procurarán una adecuada educación de los consumidores financieros respecto de los productos y servicios financieros que ofrecen las entidades vigiladas, de la naturaleza de los mercados en los que actúan, de las instituciones autorizadas para prestarlos, así como de los diferentes mecanismos establecidos para la defensa de sus derechos.

Por su parte el Capítulo II de los derechos y obligaciones a tener en cuenta en el presente caso, establece:

ARTÍCULO 5o. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS. Sin perjuicio de los derechos consagrados en otras disposiciones legales vigentes, los consumidores financieros tendrán, durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada, los siguientes derechos:

a) En desarrollo del principio de debida diligencia, los consumidores financieros tienen el derecho de recibir de parte de las entidades vigiladas productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, de acuerdo con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades vigiladas.

b) Tener a su disposición, en los términos establecidos en la presente ley y en las demás disposiciones de carácter especial, publicidad e información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados. En particular, la información suministrada por la respectiva entidad deberá ser de tal que permita y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado.

c) Exigir la debida diligencia en la prestación del servicio por parte de las entidades vigiladas.

d) Recibir una adecuada educación respecto de las diferentes formas de instrumentar los productos y servicios ofrecidos, sus derechos y obligaciones, así como los costos que se generan

sobre los mismos, los mercados y tipo de actividad que desarrollan las entidades vigiladas así como sobre los diversos mecanismos de protección establecidos para la defensa de sus derechos.

e) Presentar de manera respetuosa consultas, peticiones, solicitudes, quejas o reclamos ante la entidad vigilada, el defensor del Consumidor Financiero, la Superintendencia Financiera de Colombia y los organismos de autorregulación.

f) Los demás derechos que se establezcan en esta ley o en otras disposiciones, y los contemplados en las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

A su vez el artículo 6. PRÁCTICAS DE PROTECCIÓN PROPIA POR PARTE DE LOS CONSUMIDORES FINANCIERO

S en su parágrafo 1. Establece: **PARÁGRAFO 1o. El no ejercicio de las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros no implica la pérdida o desconocimiento de los derechos que le son propios ante las entidades vigiladas y las autoridades competentes. De igual manera, no exime a las entidades vigiladas de las obligaciones especiales consagradas en la presente ley respecto de los consumidores financieros.**

El art. 7 OBLIGACIONES ESPECIALES DE LAS ENTIDADES VIGILADAS, ESTABLECE:

...c) Suministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos en el mercado.

d) Contar con un Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC), en los términos indicados en la presente ley, en los decretos que la reglamenten y en las instrucciones que imparta sobre el particular la Superintendencia Financiera de Colombia

e) **Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual.** Negrilla y subrayado fuera del texto”

Por otra parte si bien es cierto que el Gobierno Nacional regula el flujo de divisas producto de importaciones y exportaciones la ley 9 de 1991 y la Resolución octava del 2000 del Banco de la República no están por fuera de la ley ni los principios rectores del Estado Social de Derecho, del desconocimiento de los derechos fundamentales ni los derechos económicos pues su objeto es promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario propiciando la internacionalización de la economía colombiana facilitando el desarrollo de transacciones en el exterior y la mayor libertad de los agentes económicos en dichas transacciones. Motivaciones que se apartan a las exigencias del banco al impedirle de forma IMPOSIBLE en menos de 24 horas tomando una decisión contraria la devolución de unas divisas a pesar que está probado al inicio de la concesión de los treinta (30) días hábiles que le estaba concediendo el banco al inicio de la monetización, decisión que no fue posible refutar bajo ningún concepto.

EN CUANTO AL CONTRATO DE APERTURA:

El a quo versó la responsabilidad de manera exclusiva en mi poderdante en el sentido de la referencia en que cuando realizó la apertura de la cuenta corriente informó que no realizaba exportaciones. Las condiciones de la Empresa cambiaron por diversos factores. Pero esto no impedía a la IMC realizar los anexos que regulen las relaciones con el cliente, aún más si se disponía de la capacidad y la disposición para ello por parte de mi poderdante. Vale la pena aquí anotar que la cuenta fue abierta el 9 marzo de 2012 como consta en los documentos aportados tanto por el demandante como por el demandado y al ser productos ligados en general a contratos indefinidos, legalmente, se considera que existe el derecho de realizar variaciones de cuentas y tarjetas, dependiendo el caso si estas modificaciones resultan favorables al usuario. La entidad está en la potestad de aplicarlas de manera inmediata o informar a su cuenta habiente los anexos necesarios para regular esta nueva condición. En virtud de los procesos globalizadores las Empresas no están exentas a realizar importaciones o exportaciones, según el caso, o variar las condiciones jurídicas iniciales. La banca no solo en Colombia sino a nivel mundial también ha flexibilizado los contratos de adhesión que firman de forma inicial con los usuarios toda vez que como

lo informamos al principio su vocación de permanencia pueden, lo más probable que así ocurra, establecer nuevas condiciones especiales para favorecer el libre mercado y el desarrollo de negociaciones a fin de promover el acceso a servicios financieros de la pequeña y mediana microempresa, como es el caso.

SOBRE LAS CONSIDERACIONES PRESENTADAS POR EL A QUO SOBRE EL CONTRATO DE INTERMEDIACIÓN:

Para poder determinar si el negocio jurídico descrito por la señora Olga Prieto es o no un contrato de intermediación es necesario hacer un recuento de las posibilidades que se puedan presentar y precisar si la operación descrita por la Sra. Olga Prieto Marin en Representación de Casa Prieto S.A.S se dio o no un contrato de intermediación.

El mandato mercantil está estipulado en el artículo 1262 del Código de Comercio Colombiano es aquel contrato donde una persona se obliga a realizar actos de comercio por cuenta de un tercero denominado mandante. El mismo artículo señala que puede ser con representación o sin ella de conformidad con el art. 832 del Código de Comercio. La Corte Suprema de Justicia en expediente 4821 del 24 de agosto de 1998 se refirió al contrato de mandato de la siguiente forma:

«Es aquel contrato por el cual una persona, denominada mandataria, se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra, llamada mandante. El mandatario se obliga primordialmente a cumplir la gestión en encomendada, con la realización de los actos o negocios señalados por el mandante, labor en la cual debe ceñirse a sus instrucciones, contando en todo caso con la facultad para ejecutar los actos que sean necesarios para su cumplimiento. El mandatario debe ejecutar el encargo procurando en todo momento favorecer los intereses del mandante, lograr el mayor provecho con el menor costo.»

El mandato tiene las facultades propias y necesarias del negocio encargado sin excederse al negocio encomendado y su remuneración está pactado en el artículo 1264 del Código de Comercio. El mandatario solo podrá percibir la remuneración correspondiente inclusive si ha logrado un mejor precio indicado por el mandante y no podrá sobrepasar los límites del encargado y rendirá informes de conformidad con lo previsto en el Código de Comercio. En todo caso el mandante actuará por cuenta y riesgo de conformidad con el art. 2142 del Código Civil.

Por otra parte, el contrato de intermediación o corretaje es aquel que permite al intermediador poner en contacto a dos partes para que realicen un negocio, sin la intervención, es decir, es un simple intermediario para poder facilitar el acercamiento de las partes, sin estar vinculado por razones de colaboración, dependencia, mandato o representación de conformidad con el art. 1340 del Código de Comercio. Esto significa que el corredor o intermediador no está en relación ni como mandatario ni como representante, es un mero intermediario que el corredor conoce.

El contrato de corretaje se diferencia del contrato de comisión es en que el comisionista actúa en nombre propio mientras que el corredor solo actúa para acercar a las partes. El contrato de comisión, es un contrato esporádico en la que intervienen dos partes, el comisionista y el comitente donde el primero ejecuta un negocio por cuenta del segundo y está regulado en el artículo 1287 del Código de Comercio: *«La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena.»* El contrato de comisión es realizar un negocio por nosotros, sin que haya intervención por parte del primero.

A su vez, el contrato de agencia comercial estipulado en el artículo 1317 del Código de Comercio lo define de la siguiente forma: *«Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en **forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo** y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.*

El contrato de Agencia Comercial tiene unas características muy propias que lo distinguen de las otras formas de intermediación que la corte suprema de justicia en sentencia SC3645 de la Honorable Corte Suprema de Justicia los definió así:

- a) Es una forma de intermediación
- b) **El agente tiene su propia Empresa y la dirige autónomamente**

- c) La actividad del agente se encamina a promover o explotar los negocios de un empresario en un territorio determinado.
- d) La intervención del agenciado en la ejecución del encargo encomendado es apenas natural.
- e) El desempeño de la labor exige permanencia y estabilidad.
- f) El gestor tiene derecho a una remuneración. Negrilla y Subrayado fuera del texto.

De lo anterior se debe resaltar la independencia y autonomía del agente comercial y que debe tener una Empresa o Establecimiento de Comercio a su nombre, debe constar por escrito y debe ser inscrito en el registro mercantil para que sea oponible a terceros.

Aquí es importante resaltar para el caso que nos ocupa que la Corte Suprema de justicia mediante sentencia 47001310300520070028501, ago. 23/13, M. P. Arturo Solarte Rodríguez determina que **NO ES POSIBLE DECLARAR UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL SI NO SE PRUEBA LA INTERMEDIACIÓN**. Es decir que en virtud de la agencia comercial *“se pone al empresario en contacto directo con los clientes o consumidores para que sea él mismo quien formalice los negocios o concluyéndolos directamente cuando se le delegue esta misión, pero de todas maneras consciente de que su actividad es la de un intermediario que al final de su cometido obtendrá a cambio una contraprestación del beneficiado”*.

Como se puede observar ninguna de las descripciones se acerca a lo planteado en la presentación de la demanda, en el expediente y en el interrogatorio. Para el caso en concreto, en vista que existe por escrito **DOCUMENTO ACLARATORIO DE COMPROMISOS Y RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES RAD. T-2019116700-005-00. Pág. 5** que el a quo desconoció me permito hacer un estudio del negocio jurídico que más se acerca a la realidad plasmada en dicho acuerdo y que están conformes con el Interrogatorio realizado a la señora Olga Prieto cuando de forma insistente afirmaba: “Vamos a comprar unas pieles” “vamos a ganar un dinero”, “los chinos hicieron el adelanto poniendo la Confianza en don Lauro y en mí”. El contrato es un contrato de colaboración empresarial pues comúnmente este tipo de acuerdos trata de unir esfuerzos entre dos o más partes que tienen experiencia en determinadas áreas (en este caso, la compraventa y procesamiento del cuero) a fin de alcanzar un objetivo común, como puede ser la ejecución de un proyecto, la expansión de un negocio, etc.

Desde el punto de vista jurídico, en Colombia es común que se presenten diversos acuerdos de colaboración pero me centraré para el caso en concreto de uno en particular no sin antes afirmar que no es necesario la constitución de una persona jurídica entre las partes del contrato, manteniendo su independencia jurídica, lo que indica que en ningún momento las partes entran a ser socios o accionistas de la sociedad o sociedades que intervienen en el negocio jurídico sino que ejecutan esfuerzos conjuntos para la realización del propósito en común.

Lo importante de este tipo de acuerdos es que son instrumentos más flexibles, dinámicos, acorde a la influencia globalizadora ocasionada por la incursión de las actividades de comercio que desbordan los límites de los estados y nos enfrentan de cara al mundo no solo en temas económicos sino que afecta nuestro entorno pues gracias a la tecnología hoy vemos al mundo como una pequeña aldea. Por lo tanto, para el caso en concreto, es importante precisar que este tipo de contratos permite a las Empresas extranjeras no tener que constituir una sucursal o una nueva sociedad en Colombia para realizar un negocio jurídico que le permite contraer derechos y obligaciones siempre y cuando las actividades que desarrolle el Empresario extranjero no estén enmarcadas en el art. 474 del Código de Comercio, porque para este efecto, el Empresario extranjero si estaría en la obligación de constituir una sociedad en razón a su vocación de permanencia.

Por lo tanto, la figura jurídica que más se acerca a lo aquí estipulado es el Joint Venture, pues se puede definir como una asociación de dos o más personas (naturales o jurídicas) para realizar un proyecto o negocio que implica ganancias y riesgo compartido (venture) donde se combinan para perseguir un beneficio común sin crear una nueva sociedad. Para tal efecto las partes hacen un aporte de bienes o derechos: (dinero, contratos, know-how) sobre las cuales tendrán derecho en la misma proporción. Y esto calza perfectamente cuando el a quo le preguntó la señora Olga Prieto, en la parte final del interrogatorio que al caerse el negocio con los chinos quienes habían perdido: y doña Olga especificó que los tres habían perdido porque los tres participantes habían realizado aportes, cualquiera que este sea).

Vale la pena aclarar que este es un contrato atípico, lo que significa que no está regulado por las normas colombianas, por lo tanto se rigen bajo los tratados del *pacta sunt servanda* y de manera supletiva por

las normas aplicables a los contratos en general. Para el caso en concreto, cada uno debe responder por las obligaciones que emanen del acuerdo. Este tipo de contratos es un instrumento idóneo para la expansión de negocios internacionales y nacionales pues permite unir valores agregados, responsabilidades, utilidades y aporte. Por lo tanto, las partes, no necesariamente quiere participar en la ejecución directa del contrato (que en este caso es CASA PRIETO S.A.S) pero aporta bienes o derechos, su conocimiento en la ejecución del contrato y se le asigna una ganancia y su responsabilidad frente a los riesgos que se deriven del mismo apartándose de la intermediación que estipuló el a quo en su sentencia pues en los segundos por regla general se predica la independencia de las partes (mandato, intermediario, agente), hecho que no ocurre en este caso.

Los anteriores argumentos desestiman la presunción que realizó la parte demandada y el a quo en determinar que el negocio jurídico de la señora PRIETO era en función de la intermediación sino que la sociedad a que llegaron las partes responde a contratos atípicos que han facilitado la expansión de los negocios no solo en Colombia sino a nivel mundial. Que si bien es cierto además que la señora Olga desconocía la forma en como se realizaba el procedimiento de la monetización de las divisas más no la negociación que estaba realizando que está acorde con el objeto social que desarrolla. No se le puede atribuir impericia, imprudencia y negligencia cuando trató por todos los medios de formalizar el negocio jurídico que tenía entre manos reconociendo incluso su error de informar con anterioridad la transacción, pero este hecho por sí solo y la transacción inusual no era presupuesto suficiente para que la unidad de cumplimiento bloqueara la cuenta del cliente.

He repetido a lo largo de la apelación es que la Oficina de Cumplimiento optó por considerar la operación riesgosa en virtud del informe que consigna el Gerente de la Sucursal Restrep, informando incluso que la señora Olga de forma confidencial le informó que no estaba segura del negocio que estaba realizando y que de ser así no iba a ir con el negocio. Hecho que se aparta de la realidad, de las pruebas aportadas, del interrogatorio formulado por la Delegatura, etc. Tal vez a eso le atribuyo la razón por la cual la señora Olga a pesar que lo intentó por todos los medios de escalar su caso NO FUE ESCUCHADA.

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

La actividad financiera de acuerdo con los artículos 150, literal 19 literal d, 189 Numerales 21 y 22, y 335 de la Constitución Política de 1991, objeto de intervención y regulación estatal. Ahora bien de manera jurisprudencial la Corte ha reforzado que los bancos en la medida que prestan un servicio público de conformidad con el art. 335 de la C.P, sus actuaciones deben estar investidas de ciertas restricciones en ocasión del interés público ya citado y la protección constitucional de derechos fundamentales que he mencionado anteriormente sobre todo en materia de negación de acceso a los servicios o de terminación unilateral de los mismos.

Es en la sentencia T 520 de 2003 donde la Corte enviste a la actividad bancaria como un servicio público realizando consideraciones históricas y gracias a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia 06.06.197, Sentencia T 443 de 1992, Su 157 de 1999 en el sentido que la prestación de un servicio público adquiere una supremacía material con relevancia jurídica frente al usuario, es decir recibe unas atribuciones que rompen de plano los criterios de igualdad referida. Es por eso que en algunos casos como en este sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere la inmediata protección judicial y derechos económicos conculcados. A su vez la sentencia inicialmente citada reconoce por lo tanto que la acción de tutela procede contra entidades bancarias cuando hay violación de derechos fundamentales.

Guardando el precedente la sentencia T- 312 de 2010, manifestó que “(...) pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho Colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. En efecto, la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público”.

La sentencia C341 DE 2006 TAMBIEN LO RATIFICA: “Ahora bien, pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine⁽³⁾, en el derecho colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. En efecto, la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia,

continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público. Pero la Corte ha ido más allá determinando que las actividades bancarias es un servicio público ESENCIAL, así lo determinan la sentencias C691 DE 2008.

Ahora, bien en virtud de lo anterior, las sentencias T 661 de 2001, T 1085 de 2002, la Corte Constitucional afirmó expresamente que las entidades bancarias tienen una posición dominante frente a los usuarios del sistema financiero ya que los bancos son quienes establecen los requisitos de las operaciones que realizan los bancos y de la misma forma el precedente siguió su manteniendo sus decisiones lineales se le impone a las entidades la obligación de controlar sus actividades para evitar los abusos (Sentencia T 173 de 007)

En este contexto cito la sentencia C 341 del 3 de mayo de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería que afirma *“si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales per se y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente similares (C. P. artículos 13 y 333). Por consiguiente, es viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental.*

Para el caso en concreto como se ve vulnerada el derecho al debido proceso, desconocieron mandatos constitucionales ya mencionados y actuaron rápidamente a negar unas divisas basados en el informe del señor ÁLVARO SALAMANCA contrariando el régimen cambiario de Colombia que promueve el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario y ocasionando un daño patrimonial importante a mi defendida puesto esto impidió continuar con el negocio de las pieles.

Por lo anterior, no se puede predicar igualdad entre las partes entre una Entidad Bancaria y el Cuentahabiente por eso la Corte Constitucional mediante vía jurisprudencial ha determinado Sentencia SU 157 de 1999 *“Se encuentra prohibida la sanción que elimine indefinidamente la posibilidad de acceder a las actividades económicas lícitas, dentro de ellas, el ingreso a la actividad bancaria. Por lo tanto, la constitucionalización de la personalidad jurídica implica una especial garantía a la aptitud negocial, pues la transgresión del núcleo esencial de este derecho fundamental apareja la protección inmediata de la acción de tutela.”*. En el mismo sentido la sentencia determina que todos l

Si bien es cierto de nuevo que los bancos no pueden conceder derechos a todos los cuentahabientes la Corte Constitucional considera que si bien la autonomía de la voluntad de los bancos está amparada constitucionalmente ellos anulan derechos de los clientes o bloquean comercialmente a una persona cuando se presentan los siguientes elementos:

b1. Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero.

b2. También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca..

b3. Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público.

b4. Cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión. Por lo tanto, las entidades financieras pueden negar el acceso al sistema financiero o puede terminar contratos bancarios cuando se presentan causales objetivas que amparan la decisión. Por consiguiente, no existe bloqueo financiero cuando las entidades financieras fundamentan su decisión razonablemente. En otras palabras, no se transgreden derechos del cliente cuando existe una causa objetiva que explique la desvinculación o la negativa de negociación. Por el contrario, sería evidente el abuso de la libertad negocial privada, opuesto a los principios del Estado Social, si se niega el acceso a la actividad bancaria sin justificación legal o económica alguna. Cabe anotar que no constituye causal

objetiva que autoricen la negativa para el acceso a la actividad financiera, la utilización de criterios de diferenciación prohibidos constitucionalmente (C.P. art. 13). Por ende, no es factible negar el servicio público bancario por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión (inciso 2º del artículo 5º de la Ley 35 de 1993, transcrito en el numeral 11 de esta sentencia). (Sentencia T 763 de 2005)

Por otra parte, Reiteradamente la Corte ha determinado que los bancos no pueden abusar de su posición dominante en la medida que el usuario queda incapacitado para ejercer la defensa y la contradicción de decisiones que le afectan económicamente como en este caso, puede corroborarse que las decisiones del precedente judicial está llamado a respetar estos principios, así lo determina la misma Corte en diversas sentencias Como la T 129 de 2005, T 207 de 2006, T 129 de 2010 Su 116 de 2018, entre otras.

Para el caso en concreto, si bien es cierto que mi poderdante desconocía el hecho de informar con anticipación sobre el ingreso de las divisas a su cuenta corriente, que la actividad era una actividad inusual por parte de mi mandante pues cumplía con los criterios destinados para tal fin, no es razonable que en menos de 24 horas hayan devuelto 15.600 dólares (Cifra que le pareció exagerada en algunas ocasiones al demandante) sin antes no advertir otros criterios diferentes a los expuestos por el Sr. Salamanca a la Unidad de Cumplimiento. Las alertas en sí no ponían en peligro la actividad bancaria de tal forma que de forma ARBITRARIA y sin que mi poderdante pudiera interponer recurso de contradicción alguno hayan devuelto las divisas a su país de origen con un informe mal intencionado que no se apegaba a la verdad ni a la información que recibió y que ofreció la señora Olga Prieto.

Posterior a ello, también se puede evidenciar que mi poderdante no recibió la información necesaria, que el banco evidentemente fue una barrera de acceso al negocio jurídico planteado y que la negativa en la monetización de las divisas provocó la pérdida del negocio con los Empresarios de Hong Kong. Para el caso en concreto, no tengo en cuenta las políticas del lavado de activo (SARLAF) que se compone de dos fases: *“la primera corresponde a la prevención del riesgo y cuyo objetivo es prevenir que se introduzcan al sistema financiero recursos provenientes de actividades relacionadas con el lavado de activos y/o de la financiación del terrorismo.*

La segunda, que corresponde al control y cuyo propósito consiste en detectar y reportar las operaciones que se pretendan realizar o se hayan realizado, para intentar dar apariencia de legalidad a operaciones vinculadas al LA/FT” circular Externa de Superfinanciera 026 de 2008 pues se demostró que el negocio jurídico de exportación de pieles existía y que lo que realmente sucedió es que el banco se apresuró a devolver unas divisas en virtud del informe expedido por el señor Salamanca a la Unidad de Cumplimiento que se aparta de la información recibida por él a mi poderdante, sin conceder la oportunidad de contradecir lo dicho. En virtud de todo lo expuesto me aparto de las consideraciones interpuestas por la parte demandante en interrogatorio, en alegatos de conclusiones y en la contestación de la demanda pues a todas luces la parte demandada nunca negó el desconocimiento legal del negocio jurídico objeto de apelación, incluso dentro de las pretensiones de la parte demandante está en que se reconozca el buen nombre de CASA PRIETO S.A.S y se desvirtúe la apreciación de que el negocio era producto del lavado de activos.

Por lo tanto, por las consideraciones fácticas, jurídicas, del acervo probatorio y del reconocimiento del precedente judicial Solicito al ad quem conceder las pretensiones a mi defendida en la medida que se puede comprobar la negación de derechos fundamentales en relación con la posición dominante ejercida sobre mi poderdante, desconocimiento legal, procedimental, responsabilidad civil contractual y desconocimiento del precedente judicial en la pérdida del objeto de la demanda y a su vez revocar la sentencia proferida por el a quo que NEGÓ TODAS LAS PRETENSIONES estimadas en la demanda, incluida la notificación por escrito que la Empresa CASA PRIETO SAS nunca estuvo ni estará inmiscuida en negocios de dudosa procedencia.

Del Honorable Tribunal, Atentamente,



RUBIELA ZÚÑIGA DAZA
TP338674 DEL C.S.J

H. MAGISTRADOS
H. SALAL CIVIL
H. TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
Ponente: RICARDO ALBERTO ACOSTA BUITRAGO
E. S. D.

Ref. Proceso verbal de SEGUROS DE VIDA COLPATRIA frente a JOSÉ APARICIO RODRÍGUEZ MARCELO

Radicado: 2012-00831-01

GUILLERMO GARCÍA BETANCUR, abogado titulado, identificado con la Tarjeta Profesional número 39.731 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de la parte demandante, en forma respetuosa manifiesto que sustento en oportunidad leal el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en este proceso por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Transitorio de Bogotá.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 del C. G. P., me permito precisar, los reparos concretos que le hago a la providencia recurrida, así:

1. La sentencia desconoce la naturaleza del sistema de riesgos laborales.

La Corte Constitucional ha explicado, en innumerables oportunidades, cuál es la naturaleza del sistema de riesgos profesionales, un breve repaso por varias de las decisiones de este órgano constitucional se encuentra que invariablemente le ha otorgado un carácter jurídico de seguro, en virtud del cual el empleador, mediante el pago de una prima, traslada a las administradoras de riesgos profesionales (Laborales) los riesgos derivados de los accidentes o enfermedades ocupacionales o laborales que sufran sus trabajadores.

Así entonces en sentencia C-453 de 2002 la Corte señaló:

“El Legislador acoge en esta materia la teoría del riesgo creado en la que no se toma en cuenta la culpa del empleador sino que se establece una responsabilidad objetiva por cuya virtud resulta obligado a reparar los perjuicios que sufre el trabajador al desarrollar su labor en actividades de las que el empresario obtiene un beneficio.

Actualmente la Ley con el propósito de proteger a los trabajadores de las contingencias o daños que sufran como consecuencia de la relación laboral, ha impuesto la obligación a los empleadores de trasladar ese riesgo a entidades especializadas en su administración, mediando una cotización a cargo exclusivamente del empleador y ha determinado claramente las prestaciones a las que tendrán derecho los trabajadores que se vean afectados por una contingencia de origen profesional.

En ese orden de ideas las entidades Administradoras de Riesgos Profesionales, bajo un esquema de aseguramiento,- en el que las cotizaciones o primas, que el empleador entrega al sistema por cada

uno de los trabajadores afiliados, generan una mutualidad o fondo común, con el cual se financian las prestaciones anotadas, deben ocuparse de brindar a los trabajadores la prestación de los servicios de salud que requieran, así como asumir el reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones económicas establecidas en el Decreto Ley 1295 de 1994 –incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes, auxilio funerario-, al tiempo que deben realizar actividades de prevención, asesoría y evaluación de riesgos profesionales, y promover y divulgar programas de medicina laboral, higiene industrial, salud ocupacional y seguridad industria.” (subraya fuera de texto).

Igualmente, en sentencia C-336 de 2012 reiteró:

...

Observa la Sala que el demandante parte de una premisa equivocada y olvida que **el fin mismo de la creación del sistema de riesgos profesionales, es el traslado del riesgo objetivo de la actividad laboral que antes se encontraba en cabeza del patrono hacia un sistema de aseguramiento.**

En efecto, éste se estructura a partir de la existencia de un riesgo creado por el empleador, en la que no se toma en cuenta la culpa sino que se establece una responsabilidad objetiva por cuya virtud el sistema obligado a reparar los perjuicios que sufre el trabajador al desarrollar su labor en actividades de las que el empresario obtiene un beneficio.

...

4.2.2.3 Ahora bien, como lo recuerdan todos los intervinientes, con la creación de esta forma de aseguramiento, el legislador, con el propósito de proteger a los trabajadores de las contingencias o daños que sufran como consecuencia de la relación laboral, ha impuesto la obligación a los empleadores de trasladar los riesgos a entidades especializadas en su administración, mediando una cotización a cargo exclusivamente del empleador y ha determinado claramente las prestaciones a las que tendrán derecho los trabajadores que se vean afectados por una contingencia de origen profesional.

En ese orden, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional la concepción misma del sistema “implica que las entidades aseguradoras asumen el riesgo objetivo que en principio tendrían los empleadores pero que por virtud de la ley y en aras de otorgar una mayor protección a los trabajadores, se les traslada a ellas, mediando, una cotización que se encuentra a cargo del patrono.

La función que cumplen es entonces prevenir, atender y proteger a la población trabajadora de los efectos causados por accidentes y enfermedades que les puedan ocurrir con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan.” Específicamente, en la sentencia C-453 de 2002, esta Corporación se refirió a la teoría del riesgo creado que el legislador adoptó en esta materia.

...

De los textos jurisprudenciales anteriormente transcritos y las normas sustanciales señaladas, se desprende con total claridad que el sistema de riesgos profesionales (laborales) obedece a un esquema de aseguramiento en el cual el generador del riesgo asegurable es el empleador, quien por mandato legal se encuentra obligado a trasladar o asegurar tales riesgos a entidades autorizadas legalmente para tal atención.

Así las cosas el generador del riesgo laboral es el empleador y no la administradora de riesgos laborales y es el empleador el responsable de la ocurrencia de las eventualidades laborales (accidente o enfermedad laboral), y en tal virtud es el empleador quien asegura estas eventualidades, y en calidad de tomador y asegurado de esta responsabilidad, traslada estos riesgos a la administradora de riesgos laborales.

Cuando se presenta un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, que causa un daño en la salud o integridad del trabajador, tal riesgo materializado, es considerado por las normas legales como un hecho imputable al empleador quien en principio y como titular de dicha obligación sería el llamado a asumir la responsabilidad por la realización del riesgo laboral por él creado, pero dado el traslado de los riesgos que el empleador hace a la administradora de riesgos profesionales, por la afiliación de sus trabajadores y pago de la prima o cotización, estas administradoras, en virtud del esquema de aseguramiento, asumen el reconocimiento de los perjuicios tarifados que tal responsabilidad se establece en la ley.

Así entonces es la responsabilidad objetiva del empleador la causa o fuente de las prestaciones del sistema de riesgos laborales, y en tal virtud el sistema de riesgos profesionales, como asegurador, ante el acaecimiento del riesgo asegurado, asume las prestaciones tarifadas previstas en la Ley y reconoce por cuenta del empleador las prestaciones correspondientes. La administradora de riesgos laborales no es ni la autora, ni partícipe, ni la responsable del infortunio laboral, pues el responsable de él es el empleador. La administradora no es la responsable de tal evento y por tanto con el reconocimiento y pago de las prestaciones no está solucionando o reparando su propia responsabilidad en la ocurrencia del accidente, sino la del empleador, y el pago que recibe el trabajador víctima de la adversidad laboral o sus beneficiarios, lo recibe como reparación o indemnización tarifada del daño que la ley presume le fue irrogado por el empleador.

2. La parte recurrente se aparta del criterio contenido en la sentencia, que indica que la subrogación planteada no resulta viable, pertinente, ni legal al estimar que son de su cargo, las prestaciones de la pensión de sobrevivientes, pues le resta, sin fundamento jurídico alguno, efectos al artículo 12 del Decreto 1771 de 1994, que expresamente le otorga la facultad de subrogación en favor de las administradoras de riesgos laborales, norma esta que se encuentra vigente y que su aplicación no sea optativa sino obligatoria para el operador judicial; disposición legal que no establece distinción sobre el tipo o naturaleza de las prestaciones frente a las cuales resulta legítimo el ejercicio de esta subrogación.

3. La sentencia recurrida invoca como fundamento de su fallo, la providencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 14 de enero de 2015 dictada por la Magistrada Margarita Cabello Blanco, dentro del expediente SC1749-2014, reproduciendo el equívoco interpretativo contenido en este fallo que niega el carácter indemnizatorio de la pensión de sobrevivientes, y desconoce la naturaleza asegurativa del sistema de riesgos profesionales, propia de la estructuración del sistema, desatiende que el amparo que otorga el sistema es la responsabilidad que se atribuye al empleador en su condición de generador del riesgo profesional y del obligado legal a brindar seguridad y protección a sus trabajadores.

La providencia recurrida y la jurisprudencia que se invoca en ella, desconocen el carácter indemnizatorio de las prestaciones del sistema de riesgos laborales, que viene dado desde los orígenes de este sistema y desconoce tal carácter expresamente otorgado por la legislación Nacional y supranacional.

Debe señalarse en este punto que el Convenio 017 de la OIT sobre la indemnización por accidentes de trabajo, ratificado por Colombia mediante la ley 129 de 1931 señala lo siguiente:

Artículo 1

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a garantizar a las víctimas de accidentes del trabajo, o a sus derechohabientes, **una indemnización** cuyas condiciones serán por lo menos iguales a las previstas en el presente Convenio.

Artículo 5

Las indemnizaciones debidas en caso de accidente seguido de defunción, o en caso de accidente que cause una incapacidad permanente, se pagarán a la víctima o a sus derechohabientes en forma de renta. Sin embargo, estas indemnizaciones podrán pagarse total o parcialmente en forma de capital cuando se garantice a las autoridades competentes un empleo razonable del mismo.

Artículo 8

Las legislaciones nacionales establecerán las medidas de control y los procedimientos para la **revisión de las indemnizaciones que se estimen necesarios.**

Artículo 11

Las legislaciones nacionales establecerán las disposiciones que, de acuerdo con las condiciones particulares de cada país, sean más adecuadas **para garantizar, en toda circunstancia, el pago de la indemnización a las víctimas de accidentes y a sus derechohabientes, y para garantizarlos contra la insolvencia del empleador o del asegurador.**

Sobra en este punto señalar el carácter vinculante de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que establece la Constitución Nacional en su Art. 93.

La legislación nacional es igualmente uniforme en señalar el perjuicio que generan los accidentes de trabajo y el carácter indemnizatorio de los reconocimientos a cargo del sistema de riesgos profesionales.

Así entonces la Ley 57 de 1915, referida por los autores y la jurisprudencia como el primer ordenamiento legislativo sobre reparaciones por accidentes de trabajo, señaló en varios de sus artículos lo siguiente:

ARTÍCULO 2.

El patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo del trabajo que realicen y en el ejercicio de la profesión que ejerzan, a menos que el accidente sea debido a culpa del obrero, o a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente, o a imprudencias o descuido del operario, o a ataque súbito de enfermedad que lo prive del uso de las facultades mentales o de las fuerzas físicas o a violación de los reglamentos de la empresa.

ARTÍCULO 5

Divídense en cuatro clases las consecuencias de un accidente de trabajo:

- a) Incapacidad temporal, cuando la lesión o perturbación es pasajera y se termina por la curación completa.
- b) Incapacidad permanente parcial, cuando la víctima queda con una disminución definitiva de la capacidad obrera que no tenía al tiempo del accidente. Se clasifica en este grupo, por ejemplo, la pérdida anatómica de un miembro o de un segmento de miembro; la pérdida funcional (por lesión orgánica) o la disminución de validez (funcional) de un miembro o de un segmento de miembro; la pérdida de un ojo; la pérdida de la audición, bien sea completa o incompleta; una enfermedad traumática que no condene a la acción total, etc.

- c) Incapacidad permanente total, cuando la invalidez deja al obrero definitivamente impotente para todo trabajo industrial útil.
- d) Se consideran de esta clase, como ejemplo, las perturbaciones mentales incurables; la pérdida de dos miembros por parálisis o amputaciones; la pérdida de ambos ojos, de ambas manos o de ambos pies; las enfermedades traumáticas graves de las vísceras abdominales o torácicas.
- e) muerte del trabajador.

ARTÍCULO 6 Modificado por el artículo 8 de la Ley 133 de 1931.

Las indemnizaciones respectivas de los casos anteriores serán: ...

... d) **Se pagará una indemnización** igual al jornal entero de un año, únicamente a los herederos que se determinan en adelante.

Para el caso de esta indemnización se considera cumplida la causal cuando la muerte ocurra por consecuencia y efecto natural del accidente dentro de los sesenta días siguientes a éste.

Los herederos de que se ha hablado y la manera de distribuir la indemnización serán los siguientes

PARÁGRAFO. Si el patrono pudiere emplear a cualquiera de los que conforme a esta Ley tienen derecho a la indemnización, en el mismo oficio que desempeñaba el "de cujus", con el mismo jornal que ganaba éste, por el término expresado, **el patrono quedará relevado de la indemnización;** pero si el salario fuere menor, el patrono estará obligado solamente a pagar el completo a los mencionados herederos.

Los gastos indispensables de entierro y las diligencias del caso serán siempre de cargo del patrón.

ARTÍCULO 7

Los patronos quedan en libertad de sustituir la obligación de reparar los accidentes de trabajo, con el seguro, hecho a su costa, y a favor de los obreros, de los riesgos de tales accidentes, siempre que los aseguren en una sociedad debidamente constituida, y que la suma que corresponda al obrero a título de seguro no sea inferior a la que recibiría a título de reparación, según la presente Ley.

Con posterioridad las leyes 44 de 1939, 6 de 1945 y 90 de 1945 y el Decreto 2350 de 1944, reiteran la naturaleza indemnizatoria de las coberturas a los trabajadores originadas en la responsabilidad que recae sobre los empleadores en la producción del accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Las normas recientes sobre riesgos profesionales, Decreto 1295 de 1994, ley 776 de 2002 y la más reciente ley 1562 de 2012, mantienen el carácter resarcitorio de las prestaciones por enfermedad o accidente laboral del sistema de riesgos laborales como componente indemnizatorio de un perjuicio o daño patrimonial sufrido por el trabajador como consecuencia del infortunio laboral que sufre en desarrollo de una actividad laboral dependiente de la cual se deriva un beneficio para el empleador y por mandato legal se presume causado por el empleador.

La jurisprudencia invocada en la sentencia impugnada, se refiere a la pensión de vejez, y al régimen de seguridad social en pensiones, eventos estos en los que efectivamente se realizan aportes por parte del empleador y por parte de propio trabajador que tienen como finalidad precisa el atender las eventualidades de la vejez, la invalidez y la muerte; y en este sentido no tiene carácter asegurativo. Situación diferente a la que se presenta en el sistema de riesgos laborales en que como ya quedo anotado por la Corte Constitucional, su naturaleza es fundamentalmente asegurativa y surge del riesgo creado por el empleador que expone al trabajador a un accidente o enfermedad de carácter laboral. En virtud de tal carácter asegurativo es el empleador quien asume de manera exclusiva el pago de los aportes por la cobertura del riesgo que crea y

mediante el pago de esta cotización o prima traslada a la aseguradora estos riesgos. De manera tal que cuando se presenta el evento de la enfermedad o el accidente laboral, es la responsabilidad presunta del empleador la que resulta cubierta y no, como equivocadamente refiere la sentencia y la jurisprudencia, la responsabilidad de la administradora de riesgos laborales quien solo cumple el papel de aseguradora del riesgo creado por el empleador y no está asumiendo responsabilidad alguna por su propio riesgo creado.

Al reproducir parcialmente la providencia de la Corte del 9 de julio de 2012, que a su vez había sido citada en la sentencia del 14 de enero de 2015 de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, el Operador de primera instancia no repara que esta cita hace referencia a un asunto en el que se debatía un tema vinculado al sistema de pensiones en el cual y a diferencia del sistema de riesgos laborales, lo que presenta esta constitución de una cuenta de ahorro individual pensional que se nutre con cotizaciones del empleador y del trabajador en un porcentaje o tarifas de aportación establecidas de manera general por la ley, a diferencia del sistema de riesgos laborales en donde el pago le corresponde exclusivamente al empleador como una prima que se fija en función de la naturaleza del riesgo correspondiente a la actividad o labor que desempeña el trabajador.

4. De otro lado, la sentencia impugnada acude a una cita jurisprudencial sobre la subrogación que data del año 1960, sin atender las modificaciones legales que ha tenido ocurrencia y con se ha dado una re-expresión y renovado alcance a esta figura jurídica. Obsérvese así entonces como el Código de Comercio expedido en el año 0971 consagra en el Art. 1096 la subrogación del asegurador, señalando que el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. Noción de subrogación que igualmente tiene un nuevo alcance que puede advertirse en las disposiciones de los Art. 254 sobre Subrogación de los acreedores en la acción de repetición, Art. 1101 sobre Subrogación real, Art. 1745 sobre Subrogación en derechos y obligaciones del asegurado, entre otras. Así entonces la interpretación dada en la sentencia a la noción de subrogación resulta desacertada, al negar los reales y actuales alcance y con ello recorto y desconoció los derechos que le asisten a la parte actora a demandar el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas del accidente en el que falleció su afiliado señor RICARDO ALBERTO RODRIGUEZ GARZON.

De otro lado, debe señalarse que en el expediente milita la prueba apta y suficiente que permite arribar a la conclusión que en el presente asunto se encuentran acreditados los presupuesto axiológicos para predicar la existencia de una responsabilidad civil en cabeza del demandado JOSÉ APARICIO RODRÍGUEZ MARCELO, pues se encuentra acreditada su condición de propietario la volqueta de placas WZC 469 causante del accidente así como su vínculo obligacional con el conductor del referido automotor, señor JOSE ISIDRO RODRIGUEZ SANCHEZ. Igualmente se encuentra prueba idónea que establece el compromiso del conductor del demandante en la producción del accidente al quedar evidenciada su conducta imprudente al poner en marcha el vehículo sin atender la presencia de la motocicleta que conducía RICARDO ALBERTO RODRIGUEZ GARZON, causando la muerte a este. la materialidad de los daños y la cuantía de estos, se encuentra del mismo modo demostrada en el proceso con la prueba documental que no fue desvirtuada por la parte accionada.

Así las cosas, se encuentran establecidos los fundamentos jurídicos y fácticos para que la sentencia de primera instancia sea revocada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

Respetuosamente,



GUILLERMO GARCÍA BETANCUR
T.P. 39.731 del C. S. J.

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 Magistrado

JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

CIUDAD

E.

S.

D.

RAD: 110013103016-2013-348-02 (Exp. 5159)

REF: PROCESO ORDINARIO DE MAYOR CUANTÍA DE HILDA LEONOR MORENO DE MOYA, EDWIN ARNEY MOYA MORENO, JAIME ANDRÉS MOYA MORENO. CONTRA CORPORACIÓN HOSPITALARIA JUAN CIUDAD-HOSPITAL UNIVERSITARIO MAYOR MEDERI, Y CONTRA JOSÉ BURITICÁ BOHÓRQUEZ.

Honorable Magistrado Ponente.

Doctor MAURICIO LEURO MARTÍNEZ; mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C. Médico y Abogado en ejercicio, Especialista en Derecho Médico, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19'434.330 de Bogotá y con Tarjeta Profesional N° 185.434 del CSJ, quien obra en nombre y Representación Legal de HILDA LEONOR MORENO DE MOYA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C. identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.425.683 de Bogotá D.C. y otros; Con el presente escrito presento ante Usted **Recurso de Apelación** a la sentencia proferida por el **JUZGADO 49 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, Fechado el 10 de febrero de 2020, dentro del proceso de la referencia, con el objeto de que sea revocada en su totalidad por los motivos que a continuación sustento:

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

El fallo proferido por el **JUZGADO 49 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, Fechado el 10 de febrero de 2020, en de forma escrita dentro del proceso de la referencia con fecha 10 de febrero de 2020, en su resuelve: Negar las pretensiones de la demanda conforme a la parte motiva de la presente providencia.... Para llegar a la decisión el despacho plasma sus consideraciones de las cuales presento motivos de inconformidad que paso a sustentar de la siguiente forma:

1. Se detiene el fallador de instancia a determinar el tipo de responsabilidad a evaluar, mencionando que el actor no invoco alguno de ellos en la demanda, así como tampoco lo hizo el despacho que conoció de la acción. Y determina desde su consideración que

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

corresponde a la responsabilidad contractual; considera que es antitécnico invocar la responsabilidad las dos responsabilidades, toda vez que se debe hacer por vía contractual por lo supuestos daños sufridos por la víctima momentos antes de su muerte. Por otro lado menciona que los daños a su familia solo pueden ser invocados como una acción personal, pero que nunca se pretendió por vía de sucesión, o en vía hereditaria. Y desde esa óptica desestima las pretensiones por considerar que nunca formaron parte del contrato de hospitalización. Considera que para las pretensiones no son claras y solo pueden ser invocadas desde la responsabilidad contractual en el estribo del contrato de atención. Cierra diciendo que ninguna de las pretensiones tiene cabida bajo los supuestos de la responsabilidad contractual, toda vez que no se invocó la condición de herederos de la víctima.

La corte Suprema de Justicia Sala Civil, en sentencia del cuatro (4) de mayo de dos mil nueve (2009) REF.: 05001-3103-002-2002-00099-01, zanjo el tema de la dicotomía de la las responsabilidades contractual y extracontractual, de la siguiente forma:

“No obstante, es pertinente memorar que la Corte, en su prístino propósito de administrar y lograr la justicia, sin desconocer la dicotomía normativa entre la responsabilidad contractual y extracontractual por sus directrices o reglas jurídicas diferenciales (cas. civ. 30 de octubre de 1915, num. 1953, p. 118 ss.; cas. civ. 31 mayo 1938, XLVI, p. 572 ss.; 25 de noviembre de 1938, XLVII, 411; 5 de marzo de 1940, un. 1953, p. 118; 2 de septiembre de 1941, LII, 33; 25 de febrero de 1942, LIII; SNG, 14 de marzo de 1942, XII, 937; 21 de septiembre de 1944, LVII, 598; 31 de julio de 1949, XLIX, 625; 4 de agosto de 1950, LXVII, 764; 20 de abril de 1954, LXXVII, 375; 2 de mayo de 1970, CXXXIV, 124; cas. civ. 11 de mayo de 1970, nums. 2326 a 2328, pp. 123 ss.; cas. civ. sentencia del 1° de octubre de 1987, CLXXXVIII, pp. 243 ss.; cas. civ. de 28 de junio de 1989 – reiterada en cas. civ. de 27 de junio de 1990; 15 de abril de 1997, exp. 4422; cas. civ. 31 de julio de 2000 [SC-118-2000], exp. 5774; 30 de enero de 2001, exp. 5507; cas. civ. 4 de abril de 2001, [SC-065-2001], exp. 6436; cas. civ. de 12 de agosto de 2002; 31 de marzo de 2003. Exp. 7142; 15 de octubre de 2004, exp. 6199; sentencia del 30 de junio de 2005, expediente No. 1998-00650-01; 18 de octubre de 2005, exp. 14491; 19 de diciembre de 2005, exp. 1996-5497-01; 22 de marzo de 2007, exp. 05001-3103-000-1997-5125-01), ni las críticas (C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 69; Id., *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, 555; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed*

2

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

extracontrattuale, Padova, 1989, 19 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, voce dell'Enc. giur. Treccani, Roma, 1991, § 1; ID., *Trattato breve della responsabilità civile*, 2ª. ed., Cedam, Padua, 1999, pp. 197 ss.; id. *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 158; R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuali ed extracontrattuali*, in G. Visintini (a cura di) *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 158) y futuro de la distinción (GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987, 79 y ss.; Geneviève VINEY, *Tratado de derecho civil, Introducción a la responsabilidad*, trad. es. F. Montoya M., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, no. 245, pp. 524 ss.: “(...) nos parece que, en el porvenir, la distinción entre responsabilidades contractual y extracontractual está llamada a perder su importancia en provecho de otra distinción, que tiende hoy a afirmarse cada vez más, entre el ‘derecho general’ o ‘derecho común’ y los regímenes especiales de responsabilidad civil”), ha admitido, en determinadas hipótesis, el deber resarcitorio del quebranto inferido a sujetos diversos, precisamente en repudio de la impunidad a que conduciría la exclusión de la reparación del daño inmotivado³ causada a la esfera tutelada por el ordenamiento jurídico, *verbi gratia*, en tratándose de los intereses de consumidores y usuarios cuya protección “no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial (sentencia de 28 de julio de 2005, exp. 00449-01), puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante” (cas. civ. 7 de febrero de 2007, exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01, [SC-016-2007]) y, de la responsabilidad médica, por cuanto, en oportunidades, unos mismos hechos, actos o conductas, a más de lesionar el contrato y, por tanto, los derechos e intereses de las partes contratantes, pueden generar un detrimento a terceros extraños al vínculo contractual, o sujetos distintos pueden causar el quebranto a una misma persona o a varias personas bajo distintas relaciones o situaciones jurídicas o diversos títulos de imputación, por ello legitimados para reclamarlos de conformidad con las normas legales (cas. civ. 11 de septiembre de 2002 [SC-172-2002], exp. 6430; 13 de septiembre de 2002, exp. 6199; 27 de septiembre de 2002, exp. 6143; 18 de mayo de 2005, exp. 14405).¹

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado Ponente WILLIAM NAMÉN VARGAS, Bogotá, D. C., cuatro (4) de mayo de dos mil nueve (2009) REF.: 05001-3103-002-2002-00099-01

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

Así las cosas la forma que desestima el fallador de primera instancia las pretensiones por considerar que no están ajustadas corresponde a viejo planteamiento de la responsabilidad de diferentes orígenes con relación a la generación de la obligación. Por ello es claro que se aparta de la jurisprudencia para sus consideraciones y deja a un lado el derecho que tienen los demandantes a reclamar el daño generado a la víctima y los perjuicios que a ellos les afecta.

2. Hace el fallador de instancia una amplia exposición de la responsabilidad profesional médica, diciendo que se rige por la culpa probada, luego pasa a mencionar apartes jurisprudenciales donde también menciona que incumbe al profesional establecer que su actuación fue diligente, cuidadosa, apegada a la lex artis, atendiendo que para este sujeto procesal le es más fácil probar en tanto al actor le resulta dificultoso, justamente cuando, en principio, no constituye su labor profesional ordinaria; Abre paso a la denominada culpa virtual y a la teoría de la probabilidad suficiente, diciendo que la culpa es probada, pero determinando que el juez puede llegar a la certidumbre o la convicción de que el demandado se comportó culposamente y el daño por tanto no encuentra una explicación distinta la comisión de la conducta culposa; y termina invocando el art. 1604 inciso 3, de quien alega la diligencia esta llevado a probarla; pero en sus análisis sigue a pesar de lo dicho en requerimiento de culpa probada por el actor.

4

Si bien es cierto, la responsabilidad profesional médica se rige por la culpa probada, es necesario como bien lo menciono en sus considerandos y con apartes jurisprudenciales tener en cuenta que en el presente caso existen pruebas de la ocurrencia de un procedimiento quirúrgico llamado resección de tumor selar y supraselar, durante el cual se presenta un desgarramiento de la arteria carotídea, que se había confirmado era permeable y no tenía obstrucción, y queda plenamente probado que el paciente sufre un choque hemorrágico durante el procedimiento que fue atendido con transfusión sanguínea, y también está probado que el paciente pasa a la UCI y presenta deterioro neurológico como consecuencia de un hematoma subdural, y edema cerebral, ambas causas que lo llevan a la muerte cerebral u fallecimiento; El fallador, además de aducir no saber que cirugía correspondió al procedimiento, si tiene la certeza que el fallecimiento ocurre posterior a una cirugía de resección de tumores, que sufrió accidente o “complicación” que lo lleva a la UCI, y posterior hemorragia cerebral. Dificulta aun más la valoración probatoria cuando el fallador nunca tuvo inmediatez de la prueba y solo actuó en escuchar alegatos y la redacción del fallo; Y aunque hace aportes jurisprudenciales denota su inadecuada



interpretación. Para ello, menciono el aporte de la “probabilidad suficiente”..²

*“La otra tesis que en materia de responsabilidad médica se ha ventilado en la jurisprudencia nacional es la que se ha denominado como teoría de la **“probabilidad suficiente”**; conforme a la cual, dada la dificultad que representa para el demandante la demostración de la relación de causalidad entre el comportamiento del profesional y el daño irrogado, se autoriza al sentenciador para estos eventos una excepción a la regla de que la finalidad de la prueba es la convicción, la certeza del juez; permitiéndose su aceptación con la alta probabilidad de su existencia.*

Así lo expresó la sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 1999, que en lo pertinente señaló:

“...El Juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante...”

(...)

“En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia ‘el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia...”³ ⁴

² La historia clínica es un documento legal, con pleno valor probatorio establecido en la ley 23 de 1981 y Resolución 1995 de 1999. Sentencias SC3847 de 2020, y SC003 de 2018.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 1999. C.P.: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. SALA CIVIL DE DECISIÓN, Magistrado Ponente: ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, Bogotá D. C., veinte (20) de octubre de dos mil diez (2010)

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

Con lo que definitivamente el fallador de instancia yerra al observarlas pruebas, pues de lo surtido es claro que, revisadas las pruebas dentro del proceso, en especial la **historia clínica**, si se encuentra probada la ocurrencia de un desgarro de la arteria carotídea en procedimiento quirúrgico, llevo al paciente a la UCI, y posterior sangrado que no estaba antes de la intervención realizada, y que secuencialmente desencadenó el fallecimiento del paciente por daño neurológico. El desgarro de la arteria carotídea no se encuentra dentro de la normalidad del procedimiento realizado, es decir sale de su *lex artis*, y pierde el concepto de inherencia del riesgo en la producción del daño.⁵

“En el **interrogatorio de parte** el médico Buriticá, refiere que se presentó complicación de desgarro de la arteria carótida con sangrado abundante, cuando se encontraba realizando la disección del tumor sobre la pared de la misma..., al preguntarle si se presentó choque hemorrágico posterior al desgarro de la carótida, respondió: Si, se presentó un sangrado importante con cambios hemodinámicos que fueron corregidos por el anestesiólogo, más adelante menciona que el paciente fue reanimado en sala y remitido a la UCI.

Al preguntarle si conocía la causa de la muerte del señor Moya, manifiesta que posterior a la cirugía se encontró una hemiparesia izquierda, se realizó un TAC post operatorio que evidenció un sangrado y un hematoma subdural laminar, con deterioro neurológico, y dice más adelante que falleció por edema secundario a una isquemia cerebral.”⁶

La regla *res ipsa loquitur*, la cosa que habla por sí misma; es el nombre dado a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia. Como se aprecia, en los eventos de *res ipsa loquitur* de la verificación y análisis del daño, considerado en sí mismo, se desprende una evidencia circunstancial que hace que aparezca demostrada de forma palmaria la imputación fáctica (nexo causal) y la jurídica (falla del servicio)

Desestima las pruebas que demuestran el actuar del médico Buriticá, y su equipo quirúrgico en la realización del procedimiento de resección de tumor, desencadena una lesión intraoperatoria denominada desgarro de la arteria carotídea, que a su vez genera un choque hemorrágico severo que requiere transfusión y reanimación, además del traslado a la UCI, donde se determina una lesión neurológica secundaria a la hemorragia, la presencia de hemorragia cerebral e isquemia cerebral que lleva a la muerte al paciente; Con esta secuencia naturalista de hechos secuenciales, se

⁵ Sentencia SC3272 de 2020 y sentencia 7110 de 2017.

⁶ Interrogatorio de parte al demandado cirujano Dr. Buritica.



establece la relación causal entre el actuar del cirujano y su equipo con la consecuente muerte del paciente. Se describe en el interrogatorio de parte y en los hechos dados por ciertos, como por la historia clínica que el paciente fallece por una isquemia cerebral, secundaria a la hemorragia cerebral subaracnoidea, y por el chock hemorrágico sufrido como consecuencia del desgarro de la arteria carotidea en la cirugía.

3. Con relación a la **historia clínica**, además de criticar la descripción de los hechos basados en ella, y desestimando su valor probatorio, considera que de ningún valor se puede tener, dando al traste con el verdadero valor probatorio de la historia clínica como prueba documental de los hechos acaecidos en la atención del paciente, de forma cronológica, secuencial y descrita por la misma parte demandada y sin haber sido tachada de falsa, además de haber sido aportada también por la demandada. Hace un recuento de los sucesos de la atención del paciente, su ingreso, los resultados de la resonancia, del resultado de la panangiografía, del consentimiento informado para ese procedimiento, también del test de oclusión carotidea y de el resultado de la arteriografía carotidea bilateral, recalcando que demostró flujo normal sin disección, espasmo ni embolia. Describe que el 2 de julio se realizó el procedimiento por el Dr. Buriticá, en la descripción se reporta la resección del tumor de base de cráneo y de la realización de la ligadura de la arteria carotidea interna... También recalca que el paciente ingresa a la UCI con diagnóstico de choque hemorrágico, con hemiparesia derecha, y se consigna el desgarro de la carótida con sangrado abundante, requiriendo ligadura por infiltración tumoral. También menciona de la historia que se realiza TAC de cráneo que evidencia hematoma subdural agudo subyacente, edema y hemorragia subaracnoidea con drenaje al sistema ventricular... Además describe que se detecta deterioro neurológico importante, extensión de infarto cerebral y progresión a muerte encefálica....; De lo descrito considera que nada se tiene que ver entre el procedimiento realizado con el desgarro de carótida tantas veces mencionado y la hemorragia sufrida en el post operatorio de la cirugía, y el fallador se queda con lo dicho que el paciente muere por edema cerebral, y descarta lo dicho que el paciente fallece por una hemorragia subaracnoidea cerebral con infarto cerebral y edema consecuencia de la misma hemorragia y producto del desgarro de la arteria carotidea que se dijo había sido reparada, sin tener una explicación del demandado que explicara de forma técnica porque persistió la hemorragia, hasta el daño cerebral y la muerte, porque no probó la diligencia y adujo causa extraña de la hemorragia y distinta al procedimiento quirúrgico con el desgarro producido.

7

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

Para el caso de la víctima señor JAIME MOYA MONCADA, se encuentra dentro del desarrollo del proceso de atención médico asistencial probado, como a simple vista se observa una violación a la Lex Artis Médica por el Dr. José Buriticá, Neurocirujano, por la falta de previsión y cuidado en la realización del procedimiento quirúrgico, como hecho generador del daño consistente en la muerte de la paciente por hemorragia post operatoria secundaria a desgarró de la arteria carotídea, y el fallador de instancia crítica en sus consideraciones el aporte fáctico de los contenidos de la historia clínica para la demostración de la actividad del cirujano en la generación del daño, pero desconoce e inaplica en su valoración probatoria que la ley 23 de 1981, decreto reglamentario 3384 de 1981, y resolución 1995 de 1998, dan pleno valor legal y documental a la historia clínica, además de ser la fiel descripción de los sucesos registrados por los mismos demandados y no controvertidos, ni tachados de falsos, al punto de ser hechos dados por ciertos.

HISTORIA CLINICA - Interpretación / HISTORIA CLINICA - Valoración probatoria: La historia clínica es un documento con características especiales que amerita un manejo determinado, no sólo por los que las elaboran y las archivan, sino también por quienes las interpretan. Se convierte pues, en un registro especial y particular que al margen de concentrar toda la información relacionada con la atención del paciente, sus diferentes síntomas, signos, las patologías diagnosticadas y los tratamientos ordenados, entra en conexidad de forma global con el derecho a la salud, y permite la verificación en relación con la atención brindada, así como el contenido y alcance en el cumplimiento de las obligaciones que se refieren tanto al médico como a los pacientes en torno a la relación científica y legal que representa la atención hospitalaria o sanitaria. Por lo tanto, la historia clínica en un proceso gradual o escalonado, detalla: i) la anamnesis, es decir, la información básica sobre las razones por las cuales se consulta o se acude al servicio médico, ii) los síntomas y signos que reporte el paciente y que aprecie el galeno, iii) la interpretación de ese conjunto de signos y síntomas, en donde se especifique la metodología empleada para la valoración de esas expresiones, iv) la diagnosis o diagnóstico en donde el profesional emite el juicio con fundamento en la lex artis ad hoc, para lo cual se vale de la interpretación y de las ayudas diagnósticas que tenga a su alcance (v.gr. exámenes de laboratorio, rayos equis, toma de placas, resonancias, TAC's, entre muchos otros), v) el tratamiento o procedimiento ordenado, en donde se haga constar el pronóstico, el consentimiento informado si es necesario, así como las indicaciones médicas o paramédicas que deben ser adoptadas para complementar y apoyar el acto médico, vi) la verificación de la evolución del paciente, la cual debe ser constante, y vii) las recomendaciones profilácticas, esto

8

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

es, las indicaciones que se le suministran al paciente en el momento en que se le va a dar de alta. Como medio de prueba la historia clínica cobra un gran valor en materia de responsabilidad médica sanitaria, pues allí se consigna el desarrollo clínico de los pacientes, por ello se constituye en un medio idóneo para determinar los hechos materia de juzgamiento.⁷

Al respecto de la observación hecha por el fallador, de los hechos planteados en la demanda, es preciso aclarar al Ad Quero que, si bien es cierto, el artículo 82 del CGP, en su numeral 5., hace mención a **hechos y omisiones**, no se puede dar otro sentido a la palabra hecho, sino el que corresponde, según las definiciones y sus sinónimos. Y para efectos del derecho medico asistencial, donde se endilga una probable actuación de responsabilidad, no se puede apartar de lo contenido en la historia clínica, y lo que la norma al respecto obliga, toda vez que la historia clínica⁸ es el relato de los hechos de atención médica y sanitaria.

Es así como, el art 82-5 dice: Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, clasificados y enumerados; También es cierto que, que en su definición hecho es “una pieza de información que se presenta como si tuviera realidad objetiva”, también dice “Eventos que tienen lugar en el espacio y en el tiempo .-Lo que acontece bajo la forma de temporalidad.-“ y no sobra dejar a un lado los sinónimos del HECHO: dentro de los cuales esta: **ACTO, ACCIÓN, SUCESO, EVENTO, SITUACIÓN**, entre otros. Y no se puede sustraer el Fallador de instancia del contenido legal de la historia clínica en el derecho medico asistencial, donde en la Ley 23 de 1981, refiere que la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente; La Resolución 1995 de 1999, dice en su artículo 1º, literal a.: La Historia Clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, **los actos médicos** y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. En el literal d.: Historia Clínica para efectos archivísticos: Se entiende como el expediente conformado por el conjunto de documentos en los que se efectúa el registro obligatorio del estado de salud, **los actos médicos y demás procedimientos** ejecutados por el equipo de salud.

Por lo anterior no se puede entonces, dividir o subdividir los actos médicos contenidos en la Historia, y que requieren formar parte de este tipo de procesos, en **frases simples; como lo pretende el fallador**, cosa muy

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012), Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02279 01(21861)B

⁸ CSJ-SC. Magistrado ponente WILLIAM NAMÉN VARGAS, Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011), Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01

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

diferente es pretender desglosar los hechos no médicos en frases simples, como mecanismo de facilidad procesal, y no en el proceso médico asistencial, donde los hechos –actos-, son secuenciales, íntegros y cronológicos de la actuación de los actores de salud; para lo cual en casos como el presente, requieren de su reconocimiento dentro de un proceso. Por lo tanto, desglosar los actos o hechos relatados en una historia desvirtuaría la actuación de quien la suscribió, hecho por el cual en cada hecho se menciona la fecha, la descripción y la nota a quien corresponde, además de hacer claridad de la institución a la que corresponde. Y son los demandados quienes tendrán que aceptar o desvirtuar lo allí plasmado dentro del debido proceso. Y por lo demás, permite tener claridad sobre las actuaciones dentro de la atención de pacientes, que no pueden ser plasmadas de otra forma sino con el documento reina de la actuación médica: La Historia Clínica y validez legal. Como lo reitera el Consejo de Estado: “historias clínicas claras, fidedignas y completas, las cuales permitan garantizar el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico y en la atención de los pacientes”⁹

“Debe puntualizarse la relevancia de la historia clínica. Por mandato normativo, la historia clínica consigna de manera cronológica, clara, precisa, fidedigna, completa, expresa y legible todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto médico desde su iniciación hasta su culminación, a partir del ingreso del paciente a una institución de salud a su salida, incluso en la rehabilitación, seguimiento y control; contiene el registro de los antecedentes, y el estado de salud del paciente, la anamnesis, el diagnóstico, tratamiento, medicamentos aplicados, la evolución, el seguimiento, control, protocolo quirúrgico, indicación del equipo médico, registro de la anestesia, los estudios complementarios, la ubicación en el centro hospitalario, el personal, las pruebas diagnósticas, etc. Trátase de un documento probatorio sujeto a reserva o confidencialidad legal cuyo titular es el paciente y cuya custodia corresponde al profesional o prestador de salud, al cual puede acceder aquél, el usuario, las personas autorizadas por éstos, el equipo de salud y las autoridades competentes en los casos legales, ostenta una particular relevancia probatoria para valorar los deberes de conducta del médico, la atención médica al paciente, su elaboración en forma es una obligación imperativa del profesional e instituciones prestadoras del servicio, y su omisión u observancia defectuosa, irregular e incompleta, entraña importantes consecuencias, no sólo en el ámbito disciplinario sino en los procesos judiciales, en especial, de

10

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D.C. veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009), Radicación número: 50001-23-31-000-1992-03589-01(16700)



responsabilidad civil, por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación jurídica.”¹⁰

Por lo anterior, yerra el fallador de instancia notablemente, al no darle pleno valor probatorio a la historia clínica y además de criticar los hechos de la demanda no los correlaciona directamente con el pleno valor documental que se contiene; Es claro que la falta de inmediatez del Juez fallador de primera instancia, para tener un entendimiento claro del contenido clínico de la demanda le limita en sus consideraciones y críticas en el tema de debate altamente técnico y médico. Por ello, sus consideraciones acerca del contenido de la historia clínica se apartan de la realidad descrita.

- Según historia clínica El 02/07/2008 pasa a procedimiento quirúrgico Cirujano JOSÉ BURITICA, NEUROCIRUJANO R.M. 10284790; primer ayudante Dr. ENRIQUE MONSALVE V. NEUROCIRUJANO; segundo ayudante Dr. JORGE ALMARIO 2570396 NEUROCIRUJANO.
- Según historia clínica La Descripción Quirúrgica reporta Resección tumor base de cráneo, Ligadura de A. Carotidea Interna, Cranealizacion de Seno Frontal **(Folios 114 y 115).**
- Según historia clínica Ingresa a UCI en POP inmediato con Dx POP + **CHOQUE HEMORRÁGICO**. Recibe manejo de sedación, inotrópica.
- Según historia clínica En Nota de Ingreso a UCI en MOTIVO DE CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL registran “...El día de hoy es llevado a resección quirúrgica del tumor, presentando como complicación desgarro de la carótida con sangrado abundante, requiriendo ligadura por infiltración tumoral, adicionalmente presenta reacción anafiláctica con la administración de cefalosporina de 1 generación...” Firma YORLADY UCHAMOCHA PÉREZ CC 52364091 MEDICO INTENSIVISTA. **(Folios 16 y 17).**
- Según historia clínica TAC DE CRÁNEO SIMPLE del HOSPITAL UNIVERSITARIO MAYOR DEPARTAMENTO DE IMÁGENES DIAGNOSTICAS que registra OPINIÓN: “...evidencia de hematoma subdural aguda subyacente...extensas zona sugestiva de edema citotóxico....que condiciona efecto de masa...hemorragia subaracnoidea con drenaje al sistema ventricular sin ventriculomegalia”. **(Folios 267 y 268).**

11

Las descripciones clínicas demuestran el daño neurológico producto de una hemorragia subdural post quirúrgica, secundaria al **desgarro de la arteria**

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado ponente WILLIAM NAMÉN VARGAS, Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011), Discutida y aprobada en Sala de treinta (30) de agosto de dos mil once (2011). Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01



carotidea en el procedimiento de resección de tumor cerebral. El fallador da por no probado lo que sí esta probado, al desvalorar los contenido en la historia clínica con su pleno valor probatorio.

4. Del consentimiento informado menciona que se en encuentra el consentimiento informado de procedimiento o intervención medico quirúrgica de datos diligenciados dice, por el Dr. Almario, donde se describen complicaciones relacionadas: lesión neurológica y muerte; y complicaciones especificas: muerte, lesión neurológica transitoria o permanente, sangrado, infección; y recalca que sin la firma del médico tratante, desconoce que el consentimiento idóneo es del médico tratante, debe cumplir con unos requisitos específicos, y debe estar suscrito por el médico tratante, hecho que no se da en este caso; pero el fallador le resta importancia y da por sentado que todo fue debidamente informado, oportunamente y de forma idónea, como si el documento analizado cumpliera con los requisitos de idoneidad que exige la Corte constitucional para el derecho a ser informado.

El consentimiento informado del procedimiento realizado al paciente Jaime Moya, no esta suscrito por ningún médico, como lo menciona el fallador, hay que revisar el folio 22 y su reverso, donde se deja que corresponde al consentimiento del procedimiento realizado Resección Quirúrgica. no es un consentimiento idóneo para el fin perseguido, y su ausencia de suscripción pierde esas características propias de idoneidad. Con ello se violan los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos de información, libre desarrollo de la personalidad y libertad e igualdad; Puntos que el fallador de instancia valoró inadecuadamente, dejando solo que si esta presente, sin la debida valoración y su importancia jurídica de su contenido, idoneidad, oportunidad y validez¹¹.

El precedente jurisprudencial indica que: “Los únicos daños indemnizables en estos eventos no son la muerte y las lesiones corporales; también están comprendidos, entre otros, los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”¹². Su ausencia o deficiencia viola los derechos constitucionales del paciente al derecho a ser debidamente informado. Como bien constitucionalmente protegido.

“Al respecto, adviértase la medular trascendencia del consentimiento informado, obligación legal del profesional de la salud,

¹¹ Sentencia SC710 de 2017, y CSJ-SC. Magistrado ponente WILLIAM NAMÉN VARGAS, Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011), Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01

¹² C.E, SCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION C, MP: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Siete (07) de febrero dos mil once (2011), Expediente (34387)



cuya omisión no sólo vulnera los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, igualdad y libertad, sino la relación jurídica, “como quiera que los negocios jurídicos de esta especie -y así el acto médico obrase exclusivamente en cumplimiento de un deber legal-, recae nada más ni nada menos que sobre la vida, la salud y la integridad corporal de las personas, por manera que el carácter venal que de suyo caracteriza los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos de derecho privado, en este escenario se ve, por fortuna, superado por el humanístico que es propio de la actividad médica. Más que un mercado o una clientela que cultivar, los posibles usuarios de los servicios médicos, incluyendo los meramente estéticos o de embellecimiento, son ampliamente acreedores de un trato acorde con la naturaleza humana, de modo que la obtención de su consentimiento para la práctica de un acto médico exige el que, en línea de principio, se le haga cabalmente conocedor de todas las circunstancias relevantes que puedan rodear la actuación del médico, obviamente en la medida en que este las conozca o deba conocerlas” (cas. civ. sentencia de 19 de diciembre de 2005, [S-385-2005], exp. 05001 3103 000 1996 5497-01).

El médico, en efecto, “no expondrá al paciente a riesgos injustificados”, suministrará información razonable, clara, adecuada, suficiente o comprensible al paciente acerca de los tratamientos médicos y quirúrgicos “que puedan afectarlo física o síquicamente” (art. 15, Ley 23 de 1981), la utilidad del sugerido, otras alternativas o su ausencia, el “riesgo previsto” por reacciones adversas, inmediatas o tardías hasta el cual va su responsabilidad (artículos 16, Ley 23 de 1981 y 10, Decreto 3380 de 1981), deber que cumple “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 médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico” (artículo 10, Decreto 3380 de 1981).y dejará constancia “en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla” (artículo 12, Decreto 3380 de 1981).

En torno al interés jurídico quebrantado, una opinión la remite a la conculcación de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, dignidad, libertad o autonomía para disponer de su propio cuerpo o vida y decidir si rehúsa o somete al tratamiento u opta por otros, limitando la reparación al daño moral, porque el causado a la vida o salud de la persona es diferente, carece de relación causal con el incumplimiento de la obligación, el consenso omitido y se presentaría aún obtenido. Otra, acentúa el quebranto de la relación jurídica prestacional o asistencial médica al incumplirse el



deber legal de informar y obtener el consentimiento del paciente para someterse al tratamiento o procedimiento, por no haberlo aceptado y concernir no sólo a tales derechos, sino a la vida, salud e integridad sicofísica de la persona. En esta línea, una postura, empero limita la responsabilidad a los riesgos típicos o previstos y permite la exoneración con la demostración que a pesar del cumplimiento de la prestación de informar y obtener el consentimiento informado, el daño se habría generado de todas formas. Alguna, incluso la extiende a los riesgos imprevistos, todos los cuales asume el médico.

Para la Sala, la omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sicofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, “[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto” (artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al “paciente a riesgos injustificados” (artículo 15, ibídem), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos expressis verbis, pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

El consentimiento informado, es un acto dispositivo espontáneo, esencialmente revocable, singular al tratamiento o intervención específica, recepticio, de forma libre o consensual, puede acreditarse con todos los medios de prueba, verbi gratia, documental, confesión, testimonios, etc., y debe ser oportuno.”¹³

El consentimiento informado que se encuentra en la historia clínica a folios 22 reverso, si bien es cierto hace mención a las complicaciones relacionadas: menciona lesión neurológica y muerte, y complicaciones específicas la la muerte, lesión neurológica, sangrado, infección entre otros, no se demuestra la firma del médico Buriticá, y además en la pregunta nueve del interrogatorio de parte al preguntarle si como médico tratante

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado ponente WILLIAM NAMÉN VARGAS, Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011), Discutida y aprobada en Sala de treinta (30) de agosto de dos mil once (2011). Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01



diligenció el consentimiento informado para el procedimiento realizado contestó que NO. Por lo tanto yerra el fallador al desestimar la falta de consentimiento idóneo y completo del médico tratante del señor Jaime Moya para la realización de cirugía de resección de tumor cerebral.

5. Menciona el fallador que el hecho o causa por el que se le imputa la culpa no está claramente expuesto en la demanda y sin determinar los desaciertos o conductas señaladas como dignas de reproche, y remata diciendo que la demanda no dice 1) cuáles fueron las obligaciones de seguridad social en salud y garantías de calidad en el marco de la seguridad social o incluso contractual que fueron violadas... 2) Cual es el procedimiento quirúrgico que se refiere, pues no dice cual es, es decir coloca al despacho en la posición de observar de cual proviene su censura... 3) cuáles son las lesiones y cual la evolución como falla endilgada.

Para el fallador de primera instancia los yerros están ubicados en apartarse del precedente jurisprudencial y el del marco normativo de la seguridad social, donde se tiene el sistema obligatorio de garantía de la calidad como componente básico de la seguridad social, es así como sus consideraciones se apartan no solo del conocimiento de la seguridad social en salud, el sistema de garantía de la calidad en salud, sino también de la jurisprudencia amplia al respecto de las obligaciones naturales de seguridad del contrato asistencial; y que como bien lo tiene establecido el código civil, son obligaciones naturales que no requieren estipulación expresa. Es amplísimo el pronunciamiento de la obligación de seguridad del contrato asistencia.

15

*RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA ACTIVIDAD MÉDICA*¹⁴

Atendiendo la causa de la demanda, debe estudiarse lo relacionado con la responsabilidad derivada de la actividad médica ejecutada por las instituciones hospitalarias de carácter privado, para ello resulta liminar recordar, que tanto en los servicios médicos derivados de la vinculación al sistema de seguridad social, caso de las EPS e IPS, así como los que tengan ocurrencia por medio de la ejecución de seguros comerciales comunes (pólizas), o simple iniciativa particular para la utilización del servicio, entrañan una relación contractual.

¹⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL, Bogotá D.C, cinco (5) de junio de dos mil nueve (2009). REF. ORDINARIO DE LUÍS FERNANDO ZULUAGA Y OTROS CONTRA CONGREGACIÓN DE HERMANAS DE LA CARIDAD DOMINICAS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SANTÍSIMA VIRGEN (CLÍNICA PALERMO). RAD. No. 11601, Magistrado Ponente: NANCY ESTHER ANGULO QUIROZ.



Entre las obligaciones que surgen en el ejercicio de la actividad médica, encontramos la que se ha denominado por la jurisprudencia la “obligación de seguridad”, que hace alusión a la necesidad de proteger al individuo frente a aquel que tiene pleno dominio y conocimiento de la actividad que ejerce, dándose este tipo de responsabilidad, entre otros casos, en el evento de prestación de servicios médicos y hospitalización.

De vieja data se ha sostenido, en lo que toca al alcance de las obligaciones derivadas de la actividad médica, que ésta por regla general es una obligación de medio y no de resultado, en la medida que el médico se compromete a desplegar en pro del paciente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste, de tal manera que sólo podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios, si se demuestra que incurrió en culpa, por haber abandonado o descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención los medicamentos o instrumentos idóneos a su disposición.

Respecto de este tipo especial de responsabilidad la Corte Suprema de Justicia ha apuntado lo siguiente:

“2. En ese contexto, los especiales perfiles que presenta el ejercicio de la actividad médica y la marcada trascendencia social de esa práctica, justifican un especial tipo de responsabilidad profesional, pero sin extremismos y radicalismos que puedan tomarse “ni interpretarse en un sentido riguroso y estricto, pues de ser así, quedaría cohibido el facultativo en el ejercicio profesional por el temor a las responsabilidades excesivas que se hicieran pesar sobre él, con grave perjuicio no sólo para el mismo médico sino para el paciente. ‘Cierta tolerancia se impone, pues dice Sabatier, sin la cual el arte médico se haría, por decirlo así, imposible, sin que esto implique que esa tolerancia debe ser exagerada, pues el médico no debe perder de vista la gravedad moral de sus actos y de sus abstenciones cuando la vida y la salud de sus clientes dependen de él” .

Sin embargo, no hay para la conducta de los médicos una inmunidad al régimen general de las obligaciones, pues como ha reconocido la jurisprudencia, “el médico se compromete con su paciente a tratarlo o intervenirle quirúrgicamente, a cambio de una remuneración económica, en la mayoría de los casos, pues puede darse la gratuidad, con el fin de liberarlo, en lo posible, de sus dolencias; para este efecto aquel debe emplear sus conocimientos profesionales en forma ética, con el cuidado

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

y diligencia que se requieran, sin que, como es lógico, pueda garantizar al enfermo su curación ya que esta no siempre depende de la acción que desarrolla el galeno, pues pueden sobrevenir circunstancias negativas imposibles de prever” (Sent. Cas. Civ. de 26 de noviembre de 1986).

Entonces, la declaración de responsabilidad en la actividad médica supone la prueba de “los elementos que la estructuran, como son la culpa contractual, el daño y la relación de causalidad” (Sent. Cas. Civ. de 12 de julio de 1994, Exp. No. 3656). Destacase ahora que acerca del último de los requisitos aludidos, la Corte tiene decantado que “ese nexo de causalidad debe ser evidente, de modo que el error del Tribunal haya sido del mismo calibre, pues en esta materia tiene esa Corporación discrecionalidad para ponderar el poder persuasivo que ofrecen las diversas probanzas, orientadas a esclarecer cuál de las variadas y concomitantes causas tiene jurídicamente la idoneidad o aptitud para producir el resultado dañoso.

“El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responde de los primeros cuando son ‘consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento’. Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 ib. el que da la pauta, junto al anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil, cuando en la comisión de un ‘delito o culpa’ –es decir, de acto doloso o culposo- hace responsable a su autor, en la medida en ‘que ha inferido’ daño a otro....”

Empero, frente a las obligaciones que adquieren las Instituciones de Salud, éstas han sido consideradas como obligaciones de resultado, en la medida que la entidad se obliga a suministrar materiales y productos exentos de vicios, a poner a disposición del paciente personal idóneo, siendo en consecuencia de mayor relevancia, respecto de éstas la obligación de seguridad, al punto que también pueden eventualmente, responder de manera solidaria por las culpas en que incurra el personal, que para el desarrollo de su actividad utilice, en razón a que “las normas sobre responsabilidad médica se aplican a las Clínicas” (sent. C.S.J. oct. 14 de 1959 M.P. Hernando Morales M.).

17



Por otro lado, y referente a esa obligación de seguridad el fallador yerra cuando no tiene en cuenta que la corte se ha pronunciado de la siguiente forma:¹⁵

*“1. No son pocos los contratos que presuponen la existencia de una **“obligación de seguridad”** a cargo de una de las partes, en virtud de la cual el deudor está obligado a cuidar de la integridad corporal del acreedor o la de las cosas que éste le ha confiado, es decir, para definirla con palabras de la Corte, aquella por la cual “una de las partes en la relación comercial se compromete a devolver sanos y salvos –ya sea a la persona del otro contratante o sus bienes- al concluir el cometido que es materia de la prestación a cargo de dicha parte estipulada, pudiendo tal obligación ser asumida en forma expresa, venir impuesta por la ley en circunstancias especiales o, en fin, surgir virtualmente del contenido propio del pacto a través de entendimiento integral a la luz del postulado de la buena fe que consagran con notable amplitud los artículos 1501 y 1603 del Código Civil” (sentencia de 1 de febrero de 1993).*

Como acaba de decirse, ese deber puede encontrar válido origen en la expresa estipulación de las partes, las cuales, con fundamento en los dictados de la autonomía de la voluntad, se encuentran facultadas para convenir pactos de esa especie, en cuyo caso tal disposición podrá aludir tanto al contenido de la obligación, como a sus alcances, es decir, como adelante se puntualizará, podrán estas acordar que el deudor asuma simplemente una conducta ajustada a las exigencias genéricas de prudencia y diligencia o, por el contrario, subiéndole el punto a su obligación, que éste se comprometa a garantizar que no acaecerá ningún accidente en el cumplimiento del contrato que lesione la persona o los bienes del acreedor, a menos que se derive de una causa extraña, a cuyos efectos exonerativos puede, en todo caso, renunciar voluntariamente.

Suele suceder, así mismo, que aun cuando el mencionado deber de seguridad no se encuentre explícita y abiertamente pactado por las partes, deba inferirse mediante la cabal interpretación del acuerdo comercial; o puede acontecer, igualmente, como ya se dijera, que sea la ley la que lo imponga: o, en fin, a falta de estipulación contractual o legal, que la misma finque su existencia en la naturaleza del contrato ajustado entre ellas, en cuyo caso, este debe inferirse del nexo existente entre la seguridad del contratante o la de sus bienes y la obligaciones a cargo del otro.

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL, Magistrado Ponente PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA, Bogotá Distrito Capital, dieciocho (18) de octubre de dos mil cinco (2005). Ref.: Expediente No. 14.491



Al profundizar en el examen del contenido y los alcances del referido deber de seguridad, se advierte que el mismo puede consistir, como ya quedara establecido, en la “obligación determinada” del deudor por medio del cual éste se compromete a evitar que el acreedor sufra cualquier accidente en el cumplimiento del contrato que lesione su persona o sus bienes, salvo, claro está, los originados en fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero. En esta hipótesis, como es obvio, ocurrido el daño, se presume la culpa del deudor, a quien incumbirá, por consiguiente, para librarse de la subsecuente responsabilidad civil, demostrar alguna de las anteriores causales de exoneración, relativas a la ausencia de nexo causal. Esclarecedores ejemplos de una obligación de seguridad de este talante, se encuentran en el contrato de transporte (artículos 982, 1003 y 1880, entre otras, del Código de Comercio) y en el de depósito mercantil (artículo 1171 ejusdem), en este último caso en cuanto dicha obligación está estrechamente ligada con la de restituir.

Empero, como igualmente ya quedara anunciado, el deber de seguridad puede trocarse, en un “deber general de prudencia y diligencia” encaminado a evitar la ocurrencia de cualquier percance. En este caso, incumbe al acreedor demostrar que el deudor desatendió el deber a su cargo y, por causa de su negligencia o imprudencia, causó el daño alegado por aquél.

(...)

2. Ya ha tenido oportunidad la Corte, en varias ocasiones, por demás, de señalar que dentro de las diversas obligaciones a cargo de clínicas, hospitales y entidades de asistencia médica de similar temperamento, a las cuales el paciente confía el cuidado de su persona para efectos de que aquellas cumplan los deberes a los cuales se han comprometido, existe la denominada de seguridad, cuyas características más sobresalientes acaban de exponerse.

Ha dicho esta Corporación, que en los contratos relativos a la prestación de servicios asistenciales por parte de entes hospitalarios, “... por fuerza del ameritado deber de procurar la seguridad personal del enfermo, el centro asistencial ha de tomar las medidas necesarias para que no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento de las prestaciones esenciales que por razón del contrato dicho centro asume, criterio que la Corte ha aceptado en sus lineamientos básicos al declarar que, de cara al denominado ‘contrato de hospitalización’, ‘el establecimiento contrae frente al enfermo una obligación de seguridad que le impone la de evitar que le ocurran accidentes con motivo o con ocasión del cumplimiento del contrato, obligación que comprende también la de custodia y vigilancia si se trata de establecimientos para enfermos con afecciones mentales, pues en tal

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

caso se busca la propia seguridad personal ...’ (G.J. T. CLXXX, Pág. 421), identificándose así un imperativo de conducta que en el común de los casos, cuando el paciente no ha desempeñado función activa alguna en la producción del daño, constituye una obligación determinada o de resultado, mientras que en la hipótesis contraria, o sea cuando ha mediado un papel activo de la víctima en el proceso de causación del perjuicio, al establecimiento deudor tan sólo le es exigible un quehacer diligente y técnicamente apropiado, deber que se estima satisfecho en tanto demuestre que el accidente acaecido no se debió a negligencia, imprudencia o impericia de su parte. Todo depende, pues, de los factores particulares que rodean cada situación, factores circunstanciales que no son siempre iguales y que, al fin de cuentas, son los llamados a fijar los deberes y graduar la diligencia exigible, siguiendo un método que antiguas legislaciones europeas formulaban diciendo que cuanto mayor sea el deber de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que se desprenda de las consecuencias posibles de los hechos” (casación del 1° de febrero de 1993). “

Por otro lado, la **CSJ.SC-Sentencia SC 13925-2016 30 septiembre de 2016**. El numeral 9° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 consagra entre las normas rectoras del servicio público de salud la garantía a los usuarios de una atención de calidad, oportuna, personalizada, humanizada, integral y continua de acuerdo a los estándares profesionales... La atención de calidad, oportuna, humanizada, continua, integral y personalizada hace parte de lo que la literatura médica denomina “**cultura de seguridad del paciente**”, que por estar suficientemente admitida como factor asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de 1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización.. de esta sentencia se deriva el hito de la responsabilidad institucional y de los agentes prestadores de servicios de salud, contempla la importancia del sistema de garantía de la calidad en salud, los eventos adversos en atención sanitaria, que como en el caso, se dejan a un lado, con la confusión de términos como complicación o riesgo inherente.

Por último, el fallador de instancia yerra cuando dice que no sabe que procedimiento fue el realizado y cual el daño irrogado, para ello es claro que el procedimiento mencionado tantas veces es la resección de tumores cerebrales, puesto que los otros procedimientos no son quirúrgicos realizados y el daño es la muerte del paciente; ya expuesto: En este caso del señor JAIME MOYA MONCADA, se encuentra una afrenta, lesión o agresión a sus derechos jurídicamente tutelados por cuanto su atención en primera instancia se encuentra enmarcada en la ocurrencia de un evento adverso o

20

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

accidente quirúrgico como hecho generador del daño o lesión consistente en la muerte del señor Moya Moncada como consecuencia de haber presentado un desgarro de la arteria carotídea, y como consecuencia una hemorragia abundante, con la consecuente producción de un hematoma subdural intracraneal que desencadena infarto cerebral y herniación subfalcina y uncal en el periodo post operatorio en la UCI. Daño configurado con la muerte del señor JAIME MOYA MONCADA, como consecuencia directa y cierta de un evento adverso o accidente quirúrgico de neurocirugía realizada por el Dr. José Buriticá, Neurocirujano.

Para el caso de la víctima señor JAIME MOYA MONCADA, se encuentra dentro del desarrollo del proceso de atención médico asistencial, a simple vista se observa una violación a la Lex Artis Médica por el Dr. José Buriticá, Neurocirujano, por la falta de previsión y cuidado en la realización del procedimiento quirúrgico, como hecho generador del daño consistente en la muerte de la paciente por hemorragia post operatoria secundaria a desgarro de la arteria carotídea; Por otro lado, es negligente el actuar de la institución de salud al no evitar y prevenir este tipo de procedimientos, es negligente llevar al paciente de este tipo de procedimiento sin reserva de sangre suficiente para la realización del procedimiento; es negligente el indebido diligenciamiento de los documentos clínicos y los consentimientos informados institucionales.

21

El actuar del médico Buriticá, y su equipo quirúrgico en la realización del procedimiento de resección de tumor, desencadena una lesión intraoperatoria denominada desgarro de la arteria carotídea, que a su vez genera un choque hemorrágico severo que requiere transfusión y reanimación, además del traslado a la UCI, donde se determina una lesión neurológica secundaria a la hemorragia, la presencia de hemorragia cerebral e isquemia cerebral que lleva a la muerte al paciente; Con esta secuencia naturalística de hechos secuenciales, se establece la relación causal entre el actuar del cirujano y su equipo con la consecuente muerte del paciente. Se describe en el interrogatorio de parte y en los hechos dados por ciertos, como por la historia clínica que el paciente fallece por una isquemia cerebral, secundaria a la hemorragia cerebral subaracnoidea, y por el chock hemorrágico sufrido como consecuencia del desgarro de la arteria carotídea en la cirugía.

Así las cosas, el fallador de instancia considera no observar el daño, y tampoco los demás elementos de la responsabilidad. Lo que realmente sucede es incurrir en la indebida valoración probatoria por falta de inmediatez de la prueba, toda vez que el fallador de primera instancia no estuvo presente en ninguna de las fases probatorias, lo que además de nulidad de su fallo, le desvía sus consideraciones para el fallo considerado como apartado de la realidad jurisprudencial, el desconocimiento de

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

normas sustanciales de la seguridad social y garantía de la calidad en salud, y la indebida valoración probatoria.

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

2. PRETENSIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Solicito respetuosamente Honorable Magistrado Ponente, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil, en sede de Apelación revocar el fallo recurrido, y declarar probada la responsabilidad civil medica contemplada en las pretensiones, los hechos y en todo el proceso; y solicito respetuosamente condenar solidariamente a las demandadas en todas y cada una de las pretensiones impetradas, y así mismo condenar a la parte pasiva al pago de las costas y agencias de derecho.

Respetuosamente,

MAURICIO LEURO MARTÍNEZ
CC 19'434.330 Bogotá.
TP 185.434. CSJ.

23

FABIO ARNULFO RIVEROS MEDINA

Abogado

Señora.

H. MAGISTRADA.

LILIANA AIDA LIZARAZO VACA

SALA CIVIL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

E. S. D.

Referencia: Radicado No. **11001310304020160068501**

Demandante: **WENSESLADO GOMEZ CRUZ y OTROS**

Demandados: **BAYARDO ACOSTA CRISTANCHO y OTROS.**

Asunto: TRASLADO RECURSO DE APELACION DE: BAYARDO ACOSTA CRISTANCHO, RAUL ACOSTA CRISTANCHO, EDWIN ROBAYO GUZMAN Y TRANSTOCARINDA S.A.

FABIO ARNULFO RIVEROS MEDINA, actuando como apoderado de la parte actora, me permito descorrer traslado del recurso de apelación en los siguientes términos:

Reprocha el apoderado la sentencia de primera instancia, indicando que la Juez no valoró en su conjunto la pruebas que se practicaron en el transcurso del debate probatorio, además que no se pronunció razonadamente sobre cada una de las pruebas que militan en el plenario. También indica que la falladora le dio un valor diferente a la realidad como sucedieron los hechos objeto de esta demanda.

Reproche que no comparte el suscrito, si se tiene en cuenta que, precisamente la A-quo dio credibilidad al Informe de Policial de Accidente de Tránsito (IPAT) levantado en el lugar del accidente en el que se infiere claramente la responsabilidad por parte del Señor EDWIN LEONARDO ROBAYO GUZMAN por invasión de carril del vehículo particular de palca BTA249 que conducía el demandante WENSESLADO GOMEZ CRUZ, reflejado por la posición final de cada vehículo, así como la huella de frenado dejada por lo rodantes en la cinta asfáltica; soporto lo anterior afirmación con la pericia elaborada por el Señor EDWIN ENRIQUE REMOLINA CAVIDES; la que es coincidente en constatar la clara invasión del carril por parte del conductor de servicio público, acá demandado, ya que sustenta su trabajo pericial apoyándose en la física, los vestigios dejados en el lugar del accidente, la posición final de los vehículos y la huella de trayectoria de las llantas delanteras de la buseta.

Respecto del exceso de velocidad del vehículo que condujo el Sr. GOMEZ CRUZ, como lo indica el recurrente, no es creíble como quiera que de las pruebas arrojadas al expediente no se vislumbró esta causal como factor determinante en la ocurrencia del mismo, más allá de la poco creíble versión del Señor perito ISAAC CHOCONTA, quien afirmó, que incluso hubo distracción por parte del conductor del vehículo campero de placa BTA 249; siendo ésta según este perito, otra causa en la ocurrencia del accidente

Carrera 7 No. 17 51 of. 1001 Tel. 2810389-3153342475. Correo: fabioriveros@yahoo.com Bogotá D.C.

FABIO ARNULFO RIVEROS MEDINA

Abogado

que nos ocupa, sin suficiente soporte probatorio para llegar a tal conclusión; dicho dictamen fue soportado por el Sr. CHOCONTA , basado en testimonios, cuando esta prueba debe ser soportada con argumentos técnico científicos objetivos, donde se aplican las fórmulas de la física para llegar a una conclusión objetiva verdadera y no con testigos, ya que sus versiones no ofrecen la objetividad y credibilidad propia de un dictamen de esta naturaleza .

Reprocha el recurrente “... *que los daños y perjuicios de índole material tasados por el Juzgado son exageradamente altos...*” Aspecto que no comparte el suscrito , como quiera que se probó con suficiente holgura el perjuicio material en lo concerniente a lucro cesante, conforme a las pruebas que se decretaron y practicaron en el debate probatorio, entre ellas los dictámenes de medicina legal, la historia clínica del Señor GOMEZ CRUZ, la valoración de la pérdida de la capacidad laboral emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, como también los soportes de ingresos del acá demandante WENSESLADO GOMEZ CRUZ quien para la fecha del accidente se desempeñó como contratista de la Alcaldía de Tocancipá devengando honorarios mensuales de \$2.704.000, e igualmente obtuvo ingresos hasta la fecha del accidente en una suma aproximada de \$1.660.000, ejerciendo labores de servicios e instalaciones eléctricas y de más obras civiles e instalación de Driwall, conforme a certificado de ingresos emitido por Contador Público JOSE SUAREZ FONSECA, certificación esta que no fue impugnada. Perjuicios que se soportaron también mediante de experticia realizada por los contadores RAFAEL ARIAS Y GABRIEL SANCHEZ; prueba que fue debidamente controvertida en el debate probatorio.

Igualmente, se probó el daño emergente con lo soportado en las pruebas documentales allegadas al expediente, las que no fueron objetadas y que tienen plena validez probatoria; pruebas que dan cuenta de los gastos que tuvo que soportar el demandante.

Se probó también el perjuicio moral, daño a la vida de relación y daño a la salud del Señor WENSESLADO GOMEZ CRUZ, quien con ocasión del accidente perdió su globo ocular derecho y pérdida parcial de la visión en el otro ojo, y otro tipo de secuelas reflejadas en el dictamen de medicina legal y dictamen de la junta regional de calificación de invalidez, así como los testimonios e interrogatorios de parte que dan cuenta del estado de salud física, anímica y mental del Señor GOMEZ CRUZ y su núcleo familiar.

En estos términos descorro traslado del recurso de apelación interpuesto por los acá demandantes BAYARDO ACOSTA CRISTANCHO, RAUL ACOSTA CRISTANCHO, EDWIN ROBAYO GUZMAN Y TRANSTOCARINDA S.A., por conducto de apoderado, y

Carrera 7 No. 17 51 of. 1001 Tel. 2810389-3153342475. Correo: fabioriveros@yahoo.com Bogotá D.C.

FABIO ARNULFO RIVEROS MEDINA

Abogado

en consecuencia solicito de la Segunda Instancia, confirmar el fallo en todas y cada una de sus partes.

De la H. Magistrada.

Atentamente,

FABIO ARNULFO RIVEROS MEDINA

C.C. 14.217.540 de Ibagué (Tolima)

T.P. 55.485 DEL C.S.J.

FABIO ARNULFO RIVEROS MEDINA

Abogado

Señora.
H. MAGISTRADA.
LILIANA AIDA LIZARAZO VACA
SALA CIVIL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
E. S. D.

Referencia: Radicado No. **11001310304020160068501**

Demandante: **WENSESLADO GOMEZ CRUZ y OTROS**

Demandados: **BAYARDO ACOSTA CRISTANCHO y OTROS.**

Asunto: TRASLADO RECURSO DE APELACION DE **HDI SEGUROS S.A.**

FABIO ARNULFO RIVEROS MEDINA, actuando como apoderado de la parte actora, me permito descorrer traslado del recurso de apelación en los siguientes términos:

1. “DESACUERDO FRENTE A LA ACREDITACION QUE INFIERE EL DESPACHO RESPECTO AL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO PRODUCIDO Y LA CONDUCTA DESPLEGADA POR EL SEÑOR EDWIN LEONARDO ROBAYO GUZMAN”.

Reprocha la apoderada la sentencia de primera instancia, indiciando que la Juez endilgó la responsabilidad del accidente al Señor EDWN LEONARDO ROBAYO GUZMAN sin tener pruebas concluyentes para llegar a esta conclusión. Aspecto que desde ya no comparte el suscrito, por lo siguiente: de acuerdo a las pruebas que fueron decretadas y practicadas en el transcurso del debate probatorio, se logró establecer que el Señor conductor del vehículo No. (01) UNO, de placa SKY763, diagramado en el IPAT No. A-1397886, fue quien invadió el carril por el cual se desplazaba en sentido contrario el vehículo No. DOS (02) de placa BTA249, acá demandante. Conclusión a la que llegó la falladora con sustento, en especial la experticia elaborada y sustentada por el perito EDWIN ENRIQUE REMOLINA CAVIEDES, quien tomó como soporte, aspectos como la de la huella de trayectoria consignada en el croquis o plano topográfico del mencionado IPAT, la posición final de los rodantes y las características de la vía.

De igual forma, no es cierto que el vehículo particular, se desplazaba con exceso de velocidad como lo indica la impugnadora, pues no obra prueba que así lo indique, solamente la pericia del Sr. ISAAC CHOCONTA, quien llega a esta conclusión sin suficiente soporte probatorio.

Indica la Apoderada de la aseguradora, que los conductores implicados en el accidente, estaban en el ejercicio de una actividad peligrosa y que solamente la

FABIO ARNULFO RIVEROS MEDINA

Abogado

falladora endilgó responsabilidad al conductor del bus de servicio público teniendo en cuenta entre otros aspectos la gravedad de las lesiones sufridas por el demandante. Argumento que no es de recibo para el suscrito, teniendo en cuenta que no se probó desatención ni exceso de velocidad por parte del conductor acá demandante, mientras que si quedó demostrado la invasión de carril por parte del bus implicado en el accidente como única causa en la ocurrencia de este siniestro que dio origen a la demanda que nos ocupa.

2. “DESACUERDO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES CONFERIDA AL NO ESTAR PROBADOS PLENAMENTE”.

Indica la apoderada que no existen pruebas irrefutables que demuestren la causación de perjuicios solicitados por el demandante. Reproche que no es cierto, por lo siguiente: se probó claramente la afectación física y anímica del Señor WENSESLADO GOMEZ CRUZ tanto con la historia clínica, que da cuenta de la pérdida del globo ocular derecho y la disminución de la visión, más las diferentes fracturas sufridas en su cuerpo, perdida de la capacidad laboral del 53.57 conforme al dictamen que en su momento emitió la Junta Regional de Calificación de invalidez de Bogotá y Cundinamarca; las secuelas medico legales reflejadas en el dictamen emitido por la el Instituto de Medicina Legal entre ellas *deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, perturbación funcional del órgano de la visión por ceguera total postraumática del ojo derecho de carácter permanente, perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter permanente por cojera postraumática en cadera izquierda de carácter permanente*”, así como los testimonios rendidos por los integrantes de su núcleo familiar que dieron cuenta del grave estado anímico y físico del Señor WENSESLADO GOMEZ CRUZ.

3. “DESACUERDO REPSECTO A LA OBLIGACION DE PAGO DE HDI SEGUROS S.A. FRENTE AL PERJUICIO DENOMINADO DAÑO A LA VIDA EN RELACION”.

Solicito al H. ad-quem, que al momento de desatar este recurso de alzada sirva tener en cuenta lo pactado en los contratos de seguros suscritos en su momento con la aseguradora GENERALI COLOMBIA SEGUROS S.A., hoy HDI SEGUROS S.A. y se condene a la misma al pago de las sumas pactadas en los contratos de seguros suscrito con la sociedad demandada hasta el monto de sus coberturas y por ende se tenga en cuenta las dos capas, esto es la primera capa y póliza en exceso pactadas.

FABIO ARNULFO RIVEROS MEDINA

Abogado

4. “DESACUERDO FRENTE A LA DECISION DE NO TENER EN CUENTA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS CONCOMITANTES EN LA TASACION DE LA CONDENA”.

Considera la impugnante, que la falladora no tuvo en cuenta que en el ejercicio de actividades peligrosas los conductores involucrados, el factor determinante en la ocurrencia del accidente fue la imprudencia de GOMEZ CRUZ por transitar excediendo los límites de velocidad permitidos en esa zona, mientras dio credibilidad a la tesis de la invasión de carril por parte del vehículo que conducía ROBAYO GUZMAN sin los soportes probatorios para llegar a esta conclusión. Como ya se indicó está plenamente probado que la causa fundamental y única en la ocurrencia de este accidente, fue la invasión del carril por parte del bus, con los resultados ya conocidos, basta con mirar la huella de trayectoria y la ubicación final de los rodantes, plasmadas en el plano topográfico que hace parte del IPAT, debidamente explicada por el perito EDWIN ENRIQUE REMOLINA CAVIDES, y confrontada con los testimonios de los Señores MARIO IVAN NOVOA y ESTHER JARAMILLO.

5. “DESACUERDO FRENTE A LA CONDENA EN FORMA SOLIDARIA A NOMBRE DE GENERALI COLOMBIA SEGUROS GENERALES S.A. hoy HDI SEGUROS S.A.”.

En la demanda se vinculó directamente a la asegurada en mención, en virtud del contrato de seguros suscrito con la asegurada, y por lo tanto solicito del H. ad-quem se le condene conforme a los contratos de seguros suscritos en su momento y que estaban vigentes para la fecha del accidente hasta el monto de sus coberturas.

6. “CONCURRENCIA DE CULPAS”

Considera la apelante que se debe aplicar el fenómeno jurídico de la concurrencia de culpas en este caso, dado que ambos conductores estaban desplegando actividades peligrosas por estar al mando de sus respectivos rodantes en movimiento. Aspecto que no comparte el suscrito, como quiera, que la “Concurrencia de culpas” se pregona siempre y cuando se vislumbre que cada participante concurre probadamente en la ocurrencia del accidente; lo que para el caso que nos ocupa el acá demandante no ocurrió, pues no violó ninguna norma de tránsito que mediara en la concreción del hecho objeto de esta Litis; a contrario sensu, el Señor EDWIN LEONARDO ROBAYO GUZMAN no desvirtuó la responsabilidad o presunción de responsabilidad y por lo tanto la causa determinante de este accidente recae en cabeza de este conductor por violación de

FABIO ARNULFO RIVEROS MEDINA

Abogado

norma de tránsito al invadir carril contrario. Luego no es dable dar aplicación a este fenómeno jurídico frente a mi representado.

En estos términos descorro traslado del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de HDI SEGUROS S.A., y en consecuencia solicito de la H. Ad-quem, confirmar el fallo en todas y cada una de sus partes.

De la H. Magistrada,

Atentamente.

FABIO ARNULFO RIVEROS MEDINA

C.C. 14.217.540 de Ibagué (Tolima)

T.P. 55.485 DEL C.S.J

Honorables

**MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
D.C. - SALA CIVIL**

Magistrada Ponente: Liana Aida Lizarazo Vaca

E. S. D.

Ref. **VERBAL No. 2016-00685**

De: **WENCESLADO GOMEZ CRUZ Y OTROS**

Vs: **GENERALI COLOMBIA SEGUROS GENERALES S.A. Y OTROS**

SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACIÓN

MARIA CRISTINA ALONSO GOMEZ, actuando en calidad de apoderada judicial de la sociedad demandada **GENERALI COLOMBIA SEGUROS GENERALES S.A.** hoy **HDI SEGUROS S.A.**, encontrándome en la oportunidad legal, y de acuerdo con lo dispuesto en el auto del 22 de enero de 2020, publicada en el estado No. 008 del 23 de enero de la misma anualidad, me permito efectuar la sustentación del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia que fuera impuesta por el **JUZGADO CUARENTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, bajo los siguientes términos:

I. DESACUERDO FRENTE A LA ACREDITACIÓN QUE INFIERE EL DESPACHO RESPECTO AL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO PRODUCIDO Y LA CONDUCTA DESPLEGADA POR EL SEÑOR EDWIN LEONARDO ROBAYO GUZMÁN

Difiero de manera categórica respecto de los argumentos que utilizó el fallador, los que dieron lugar a la sentencia de primera instancia, según los cuales se considera que el conductor del vehículo asegurado de placas SKY-763 señor **EDWIN LEONARDO ROBAYO GUZMÁN**, es el responsable de la ocurrencia del accidente de tránsito, en el que lamentablemente colisiona con el vehículo automotor conducido por el señor **WENCESLAO GOMEZ CRUZ**, y en donde éste último resulta gravemente lesionado.

Como sustento de lo anterior, y en plena concordancia con lo manifestado por el juez de primer grado, se hace necesario hacer especial énfasis en lo mencionado por el mismo operador judicial, cuando menciona que *“la hipótesis que se planteó en el informe de accidente de tránsito, esto es, a que **“...el conductor del microbús pierde el control y choca de frente hacia el campero” y que ello obedece a fallas en el mismo, **es debatible en cuanto no se logró probar en el plenario, pues no obstante que en algunos de los testimonios escuchados se hizo alusión a ese particular,*****

ninguno de los dos peritazgos en concluyente sobre el tema.
(Subraya y negrilla propias)

Y es que lo mencionado por la señora juez, es una natural consecuencia de que poco menos de un mes antes de que se produjera el lamentable accidente, el vehículo se encontraba en perfectas condiciones de funcionamiento, situación que quedó plenamente acreditada mediante el diagnóstico previo realizado al automotor y la consecuente expedición de la revisión Técnico mecánica correspondiente, lo que permite también inferir el extremo cuidado y diligencia en el mantenimiento del microbús.

No obstante, la A quo se aparta de tal situación, y le da mayor importancia a situaciones como la narrada por el testigo MARIO IVAN NOVOA, copiloto del vehículo tipo campero para el momento de la ocurrencia de los hechos, quien refiere la elevada experiencia para el ejercicio de la conducción del señor **GOMEZ CRUZ**, testimonio claramente sesgado por ser la persona que acompañaba en el trayecto al demandante, además de que no permite clarificar la causa eficiente del accidente.

Por el contrario, lo que si se logró determinar es que la velocidad a la que se desplazaba el campero conducido por el demandante, estaba entre los 67 y 74 kms/hora aprox., inferencia que tiene toda lógica, pues si hubiese ido a la velocidad en la que transitaba el microbús, es decir entre 27 y 34 kilómetros por hora, y así concuerdan los dos dictámenes, de producirse un choque, hubiese sido de mucho menor impacto, y las consecuencias serían aún menores o posiblemente nulas.

Ahora bien, la conclusión a la que llega el A quo respecto a las huellas de frenado del microbús, son a todas luces desmedidas, pues infiere la señora juez que al existir rastro de huellas con un leve cambio de trayectoria, implicaba que era el vehículo de placas SKY-763 el que se dirigía hacia el carril contrario, restándole importancia a las plurales declaraciones que se obtienen respecto a que fue el vehículo tipo campero conducido por el señor **WENCESLAO GOMEZ CRUZ** el que se dirigía hacia el carril del microbús, pues lo que hizo este último fue una maniobra evasiva con total pericia y en salvaguarda de las personas que transportaba, más aun teniendo en cuenta lo citado con anterioridad, respecto a que era el vehículo de placas BTA-249 el que se dirigía con una velocidad mayor, siendo esta condición la real y única causante del choque, toda vez que ante la presencia de elementos extraños con escasa probabilidad de maniobra y ante su intempestiva aparición sobre la carretera, hace que sea la única situación que produce la materialización del riesgo.

Empero, el operador judicial de primera instancia no hace referencia alguna a tal situación, manifestando por demás que, si bien se tiene por acreditado el ejercicio de una actividad peligrosa en cabeza del conductor del vehículo asegurado de placas BTA-249, así como del conductor del microbús, no es menos cierto que la invasión del carril de este último fue la causa primigenia de la colisión, sin darle valor alguno a la mayor velocidad del vehículo conducido por **WENCESLAO GOMEZ CRUZ** como causal exonerativa de responsabilidad que sustraería de tal carga al conductor del vehículo asegurado, y la que se convierte sin mayor asombro de duda en la causa que hiciera que el conductor del vehículo de

placas SKY-763 tuviese que maniobrar bruscamente mediante la aplicación de una maniobra evasiva, colisionando infortunadamente con el campero en la que se dirigía el señor **GOMEZ CRUZ**.

Es por lo anterior, que para ésta representante judicial, no son de recibo las manifestaciones del A-quo con las que se endilga la responsabilidad en cabeza del conductor del vehículo asegurado así como de su propietario, y por consiguiente de la sociedad que represento, por el simple hecho de estar ejerciendo una actividad peligrosa, pues el señor **WENCESLAO GOMEZ CRUZ** también lo hacía.

De esta manera, se observa que el A quo, al momento de proferir sentencia, se remite a valorar la gravedad de las lesiones sufridas por el señor **WENCESLAO GOMEZ CRUZ**, sin detenerse a analizar cuál fue el factor determinante de la materialización del riesgo, condenando a los demandados a pagar sumas de dinero de contera desmedidas, y ante la ausencia de elementos que acreditan plenamente su responsabilidad.

Y es que de manera sesgada, el fallador sólo tuvo en cuenta los testimonios que favorecían los intereses de la parte actora, quienes se limitaron a mencionar lo relativo a las afectaciones sufridas por los allegados de los lesionados, pues es evidente que ante una afectación de tal magnitud, los daños incoados hayan emergido a la realidad, atribuyendo sin más, responsabilidad a la parte pasiva ante una flagrante desatención y alta velocidad del vehículo de placas BTA-249 como causa determinante de la colisión.

Así las cosas, de haberse efectuado una debida valoración del acervo probatorio, se hubiere llegado a la conclusión diáfana, sobre la existencia de un hecho cierto e indiscutible que hace referencia a que el conductor del microbús obró diligentemente evitando un impacto aún más certero, habida cuenta de la desatención y mayor velocidad en la que transitaba el vehículo de placas BTA-249, lo que hace evidente el rompimiento del nexo causal.

Es posible concluir entonces que los demandados en el presente proceso, así como **GENERALI COLOMBIA SEGUROS GENERALES S.A.** hoy **HDI SEGUROS S.A.** como asegurador, no pueden ser condenados, mucho menos en cuantías desmesuradas, por la simple razón de ejercer una actividad de las catalogadas como peligrosas, sin tomar en cuenta las circunstancias que rodearon la ocurrencia de los hechos, y que prueban la existencia de eximentes de responsabilidad.

II. DESACUERDO SOBRE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES CONFERIDA, AL NO ESTAR PROBADOS PLENAMENTE

Ahora bien, frente a la condena peticionada y otorgada por los perjuicios extrapatrimoniales en la modalidad de daño moral es preciso indicar que difiero de la misma, por la ausencia de pruebas irrefutables con las que se demuestre rotundamente la afectación alegada por el demandante.

Como es de su conocimiento Honorables Magistrados, la jurisprudencia ha venido señalando que no se goza del simple beneficio de la presunción, puesto que la parte que reclama este perjuicio, está en la obligación de probar las circunstancias reales que puedan llevar al juez a tener como probados esos profundos sentimientos de afectación por el hecho que alega.

La Honorable Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, ha establecido que para fijar la tasación del daño moral, **“se parte no de presunciones, sino de la prueba de su intensidad que debe aparecer demostrada procesalmente, lo cierto es que la cuantificación de la indemnización se hace a partir de lo probado por la parte demandante”**.

Es así como el 5 de Mayo de 1999, se profirió la importante sentencia que en buena parte rechaza la tesis de la presunción de los daños morales en los parientes próximos de la víctima directa, a referir.

“Quiérase destacar, entonces, y con particular énfasis, qué la cuantificación del perjuicio moral no es asunto que la ley hubiese atribuido al antojo judicial, como algunos erróneamente han querido verlo, equivocación que lamentablemente ha desembocado en una injustificada mengua de su importancia habida cuenta que al pretender asentarlos sobre la veleidad del juez, se le despoja de su carácter técnico y acaba teniéndose como una merced ligada a criterios extrajurídicos como la compasión o la lastima. Por el contrario, en la medida en que la indemnización del perjuicio moral sea examinada en su verdadera entidad y se advierta en ella la satisfacción de un daño real y cierto, podrá el sentenciador calcular adecuadamente su monto.

En relación con la prueba del (daño moral) ha dicho esta corporación, se ha de anotar que es, quizá, el tema en el que mayor confusión se advierte, como que suele atravesarse con la legitimación cuando se mira respecto de los parientes cercanos a la víctima desaparecida, para decir que ellos, por el hecho de ser tales, están exonerados de demostrarlos, hay allí un gran equivoco que, justamente, proviene del significado o alcance que se le debe dar al término de la presunción. Ya... se anotó que, conforme viene planteado el cargo, este vocablo se toma acá como un eximente de prueba, es decir, como si se estuviera enfrente de una presunción iuris tantum.”

Así las cosas, esta defensa no comparte la indemnización por perjuicios morales concedida a los demandantes, dada la ausencia plena de material probatorio que las acredite en debida forma.

III. DESACUERDO RESPECTO A LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE HDI SEGUROS S.A. FRENTE AL PERJUICIO DENOMINADO DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN

Difiero de la obligación que impone el A quo a mi representada **GENERALI COLOMBIA SEGUROS GENERALES S.A.** hoy **HDI SEGUROS S.A.**, en lo referente a la obligación solidaria de pago indemnizatorio por concepto de *daño a la Vida en relación*, toda vez que como se expresó en la

contestación al escrito de la demanda y al llamamiento en garantía, así como se expuso en los alegatos finales de conclusión, este no fue pactado taxativamente en el contrato de seguro, además de que es el mismo despacho judicial quien manifiesta que:

“...se trata de detrimentos distintos, que no pueden ser confundidos” y que por su naturaleza resultan diferentes a la del daño moral, en tanto que “comporta una afectación proyectada a la esfera externa de la víctima, sus actividades cotidianas; relaciones con sus más cercanos, amigos, compañeros, etc., a diferencia de los daños morales que implican una congoja; impactan, directamente, su estado anímico, espiritual y su estabilidad emocional”

Y es que de lo pactado entre las partes en el contrato de seguros, rápidamente se puede concluir la ausencia de cobertura del perjuicio denominado *Daño a la vida en Relación*, por no haber sido expresamente pactado por las partes en el mismo, motivo por el que mi defendida no se encuentra en la obligación de efectuar pago alguno por tal concepto.

Así las cosas, al no ser expresamente pactado, y en caso de no llegarse a revocar la condena impuesta en primera instancia, declarando además a mi prohijada solidariamente responsable, debe tenerse en cuenta que mi defendida no estará obligada a pagar alguna suma de dinero por concepto de perjuicios por daño a la vida en relación, pues no fue asumido tal riesgo dentro del contrato de seguros.

IV. DESACUERDO FRENTE A LA DECISIÓN DE NO TENER EN CUENTA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS CONCOMITANTES EN LA TASACIÓN DE LA CONDENA.

Manifiesto mi total desacuerdo respecto del pronunciamiento hecho por la juez de instancia frente a lo relativo al ejercicio análogo de actividades peligrosas, pues ante la duda generada respecto a la causa eficiente del daño, debió el operador judicial fallar en derecho y tener por acreditado el ejercicio de actividades concomitantes, que dieran al traste con una condena ajustada a la realidad procesal del litigio, mas no endilgando el cien por ciento de responsabilidad a los demandados, teniendo en cuenta que señor **WENCESLAO GOMEZ CRUZ** para el momento de la ocurrencia de los hechos, se encontraba desplegando tal actividad, la que por demás exigía de la misma, el dominio de su decisión sobre el suceso lesionador.

Y es que se hace necesario manifestar que esta defensa se aparta totalmente de las conclusiones antes referidas y que sirvieron de sustento para que el A-quo no decretara la culpa compartida, toda vez que resulta evidente que en la presente litis el juzgador de primer grado basó la responsabilidad del señor **EDWIN LEONARDO ROBAYO GUZMÁN** en simples suposiciones y no en pruebas ciertas y veraces que hubieren demostrado fehacientemente la omisión o la falta que se le endilga, restándole credibilidad a su dicho y al del agente de tránsito que elaboró el Informe Policial de Accidente de Tránsito, y a lo realmente evidenciado

conforme a las evidencias recibidas o recopiladas en la escena del accidente y se basan en las declaraciones de los mismos involucrados.

Así las cosas, si se hubiese efectuado una debida valoración del acervo probatorio hubiera sido posible advertir que la conducta del señor **ROBAYO GUZMÁN** no fue determinante en la causación del hecho dañoso generador de la presente acción judicial, haciendo visible la ruptura del nexo causal, puesto que en el litigio se logró demostrar que el demandante **WENCELSLAO GOMEZ ORTIZ** fue imprudente en su comportamiento y quien además en un intento de atribuir responsabilidad al conductor del vehículo involucrado faltó a la verdad, presentado afirmaciones a su conveniencia desde la presentación de la demanda donde aseguro que su velocidad era mucho menor, y que además fue el conductor del microbús quien invadió su carril, circunstancia que a pesar de ser decantada pericialmente, fue desvirtuada de tajo por el fallador

Es posible concluir entonces que, en caso de no tener por acreditado el rompimiento del nexo causal en la presente Litis, el demandado **EDWIN LEONARDO ROBAYO GUZMÁN** no puede ser condenado sin que antes se haga una estimación razonada de su coadyuvancia en la producción del daño que se promueve.

V. DESACUERDO FRENTE A LA CONDENA EN FORMA SOLIDARIA A NOMBRE DE GENERALI COLOMBIA SEGUROS GENERALES S.A. hoy HDI SEGUROS S.A.

El artículo 2341 del código civil colombiano menciona:

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Es por lo anteriormente mencionado, que difiero tajantemente respecto al numeral tercero de la parte resolutive de la providencia, toda vez que **GENERALI COLOMBIA SEGUROS GENERALES S.A. hoy HDI SEGUROS S.A.**, no puede ser declarada civil y extracontractualmente responsable de los hechos descritos en la demanda, pues corolario de la norma citada, la cual hace referencia a la obligatoriedad que les asiste a quienes son demandados a fin de indemnizar en forma solidaria los perjuicios causados a un tercero, regulaciones estas que no son aplicables a mi representada, por cuanto la misma no tiene la guardia custodia, administración, etc. de la actividad realizada por el señor **EDWIN LEONARDO ROBAYO GUZMÁN** conductor del vehículo de placas SKY – 763.

En consecuencia, al no estar configurada una responsabilidad como consecuencia del daño que se incoa, y en atención al tenor literal del artículo 2341 del código Civil Colombiano, es impreciso efectuar condena alguna a **GENERALI COLOMBIA SEGUROS GENERALES S.A. hoy HDI SEGUROS S.A.**, motivo por el que solicito de manera respetuosa a Ustedes Honorables Magistrados, que de verse afectados los intereses de mi defendida en razón a una eventual confirmación o modificación a la

condena impuesta, no se pregone obligación solidaria alguna al no existir base para la existencia de tal obligación, sino que sea tenido en cuenta su rol como **garante del asegurado teniendo en cuenta las estipulaciones contractuales pactadas en la póliza de seguro**, obligándole únicamente a efectuar un pago indemnizatorio como asegurador del vehículo de placas SKY-763, por un monto máximo de **NOVENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS VEINTE MIL PESOS M/CTE.- (\$94.320.000,00)**

VI.- CONCURRENCIA DE CULPAS:

Es importante Honorables Magistrados que se valoren en el presente caso los alcances del artículo 2357 del Código Civil en la que es claro que la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a el imprudentemente.

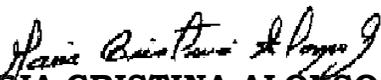
La potestad que tiene el operador judicial para la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, no puede confundirse nunca con la arbitrariedad, ni siquiera con un amplio margen de libertad o subjetivismo, toda vez que el mismo debe estar fundamentado en un objetivo examen de las pruebas que demuestren la participación de cada uno de los agentes y su incidencia en el desencadenamiento del daño.

Vale la pena recordar así mismo que la Corporación ha dicho que en tratándose de accidentes de tránsito producido por la colisión de dos automotores, cuando concurren a la realización del daño, se ha postulado que estando ambos en movimiento, estarían mediados bajo la órbita de la presunción de culpas.

Así las cosas, es inevitable no valorar que tanto el señor **EDWIN LEONARDO ROBAYO GUZMÁN**, demandado, como el señor **WENCESLAO GOMEZ CRUZ**, parte actora, se encontraban al momento de los hechos (el accidente de tránsito) en ejercicio de una actividad peligrosa, razón por la cual se debe valorar la responsabilidad compartida.

En virtud, a lo anterior solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados que **REVOQUEN** en su totalidad la sentencia apelada.

De Ustedes, Honorables Magistrados, atentamente.


MARIA CRISTINA ALONSO GOMEZ

C. C. No. 41.769.845 de Bogotá
T. P. No. 45.020 del C. S. de la J.