

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL

Atn. Honorable Magistrada RUTH ELENA GALVIS VERGARA

E.

S.

D.

REF: Recurso de reposición contra el auto de fecha 06 de Abril de 2021 por medio del cual se declara desierto el recurso de apelación interpuesto por el es suscrito en el proceso de referencia 2018-489

Honorable Magistrada

CRISTHIAN CAMILO CAMACHO CASTELLANOS. Mayor de edad, identificado con la cedula de ciudadanía No 1.032.455.751 de Bogotá, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, Abogado en ejercicio portador de la Tarjeta profesional No 262.651 del C. S. de la Judicatura, obrando como apoderado especial, según poder adjunto, del Señor. **PEDRO RAÚL TORRES BERNAL**, persona natural, y mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía 3.090.833 de Macheta (Cundinamarca), domiciliado y residente en esta misma ciudad, encontrándome en término legal presento RECURSO DE REPOSICION contra el auto de fecha 06 de abril de 2021, mediante el cual declaro desierto el recurso de apelación interpuesto por es suscrito en el proceso No 2018-489 por no haberlo sustentado en el periodo comprendido entre el 11 al 17 marzo de 2021.

PETICIÓN

Respetuosamente me permito solicitar se reponga el auto de fecha 06 de abril de 2021, por medio del cual se declara desierto el recurso de apelación interpuesto por el suscrito, por no haberlo sustentado en la fecha otorgada por este honorable tribunal, es decir dentro del 11 al 17 de marzo de 2021, lo anterior por cuanto existe una fuerza mayor (quebrantos de salud mediante incapacidad y urgencia médica) se anexa y error mecanográfico en el envío de la sustentación del recurso a raíz de la grave enfermedad que padecía en esos momentos.

Como consecuencia del recurso interpuesto, ruego a Honorable Magistrada reponer de manera total el auto de fecha 06 de abril de 2021, y en su defecto que el expediente pase al despacho y como consecuencia se de por sustentado el recurso que se adjunta al presente recurso, para que actúe continúe usted como Magistrada como ponente en la resolución del recurso impetrado.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Me permito sustentar el recurso de reposición en los siguientes términos:

PRIMERO: Mediante auto proferido el día 02 de marzo de 2021, se admitió el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá, recurso interpuesto por el suscrito en debida forma.

SEGUNDO: El 09 de marzo se confirió la oportunidad procesal al suscrito para que sustentara el recurso de apelación, término que empezaría a regir desde el día 11 de marzo al 17 marzo de la presente anualidad.

TERCERO: El día 06 de abril mediante auto proferido por este Honorable Tribunal, y como Honorable Magistrada Sustanciadora la Dra. **RUTH ELENA GALVIS VERGARA**, se dispuso a declarar desierto el recurso de apelación, por la no sustentación de este conforme a lo Dispuesto por el Decreto 806 de 2020

CUARTO: Es preciso mencionar que el suscrito se encontraba padeciendo una enfermedad y/o patología grave, el cual, por fuerza mayor, procedieron a incapacitarme inicialmente por el día 10 de marzo 2021 hasta el 12 de marzo de 2021, sin embargo, con ocasión a la enfermedad bucal me agrave y se me infecto la cirugía odontológica por lo cual me incapacitaron en observación 6 días más, hecho que me causó graves afectaciones médicas.

QUINTO: Ahora bien, es preciso mencionar que el día que se me infecto la herida bucal, es decir el día 12 de marzo de 2021, sin importar mi enfermedad grave en ese momento, envié la sustentación del recurso, lamentablemente al encontrarme con fiebre, inflamación, escalofrió por la infección de herida bucal, parálisis de los nervios, cometí el error involuntario y ajeno a mi voluntad de escribir mal el correo electrónico de esta honorable corporación, el cual escribí secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.com, es decir agregue la letra M por error mecanográfico o auto corrector y debido a mi dolencia física, motriz y sensorial la letra M del email, por lo cual no llego al destinatario correcto, sin embargo este profesional envió el mismo, por lo cual acudiendo a la razonabilidad del despacho ruego se de por sustentado el recurso de apelación en los términos procesales otorgados por este honorable Tribunal y en consecuencia reponga la decisión adoptada mediante auto del 06 de abril de 2020.

SEXTO: Valga el momento mencionar que note este error solo hasta el día de hoy de la presentación del presente recurso, ya que revisando el sistema me tomo con suma sorpresa el auto que declaraba desierto el recurso materia y objeto del presente recurso de reposición, por lo cual revisando el envío del email, note el error de lo narrado el numeral quinto.

SEPTIMO: Para sustentar lo narrado, apporto prueba sumaria tanto de la incapacidad médica, como la prórroga de urgencias por infección y a su vez el pantallazo del envío (mal) del correo que creía era el correcto de la corporación.

OCTAVO: Ruego a su señoría reponer la decisión de declarar desierto el recurso de apelación, por la fuerza mayor aquí esbozada, y de esta manera evitar una vulneración al Debido Proceso de mi representado.

DERECHO

Invoco fundamento de derecho los artículos 318 del Código General del Proceso.

PRUEBAS

Solicito tener como pruebas la incapacidad médica, el pantallazo fallido de envío de sustentación del recurso de apelación y de nuevo copia de la sustentación del recurso de apelación.

COMPETENCIA

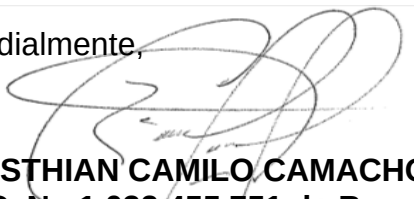
Es competencia de esta Alta Corporación, Sala Civil, por encontrarse aquí el trámite referido y, además, por la misma naturaleza del recurso de súplica, por proceder contra un auto que por esencia sería apelable, dictado en su calidad de magistrada ponente, tal como lo ordena el artículo 331 del Código General del Proceso.

NOTIFICACIONES

Las notificaciones serán recibidas en las direcciones contenidas en el proceso referido es decir Calle 63# 13 – 12 Oficina 402 y al E-Mail C.camachocastellanos@gmail.com

Del Honorable Magistrado.

Cordialmente,



CRISTHIAN CAMILO CAMACHO CASTELLANOS.

C. C. No 1.032.455.751 de Bogotá

T. P. No 262654 .del C. S. de la J.

ANEXO 1

CERTIFICACIÓN

Se certifica que el paciente CRISTHIAN CAMILO CAMACHO CASTELLANOS Identificado con C.C. No. 1032455751 asistió por urgencias a consulta odontológica presentando dolor severo, al examen clínico se observa infección a nivel de 48, posterior a cirugía se realiza curetaje, se medica, se indica reposo, se da incapacidad por 3 días.

Se expide certificado por solicitud del paciente el día 14 de marzo de 2021.



G. Stella Castañeda S.
Ortodoncia y Ortopedia
C.C. 52349175

STELLA CASTAÑEDA SABOGAL

Odontóloga

C.C. 52349175

GLORIA STELLA CASTAÑEDA SABOGAL
ORTODONCISTA Y ORTOPEDISTA MAXILAR
CRA 14 No. 76-11 cons. 503 Ed Kuala
3155384571

CERTIFICACIÓN

Se certifica que el paciente CRISTHIAN CAMILO CAMACHO CASTELLANOS identificado con C.C. No. 1032455751 asistió a consulta para CIRUGÍA DE TERCEROS MOLARES, se da Incapacidad por 3 días a partir del 11. 03. 2021..

Se expide certificado por solicitud del paciente el día 10 de marzo de 2021.



G. Stella Castañeda S.
Ortodoncia y Ortopedia
C.C. 52349175

STELLA CASTAÑEDA SABOGAL

Odontóloga

C.C. 52349175

GLORIA STELLA CASTAÑEDA SABOGAL
ORTODONCISTA Y ORTOPEDISTA MAXILAR
CRA 14 No. 76-11 cons. 503 Ed Kuala
3155384571

ANEXO 2



secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.com



secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.com

De: Camilo Camacho Castellanos <c.camachocastellanos@gmail.com>

Date: vie, 12 de mar. de 2021 a la(s) 14:14

Subject: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION PROCESO 2018-489

To: <secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.com>

Respetado Tribunal Sala Civil
Honorable Magistrada RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Encontrándome en tiempo para presentar sustentación al recurso de apelación del proceso de referencia.
adjunto escrito de sustentación del recurso de apelación.

ABG. CAMILO CAMACHO CASTELLANOS

Especialista Derecho Comercial y Financiero.

Especialista Derecho Laboral y Seguridad Social.

(+57) 304 337 13 69



SUSTENTACION APELACION CASO - PEDRO RA... (221 K)



ANEXO 3

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL

Atn. Honorable Magistrada RUTH ELENA GALVIS VERGARA

E. S. D.

REF: Sustentación - Recurso de apelación sentencia proferida en audiencia el 07 de septiembre de 2020 en el proceso con radicado No 2018-0489

Honorable Magistrada:

CRISTHIAN CAMILO CAMACHO CASTELLANOS. Mayor de edad, identificado con la cedula de ciudadanía No 1.032.455.751 de Bogotá, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, Abogado en ejercicio portador de la Tarjeta profesional No 262.651 del C. S. de la Judicatura, obrando como apoderado especial, según poder adjunto, del Señor. **PEDRO RAÚL TORRES BERNAL**, persona natural, y mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía 3.090.833 de Macheta (Cundinamarca), domiciliado y residente en esta misma ciudad, encontrándome en término legal para presentar sustentación al recurso de apelación, el cual fue concedido en audiencia pública el pasado 07 de septiembre de 2020, en el cual mi cliente **PEDRO RAÚL TORRES BERNAL** en calidad de demandando en la demanda inicial y demandante en reconvención, fue condenado a pagar las costas del proceso junto las agencias en derecho por valor de \$7.500.000, el cual me opongo conforme a lo esbozado de manera oral en audiencia pública y con fundamento de los siguientes términos:

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

1. Se hizo un análisis parcial por parte del juez de primera instancia, toda vez que al realizar la condena de costas, no fueron analizadas en su totalidad las reglas tipificadas en el artículo 365 del Código General del Proceso por cuanto :
 - 1.1 La sentencia tanto en la demanda inicial como en la demanda de reconvención se decretó de manera oficiosa conforme al artículo 1611 del Código Civil la nulidad absoluta de los contratos suscritos entre el demandante como del demandando, por lo cual no había lugar a condenas en costas para mi representado PEDRO RAÚL TORRES BERNAL

Es preciso mencionar que en caso de condena alguna en costas, no debió ser en contra de mi representado, ya que en la PRETENSIÓN SÉPTIMA de la demanda de reconvención se solicitó por parte del señor PEDRO RAÚL TORRES BERNAL la NULIDAD DE LOS CONTRATOS, hecho que en efecto sucedió de manera oficiosa por lo cual no daba lugar al cobro en costas en contra de mi representado, por cuanto el señor PEDRO RAÚL TORRES BERNAL no se encontró vencido en el proceso.

ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, (...)

1.2 Ruego su señoría se conceda el recurso de apelación y en consecuencia se revoque de manera total la condena en costas y agencias en derecho por valor de \$7.500.000 toda vez que no se cumplió el requisito del artículo 365 Núm. 8 que cito a continuación:

ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Nótese su señoría, como es un requisito indispensable y obligatorio que en el expediente para una condena en costas, aparezca que se causaron y su comprobación, frente al proceso de referencia NO existe la causación de los mismos, ni la comprobación, toda vez que no existe a folio del total del expediente recibos de copias, traslados, y menos que se realizó en audiencia concentrada, mediante la virtualidad que no genero costo alguno, tampoco para la imposición de las agencias en derecho fueron aportados por el demandante costos causados, tampoco se realizó actuación de peritos, ni auxiliares de la justicia, tampoco hubo gastos de la parte beneficiada con la condena, ya que no se comprobaron, y por ende no fueron útiles ni se incurrió en desgaste procesal por parte de este honorable juzgado.

Además de esto, no consta en el expediente, ni aparece que se causaron las costas ni agencias en derecho, toda vez que no fueron solicitadas ni pedidas por la parte demandada en reconvención, ya que en sus peticiones no se relaciona ningún emolumento ni soporte alguno de costas, así como tampoco la simple petición de estas o de

agencias en derecho, haciendo de por si más gravosa la sanción, ya que no fueron solicitadas, ni pedidas en el proceso por el demandado en reconvención.

Ahora bien, frente a las agencias en derecho se debe tomar en cuenta que se decretó la **NULIDAD ABSOLUTA de todo lo actuado** (hecho solicitado por el suscrito en la demanda de reconvención en la pretensión séptima, y por ende se volvió a la etapa precontractual por lo cual frente a lo pedido por la parte demandante en la demanda inicial que era los frutos suscitados del contrato y la cláusula penal, y en sentencia por ocasión a la nulidad, SOLAMENTE se restituyen en la sentencia los frutos de la misma en una cuantía de \$17.400.000, por lo cual sobre ese monto es lo que en una hipotética condena debería versar la cuantía establecida por el juzgado.

Sin embargo una vez más ratifico que debe revocarse la totalidad de la condena impuestas en costas y agencias en derecho, por cuanto mi cliente el señor PEDRO RAÚL TORRES BERNAL no salió vencido en proceso al decretarse la nulidad absoluta de lo actuado de los contratos elaborados por el propio demandado en reconvención ELVIS ISMEYER quien ni siquiera aparece como demandante en la demanda inicial y por esta razón tampoco estaba llamado a conceder las costas y agencias en derecho tasadas por el juzgado 32 civil del circuito.

Es preciso mencionar que una vez aceptado el recurso y enviado al Honorable Tribunal de Bogotá Sala - Laboral, se hará una argumentación más profunda en los alegatos de conclusión, por cuanto lamentablemente se concedió por el juez tres días para la argumentación del presente recurso de apelación, en el cual se solicitó copia al día siguiente de la audiencia al correo del juzgado 32 civil del circuito del audio de la audiencia y a la presentación del mismo, pero el juzgado no otorgo el audio de la misma ni las piezas procesales del proceso, para conocer el porcentaje aplicado para la obtención de la suma elevada a mi cliente que siendo vigilante, desborda mencionada condena.

Por lo anterior y con fundamento **en lo dispuesto en los artículos 365 Núm. 1 Núm. 8 y art 366 Núm. 3, 4 y 5.** Del código general del proceso, ruego a este Honorable Tribunal:

PRETENSIONES

1. Conceder el recurso de apelación y en consecuencia este Honorable Tribunal Superior de Bogotá- Sala Civil, revoque la condena en costas y agencias en derecho causadas al señor **PEDRO RAÚL TORRES BERNAL** de profesión Vigilante, por lo expuesto en la parte motiva del presente recurso y que complementare en los alegatos de conclusión cuando allí lo conceda y los disponga este Honorable Tribunal Superior de Distrito – Sala Civil.
2. Se condene en costas y agencias en derecho al demandando en la demanda de reconvención ELVIS ISMEYER JIMÉNEZ BELTRÁN

Notificaciones

Los demandantes y la suscrita en la Calle 106 No. 53-56 of. 711 en la ciudad de Bogotá, y al correo electrónico milenamorales2710@gmail.com y consultoresjuridicos09@hotmail.com

Al demandado, Calle 63 No. 13-12 of. 402 barrio Chapinero, junto con el suscrito apoderado judicial, y en el correo electrónico c.camachocastellanos@gmail.com

Cordialmente,



CRISTHIAN CAMILO CAMACHO CASTELLANOS.
C. C. No 1.032.455.751 de Bogotá
T. P. No 262654 .del C. S. de la J.

Abogados

Honorables Magistrados:
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA CIVIL
M.P. CLARA INES MARQUEZ BULLA
E. S. D.

REF: Proceso ejecutivo.
Dte: MARIA TERESA CHACON KEYEUS.
Ddo: LUIS FERNANDO LUQUE MEDINA.
Rad: 32 2019 00180 01

Asunto: Recurso de reposición.

El suscrito **ANTONIO JOSE GÓMEZ RINCÓN**, con cédula de ciudadanía No. 79.947.813 y portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 121.050 del C. S. de la J., en mi carácter de apoderado del demandado **LUIS FERNANDO LUQUE MEDINA**, estando dentro del correspondiente termino, de conformidad con lo establecido en el artículo 318 del CGP interpongo recurso de reposición contra el auto del 26 de marzo de 2021, que declaro desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 1º instancia adoptada en la audiencia del 21 de agosto de 2020, en los siguientes términos:

1. Fundamentos del auto impugnado:

El despacho mediante el auto impugnado declaro desierto el recurso de apelación presentado contra la sentencia de primer grado por considerar que el mismo no se sustento dentro de su debida oportunidad procesal.

2. Razones para revocar el auto impugnado:

El despacho debe revocar esta decisión por las siguientes razones:

2.1. El Decreto 806 de 2020 es un decreto que tiene la naturaleza de ser un decreto legislativo (Art. 212, 213, 214 y 215 CN) dictado dentro del marco del estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretado en todo el territorio nacional debido a la pandemia del COVID-19, por lo cual no puede modificar las leyes existentes ni crear nuevas normas que no tengan como finalidad directa conjurar la crisis producida por tal pandemia de manera proporcional, racional y equilibrada.

2.2. Desarrollando el principio de acceso a la administración de justicia, tutela efectiva y prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal el artículo 322 numeral 3º inciso 3º del CGP señala en materia de la sustentación del recurso de apelación que **“Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.”** (Subrayado fuera de texto)

Normativa que es complementada por el inciso final del artículo 322 del CGP que dispone que **“Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado.”** (Subrayado fuera de texto)

Abogados

La Corte Suprema de Justicia ha manifestado que la declaratoria de desierto de un recurso de apelación frente a una sentencia solo se procede cuando no se formulan los reparos concretos, al efecto señaló:

*“En el sub-lite el juez acusado declaró desierto el medio de defensa porque consideró que el recurso no estaba bien sustentado(sic), argumento que no resulta valido para negarse a conceder la alzada, puesto que de un lado el recurrente debía, surtir dicho laborío ante el ad quem y no en esta instancia y de otro, dado que en la audiencia el a quo debe resolver sobre la procedencia de la alzada, **porque la oportunidad para declarar “desierto el recurso de apelación” se presenta, únicamente cuando ha vencido en silencio el término legal que el inconforme tenía para “precisar los reparos a la sentencia apelada”**, esto es dentro de los “tres (3) días siguientes a la finalización de la audiencia.””* (Subrayado fuera de texto) (STC15304 – 2016)

2.3. De tal manera que conforme estas normativas del CGP la declaratoria de desierto del recurso de apelación frente a sentencias solo procede cuando no se precisen los reparos concretos, no pudiendo el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, modificar estas normas incluyendo que la falta de sustentación del recurso ante el superior conlleva la declaratoria de desierto, como quiera que es una medida que en nada conjura la crisis económica, social y en materia de salubridad, ni mucho menos previene el contagio o la propagación de la pandemia, rebasando el limite en razón de la materia respecto de la cual se pudo ocupar este decreto, resultando inconstitucional la aplicación en este sentido de este precepto por contrariar los valores y principios constitucionales de acceso a la administración de justicia, derecho de defensa, tutela efectiva, prevalencia del derecho sustancial y la prevalencia de un orden justo.

2.4. Adicional a lo anterior se debe tener en cuenta que el artículo 59 de la Ley 4 de 1913 Régimen Político y Municipal consagra: *“Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención legal, **se entenderá que terminan a la media noche del último día del plazo.** Por año y por mes se entienden los del calendario común, por día el espacio de veinticuatro horas; pero en la ejecución de las penas se estará a lo que disponga la ley penal.”* (Subrayado fuera de texto)

Y el artículo 60 de dicha ley dispone: *“**Cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo.** Cuando se exige que haya transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan o expiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos nacen o expiran a la medianoche del día en que termine el respectivo espacio de tiempo.*

Si la computación se hace por horas, la expresión “dentro de tantas horas”, u otra semejante, designa un tiempo que se extiende hasta el último minuto de la última hora, inclusive; y la expresión “después de tantas horas”, u otra semejante, designa un tiempo que principia en el primer minuto de la hora que sigue a la última del plazo.” (Subrayado fuera de texto)

2.5. En el presente caso encontramos que:

2.5.1. En la misma audiencia del 21 de agosto de 2020, donde se dictó la sentencia de primera instancia formule el recurso de apelación, y empecé la sustentación del mismo entre otros aspectos expresando los reparos concretos frente a la decisión impugnada y desarrolle los mismos, como se evidencia de la misma grabación de tal audiencia.

2.5.2. Dentro de los 3 días siguientes a tal audiencia presente memorial escrito en virtud del cual seguí desarrollando la sustentación del recurso de apelación, y desarrolle más ampliamente los reparos concretos.

Abogados

2.5.3. El día viernes 12 de marzo del presente año, remití al correo electrónico de este despacho judicial memorial en 14 folios con las respectivas alegaciones del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 1º instancia, en el cual se siguieron desarrollando los reparos concretos a dicha sentencia que fueron presentados en la audiencia en la cual se interpuso el recurso y en la oportunidad del inciso 2º numeral 3º del artículo 322 del CGP.

Al parecer existió un problema técnico en mi servidor ese día y el correo aparece enviado a las 7:32 PM de tal día. Noten honorables magistrados que se trata de un escrito completamente sustentado, bien elaborado y extenso desarrollando la apelación interpuesta, que se elaboró en varios días.

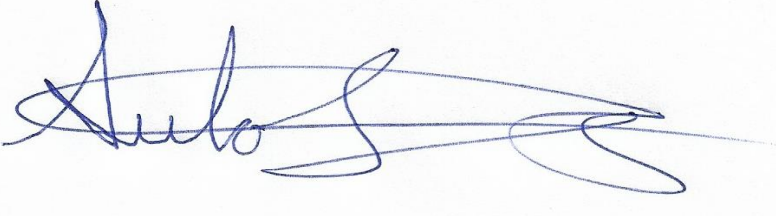
2.5.4. En síntesis de lo anterior el recurso de apelación se formuló y se desarrollaron e indicaron los motivos de inconformidad del mismo, por lo cual no puede ser declarado desierto.

3. Solicitud:

En virtud de todo lo anterior solicito:

1) Revocar el auto impugnado y darle resolver de fondo el recurso de apelación formulado.

Con todo respeto,



ANTONIO JOSE GOMEZ RINCON
C.C. 79.947.813 de Bogotá
T.P. 121.050 del C. S. de la J.

Julián David Fernández Artunduaga.
Abogado.

1

Bogotá D.C, Nueve (09) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Honorable(s) Magistrada(o) Ponente.

Dra. Nubia Esperanza Sabogal Varón.

Dr. Henry De Jesús Calderón Raudales.

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C.
E.S.D.

Referencia: Declarativo Verbal – Pertenencia o Usucapion.

Radicación: 11001-3103-036-2019-00056-01

Recurso. Apelación Sentencia.

Demandantes. Edward Lelio Rueda Pinzón, Helman Andrés Rueda Pinzón y Ramón Antonio Hidalgo Aguilera.

Demandados. Gloria Montoya Villa, Rafael Montoya Mejía, e indeterminados.

Asunto: Memorial mediante el cual, se sustenta el recurso de Apelación de la Sentencia emitida por el ad quo el pasado 25 de enero de 2021.

Julián David Fernández Artunduaga actuando en calidad de apoderado de la parte activa, esto es, los señores **Edward Lelio Rueda Hoyos, Helman Andrés Rueda Hoyos y Ramón Antonio Hidalgo Aguilera**, el pasado viernes **26 de marzo de 2021** - *Prevía admisión del recurso por parte del Tribunal* - el despacho de la **Honorable Magistrada Doctora Nubia Esperanza Sabogal Varón**, emitió auto mediante el cual corrió traslado al suscrito para sustentar el recurso de Apelación, pero la rama judicial entró en vacancia desde el 29 de marzo hasta el domingo 04 de abril, motivo por el cual, el despacho de la Honorable Magistrada fijó el auto por estado el día lunes 05 de abril de 2021, y comenzaron a contar los 05 días para sustentar conforme al artículo 14 del Decreto 806 de 2020, a partir del día martes 06 de abril de 2021 hasta el día Lunes 12 de abril de 2021, considerando lo anterior, se está dentro del término legal y se procede a sustentar así:

Julián David Fernández Artunduaga.
Abogado.

1

I. Antecedentes.

El 25 de enero de 2021, previo agotamiento de las etapas procesales y/o audiencias en 1 sólo día (Audiencia inicial, inspección judicial al predio y audiencia de juzgamiento) la Juez Treinta y seis Civil del Circuito de Bogotá D.C emitió sentencia de primera instancia, entre otros, así:

PRIMERO: *Declarar la falta de legitimación en la causa del señor Rafael Montoya Mejía por lo considerado con anterioridad.*

SEGUNDO: *Declarar prospera la excepción denominada por la parte pasiva como la no existencia de los requisitos necesarios para adquirir la prescripción.*

TERCERO: *En consecuencia, negar las pretensiones de la demanda.*

La Ad quo en su motivación o argumentación de la sentencia en síntesis, mencionó los cuatro (4) requisitos para la prosperidad de las pretensiones usucapiantes y se refirió a si se cumplían o no en el proceso o caso concreto, así: **i)** Que el bien se halle en el comercio humano, frente a este manifestó que se cumplió, **ii)** Que la cosa que se pretenda sea singular o se tenga una identidad jurídica y determinación del predio, respecto a lo que se pretenda en la demanda con lo que se evidencia en los documentos del título del inmueble y lo que se evidencie en la inspección judicial al predio, requisito que consideró cumplido.

Respecto al tercer requisito, **iii)** Quien pretenda adquirir el dominio por ese medio que haya ejercido la posesión con ánimo de señor y dueño, de manera quieta, pacífica e ininterrumpida, la ad quo, consideró no se cumplió y **fundamenta o motiva su decisión, única y exclusivamente el interrogatorio de parte** que se le realizó a **Edward Lelio Rueda Pinzón**, pues concluyó la Juez que se presentó una “**confesión**” por parte de una persona natural que hace parte del extremo activo, valga la redundancia, por parte del Señor **Edward**.

Según la juez de instancia como consecuencia de lo que ella consideró “confesión”, manifestó que tampoco se cumplía el **IV** requisito, esto es la

Julián David Fernández Artunduaga.
Abogado.

1

posesión por el termino previsto por la ley 791 de 2002 (Díez 10 años), argumenta la Juez, que según el interrogatorio absuelto por el señor Edward, se reitera, según ella de la "Confesión" infirió que desde el 2012 o 2013 se estaba ejerciendo la posesión, pues según ella hubo una reclamación de la inferencia que ella hizo de un supuesto contrato laboral, y que contrastado con la fecha de interposición de la acción de pertenencia que no se cumplía con el término.

En síntesis, se presentó una valoración inadecuada de las pruebas.

II. Tesis de inexistencia de la confesión, por no concurrir de todos los litisconsortes necesarios, e indebida valoración de las pruebas en conjunto por parte de la ad quo, vulneración al principio de la unidad de la prueba.

Es importante manifestar a l(a) Honorable Magistrada(o), que mis poderdantes actúan bajo la figura de **litisconsorte necesario**, en razón a que ostentan una **coposesión, siendo esta indivisa y homogénea**, es decir, todos tienen el mismo carácter frente a la coposesión, de ahí que se predique la legitimación que les asiste a todos en igual facultad, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones, así:

En el evento en que dos personas o más detentan con ánimo de señor y dueño una cosa, hay "**coposesión**", es decir, "**el señorío no es ilimitado ni independiente**, porque el otro coposeedor lo comparte y lo ejerce en forma conjunta e indivisa; se **posee una cosa entera**. Todos disfrutan y utilizan con **ánimus domini** el derecho al mismo bien concurrentemente" (...) posesión que pertenece proindivisamente a varias personas, por ello caben las otras denominaciones de coposesión, indivisión posesoria, o posesión conjunta o compartida (...) (Justicia, 2016)¹ (Negrilla fuera del texto).

1 Consulta de Jurisprudencia - SC11444-2016 - Corte Suprema de Justicia. (2016, 18 agosto). Corte Suprema de Justicia.<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Para (GARCIA, 2004)² La palabra litisconsorcio proviene del latín en sus expresiones "litis" y "consortium". Etimológicamente litis es sinónimo de litigio, de conflicto de intereses jurídicos, de cuestiones de hecho y de derecho que las partes someten al conocimiento del juez, por su parte "consortium" denota "la participación y comunicación de una misma suerte con uno o varios" (P.51).

En ese orden, los **coposeedores tienen el mismo interés o relación jurídica y material con el inmueble siendo su característica común e indivisible**, de manera que su participación en el proceso es necesaria, al punto que de no estar en la relación jurídico procesal o litis, se verían vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso, defensa etc, de conformidad al artículo 375 del CGP.

Cabe mencionar que la POSESIÓN tiene características diferentes a la COPOSESIÓN, tal como lo expresa (Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor Y Wolff, 1950, Como Se Citó En Corte, 2016)³ Por supuesto, que como en la posesión exclusiva de una persona, **en la coposesión también hay corpus y ánimos domini**; pero mientras en la posesión de un sujeto de derecho el animus es pleno e independiente por su autonomía posesoria, **en la coposesión es limitado**, porque en esta modalidad, el **señorío de un coposeedor está determinado y condicionado por el derecho del otro, ya que también lo comparte, y es dependiente del de los otros coposeedores por virtud del ejercicio conjunto de la potestad dominical, como voluntad de usar, gozar y disfrutar una cosa, como unidad de objeto, pero en común (...)**

La declaración puede ser pedida por todo aquel que pretenda haber adquirido el bien por prescripción, en el caso concreto, **la coposesión** reviste esas características de indivisibilidad, **el señorío no es** ilimitado e independiente, Corte (2016) corresponde a la conjugación de los

² Sarmiento García, J. A. (2004). *Manual básico de Derecho Procesal Capítulo IV*. Universidad de los Andes - Repositorio. <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/21417?show=full>
³ Consulta de Jurisprudencia - SC11444-2016 - Corte Suprema de Justicia. (2016, 18 agosto). Corte Suprema de Justicia. <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Julián David Fernández Artunduaga.
Abogado.

1

poderes de dominio de varios sujetos de derecho, que sin ser verdaderos propietarios sobre una misma cosa ejercen el ánimos y el corpus sin dividirse partes materiales (...)

Aunado a lo anterior, se tiene que los efectos de la sentencia en el proceso declarativo de pertenencia conforme al **#10 del artículo 375 del CGP**, **son erga omnes** y una **vez inscrita la sentencia NADIE podrá reclamar o demandar sobre la propiedad o posesión del bien por CAUSA ANTERIOR A LA SENTENCIA**, se reitera, el eje causal en la coposesión en cada persona que intervino en el hecho posesorio es el mismo, fundamento por el cual, NO puede juzgarse por separado la relación sustancial y procesal, siendo neurálgico la conformación del litisconsorte necesario.

En ese orden de ideas, el **fundamento de la tesis de inexistencia de la -según la ad quo - "confesión" por parte del señor Edward Lelio Rueda Pinzón**, tiene asidero en lo planteado en el **artículo 61 de la ley 1564 de 2012 – CGP**, que de manera imperativa establece cuándo se está ante un litisconsorte necesario y su debida integración, sumando a lo anterior, en el mismo artículo en su **párrafo 4**, establece que los recursos y en general actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás, teniendo como teleología o alcance, de ser positiva la actuación, pero limita en el entendido que **si los actos implican disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si provienen de todos los litisconsortes**, artículo que reza así, Congreso (2012)⁴ Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos. (Negrilla fuera del texto).

Lo anterior, en concordancia con **el artículo 191 #1**, ya que uno de los requisitos de la confesión, es que se tenga la capacidad para hacerla y

⁴ Congreso de la República de Colombia, 2012 Artículo 61 ley 1564 de 2012 – CGP, Artículo que entre otras, establece, que las actuaciones de los litisconsortes que impliquen disposición del derecho en litigio o interés en litigio solo tendrá eficacia si emana de TODOS los litisconsortes.

Julián David Fernández Artunduaga.
Abogado.

1

poder dispositivo de lo que resulte de lo confesado, pero en el caso concreto, la manifestación de un coposeedor actuando como litisconsorte necesario en el proceso, no puede disponer del derecho en litigio, pues son varios los que intervienen y todos tienen la misma causa e interés jurídico sustancial y procesal, se reitera, al punto de un pleonismo negativo, que existe un límite en el CGP, consistente en que lo **manifestado por un litisconsorte sino proviene de todos no tiene validez, pues todos tienen una misma unidad jurídica sustancial y procesal.**

Por otra parte, de manera unísona o coherente el legislador en el **artículo 192 de la ley 1564 de 2012 – CGP**, estableció de manera clara y expresa, un límite o prohibición frente a lo que puede resultar del medio de interrogatorio de parte como es la confesión cuando se trate de un actuar de un litisconsorte, manifestando que la confesión que no provenga de todos los litisconsorcios necesarios, tendrá valor de testimonio de tercero, al igual, cuando se trate de litisconsorcios facultativos.

Está claro, que la manifestación que realice un **litisconsorte necesario y facultativo** en la que disponga de un derecho en litigio, primero no tiene eficacia a la luz del **artículo 61 del CGP**, segundo, no se presenta confesión cuando no emana de todos los litisconsortes, luego, no se le atribuye un valor probatorio distinto al testimonio de un tercero.

En el caso concreto la Juez de instancia, le atribuyó efectos jurídicos y valor probatorio a la manifestación del señor **Edward Lelio Rueda Pinzón** como una confesión, **inobservando la Constitución y la ley**, que son los límites a la facultad de acreditar circunstancias o los objetos de las pruebas en los procesos, puesto que las manifestaciones que realizó el Señor Edward, NO fueron dichas por los demás litisconsortes, es decir, NO existe confesión.

En ese orden de ideas, **la Juez debió valorar** los dichos del señor Edward Lelio Rueda Pinzón **como un testimonio de un tercero**, a luz del artículo **221 del CGP** y demás. Así las cosas, el testimonio del señor Edward al

Julián David Fernández Artunduaga.
Abogado.

1

valorarse por la Juez tenía que observar las **circunstancias de modo, tiempo y lugar** en que se desarrollan los dichos, valorando su exactitud, su coherencia, en el **caso concreto, la época cuando ingresaron al inmueble en 1996, el señor Edward era un niño aproximadamente** tenía escasos 13 a 14 años y más allá de eso, **ÉL dice que NO LE CONSTAN, no son personales**, al momento que él rindió el testimonio (25 de enero de 2021) tiene casi Cuarenta Años (40), literalmente dice en parte del testimonio en el minuto 12:00 del audio video AUDIENCIA 2019-056 9_00AM (1).mp4 **Edward (2021) (...) En la época yo era un niño (...). (...) Que yo diga que estuve presente ahí con Don Hernando Ocampo NO, NUNCA (...) Nunca llegué a decir, que es que a no si, que es que le daban ordenes, o que quedaron en tal acuerdo, No porque no fui testigo de eso.**

Es decir, la Ad quo valoró segregada o divisiblemente el testimonio, pues no lo tuvo en consideración de forma integral al sacar conclusiones, inferencias y/o valoración a partes del mismo testimonio, yendo en contravía de la ley, pues en su integridad el testimonio no era exacto, al **señor Edward Lelio Rueda Hoyos no le constan** las circunstancias o dichos, pues así lo reitera en su testimonio frente a cómo ingresaron al predio, **contrario sensu**, respecto a las manifestaciones que hizo el señor **Edward respecto a que ellos son los únicos dueños**, que no pagan arriendo, **que ellos han edificado**, que no le rinden cuentas a nadie, puesto que ellos son los dueños, que él ha crecido ahí, que ahí inició su propia familia (Mujer y dos hijos etc). Esas circunstancias NO las tuvo en consideración.

Hago hincapié en lo siguiente por considerarlo de gran importancia en el presente asunto, mi poderdante el señor Edward en reiteradas ocasiones manifiesta, así lo deja consignado en el audio vídeo, que **los dichos NO le constan personalmente, pues son dichos que en esa época era niño**, el contexto es, que cuando era un niño escuchaba a los padres hablar de la situación económica de la familia, pues dice y así lo puede verificar su Señoría en el audio video, y cito textualmente al señor **Edward (2021): Que yo diga que estuve presente ahí con Don**

Julián David Fernández Artunduaga.
Abogado.

1

Hernando Ocampo NO, NUNCA (...) (...) *Yo era como todos, un hijo que hacía caso, vaya abra la puerta, cierre.*

*A la familia Montoya Nunca los he visto (...) yo lo que le acabo de relatar, es lo que escuchaba a mi papá y mi mamá hablar, **Nunca llegué a decir**, que es que a no si, que es que le daban ordenes, o que quedaron en tal acuerdo, **No porque no fui testigo de eso.***

Además conforme lo expresa el CGP, **si un testigo dice que los dichos no son personales**, debe decir, **a quién le constan y los dichos deben corroborarsen**, en el caso concreto, los dichos del testimonio que no le constan Al declarante o Testigo Señor Edward Lelio Rueda Pinzón, se vinculan al señor **Lelio Rueda Hoyos (Q.E.P.D)** y la **Señora Luz Astrid Pinzón (Q.E.P.D)** padres del señor **Edward y Helman**, para el mundo jurídico dejaron de existir, ya no son personas según el inicio y fin de las personas establecido por el **legislador en la ley 57 de 1887 – Código Civil Colombiano**, luego, es imposible llegar a corroborar los dichos, aunado a ello los dichos no son exactos, son contradictorios y no le constan al testigo EDWARD.

La ad quo manifestó como motivación de su decisión, a lo que según su estudio fue una "Confesión" del interrogatorio (*Que debió valorar como testimonio de un tercero*), lo siguiente, puede verificar su Señoría en el audio vídeo nombrado "**AUDIENCIA 2019-056 9_00AM (1).mp4**" en el tiempo exacto de una hora con cuatro minutos y cuarenta segundos (1:04:40), unas **inferencias** y sobre esas inferencias que creó **la Juez totalmente alejadas** de la realidad fáctica, su señoría usted puede verificar y evidenciar en los interrogatorios que debió valorar como testimonios de mis poderdantes, es decir, alejadas a la realidad jurídica y/o procesal de la litis.

El proceso debe estar sobre la base de las garantías constitucionales y supra constitucionales, que se deben observar, de no ser así se estaría faltando al Control de Convencionalidad Difuso que tiene la obligación de observar el Estado colombiano, - Ello deviene en el Control de Convencionalidad Concentrado eventualmente - **pues no es clara la**

Julián David Fernández Artunduaga.
Abogado.

1

forma de ingreso al predio, ello como deviene de la estricta observancia del testimonio de Edward Lelio Rueda Pinzón y de los demás Litisconsortes Necesarios, pues ninguno tiene certeza de cómo ingresaron, pues por una parte los hermanos Rueda Pinzón uno tenía aproximadamente 13 a 14 años y el otro 9 a 10 años y **no les consta al respecto**, y el señor Ramón pues él tampoco, ya que el adquirió por venta la posesión que le hicieron los hermanos Rueda Pinzón y su Padre Lelio Rueda Hoyos (Q.E.P.D).

La Juez de instancia infiere de una inferencia de su fuero intrínseco que existió un contrato laboral de vigilancia, se reitera, ello de una mala calificación y valoración contra ley del interrogatorio del Señor Edward Lelio Rueda Pinzón, pues del mismo **no puede emanar una confesión**, y debió valorarse como testimonio, luego, según las reglas del artículo 225 de la ley 1564 de 2012 – CGP, que limita la eficacia del testimonio, las manifestaciones en el caso concreto del señor EDWARD al ser valorado como testimonio, no puede suplir la existencia del escrito o contrato que la JUEZ infiere, menos cuando el mismo artículo en síntesis expone que no puede el testimonio evidenciar la obligación, es decir, no quedó probado la inferencia del contrato que manifiesta la JUEZ, sumado a lo anterior, los dichos del señor EDWARD son de oídas, **NO le constan personalmente**.

La prueba testimonial se debe valorar de manera íntegra y es indivisible, es decir, la Juez debe valorar desde la primera palabra que manifiesta el testigo hasta la última, en caso sublite, la Juez aparte que no valoró los dichos de Edward como testimonio, fraccionó el testimonio y de partes sacó conclusiones.

Luego, se presume la buena fe, la mala se prueba, en este caso no está probada la mala fe de ingresar al inmueble, pues de conformidad al artículo 167 de la ley 1564 de 2012 – CGP: Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Julián David Fernández Artunduaga.
Abogado.

1

Pues la señora GLORIA MONTOYA VILLA en su calidad de propietaria según el folio de matrícula inmobiliaria, NUNCA REALIZÓ ACCIÓN PERTINENTE TENDIENTE A RECUPERAR SU PREDIO O HACER VALER SU DERECHO REAL, máxime cuando se evidencia según los **contratos de construcción** (*Que son pruebas documentales válidas y reposan en el expediente o proceso*) de los apartamentos o edificaciones que en el inmueble realizaron los COPOSEEDORES desde hace más de 15 años, tampoco hicieron o ejercieron alguna acción al ver la **explotación económica** que hicieron al inmueble los COPOSEEDORES, pues tienen una **explotación ECONOMICA CONJUNTA O DE COMÚN ACUERDO** entre todos consistente en prestación del servicio de **PARQUEADERO**, que materialmente ejercen desde 2003 y que formalizaron o legalizaron como consta en los documentos que acreditan el ejercicio de la actividad hace más de 15 años.

Lo cierto, es que ellos **son los coposeedores** del predio y no le rinden cuentas o no reconocen señorío diferente al de ellos, **tan así es, que en todos los interrogatorios absueltos por la parte activa, todos tienen claro que ellos son los dueños y luego, dejan claro que no pagan arriendo o reciben órdenes, ni rinden cuentas, puesto que ellos son los dueños y coposeedores, eso sí está claro Su Señoría.**

Frente al señor Helman, la Juez no valoró íntegramente su interrogatorio, que **también debía valorar como testimonio de inicio a fin y no segregadamente** (*En lo que pueda afectar o disponer del derecho en litigio*), pues de manera desacertada la ad quo dijo en la sentencia, que el señor **Helman** no sabía cuál era el objeto del proceso, circunstancia falsa, pues **ratificó que era la posesión y así mismo respondió a la misma** pregunta que le **formuló la abogada de la parte pasiva, diciendo que estaban "peleando la posesión"**, traducido en que el objeto es la declaración de pertenencia. Igual en todo lo que quizás le afecte a la parte activa en su calidad de litisconsorte necesario, a la luz del CGP NO puede producir efectos jurídicos adversos a éste, pues no emanan de todos, luego, debió valorarse como un

Julián David Fernández Artunduaga.
Abogado.

1

testimonio de un tercero. Lo anterior, le aplica los efectos jurídicos del artículo 61 y 192 del CGP.

También, la juez de instancia en la motivación de la sentencia, dijo que mi poderdante el señor **Ramón Antonio Hidalgo Aguilera**, que él si sabía cómo había ingresado al predio y que él al conocer **ello sabía que el predio no era del señor Lelio, manifestación falsa**, a la luz del interrogatorio absuelto a Ramón, pues por una parte, **no le constan las circunstancias**, ya que no estuvo y no conocía a Lelio Rueda Hoyos y a la Señora Luz Astrid Pinzón y a los aquí hermanos Edward y Helman para la época de 1996 y 2003.

Dichos que no se pueden corroborar, y en su manifestación dijo que ese predio se lo entregaron al Señor **Lelio por un pago de una obligación civil**, él en su manifestación dice que reconoce a los señores Lelio Rueda Hoyos (Q.E.P.D) y a la Señora Luz Astrid Pinzón Ulloa (Q.E.P.D) y los hijos de estos Edward y Helman como los dueños, sobre el cual él compro el 25% de la posesión que hoy solicitan se declare de ellos por el paso del tiempo, pues son los únicos coposeedores.

La Juez, además en su motivación de la sentencia, que puede evidenciar su señoría en el audio video nombrado "**AUDIENCIA 2019-056 9_00AM (1).mp4**" en el tiempo exacto de cincuenta y siete minutos y treinta y dos segundos (57:32) en adelante, su tesis de despachar desfavorables las pretensiones de la demanda, las fundamenta en la que ella considera "Confesión" del señor Edward e infiere erróneamente la ad quo, que no existe posesión material y menos por el lapso de diez años (Extraordinaria), **según dice la Juez de lo que ella considera "confesión"**, infiere que se reconoce señorío ajeno a los coposeedores y que en el año 2012 a 2013 (*según el testimonio de Edward, que ella valoró como interrogatorio de parte y le dio calificación o valoración de confesión*) existió una reclamación a los dineros de un contrato laboral de vigilancia que según la juez existió o dio probado (Alejada de la realidad fáctica del proceso) tampoco, se probó alguna interrupción o suspensión de la posesión, esas circunstancias NO ESTÁN PROBADAS, aunado a ello,

Julián David Fernández Artunduaga.
Abogado.

1

dicha tesis de la Juez es totalmente alejada de la ley civil, pues para que haya una interrupción debe existir una acción judicial, aunado a ello, circunstancia que NO ESTÁ PROBADA en el proceso.

Finalmente, se tiene que, en el planteamiento del recurso de apelación en contra de la sentencia del 25 de enero de 2021, entre otros reparos, se manifestó por parte del suscrito apoderado de la parte activa o apelante, que la **Juez NO valoró en conjunto las pruebas del proceso**, yendo en contra vía del **PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA PRUEBA** y aunado a ello, **decidió en un sentido contrario a lo probado en el proceso**, pues es evidente que la decisión adolece de **DEFECTO FÁCTICO POR INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA**, tal como lo expresa la (Sentencia de Tutela, 2013)⁵

(...) Del anterior recuento jurisprudencial se tiene **que el supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura**, entre otros, en los siguientes supuestos: **(i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido;** **(ii)** cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; **(iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro;** **(iv)** cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; **(v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio**

⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2013, 7 marzo). Corte Suprema de Justicia. [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-117-13.htm#:~:text=El%20supuesto%20f%C3%A1ctico%20por%20indebida,debatido%3B%20\(ii\)%20cuando%20a](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-117-13.htm#:~:text=El%20supuesto%20f%C3%A1ctico%20por%20indebida,debatido%3B%20(ii)%20cuando%20a)

Julián David Fernández Artunduaga.
Abogado.

1

dentro del proceso y (vi) cuando no valore pruebas debidamente aportadas en el proceso(...)

La ad quo decidió con fundamento a circunstancias fácticas NO probadas, pues **no existió confesión**, aunado a ello, de la valoración que se pudiese hacer de la declaración de Edward que debe ser conforme al testimonio de un tercero, **no es dable dar probado un contrato laboral como lo infiere la Juez**, tampoco se probó, un señorío distinto al ejercido por los coposeedores, no se probó alguna interrupción de la coposesión que ostentan mis poderdantes, puesto que nunca existió un hecho de la naturaleza que generará una interrupción, o una acción judicial, tampoco existió el supuesto requerimiento de pago que infiere la Juez.

Está probado en el proceso que mis clientes cumplen con los presupuestos sustanciales para que se declare la Usucapion o prescripción extraordinaria de dominio, pues está probado en el proceso que el **I. bien está en el comercio humano**, es decir, es prescriptible, ya que obra en el expediente el certificado especial de la oficina de registro de instrumentos públicos y demás entidades que informan que es un bien privado y no tiene ninguna afectación o vinculación a ningún interés de alguna entidad. **II.** Está probada la **identidad jurídica del bien inmueble** objeto del presente proceso, como se observa en las pruebas documentales como el dictamen o levantamiento topográfico, dictamen emitido por la entidad encargada y la inspección judicial practicada al predio, es el mismo predio que se pretende, **III.** Está probado el tercer requisito, pues mis poderdantes y/o coposeedores pretenden adquirir el predio por prescripción, pues **han ejercido la posesión con ánimo de señor y dueño en forma material, pues ejercen una actividad comercial** como se prueba con el documento de Certificado mercantil N° 01592104 del 24/Abril/2.006 del establecimiento comercial Parquadero de vehículos simón Bolívar que ellos ejercen, en 2 folios, aunado a ello, han realizado **construcciones o edificaciones en el terreno tal como se probó con los 4 contratos de obra a todo costo** debidamente allegados y que gozan de validez, y como se **evidenció en la inspección**

Julián David Fernández Artunduaga.
Abogado.

1

judicial al predio practicada el día 25 de enero de 2021 pues existen en el predio tres apartamentos valga la redundancia, contruidos por los coposeedores, piso en asfalto para la actividad comercial de parqueadero, también lo probado mediante los documentos como son, **la Solicitud de instalación de servicios públicos domiciliarios gas etc y el pago de las respectivas facturas de Acueducto y alcantarillado de Bogotá D.C** a nombre de la esposa del Señor Lelio Rueda Hoyos y Mamá de los Coposeedores Edward y Helman, esto es la Señora Luz Astrid Pinzón Ulloa (Q.E.P.D), en 14 folios. **Las Facturas pagadas de energía eléctrica**: Codensa por los coposeedores que datan del 2003 en adelante, **los recibos pagados por los coposeedores de impuestos de valorización**, Paz y salvos valorización, estados de cuenta en 14 folios, también se evidencia el señorío en el **contrato de arrendamiento de parte del inmueble a un tercero para que realizara actividades de taller de latonería y mecánica** etc.

Dicha Coposesión, fue pública, pues como se evidenció en los 3 testimonios debidamente aportados y practicados en el proceso, como son los señores **Ramón Garzón Gutiérrez**, identificado con C.C. N° 79.348.093 quien en su testimonio manifestó que conocía a los aquí demandantes y a la Señora Astrid Pinzón Ulloa (Q.E.P.D) y reconoció a los aquí demandantes como dueños desde antes del año 2003, a su turno el testimonio del señor **Francisco Sierra Castellanos**, identificado con C.C. N° 79.149.206, quien da cuenta que conoció a los aquí demandantes y coposeedores como dueños y vecinos desde hace más de 15 años, y el señor **Gustavo Cortes**, identificado con C.C. N° 11.298.090, quien manifestó que conoce a los demandantes por ser vecino y los reconoció como dueños del inmueble objeto de la litis, es decir, fue pública, y no existe prueba en contrario de tal hecho.

Finalmente pacífica e ininterrumpida, pues no se evidenció en el proceso que existiera alguna violencia en dicha coposesión, tampoco se logró probar que se haya interrumpido la misma, pues la demandada jamás

Julián David Fernández Artunduaga.
Abogado.

1

reclamó el inmueble objeto de la litis, nunca interpuso una acción, como si se presume la buena fe.

Dicha Coposesión es mayor a 10 años conforme lo establece la ley 792 de 2002, y como efectivamente se acredita con los documentos que se aportaron y que reposan en el expediente, pues existen solicitudes de instalación de servicios públicos domiciliarios que datan de hace más de 15 años, así como contratos de construcción de las edificaciones también de antaño, las facturas de servicios públicos pagadas por los coposeedores, actos de como contratos de arrendamiento a un tercero para un taller de hace más de 10 años, los testimonios de los terceros ciudadanos vecinos en mención que evidencian el lapso superior a 10 años etc.

III. Conclusión.

La Juez incurrió en defecto fáctico por indebida valoración o apreciación de las pruebas, al darle una calificación, y valoración a los medios de prueba totalmente diferentes a los que el Código General del Proceso ordena aplicar, pues no existió confesión, por existir la institución de litisconsorte necesario por activa en el presente proceso, (ii) por haber dado por probados hechos que no cuentan con el soporte probatorio en el proceso, pues no está probado ningún contrato laboral de vigilancia (por no existir), tampoco se probó ninguna interrupción de la coposesión, (iii) La Juez de instancia decidió en contra de la evidencia probatoria obrante en el proceso, pues decidió apartarse por completo de los hechos debidamente probados y resolvió a su arbitrio el asunto jurídico debatido, (iv) en total incongruencia con lo probado en el proceso y lo resuelto, sin ningún apoyo fáctico claro y (v) por no valorar y apreciar las pruebas debidamente aportadas al proceso por la parte activa en conjunto, vulnerando el principio probatorio de la unidad de la prueba.

Se solicita a su señoría revisar y valorar en conjunto las pruebas obrantes dentro del proceso, así como verificar las declaraciones de parte, ello por ser coherente a lo manifestado el día 25 de enero de 2021,

DERECHO EQUIDAD Y GÉNERO

Julián David Fernández Artunduaga.
Abogado.

1

al interponer el recurso de apelación de manera oral, pues fue parte de los reparos a la sentencia.

En ese orden de ideas, se solicita de manera respetuosa a su señoría:

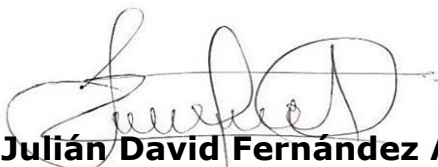
Primero: Revocar la decisión proferida por la Juez 36 Civil del Circuito de Bogotá D.C, emitida el pasado 25 de enero de 2021, por el defecto factico por indebida valoración probatoria.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, Conceder las pretensiones planteadas por la parte activa, declarando el derecho real de dominio en favor de los demandantes por haberlo adquirido por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.

IV. Notificaciones.

Al suscrito de conformidad al decreto 806 de 2020, al correo electrónico inscrito en el Registro Nacional de Abogados de la Rama Judicial, judafer642@hotmail.com.

Con atento saludo,



Julián David Fernández Artunduaga.

C.C: N° 1.121.875.694 Expedida en Villavicencio -
Meta. T.P.N°: 277.034 del C.S. De la J.
Abogado.

Bibliografía

- GARCIA, J. A. (2004). *Repositorio Universidad de los Andes*. Recuperado el 01 de 04 de 2021, de Repositorio Universidad de los Andes:
<https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/21443>
- Justicia, C. S. (18 de 08 de 2016). *Corte Suprema de Justicia*. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Sentencia de Tutela, 117/2013 (Corte Suprema de Justicia 07 de 03 de 2013). Recuperado el 09 de abril de 2021, de [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-117-13.htm#:~:text=El%20supuesto%20f%C3%A1ctico%20por%20indebida,debatido%3B%20\(ii\)%20cuando%20a](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-117-13.htm#:~:text=El%20supuesto%20f%C3%A1ctico%20por%20indebida,debatido%3B%20(ii)%20cuando%20a)

Señores Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

M.P. Dra. Nancy Esther Angulo Quiroz

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Proceso:	Recurso extraordinario de revisión
Demandante:	Daniela Patricia Gómez y otros
Demandado:	Agencia de Viajes Falabella
Radicado:	2019-852
Asunto:	Incidente de nulidad

ANTONIO PABÓN SANTANDER, identificado como aparece al pie de mi firma, me dirijo respetuosamente a ustedes con el fin de formular incidente de nulidad, en los siguientes, términos:

I. PETICIÓN

Que se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de 6 de abril de 2021 y en su lugar se resuelva el recurso de reposición formulado contra el auto que corrió traslado para alegar de conclusión.

II. CAUSAL DE NULIDAD INVOCADA

La causal de nulidad invocada es la prevista en el numeral sexto del artículo 133 del Código General del Proceso según la cual el proceso es nulo "*Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión (...)*"

III. HECHOS

1. Con fundamento en lo previsto en el numeral segundo del artículo 278 del Código General del Proceso, el Despacho decidió proferir sentencia anticipada.

2. Dicha decisión se tomó sin agotar la etapa correspondiente a las alegaciones finales.
3. La causal de nulidad invocada dispone que el proceso es nulo "cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión".
4. Y si bien una parte de la Doctrina considera que cuando se trata de sentencia anticipada no es necesario agotar dicha etapa, el extremo que represento discrepa de esa posición toda vez que tal omisión le cercena a los intervinientes la posibilidad de analizar los argumentos propuestos en la demanda - en caso de tratarse de la parte actora - y valorar las pruebas allegadas, así se trate de documentales, a efectos de demostrar su posición.
5. La etapa de alegaciones resulta de fundamental importancia para los intervinientes toda vez que es en ella cuando se demuestra al Juez la posición que se defiende.
6. Así, la omisión en la que se incurrió vulnera el derecho de defensa y debido proceso de mi representados por cuanto omite una etapa que resulta fundamental para demostrar su posición y por lo tanto deberá anularse la mencionada providencia con el fin de agotar previamente el trámite que corresponde.

Con toda consideración,



ANTONIO PABÓN SANTANDER
C.C. 80.409.653
T.P. 59.343

Bogotá D.C. 09 de abril de 2021

Magistrada
MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
E.S.D.

EXPEDIENTE:	2018-129151
DEMANDANTE:	ANDREAS STIHL AG. & CO. KG
DEMANDADO:	COMERCIALIZADORA Y DISTRIBUIDORA SIERRA S.A.S
ASUNTO:	RECURSO DE APELACIÓN

DIEGO ALEJANDRO HERNANDEZ FLOREZ, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá, identificado con la cedula de ciudadanía No. 1.020.763.448, abogado en ejercicio portador de la Tarjeta Profesional No. 240.999, del C.S. de la J. obrando en calidad de apoderado de la sociedad **ANDREAS STIHL AG & CO KG.**, conforme al poder que obra en el expediente, de conformidad con lo dispuesto por el auto del veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021) del H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil, me reafirmo en el recurso de apelación interpuesto y permito sustentar el recurso de alzada con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se acceda al decreto de las todas las pretensiones de la reforma de la demanda, ya que el a quo no las decreto en su totalidad e integridad.

Lo anterior, teniendo en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

- I) EL USO QUE LA DEMANDADA HACE EN COLOMBIA DE UN DISEÑO CONFUNDIBLEMENTE SIMILAR AL DE MI REPRESENTADA, INFRINGE EL DERECHO DE USO Y EXPLOTACIÓN EXCLUSIVA QUE OSTENTA LA SOCIEDAD ANDREAS STIHL AG. & CO. KG, DE SU DISEÑO INDUSTRIAL CON CERTIFICADO DE REGISTRO 8570, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 129 DE LA DECISIÓN 486**

El inciso segundo del artículo 129 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, establece que:

Artículo 129.- El registro de un diseño industrial conferirá a su titular el derecho a excluir a terceros de la explotación del correspondiente diseño. En tal virtud, el titular del registro tendrá derecho a actuar contra cualquier tercero que sin su consentimiento fabrique, importe, ofrezca, introduzca en el comercio o utilice comercialmente productos que incorporen o reproduzcan el diseño industrial.

El registro también confiere el derecho de actuar contra quien produzca o comercialice un producto cuyo diseño sólo presente diferencias secundarias con

respecto al diseño protegido o cuya apariencia sea igual a ésta. (Resaltado fuera de texto)

De lo anterior, se extrae con claridad que el registro de un diseño industrial otorga a su titular el derecho exclusivo de usarlo y de impedir que terceros exploten o utilicen su diseño industrial total o parcialmente cuando se cumplan alguno de los siguientes presupuestos:

- 1) Que un tercero fabrique, importe, ofrezca, introduzca en el comercio o utilice productos que incorporen o reproduzca el diseño industrial sin autorización del titular del derecho.

Cuando la norma se refiere a la reproducción del diseño industrial hace referencia a una reproducción total del diseño protegido.

Cuando la norma se refiere a la incorporación del diseño industrial hace referencia a utilizar o incorporar parte del diseño industrial protegido.

- 2) Que el tercero utilice, produzca o comercialice productos cuyos diseños industriales sea iguales en cuanto a su apariencia o presente diferencias secundarias respecto del diseño registrado y protegido.

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha manifestado respecto de la incorporación o reproducción del diseño industrial que:

“El artículo 129 de la Decisión 486, no utiliza la conjunción “y” ya que enuncia que el titular de un diseño puede actuar en contra de quienes incorporen o reproduzcan un diseño industrial sin su consentimiento, por lo que se entiende que cualquier persona que añada, incluya o agregue un diseño industrial de un tercero sin su aprobación, incurre en la figura contemplada en el artículo 129 de la Decisión 486.

*Cuando se habla de reproducir nos estamos refiriendo a la totalidad del diseño industrial. Se reproduce todo el diseño industrial protegido, **en cambio, incorporar es utilizar una parte del diseño industrial protegido, en consecuencia, por incorporar debe entenderse que respecto de un diseño existente se incorpora una parte de este en otro.***

*Dicho en otros términos **incorporar es agregar alguna parte del diseño industrial protegido**, agregándole partes propias, mientras que reproducir es imitar copiar el diseño en su totalidad.” (392-IP-2017 del 16 de noviembre de 2018)*

En el presente asunto, quedo **debidamente demostrado** que el actuar de la parte demandada encaja a la perfección respecto de los presupuestos anteriormente señalados y que se encuentran regulados por el artículo 129 de la Decisión 486 de 2000 y, por ende, es claro para esta parte que el *a quo* se equivocó al no acceder a las pretensiones motivo de la presente apelación. Veamos:

- 1) El “análisis comparativo” que realizó la Superintendencia, fue el siguiente:

“Ahora en cuanto a las diferencias estéticas entre las motosierras STIHL de la demandante y la motosierra comercializada por la demandada. Se habla de diferencias por cuanto uno de los presupuestos establecidos en el artículo 129 de la Decisión 486 de 2000, hace relación a diferencias secundarias más no similitudes.

Teniendo en cuenta las anteriores evidencias, así como la propia observación que hace el despacho de los productos enfrentados; por un lado, el que incorpora el diseño industrial de la demandante y, por el otro, el alegado como infractor, es claro que las diferencias entre uno y otro radican en lo siguiente:

Voy a referirme a las vistas que se tienen en el diseño industrial, tal como fue concedido a la parte demandante. Y teniendo en cuenta que hay varias piezas, voy a tener en cuenta también la mención que dio el perito en el dictamen pericial sobre cada una de las piezas para poderlas determinar y señalar a que piezas estoy haciendo referencia.

Entonces, en cuanto a la vista superior, es decir, esta parte de acá, hay una pieza color naranja que contiene en el diseño de la demandante una separación notoria, lo que hace pensar que se encuentra dividida en dos partes. En cambio, en la motosierra comercializada por la demandada, no se evidencia esa separación. La separación que se ve en el diseño industrial está acá, aproximadamente en la mitad del diseño industrial de la parte demandante.

Ahora, en la parte naranja que se encuentra cerca de la palanca control del freno, esta fue la que evidencie en el dictamen que se hacía referencia el perito, la palanca de control del freno, en la motosierra de la parte demandante se observa un círculo negro, el cual no se encuentra contenido en la motosierra de la parte demandada.

La empuñadura de cuerda de arranque, es decir esta pieza, de la demandante, se evidencia que es más gruesa, tiene un tamaño más grueso, más ancho y se ve más corta; en cambio la motosierra comercializada por la demandada, tiene esta empuñadura más delgada, más larga y, adicionalmente, en la de la parte demandante se evidencia que está acá completamente cerrada y tiene un círculo naranja; la de la demandada no se encuentra completamente cerrada y no tiene un círculo naranja sino tiene una cuerda en la mitad blanca.

Ahora voy a referirme a la vista inferior. La base del minillar posterior tiene una forma casi rectangular, esta es la vista inferior, esta fue la que encontré en el dictamen pericial, que es la pieza a la que estoy haciendo referencia, es decir, la base del manillar posterior, es de una forma casi rectangular en la de la demandante, excepto por una punta que contiene un recuadro negro.

Adicionalmente, en el diseño de la demandante esta pieza cuenta con tres líneas diagonales y no se observa ninguna tapa o figura comprendida dentro estas líneas. La pieza de la motosierra de la demandada, no es rectangular sino que acá se observa una inclinación, no es acá recta como la de la demandante sino que acá tiene una inclinación y contiene 5 líneas, estas 5 líneas, esta 5 piezas, de la cuales se puede observar en el medio de estas 2 contiene 2 piezas circulares.

La zona de la base de motor, contiene unas grietas, esta es la zona de la base de motor que contiene estas grietas o separaciones con formas totalmente diferentes entre uno y otro producto. Este las tiene como con más puntas o más inclinaciones que la de la demandante.

Ahora, voy a hacer referencia a la vista lateral izquierda. El asa de sosten de la demandante es más corta, ancha y con una inclinación hacia la palanca de control más pronunciada; la empuñadora delantera tiene una forma totalmente diferente a la de la demandada y lo mismo sucede con los botones que la contiene. La pieza delantera de color naranja contiene tres piezas que no están presentes en el diseño de la demandante y su forma es totalmente diferente.

En cuanto a la vista lateral derecha, en la parte de atrás del diseño de la demandante se evidencia una pieza, cuando hago referencia a la parte de atrás es acá, se evidencia una pieza que se asimila como una especie de dientes de tiburón, pieza que no se encuentra en el diseño de la motosierra comercializada por la demandada; las rejillas tienen una figura diferente en cuanto a los agujeros y la pieza misma que contiene, es decir, la misma rejilla.

En cuanto a la vista frontal, la rejilla tiene un tamaño, se evidencia un tamaño superior a la de la demandante; el fiador contra aceleraciones involuntarias tiene formas diferentes, el de la demandante, que es esta pieza de acá, el de la demandante es redondo y el de la demandada es rectangular. El asa de sosten es más pequeña en el producto de la demandante. La palanca de freno de la demandante tiene un único orificio y la de la demandada tiene dos orificios. Y, adicionalmente, la motosierra de la demandante en esta parte, en esta pieza de acá, desde esa vista se puede evidenciar que tiene dos soportes, cuando hablo de soportes me refiero a esta parte de acá, la que vincula o la que hace que se una esta pieza con el resto de la motosierra, en la de la demandante tiene unión a este lado y unión a este lado, parte derecha y parte izquierda; en la demandada podemos evidenciar que sólo tiene una unión quedando, por decirlo así, al aire la parte que se encuentra a mi derecha.

En cuanto a la vista posterior, la de la demandante tiene cuatro tornillos, esta es la vista posterior, la foto de la vista posterior, cuatro tornillos que se encuentran ubicados en los extremos de un recuadro en negro que se encuentra a este lado en la de la demandante y no tiene ningún orificio. El diseño de la demandada tiene cuatro tornillos negros ubicados en diferente lugar, es decir, los tornillos negros están desde la mitad, aproximadamente, de esa pieza, hacia abajo en cambio los de la demandante ya se encuentran en los extremos de esa pieza. Y esta pieza tiene dos orificios en la parte superior, además de contar con la figura de un árbol en relieve. Se reitera también lo correspondiente a la palanca de freno con un orificio en la de la demandante y dos en el producto comercializado por la demandada. (Minuto 42:08)

(...)

“En este proceso existen pruebas de la parte demandante que indican una serie de similitudes entre las motosierras, pero no se menciona si existen o no diferencias de carácter secundario entre el diseño de la demandante y el producto comercializado por la demandada. No obstante esto, se resalta una vez más, que el dictamen pericial es claro en concluir que de las piezas analizadas se generó como resultado una similitud de al menos el 90%, sin que sea claro lo relacionado con el 10% restante, lo cual permite deducir que ese 10% podría corresponder a diferencias sustanciales.

Adicionalmente, en dicho dictamen no se tuvo en cuenta un análisis del diseño industrial de la demandante en su totalidad pues sólo se basó en 20 piezas de ese diseño industrial.” (Minuto 43:50)

De lo anterior se concluye que, de acuerdo con el “minucioso” análisis realizado por la Superintendencia, dos diseños deben ser prácticamente idénticos para que exista infracción, descartando por completo la posibilidad de que: 1) el producto infractor reproduzca o incorpore el diseño industrial protegido o; 2) que existan similitudes sustanciales entre estos que los hagan confundibles y similares, lo que en efecto ocurrió en el presente caso.

El análisis realizado por el perito Francisco Herrán no pretendía demostrar que el diseño del producto de la demandada es idéntico al de mi representada, ni así lo exige la Ley para que se declare la infracción, pues como se mencionó anteriormente, existen varios presupuestos en el artículo 129 de la Decisión 486 de 2000.

Este dictamen estaba llamado a demostrar que la motosierra comercializada por la sociedad COMERCIALIZADORA Y DISTRIBUIDORA SIERRA S.A.S.: i) sólo presenta diferencias secundarias respecto del diseño industrial con certificado de registro No. 8570, es decir que, atendiendo alto grado de similitud entre los elementos distintivos de los dos diseños, cercano al 100%, es posible concluir que el diseño utilizado por la demandada no tiene un valor agregado y presenta varias similitudes; ii) que incorpora 20 elementos o componentes del diseño industrial de mi representada los cuales representan una similitud de al menos un 90% en todos y cada uno de los componentes analizados; iii) Que la metodología usada por el perito es un proceso fiable para acreditar la infracción del artículo 129 de la Decisión 486.

2) la Superintendente Delegada en su sentencia señaló:

“A pesar de que las dos motosierras tengan características similares del 90%, como se puede evidenciar con la documental que allegó la parte demandante, es decir, el dictamen pericial, hay elementos estéticos del diseño, como los antes mencionados, que permiten a este despacho diferenciar la apariencia física de los dos productos, lo que significa que las diferencias en el diseño de las dos motosierras podrían ser de carácter significativo y no meramente secundarias.

Así las cosas, deberá este despacho señalar que se desestimarán las pretensiones de la presente demanda correspondientes al diseño industrial por las razones expuesta en la parte motiva de la presente providencia encontrándose pues probadas las excepciones mencionadas.” (Minuto 51:03)

Sobre este asunto, debemos señalar que la Superintendente Delegada no se valió de una prueba debidamente allegada al proceso y, por tanto, hizo un cotejo entre las vistas del diseño industrial de la sociedad ANDREAS STIHL AG. & CO. KG y la motosierra comercializada por la demandada. Señala el *a quo* que, para realizar este análisis comparativo, tuvo en cuenta el dictamen pericial aportado por la demandante, “así como la propia observación que hace el despacho de los productos enfrentados”, llama la atención este último aspecto, ya que de conformidad con lo establecido en el art. 164 del C.G.P. toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, sin embargo, la Superintendencia se vale de su propio criterio para establecer un análisis comparativo, sin siquiera valerse de una

prueba o soporte técnico o científico que así lo permita evidenciar, por tal razón, la Superintendencia carecía de un apoyo probatorio que le permitiera realizar un verdadero comparativo.

En conclusión, el *a quo* no sólo desconoce la idoneidad del perito, que debidamente se acreditó dentro de proceso sino que, además, cuestiona la metodología por él utilizada. El perito expone claramente en el acapite de conclusiones (página 14) las razones por las cuales no se involucraron la totalidad de los elementos y porqué el método utilizado es fiable. No obstante, la señora juez, sin fundamentos técnicos, concluye que “el 10% podría corresponder a diferencia sustanciales” y que se debieron analizar todos los componentes.

Por otra parte, señala el *a quo* que el dictamen se refiere a similitudes y no a diferencias. Frente a este punto, se debe señalar que, el hecho de que el análisis recaiga sobre similitudes de un orden del 90%, demuestra que las diferencias son mínimas y recaen sobre aspectos menores y minuciosos, sobre los cuales el consumidor no presta atención al momento de la compra, por lo que resultan ser secundarias. No tendrían sentido, hacer una análisis sobre diferencias que a los ojos del consumidor medio prácticamente son nulas. Por lo tanto, la existencia de similitudes en un porcentaje del 90%, nos lleva inevitablemente a la conclusión de que las diferencias son prácticamente inexistentes y además que se incorporan elementos del diseño industrial de mi representada.

En nuestro concepto, un grado de similitud de “al menos el 90%” es más que suficiente para probar que el diseño del producto que comercializa la demandada sólo presenta diferencias secundarias del diseño industrial protegido de la sociedad ANDREAS STIHL AG. & CO. KG. pues, como ya se puso de presente anteriormente, acá no se está alegando la identidad entre los dos productos.

Así mismo, con el análisis técnico y no subjetivo efectuado en el dictamen pericial, respecto de la similitud de los 20 componentes del diseño industrial de mi representada y los productos comercializados por la demandada queda más que demostrado que el producto infractor además de tener un porcentaje de similitud del 90%, el producto comercializado por la demandada incorpora elementos del diseño industrial de mi representada.

- 3) Se llama la atención del Tribunal sobre el hecho de que ni la juez ni la contraparte cuestionaron o contradijeron el dictamen pericial aportado con la reforma a la demandan, ni los documentos que acreditaban la idoneidad del señor Francisco Herrán. Tampoco se hizo uso de los mecanismos consagrados en el artículo 228 del CGP para contradecir el dictamen, es decir, no se aportó otro dictamen pericial nuevo ni se solicitó la comparecencia del perito a la audiencia. Asimismo, de haber considerado el despacho que el dictamen generaba dudas, debió hacer uso de sus facultades oficiosas, en los términos del artículo 230 del C.G.P.
- 4) El *a quo* no solo se apartó del dictamen del perito Francisco Herran, sino de los peritajes que se efectuaron dentro del expediente con noticia criminal No. 110016000023201804024, que hacen parte del expediente del presente proceso y que fueron allegados por la Fiscalía General de la Nación.

Respecto del dictamen preliminar rendido por el señor ALVARO ANDRÉS MARTÍNEZ ALVAREZ, miembro y perito de la empresa STIHL S.A.S, dentro de la diligencia de registro y allanamiento realizada el 7 de mayo de 2018 por el funcionario

de Policía Judicial Subintendente Carlos Andrés Rueda Espindola en el Establecimiento de Comercio denominado COMERCIALIZADORA Y DISTRIBUIDORA SIERRA, ubicado en la calle 16 No. 19 A – 11, de la ciudad de Bogotá D.C. el perito MARTÍNEZ ALVAREZ señaló que los elementos incautados generaron recordación y paralelismo del diseño industrial registrado por mi representada (folio 217, cuaderno 8). Esto decía dicho dictamen:

“CARACTERISTICAS DEL DISEÑO INDUSTRIAL DE LA EMPRESA ANDREAS STIHL AG & CO KG.

1. ***Vista superior*** Puede observarse que, en los elementos inspeccionados se encuentran presentes en la misma disposición el manillar y el freno de cadena de color negro, así como la tapa del filtro de aire, la válvula de descompresión y el manillar de arranque, no encontrando diferencias sutiles visuales en la geometría de los mismos. Además, las líneas del contorno tienen la misma trayectoria y dirección que la del diseño industrial.
2. ***Vista lateral derecha***, al igual que en la vista superior, se observa el manillar y el freno de cadena, el círculo central donde se ubica el modelo del equipo, así como las tapas del tanque de combustible y el tanque de aceite, los orificios de refrigeración tiene la misma disposición horizontal y por último se encuentra -presente el manillar de arranque.
3. ***Vista lateral izquierda***, se aprecian la tapa espada, el manillar y el freno de cadena, los orificios de calibración del carburador, el manillar de aceleración.
4. ***Vista lateral inferior***, se puede apreciar la parte inferior del manillar el orificio para regular el caudal de aceite y el tanque de combustible.
5. ***Vista frontal***, se aprecian la tapa del filtro del aire, el manillar y el freno de cadena.
6. ***Vista posterior***, se puede apreciar el silenciador, el freno de cadena y el manillar.

CONCLUSIÓN: *De acuerdo con el análisis anterior, certifico preliminarmente que estos elementos dejados a disposición del suscrito perito, generan recordación por asociación y por paralelismo del diseño industrial registrado ante la superintendencia por la empresa ANDREAS STIHL AG & CO KG., y vulneran el derecho que confiere la ley, al titular de la marca en cuanto a registro de modelos 3d. En estos términos, se deja rendido el presente análisis.*

Ahora, en el mismo expediente remitido por la Fiscalía, se encuentra el INFORME DE INVESTIGADOR DE LABORATORIO del LABORATORIO DE DOCUMENTOLOGÍA SIJIN, rendido por el perito en documentología NESTOR ZULUAGA TORRES el 27 de noviembre de 2018, donde se señala (folio 102, cuaderno 9) que se analizaron: “*Quinientos noventa y siete (597) motores de motosierra en tonalidad naranja y crema, donde poseen referencias tales como 381 y 360...*”.

Recordemos que la sociedad ANDREAS STIHL AG & CO KG usa en el mercado nacional el diseño industrial con certificado de registro No. 8570, para identificar la

motosierra con referencia MS381, referencia que estaba presente en las motosierras incautadas en los establecimientos de la demandada, lo que acentúa la similitud entre los productos y la intención de copiar las características de los productos originales de la demandante.

En dicho informe de laboratorio se concluyó que (folio 113, cuadernos 9):

“9. INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

*9.1. Los motores de motosierra descritos en el numeral 3.1.1 del presente informe y representados como motores TIPO 2, **presentan COMPLETA correspondencia de diseño** con relación lo observado en el material auténtico de la marca STIHL, según lo expuesto en el numeral 8.2 de esta experticia.*

*9.2. Los motores de motores descritos en el numeral 3.1. del presente informe y representados como motores TIPO 1, **ostentan similitud de diseño** con relación a lo observado en el material genuino de la marca STIHL, conforme lo mencionado en el numeral 8.3 de este informe pericial.”*

Algunas de las similitudes puestas de presente por el perito, fueron las siguientes (folio, 112, cuaderno 9):

“Como se observa en la imagen, la disposición de la agarradera de la maquina ostenta completa correspondencia con maquina indubitada, de igual manera el corte de la pasta de color negro con la pasta gris inferior se corresponde, el obturador, el botón de fijación de obturación y la pestaña anterior, se corresponden en plenitud.

(...)

El asa de agarradera y la palanca de control del heno presentan correspondencia en cuanto a posición y morfología entre los elementos dubitados e indubitados.

(...)

Las maquinas genuinas de la marca Stihl ostentan una circunferencia en la zona central de la rejilla de ventilación lateral donde se ubica el sticker con la referencia y marca, característica concordante con el material dubitada,

(...)

Por otra parte; los productos de STIHL ostentan una coloración particular, como lo es un tono naranja en la zona superior y el tono gris en la región inferior de cada una de sus máquinas, esta correspondencia se aprecia en el material dubitado.”

Como puede observarse, el dictamen pericial del Dr. Herran aportado por la demandante, el dictamen preliminar realizado por el perito de la empresa STIHL S.A.S y el informe de laboratorio rendido por el documentólogo de SIJIN, coinciden en la similitud existente entre el diseño industrial de la sociedad ANDREAS STIHL y el diseño del producto WSA TOOLS 52CC YD-HY-58B ORANGE CHAIN SAW comercializado por la demanda, incluso coinciden en mencionar elementos, tales como:

manillar y freno de la cadena, círculo central en la rejilla de ventilación, tapas de los tanques de aceite y combustible, colores de las maquinas, entre otros.

Sin embargo, la Juez no tuvo en cuenta estos valiosos elementos probatorios al momento de cotejar los diseños industriales, ni siquiera hizo referencia a los documentos allegados por la Fiscalía en su decisión, por el contrario, insiste en apartarse de la opinión de los expertos y prefiere hacer un análisis subjetivo, que como ya se demostró y argumento suficientemente, no se ajusta a lo probado en el proceso, ni a los criterios fijados para la comparación entre diseños industriales.

Se concluye entonces que se configuro un defecto factico en razón a que la Juez toma una decisión apartándose de sendo material probatorio que demostraba la violación de derechos de mi representada y que se encuentran consagrados en el art. 129 de la Decisión 486 de 2000.

Por lo tanto, en la sentencia se evidencia incongruencia entre lo probado y lo resuelto, a pesar, de que se probó la existencia de similitudes sustanciales y la incorporación de varios elementos del diseño industrial de mi representada con respecto al producto comercializado por la demanda, el Juez decidió desestimar las pretensiones relacionadas con la infracción del diseño industrial con certificado de registro No. 8570.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, respetuosamente solicitamos al Honorable Tribunal declarar en su integridad las pretensiones segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava de la demanda.

II) EXISTIO INFRACCIÓN A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL DE MI REPRESENTADA RESPECTO DE LA MARCA STIHL (MIXTA) CON CERTIFICADO DE REGISTRO NO. 98445 EN LOS TÉRMINOS DEL LITERAL A) DEL ARTÍCULO 155 DE LA DECISIÓN 486 DE LA COMUNIDAD ANDINA

El *a quo* no declaro la infracción de la marca STIHL (mixta) con certificado de registro No. 98445 en los términos del literal a) del artículo 155 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, teniendo como fundamento lo siguiente:

“Si bien la parte demandante menciona este literal del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, no es menos cierto que, simplemente, lo indica o lo menciona o hace referencia a este literal y lo transcribe, pero del contenido de la demanda como tal, no se logra evidenciar alguna manifestación relativa a que efectivamente la demanda sea la persona encargada de la marca STIHL a las espadas, a los productos incautados” (Minuto 25:05)

No obstante, no compartimos esta apreciación del *a quo* y se solicita respetuosamente al Honorable Tribunal que acceda a declarar la infracción de la marca STIHL (mixta) con certificado de registro No. 98445 en los términos del literal a) del artículo 155 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina como se solicita en la pretensión cuarta de la reforma de la demanda, como quiera que en el presente caso quedo demostrado que:

- 1.1. Dentro de los elementos incautados en las diligencias de registro y allanamiento adelantadas por la Fiscalía General de la Nación el día 7 de mayo de 2018 en varios establecimientos de la demandada, se encontraron no sólo motosierras y espadas sino, además, accesorios y stickers con los símbolos y texto de la marca STIHL (folio 128, cuaderno 9).

- 1.2. Es claro que ANDREAS STIHL AG. & CO. KG. no puso la marca en dichos productos, es precisamente esta circunstancia, entre otras, la que da origen a este proceso por infracción.
- 1.3. La demandada señaló a lo largo del proceso que importa los productos que comercializa desde China. Sin embargo, en los documentos por ella exhibidos, no se indica que los productos importados tengan la marca STIHL, por lo que no se puede concluir que sea un tercero quien los fabrica y aplica los signos que los identifican.
- 1.4. En el proceso no obra prueba alguna que demuestre que la sociedad COMERCIALIZADORA Y DISTRIBUIDORA SIERRA S.A.S no sea quien haya aplicado o colocado la marca STIHL (mixta) con certificado de registro No. 98445 en las espadas
- 1.5. Entre mi representada y la demanda no existe un contrato de licencia de marca.

Además, de conformidad con el artículo 20 del Estatuto del Consumidor se presume que quien usa el signo en el comercio es quien lo aplica. Sobre el particular dicha norma establece que *“cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto”*.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro de la interpretación prejudicial No. 134-IP-2020, ha reivindicado el derecho de exclusividad que le asiste al titular marcario para autorizar toda comercialización de productos identificados con su marca, y la necesidad que tiene los comerciantes de obtener autorización de uso de una marca:

4.3. «¿El derecho al uso exclusivo de una marca prohíbe que terceros comercialicen los productos que la contienen a pesar de ser esa su actividad comercial?»

La respuesta es sí, a menos que se demuestre que se tiene autorización del titular del derecho de propiedad industrial de usar la marca en la comercialización de dichos productos. La Sala consultante puede tomar en consideración los siguientes parámetros, extraídos de la línea jurisprudencial reiterada de este Tribunal respecto del Artículo 154 de la Decisión 486 que establece lo siguiente:

(...)

4.4. «¿Todo comerciante de una clase de productos debe tener autorización del titular de cada una de las marcas que comercializa?»

La respuesta es sí.

En el presente caso, la demandada, quien se presume como el comerciante por tener en sus bodegas varias unidades de espadas identificadas con la marca STIHL, no contaba con autorización del titular marcario para comercializar los productos identificados con la marca de referencia.

Esto le quita sustento jurídico al razonamiento de la *a-quo*, según el cual la demandada se ve relevada de su responsabilidad como infractor marcario porque, según su concepto, *“no se logra evidenciar alguna manifestación relativa a que efectivamente la demanda sea la persona encargada de la marca STIHL a las espadas, a los productos incautados”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitamos que se declare que COMERCIALIZADORA Y DISTRIBUIDORA SIERRA S.A.S ha infringido los derechos de propiedad industrial de ANDREAS STIHL AG. & CO. KG. de conformidad con lo dispuesto en los literales a) y d) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, como se señalo en la pretensión cuarta de la reforma de la demanda.

III) SE DEBE ACCEDER A LA PRETENSIÓN NOVENA YA QUE LA SUPERINTENDENCIA NO ADOPTÓ LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA EVITAR LA CONTINUACIÓN O LA REPETICIÓN DE LA INFRACCIÓN A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL DE LA SOCIEDAD ANDREAS STIHL AG. & CO. KG. POR PARTE DE LA SOCIEDAD COMERCIALIZADORA Y DISTRIBUIDORA SIERRA S.A.S

El artículo 241 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina establece que:

Artículo 241.- El demandante o denunciante podrá solicitar a la autoridad nacional competente que se ordenen, entre otras, una o más de las siguientes medidas:

(...)

f) la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación o la repetición de la infracción, incluyendo la destrucción de los productos, materiales o medios referidos en el literal c) o el cierre temporal o definitivo del establecimiento del demandado o denunciado; o,

g) la publicación de la sentencia condenatoria y su notificación a las personas interesadas, a costa del infractor.

Tratándose de productos que ostenten una marca falsa, la supresión o remoción de la marca deberá acompañarse de acciones encaminadas a impedir que se introduzcan esos productos en el comercio. Asimismo, no se permitirá que esos productos sean reexportados en el mismo estado, ni que sean sometidos a un procedimiento aduanero diferente. (resaltado fuera del texto)

En nuestro concepto, como quiera que en la pretensión novena mi representada solicito a la Superintendencia adoptar las medidas necesarias para evitar que los bienes infractores se introduzcan en el comercio y se continúen violando los derechos de mi representada, se solicitar al Honorable tribunal que aceda a dicha petición y que de conformidad con el literal f del artículo 241 de la Decisión 486 de 200 ordene la destrucción de los productos infractores y el cierre del establecimiento de comercio donde fueron incautadas las espadas de motosierras.

IV) SE DEBE CONDENAR A LA DEMANDA A PAGAR A FAVOR DE MI REPRESENTADA LOS PERJUICIOS A ELLA CAUSADOS CON OCASIÓN DE LA INFRACCIÓN DE SUS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

La Delegatura de la Superintendencia de Industria se abstuvo de declarar las pretensiones décima, decima primera y decima segunda de la reforma de la demanda, aduciendo que el juramento estimatorio se basa solamente en la venta de motosierras, y no de las espadas. Al respecto, esto fue lo que manifestó el a quo:

“el juramento estimatorio se basa en la venta de motosierras, es decir, del diseño industrial de la demandante, sin que se precise lo correspondiente al valor de las

espadas individualmente consideradas, situación frente a la cual es dable mencionar que en el presente proceso se declaró únicamente la infracción de derechos de propiedad industrial respecto de la marca STIHL (mixta) con certificado de registro No. 98445 contenida en unas espadas y no del diseño industrial como tal.”

Sin embargo, es erróneo lo afirmado por la Superintendencia como quiera que el juramento estimatorio en ningún momento se refiere solo las motosierras, sino que hace referencia a las ventas en general de un distribuidor autorizado, en las que se incluyen tanto motosierras como espadas. Veamos:

- 1) Sobre el juramento estimatorio, el escrito de la reforma de la demanda establecía lo siguiente:

“JURAMENTO ESTIMATORIO

*Mi representada estima el valor de la cuantía de las pretensiones de la presente demanda en la suma de **DOSCIENTOS SETENTA MILLONES DE PESOS (\$270.000.000)** moneda legal colombiana.*

La anterior suma corresponde al lucro cesante de la sociedad STIHL S.A.S., y se obtiene de multiplicar el valor promedio de la utilidad obtenida por STIHL S.A.S., por las ventas mensuales realizadas por un distribuidor autorizado, ubicado en la ciudad de Bogotá, cuyas características son similares a las del demandado, por el número de meses transcurridos desde la fecha en que se realizó la compra con la cual se evidenció la infracción y hasta la fecha de presentación de la reforma a la demanda:

Lucro Cesante	<i>Valor promedio de la utilidad obtenida por STIHL S.A.S., por las ventas mensuales realizadas por un distribuidor autorizado STIHL S.A.S., ubicado en la ciudad de Bogotá D.C., cuyas características son similares a las del demandado</i>	X	<i>Número de meses transcurridos desde la fecha en que se realizó la compra con la cual se evidenció la infracción y la fecha de presentación de la reforma a la demanda</i>
=			

Lucro cesante= 18.000.000 X 15

Lucro Cesante= 270.000.000

Para obtener el valor promedio de la utilidad percibida por STIHL S.A.S., debe tenerse en cuenta la certificación de fecha 3 de enero de 2018, que se adjunta al presente escrito de demanda, expedida por el señor Juan Alejandro González Arango, quien, en su calidad de Gerente General de la Sociedad STIHL S.A.S., certifica que un distribuidor autorizado de STIHL en la ciudad de Bogotá, puede realizar compras mensuales por un valor promedio de aproximadamente \$68.000.000, lo que puede representar para STIHL S.A.S., una utilidad superior a 18.000.0000.

Lo anterior es corroborado con la certificación expedida el 9 de agosto de 2018 en la que se evidencian los movimientos de dos distribuidores autorizados de STIHL en la ciudad de Bogotá, con la cual se demuestra que las compras realizadas en promedio durante el último año son de CIENTO TRECE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA MIL NOVECIENTOS VEINTE OCHO PESOS (\$113.230.928) mensuales, quedando para STIHL S.A.S una utilidad promedio mensual de VEINTE NUEVE MILLONES ONCE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$29.011.742).

Distribuidor Autorizado	NIT	Promedio Mensual	Costo promedio mensual	Utilidad Bruta
Maquicampo & Cía SA	830.090.766-9	120,541,556	89,142,038	31,399,518
Edgar Sarmiento Villate	79.413.994-6	105,920,299	79,296,332	26,623,967
Promedios		113,230,928	84,219,185	29,011,742

Respecto de dichos perjuicios y de conformidad con el artículo 1615 del código civil, los mismos se deben desde la constitución en mora del deudor por parte del acreedor,¹ el cual se constituye en mora a partir de la notificación del auto admisorio de la presente demanda conforme lo señala el artículo 94 del código general del proceso².

- 2) Como puede observar el Honorable Tribunal, el juramento estimatorio hace alusión a el “Valor promedio de la utilidad obtenida por STIHL S.A.S., por las ventas mensuales realizadas por un distribuidor autorizado STIHL S.A.S., ubicado en la ciudad de Bogotá D.C., cuyas características son similares a las del demandado”, por lo que no es cierto que el juramento estimatorio se base únicamente en la venta de motosierras, como erróneamente lo señalo del a quo.
- 3) De otro lado, si revisamos las certificaciones que sirven de soporte a la cifra antes mencionada en el juramento estimatorio, en ellas se señala lo siguiente:
 - Certificación de fecha 3 de enero de 2018:

“Certificamos por medio de la presente:

Que un DISTRIBUIDOR AUTORIZADO STIHL en la ciudad de Bogotá, puede realizar compras mensuales a STIHL S.A.S. en promedio solo en

¹Código Civil. ARTICULO 1615. CAUSACION DE PERJUICIOS. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.
² Código General del Proceso. Artículo 94. Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación...

maquinaria de aproximadamente COP 68.000.000 lo que puede representar una utilidad para STIHL superior a COP 18.000.000.”

- Certificación expedida el 9 de agosto de 2018:

“En nuestra calidad de Representante Legal y Contadora Publica de STIHL S.A.S. identificada con NIT 900.599.745-4, certificamos que durante el periodo Agosto 2017 y Julio 2018, los siguientes distribuidores autorizados de nuestra marca STIHL ubicados en la ciudad de Bogota, presentaron los siguientes movimientos promedios mensuales.

Distribuidor Autorizado	NIT	Promedio Mensual	Costo promedio mensual	Utilidad Bruta
Maquicampo & Cía SA	830.090.766-9	120,541,556	89,142,038	31,399,518
Edgar Sarmiento Villate	79.413.994-6	105,920,299	79,296,332	26,623,967
Promedios		113,230,928	84,219,185	29,011,742

”

Como se puede apreciar, en las certificaciones aportadas de los productos comercializados por tales distribuidores, tampoco se señala exclusivamente a motosierras y no a espadas. Allí se hace referencia a “compras mensuales a STIHL S.A.S. en promedio solo en maquinaria” y a “movimientos promedios mensuales”.

- 4) Por otro lado, las facturas allegadas con la reforma a la demanda, se evidencia que allí se observa que en varias de ellas se mencionan espadas, entre otros accesorios, a continuación se citan algunos ejemplos:

- **CLIENTE: EDGAR SARMIENTO VILLATE**

- FACTURA DE VENTA FV36238:

30050004713 Espada R 40cm/16" 1,6mm/0.063" .32

- FACTURA DE VENTA 36029:

30030005231 Espada R 63cm/25" 1,6mm/0.063" 3/8
30030009431 Espada S 63cm/25" 1,6mm/0.063" 3/8

- FACTURA DE VENTA 36996:

30030008453 Espada D 90cm/36" 1,6mm/0.063"
30030008453 Espada D 90cm/36" 1,6mm/0.063"

- FACTURA DE VENTA 38595:

30030086121 Espada R 50cm/20" 1,6mm/0.063" 3/8

- FACTURA DE VENTA 38619:

30050004813 Espada R 40cm/16" 1,3mm/0.05" 3/8"

- **CLIENTE: MAQUICAMPO Y CIA SAS**

- FACTURA DE VENTA V34715:

30050083913 Espada R 40cm/16" 1,1mm/0.043"
30030008453 Espada D 90cm/36" 1,6mm/0.063"
30050004709 Espada R 35cm/14" 1,6mm/0.063"
30030005231 Espada R 63cm/25" 1,6mm/0.063"
30030009431 Espada S 63cm/25" 1,6mm/0.063"

- FACTURA DE VENTA V34814:

30050004817 Espada R 45cm/18" 1,3mm/0.05"

- FACTURA DE VENTA V35211:

30050004709 Espada R 35cm/14" 1,6mm/0.063"
30030009431 Espada S 63cm/25" 1,6mm/0.063"

Las anteriores, son solo algunas de las facturas donde se puede evidenciar que los distribuidores autorizados comercializan no sólo motosierras sino, además, espadas, así como otras partes de motosierra y sus accesorios.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, sorprende a mi representada la conclusión del juez de primera instancia, la cual es errónea y carece de todo soporte. La evaluación del juramento estimatorio, así como de los documentos que lo soportan fue realizado a la ligera, privando a la sociedad ANDREAS STIHL de una indemnización a la que, a todas luces, tenía derecho.

Además, por si fuera poco, debo señalar que la parte demandada no objeto de manera acertada el juramento estimatorio, aspecto este que el a quo si reconoció y estableció en su decisión.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el literal b) del art. 243 de la Decisión 486 establece como criterio concurrencial para calcular la indemnización de los daños y perjuicios el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción. Sobre el particular, hay que recordar que el demandado obtuvo cuantiosas utilidades por la comercialización de productos que infringían los derechos de propiedad industrial de mi cliente. Así las cosas, es procedente declarar los perjuicios ocasionados por cuanto quedo probada la infracción, el daño y los beneficios obtenidos por la demandante como resultado de su actuar ilegal.

Así las cosas, aun cuando la juez no declaró la infracción al diseño industrial, decisión que no comparte este extremo procesal, como ya se puso de presente, se debió haber declarado la indemnización de perjuicios a favor de mi representada, no sólo porque el juramento estimatorio de realizó de manera correcta sino, además, porque la objeción al juramento estimatorio no cuestionó las cifras allí contenidas.

Por lo anterior, solicito al Honorable Tribunal acceda a las pretensiones décima, decima primera y decima segunda de la reforma de la demanda y condene a la demandada a pagar los perjuicios a mi representada, de conformidad con el juramento estimatorio.

Teniendo en cuenta todo lo aquí manifestado, téngase por sustentado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en audiencia del once (11) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) dentro del expediente de la referencia, de acuerdo a lo solicitado en auto del veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021) emitido por el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil.

SOLICITUD

Con fundamento en lo anterior, solicito al Honorable Tribunal que revoque la sentencia impugnada y, en consecuencia, decrete todas y cada una de las pretensiones formuladas en la reforma de la demanda como aquí se precisó.

Cordialmente,



DIEGO ALEJANDRO HERNANDEZ FLOREZ

C.C. No. 1.020.763.448

T.P.No. 240.999 del C.S. de la J.

HONORABLES MAGISTRADOS

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA CIVIL

MAGISTRADO PONENTE: DOCTORA NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARON

E.....S.....D.

PROCESO DE PERTENENCIA POR PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE DOMINIO

DEMANDANTE : NUBIA ESPERANZA RIAÑO ACERO

**DEMANDADOS : COMPAÑEROS UNIDOS PARA EL PROGRESO S.A. EN LIQUIDACIÓN
E INDETERMINADOS**

PROCESO : No.1310300620180010700

**ASUNTO. SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA PROFERIDA EL
DÍA 1º DE DICIEMBRE DE 2020 JUZGADO 6º. CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

Honorables Magistrados:

CARLOS EMIRO ROBAYO MONROY, obrando en calidad de apoderado de la señora **NUBIA ESPERANZA RIAÑO ACERO**, quien obra como demandante en este proceso, de la referencia, con el debido respeto sustento el **RECURSO DE APELACIÓN**, en contra del fallo desfavorable en contra de mi mandante, en sentencia proferida en audiencia de oralidad el día 1º de diciembre del presente año, estando dentro del término concedido por el Honorable Tribunal, en los siguientes términos:

DE LA SENTENCIA:

El Señor Juez, fundamenta su sentencia en que la demandante, en su respuesta en el interrogatorio de pate, al preguntársele “desde cuando se considera propietaria del inmueble”, la respuesta fue “que pasados seis o siete años ella se considera “segura” y por ello procede a computar que desde el año 2000 al 2007 no se cuenta y que desde el año 2008 al 2018 no está el tiempo de los 10 años exigidos por la Ley para acceder a la prosperidad de la petición.

DEL MOTIVO POR EL CUAL EL SUSCRITO INTERPUSO EL RECURSO DE APELACIÓN:

Como los Honorables Magistrados, podrán observar el suscrito interpuso el Recurso de Apelación, en razón al no estar de acuerdo en el computo de los términos tomados por el Sr. Juez, para la intervención de arrendataria a poseedora y no tener en cuenta las pruebas recepcionadas y aportadas, además no hacer una valoración integral con fundamento en la Sana Critica. .

Con todo respeto, debo referirme a la respuesta, dada por la demandante Señora NUBIA ESPERANZA RIAÑO ACERO, ella manifiesta que se siente "segura" después de un tiempo 6 a 7 años.-

Vale la pena, Honorables Magistrados, por vía de hipótesis, que la palabra "segura" significa que deba anularse o no tener en cuenta este periodo, encuentro lo siguiente:

Fecha de inicio del contrato: 1º. De abril de 2000

Fecha en que se termina el contrato: 30 de junio de 2000 y abandono del inmueble por parte del arrendador.-

Fecha de inicio de la posesión: 1º de julio de 2000

Fecha de presentación de la demanda: 26 de febrero de 2018

Y repasamos la cuenta que hace el Señor Juez se observa que al restar 7 años tiempo máximo que ella toma para decir que se siente "segura", el tiempo seria 1º de julio de 2000 al 30 de mayo de 2007 TIEMPO QUE PERDERIA LA DEMANDANTE, atendiendo la **rigurosidad de su respuesta.**

Ahora bien desde el 26 de febrero de 2018 (fecha de presentación de la demanda) al 1º de julio de 2007 (fecha que toma el Sr. Juez para contar el periodo de la Posesión, tenemos que existen 10 años, 7 meses y 25 días, con los cuales se accedería al tiempo requerido por la Ley 791 de 2001, que es de 10 años para la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.

De otra parte, Honorables Magistrados, la palabra "segura", utilizada por la demandante es muy ambigua dado que no dio en su respuesta una fecha exacta y por lo tanto su interpretación es muy subjetiva, máxime que el Sr. Juez, no preguntó que quería ella decir con la palabra "segura" y solo con esta respuesta, no es suficiente para determinar la

existencia del tiempo requerido por la Ley 791 de 2001 para establecer el periodo de los 10 años.- Por ello, con debido respeto, al interponer el Recurso de Apelación, mi fundamento es que no se valoraron las otras pruebas a la luz de la Sana Crítica, y por ello con todo respeto, debo acudir.

1º. La valoración de los testimonios y allí sin lugar a dudas encontramos que las tres personas:

1. Willy Orlando Martínez, c.c. 79.559.877
2. Luis Alejandro Garzón Prieto, c.c.80.386.158
3. Rosabel Olis Osorio, c.c. 41.727.941

Manifiestan al unísono que reconocen a la señora ESPERANZA RIAÑO ACERO, desde el año 2005 como la propietaria del inmueble objeto de la petición de pertenencia.

2º. Que la señora NUBIA ESPERANZA RIAÑO ACERO, realizó los pagos de reconexion de servicios públicos, mejoras en el inmueble al construir los módulos en aluminio que permitieron arrendar los mismos.

3º. Que durante su permanencia como arrendatarios, de los módulos comerciales, le cancelaron los cánones de arrendamiento a la Sra. NUBIA ESPERANZA RIAÑO ACERO, siendo ella quien cancelaba los servicios públicos del inmueble.

4º. Que la posesión de la señora NUBIA ESPERANZA RIAÑO ACERO, nunca fue interrumpida, la hizo en forma pública, sin violencia y que solo con el proceso de extinción de dominio por interés público del IDU, para la construcción de la vía Bosa, noviembre de 2018, razón por la cual tanto ellos como la arrendadora fueron privados del uso y usufructo del inmueble

ESTOS TESTIMONIOS QUE NO DEJAN UNA EVENTUAL DUDA, por lo que deben ser tenidos en cuenta para la decisión que el Honorable Magistrado Ponente, deba de tomar.

Que el perito nombrado por el Despacho, corrobora la existencia de la vía y por lo tanto la demolición del inmueble objeto de la pretensión, razón por la cual no pudo rendir el respectivo experticia.-

Que existe prueba documental sobre los contratos de arrendamiento DESDE EL AÑO 2005 y los testimoniales que, tomando este tiempo hasta noviembre de 2018, tenemos más de trece (13) años; y si tomamos los pagos del impuesto predial del 2001 al 2018, tenemos 18 años aproximadamente, situaciones estas que nos llevan a pensar que efectivamente, la señora NUBIA ESPERANZA RIAÑO ACERO cumple con el requisito del tiempo requerido en ejercicio de su posesión, donde en todo este periodo ha realizado los actos de señora y dueña, en forma pacífica, quieta, e ininterrumpida señalada por la ley.

PETICIÓN

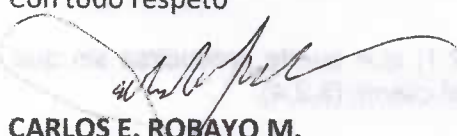
Estas apreciaciones Honorables Magistrados, junto a las pruebas objetivas que se aportaron, demuestran los actos posesorios, y por lo que acudo con todo respeto a la Jurisprudencia del Honorable Tribunal y la Honorable Corte Suprema para solicitar respetuosamente la **REVOCATORIA DE LA SENTENCIA. Y PROFERIR EN SU REEMPLAZO LA ACEPTACIÓN DE LAS PRETENSIONES.-**

DERECHO

2518 del Código Civil, Ley **781 de 2001** artículo 762 del Código Civil-

En los anteriores términos Honorables Magistrados, dejo sustentado el Recurso, suplicando, con todo respeto, tenerlas en cuenta al tomar la decisión que en Derecho y Justicia corresponde.

Con todo respeto


CARLOS E. ROBAYO M.

T.P. 33923 DEL CSJ

C.C. 17.041.682 DE BOGOTÁ

Teléfono 310 336 2314

Correo: mabesar47@hotmail.com

110013103012201700001 01

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.
S E C R E T A R I A
SALA CIVIL
Avenida Calle 24 No. 53 – 28 Oficina 305 C
Teléfono: 4233390

Magistrado : **JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA**

Procedencia : 012 Civil Circuito

Código del Proceso : 110013103012201700001 01

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Verbal

Recurso : Queja

Grupo : 32

Repartido_Abonado : REPARTIDO

Demandante : FUNDACION HOSPITAL DE LA MISERICORDIA

Demandado : JOSE IGNACIO RIAÑO FONSECA Y O

Fecha de reparto : 12/4/2021

C U A D E R N O : 2



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

Fecha: 12/dic./2021

11001310301220170000101

Página 1

GRUPO RECURSOS DE QUEJA

CD. DESP

018

SECUENCIA

2425

FECHA DE REPARTO

12/dic./2021

REPARTIDO AL DOCTOR(A)

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

IDENTIFICACION

8999991237

39684313

NOMBRE

HOSPITAL DE LA MISERICORDIA

JOSE IGNACIO BORJA TAFUR

APELLIDO

PARTI

01 --

02 --

11/11/2021 11:11:11

OBSERVACIONES:

BOGOTSHL024

mg/ary/acy

FUNCIONARIO DE REPARTO

*ABOGADOS ASOCIADOS
ESPECIALISTAS EN DERECHO DE FAMILIA Y ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DEL CAUCA Y LIBRE DE COLOMBIA
Calle 19 No. 4 – 74. Oficina 504, Edificio Coopava. Tel. 3188849777- 3054899292
Bogotá.*

Bogotá, D.C. 12 de abril de 2021

HONORABLE

MAGISTRADA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

E. _____ S. _____ D. _____

Asunto: ME PERMITO SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA EMITIDA EN ORALIDAD DE FECHA 26 DE OCTUBRE DEL AÑO EN CURSO ARTICULO 322 DEL C.G.P.

Referencia: DECLARATIVO DE SIMULACIÓN

Demandantes: AMPARO, EDUARDO, ALVARO Y RICARDO RODRÍGUEZ NAVARRETE.

Demandados: CARMEN ELISA NAVARETE VIUDA DE RODRÍGUEZ HOY FALLECIDA, JOAQUÍN, ENRIQUE, LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ NAVARRETE Y SOCIEDAD INVERSIONES CENADRO S.A.S.

Radicado: 2018 - 0265

MARÍA FLORINDA IRUA TAIMAL, mayor de edad vecina de esta ciudad identificada con cédula de ciudadanía No. 27.175.430, expedida en Cumbal. Nariño, abogada en ejercicio e inscrita con T.P. No. 175.622 del C.S.J., en calidad de apoderada de los Señores **AMPARO, EDUARDO, ALVARO Y RICARDO RODRÍGUEZ NAVARRETE**, vecinos y domiciliados en la ciudad de Bogotá, quienes se identifican con las Cédulas de Ciudadanías Nos. 51.564.915, 17.186.229, 19.099.666 y 19.197.683 de Bogotá, mediante el presente escrito, encontrándome dentro de los términos que la ley me otorga, con todo respeto me permito a los Honorables Magistrados: **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN CON EL FIN DE PRECISAR DE MANERA BREVE LOS REPAROS CONCRETOS QUE JUSTIFICA EL RECURSO DE APELACIÓN QUE FUE PRESENTADO EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DE FECHA 26 DE OCTUBRE DEL AÑO EN CURSO, conforme a lo siguiente:**

I.- SUSTENTO NORMATIVO DEL RECURSO

Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, Artículo 1781 del C.C., y ley 28 de 1932. Las siguientes, son las razones concretas del inconformismo dictado en el fallo de sentencia:

1.- DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL:

El fallador de primera instancia, con su decisión, desconoció el precedente judicial, toda vez que las altas Cortes han seguido una línea jurisprudencial que traigo a colación así:

"Radicación No. 05001-31-03-13-2008-00228-001"

"La SIMULACIÓN, la ostenta quien tenga un derecho regularmente constituido que "pueda ser afectado por el acto aparente" ocasionándole un perjuicio".

"En ese orden de ideas la acción de simulación no solo pueden ejercitarla los contratantes simuladores, sino también los herederos de estos y aun terceras personas, como los acreedores, cuando tienen verdadero interés jurídico. En lo que atañe, a los herederos estos pueden asumir una posición diferente, ósea iure propio o iure heredero"

"SENTENCIA. SC. 837 de 2019".

"PRINCIPIO DE RELATIVIDAD- *La acción de simulación de un contrato puede ejercitarse por la misma persona que lo celebró, sin embargo, sus herederos también están facultados para promover una acción de esta estirpe en aras de pedir la prevalencia del acto oculto sobre el acto ostensible. (SC837-2019; 19/03/2019)"*

"SIMULACIÓN- *Acción que tiene quien se vea seriamente lesionado con el negocio aparente, para que salga a la luz su genuino alcance, con el fin de que desaparezca la fachada que impide hacer efectivos los derechos del afectado, siendo un medio tendiente a que se revele la esencia de lo que resulta ajeno a la realidad, ya sea por mera suposición o por desfiguración y prevalezca la verdad. Reiteración de la Sentencia de 30 de octubre de 1998. (SC837-2019; 19/03/2019)"*

"En el primer evento, la Corte tiene definido que cuando la acción de simulación corresponde al heredero o cónyuge sobreviviente, es decir, cuando se inicia por las consecuencias directas para ellos, por afectar la masa social o de la herencia, el fallecimiento del causante hace que estos adquieran, desde ese momento, iure proprio -la legitimación para actuar- y el término prescriptivo contará desde ahí. (CSJ, S. Civil, Sent. 119972016, ago. 29/16, entre muchas".

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. **"Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, están legitimados para formular la acción de simulación** no solo las partes intervinientes en el concilio simulatorio, sino también sus **herederos** y los terceros cuando el acto fingido les acarrea un perjuicio cierto y actual".

ABOGADOS ASOCIADOS
ESPECIALISTAS EN DERECHO DE FAMILIA Y ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DEL CAUCA Y LIBRE DE COLOMBIA
Calle 19 No. 4 – 74. Oficina 504, Edificio Coopava. Tel. 3188849777- 3054899292
Bogotá.

1.- Con todo el respeto HONORABLE MAGISTRADA. El señor juez de primera instancia vilola un derecho que a mis mandantes les asiste legalmente, puesto que en reiteradas jurisprudencia de la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, AMPLIO LA LEGITIMACIÓN EN LA CUASA**, de las cuales se desprende claramente, que mis poderdantes si tienen legitimación en en la causa para accionar como herederos de su difunto padre y a la fecha de su madre **CAREMEN ELISA NAVARRETE DE RODRÍGUEZ**, es evidente que el señor juez de primera instancia erro en su fallo al negar las pretensiones pedidadas en el libelo demandatorio desconociendo la norma, jurisprudencia y la ley que lo tipifica.

2.- Esta probado su señoría contundentemente, con todas las pruebas arrimadas al proceso de simulación, el plenario del proceso de sucesión que cursa en el juzgado 9 de Familia de Bogotá, con radicado No. 2015- 491, como son las escrituras, cetificados de tradición, certificados de Camara de comercio, cuentas de los bancos de todos los bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal vigente conformada por los esposos **RODRÍGUEZ – NAVARRETE, con dineros de la sociedad conyugal.**

3.- Honorable Magistrada, respetuosamente, el sentenciador del fallo desconocio por completo las normas y la ley, el articulo 1781 del Código Civil y la ley 28 de 1932, al argumentar que los bienes objeto de la simulación no estaban inventariados, argumento errando por la primera instancia, pues como iban a estar inventariados la finca la magnolia y el edificio de la 19 de la urbanización ciudad jardin, si han sido sacados de la masa sucesoral del causante JOAQUÍN RODRÍGUEZ AMADOR, el primero en el año 2009 mediante escritura 6938 del 23 de diciembre del año 2009 de la Notaria 6 del Círculo de Bogotá, y **la finca MAGNOLIA, bien inmueble que ha sido adquirido por el señor JOAQUÍN RODRÍGUEZ AMADOR, encontrándose vigente la sociedad conyugal formada por la pareja RODRÍGUEZ – NAVARRETE, mediante escritura pública No. 4040 de fecha 9 de octubre de 1963 de la Notaria 1° del Círculo de Bogotá, bien inmueble que ha formado parte de la SOCIEDAD COMERCIAL RODRÍGUEZ AMADOR Y NAVARRETE LTDA, CONSTITUIDA EL 30 DE DICIEMBRE DEL AÑO 1992, como consta en la anotación No. 2 del certificado inmobiliario, EN VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CONUGAL.**

4.- Su señoría la finca la Magnolia mediante escritura pública No. 2100 del 9 de octubre del año 2015 de la Notaría 36 del Círculo de Bogotá, fecha en la que ya cursaba la sucesión en el juzgado 9 de familia de Bogotá, bienes enajenados sin haber sido adjudicados en trabajo de partición del sucesorio, razón por la cual se acciono para que regresen a la masa sucesoral del causante, de ahí que no podian estar enventarios los bienes objeto de la simulación, puesto que ya no estaban en cabeza del causante por haberlos extraido de la masa del difunto mediante ventas aparentes.

5.- Honorable Magistrada con el debido respeto, se observa que la violación indirecta de una norma sustancial ocurre cuando el juzgador incurre en manifiestos y trascendentes errores en la apreciación de las pruebas que son contundentes para dirimir el proceso de simulación, en cuanto a su contemplación material u objetiva, o en lo relativo a su diagnosis jurídica del fallo de sentencia dictado por el señor juez, el cual es mi inconformidad.

ABOGADOS ASOCIADOS
ESPECIALISTAS EN DERECHO DE FAMILIA Y ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DEL CAUCA Y LIBRE DE COLOMBIA
Calle 19 No. 4 – 74. Oficina 504, Edificio Coopava. Tel. 3188849777- 3054899292
Bogotá.

6.- Su señoría no hay lugar a duda que dichos bienes fueron adquiridos dentro del matrimonio **RODRÍGUEZ – NAVARETE**, los cuales hacen parte de la masa sucesoral de los causantes **JOAQUÍN RODRÍGUEZ AMADOR Y CARMEN ELISA NAVARETE VIUDA DE RODRÍGUEZ**, puesto que hasta la fecha se encuentra ilíquida la sucesión de los dos causantes.

7.- Honorable Magistrada, el ad quem no tuvo en cuenta los fallos de las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia argumentando la falta de legitimación en la causa, argumento este que no es cierto, violando directamente la norma y la jurisprudencia y la ley, vulnerando los derechos e intereses de mis poderdantes.

Honorables magistrados, conocido es por reiteradas jurisprudencias que con el hecho del matrimonio contraído por una pareja, todos los bienes que se llegaren a formar hacen parte de la sociedad conyugal como lo tipifica la ley 28 de 1932, que hasta que no se liquide la sociedad conyugal NO SE PUEDE HABLAR DE BIENES PROPIOS DE LOS CONYUGES.

8.- HONORABLE MAGISTRADA, el señor juez vulnero en su fallo todos los derechos que les asiste a mis poderdantes sobre los bienes del sucesorio del causante señor **JOAQUÍN RODRIGUEZ AMADOR**, al fallecer el día 21 de diciembre de 1996, para que regresen a la masa sucesoral, para que sean repartidos en iguales derechos como lo ordena la ley, por lo expuesto el señor juez incurrió en una falsa motivación en su fallo.

9.- Su señoría con el debido respeto, el sentenciador, al momento de resolver la primera instancia, violó de manera directa el artículo 1781, por aplicación indebida de la norma. *"El artículo 1781 del código civil señala que los siguientes **bienes** o derechos hacen parte de la sociedad conyugal: Los salarios devengados. Los frutos, pensiones, intereses y lucros; ya sea que provengan de bienes sociales o propios"*

10.- Es evidente honorable Magistrada, que el señor juez dicto su fallo apoyándose en otro proceso que no tiene nada que ver con lo que se está pidiendo en la acción de simulación, argumentando que los predios que se identifican con folios de matrícula inmobiliaria Nos. **366-23681 y 50S- 40018682**, objeto de la acción de simulación, **NO SE ENCUENTRAN INVETARIADOS** dentro del sucesorio del causante **JOAQUÍN RODRIGUEZ AMADOR**, razón por la cual negó las pretensiones, es de lógica que si dichos bienes no están inventariados, motivo por el cual se acciono, para que regresen los bienes a la sociedad conyugal del causante

RODRÍGUEZ AMADOR, toda vez que fueron adquiridos en vigencia del matrimonio **RODRIGUEZ – NAVARRETE** y hacen parte del sucesorio del causante, "El supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos: (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a "...

11.- Obsérvese su señoría, que El fallador de primera instancia cometió u error de derecho al no tener en cuenta, que si los bienes objeto de la acción de simulación se encontraban inventariados, no había necesidad de adelantar proceso de simulación, interés jurídico de los herederos para retrotraerlos los inmuebles vendidos después del fallecimiento del padre de mis poderdantes, finca denominada la Magnolia y el edificio de la Calle 19 sur No. 14 -61, a la sociedad conyugal y por ende al sucesorio RODRÍGUEZ AMADOR, los cuales fueron vendidos por la causante CARMEN ELISA NAVARRETE, SIN LIQUIDAR LA SOCIEDAD CONYUGAL NI HABER ADJUDICADO TRABAJO DE PARTICIÓN HASTA LA FECHA, lo que indica que fue una venta de cosa ajena, para defraudar la sociedad conyugal como reza el artículo 1814 del C.C.

12.- Es claramente evidente que los bienes no podían estar inventariados porque los bienes fueron objeto de actos dispositivos alegados y de esto se trata el proceso de regresar los bienes a la sociedad conyugal y establecer que participación le corresponde al causante **RODRÍGUEZ AMADOR** y por ende a sus herederos a quien nada les impide adelantar el inventario y la partición adicional de los bienes inmuebles.

13.- Señora Magistrada, el señor juez, en su fallo que emitió, se observa un error de derecho, pues lo sustentó en el proceso de sucesión que cursa en el juzgado 9 de familia de **JOAQUÍN RODRIGUEZ AMADOR**, se había pedido unas recompensas, cayendo en error toda vez que hasta la fecha **NO HAY TRABAJO DE PARTICIÓN ADJUDICADO**, por lo tanto no existe tales recompensas, descociendo el fallador el artículo 1793 del C.C. , debe tenerse en cuenta que los bienes adquiridos con dineros de los cónyuges hacen parte de la sociedad conyugal.

14.- El fallador en la sentencia emitida, se salió del proceso de simulación que se está pidiendo y se basó a otro proceso que nada tenía que ver con la simulación en litigio, sin tener en cuenta que todas las

pruebas decretadas por el despacho en la acción de simulación, fueron contundentes y asertivas tanto documentales como testimoniales al manifestar todos los testigos que los bienes finca la magnolia y el edificio de la 19 sur fueron ventas aparentes para defraudar la sociedad conyugal de don JOAQUÍN RODRIGUEZ AMADOR, realizadas por la cónyuge sobreviviente y sus tres hijos en las fechas de las ventas, sin antes haber liquidado la sociedad conyugal y sociedad comercial RODRIGUEZ AMADOR Y NAVARRETE LTDA, CLRO ES QUE TODOS LOS BIENES INMUEBLES SON DEL HABER SOCIAL SIN DISCUSIÓN ALGUNA.

15.- La primera instancia, para dictar fallo omitió en todas sus partes revisar las pruebas, cometió una falsa valoración probatoria errónea del proceso de simulación y no de otro, las cuales fueron solicitadas en audiencia de fecha 23 de enero del año que avanza, pues al revisarlas no cumplían los requisitos pedidos por el despacho, para dictar el fallo de simulación, que fue lo que se pidió en la demanda y no otro proceso como lo hizo en la sentencia emitida.

16.- El señor juez, arguyo en su fallo que mis representados no están legitimados para actuar en el proceso, sin tener en cuenta que en reiteradas jurisprudencias de la corte y en la que se cita, dice que cualquier persona que se vea afectada por sus intereses puede interponer acción de simulación y no como argumento el sentenciador en su fallo.

17.- El inmueble la Magnolia es un bien social por haberse constituido en el año 1992, con los dineros de la sociedad conyugal que aportaba la sociedad comercial RODRIGUEZ AMADOR Y NAVARRETE LTDA, lo que indica que no es un bien propio.

18.- Señora Magistrada con todo respeto, el señor juz confundió bienes propios con bienes sociales, se debe tener en cuenta que bienes propios son los que se adquieren antes del matrimonio o los que se adjudica mediante sucesión.

19.- Su señoría, no se debe dejar que los señores JOAQUÍN, LUIS GUILLERMO Y ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVARRETE sigan usufructuándose de los bienes de la masa sucesoral que primero dejó don JOAQUÍN RODRÍGUEZ AMADOR y en la fecha señora CARMEN NAVARRETE, quitándoles un derecho a mis poderdantes que por ley les corresponde, razón por la cual se acudió a la acción de simulación y

que el señor juez la negó que por no estar inventariados los bienes, pues si hubiese sido así, no se acudía a dicha demanda.

20.- Honorable magistrado, es evidente que los demandados han incurrido en muchos actos de mala fe para conseguir lo que ellos ha querido, defraudando la sociedad conyugal y por ende a mis poderdantes.

II.- APELACIÓN DE CONDENA EN COSTAS

a). Co el debido respeto, Honorables magistrados, mis clientes han sido afectados en el patrimonio para pagar una cuantía tan alta, en la misma forma no está ajustada a derecho la condena en costas y las agencias en derecho que fijo el señor juez 32 Civil del Circuito de Bogotá en la sentencia, téngase en cuenta que los señores: JOAQUÍN, LUIS GUILLERMO Y ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVARRETE, han venido siempre actuando de mala FE, como se prueba con toda la documental que obra en el proceso transfiriendo varias escrituras y realizando sociedades de papel como CENADRO SAS, y aun así el despacho los premia al fijarles a mis poderdantes que son unas personas honorables y de respeto, porque nunca han actuado de mala fe y les fija una condena tan alta que no es acorde a la ley.

b). Honorables magistrados la mala fe de los señores JOAQUÍN, LUIS GUILLERMO Y ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVARRETE, se prueba con las escrituras y los testimonios quienes adujeron que los demandados después de la muerte del señor JOAQUÍN RODRIGUEZ AMADOR, siempre han manejado todos los dineros de los bienes muebles e inmuebles hasta la fecha.

III.- SOLICITUD RESPETUOSA DE PRUEBAS COMPLEMENTARIAS QUE RESULTAREN PERTINENTES Y AMPLIACIÓN DE PRUEBAS DE OFICIO

1. Con todo respeto solicito a su señoría se decrete el avaluo de los bienes de la finca la magnolia y el edificio de ciudad jardín de la 19 Sur, pruebas que no fueron aportadas por que no dejo la contra parte ingresar a los bienes.
2. Solicito también se les pida que alleguen los documentos de las consignaciones de las ventas de los bienes en originales.
3. Igualmente con todo respeto solicito a su señoría, se pida las declaraciones de renta de los años 2009 a 2020, de los compradores de los inmuebles.

Sentencia C-278/14.

"Del derecho fundamental a la igualdad, se desprenden las tres dimensiones que se exponen a continuación: (i) La ley "debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas". El desconocimiento de este deber se produce cuando la ley se aplica de manera diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas. Así, se viola el derecho a la igualdad desde esta perspectiva, cuando se reconocen efectos jurídicos diferentes a personas que se encuentran en un mismo supuesto normativo; (ii) Por otra parte, la igualdad supone la obligación de que la ley no regule de manera diferente la situación de personas que deberían ser tratadas de la misma manera o que regule "de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente"; (iii) Finalmente, el derecho a la igualdad implica que todas las personas reciban la misma protección de la ley para lo cual será necesario efectuar distinciones protectivas. En palabras de la Corte, esta dimensión del derecho a la igualdad tiene una connotación sustantiva pues parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual; es, también, positiva, pues si se presenta una situación de desigualdad que no pueda apoyarse en razones objetivas y justificadas relacionadas con el goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales. Corresponde al Estado adoptar "acciones para garantizar la igual protección."

En este orden de ideas la Sociedad Comercial del causante **JOAQUÍN RODRÍGUEZ AMADOR, no fue liquidada por ende todos los bienes son sociales como indica la ley** y no como dijo el juzgado que son recompensas y no están inventariados como tampoco son propios, los bienes propios solo se adquiere adjudicados mediante sucesión o donación y en el caso que nos ocupa ningún bien que hacen parte del haber social, fue adquirido por la señora CARMEN mediante estas acciones en mención.

Señor juez: violó "El debido proceso debe entenderse como una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio".

"De la aplicación del principio del debido proceso se desprende que los administrados tienen derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos y en fin a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio".

III. PETICIÓN RESPETUOSA ESPECIAL.

1. Principalmente y de la manera más respetuosa, solicito a los **HONORABLES MAGISTRADOS, SE REVOQUE EN SU TOTALIDAD LA SENTENCIA DEL**

*ABOGADOS ASOCIADOS
ESPECIALISTAS EN DERECHO DE FAMILIA Y ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DEL CAUCA Y LIBRE DE COLOMBIA
Calle 19 No. 4 – 74. Oficina 504, Edificio Coopava. Tel. 3188849777- 3054899292
Bogotá.*

**26 DE OCTUBRE DEL AÑO 2020 PROFERIDA POR EL JUZGADO 32
CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, Y EN SU LUGAR SE DECLARE
TODAS LAS PRETENSIONES PEDIDAS EN EL LIBELO DEMANDATRIO
DE SIMULACIÓN.**

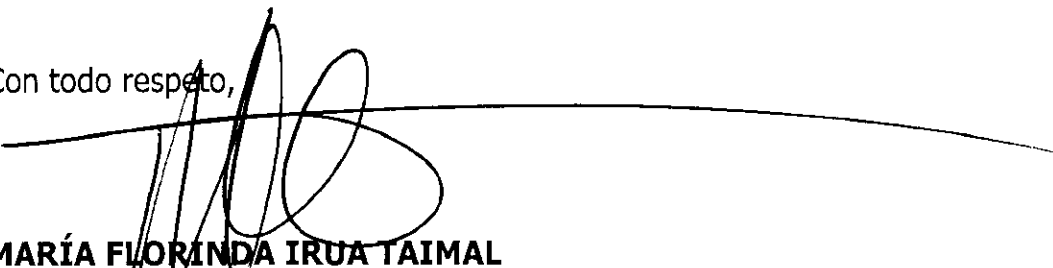
NOTIFICACIONES:

Mis poderdantes en las siguientes direcciones

1. **AMPARO RODRÍGUEZ NAVARRETE**, en la Carrera 44C No. 22 A – 30, Barrio Quinta paredes de Bogotá, correo electrónico: (arn1956@gmail.com)
2. **EDUARDO RODRÍGUEZ NAVARRETE**, en la Calle 26 No. 31A - 06 Bloque 1° HP, piso 4°, Correo electrónico : (ednrnx@hotmail.com).
3. **ALVARO RODRÍGUEZ NAVARRETE**, en la Calle 115 No. 50 – 92, Apto 402, de Bogotá, correo electrónico : (teleingered@gmail.com) .
4. **RICARDO RODRÍGUEZ NAVARRETE**, en la Carrera 47A No. 22 A – 86, Apto 202, Barrio Quinta paredes de Bogotá, correo electrónico: (rrn53@hotmail.com) .

La suscrita en la Calle 19 No. 4 - 74, Edificio. Coopava. Oficina 504, de esta ciudad, teléfonos: 3188849777-3054899292 y 3362146. Correo electrónico (mariafi2008@hotmail.com).

Con todo respeto,



MARÍA FLORINDA IRUA TAIMAL
C. C. No. 27.175.430 de Cumbal (Nariño).
T.P. No. 175.622 del C.S.J.

Doctora

NUBIA ESPERANZA SABOGAL BARÓN

Magistrado Ponente

Tribunal Superior de Bogotá

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

REF: Radicación No. 11001319900320190410001

DTE: Municipio de Maní

DDO: Banco BBVA COLOMBIA

Naturaleza: Verbal, acción del consumidor

Asunto: sustentación Recurso de Apelación

DIANA XIMENA PEREZ DÍAZ, mayor de edad y vecina de la ciudad de Yopal, Casanare, identificada con la cédula de ciudadanía número 47.441.080 expedida en Yopal, abogada titulada e inscrita con la Tarjeta Profesional No. 166.388 del C. S. de la J., actuando en mi condición de apoderada especial del demandante MUNICIPIO DE MANÍ, CASANARE, persona jurídica de derecho público, identificado con el N.I.T. 800008456-3, y previo el reconocimiento de personería judicial para actuar conforme al poder que me fuera otorgado por el señor Alcalde Municipal de Maní, Casanare, señor JERSSON ESNEYDER MONTOYA HOYOS, el cual se anexa con sus debidos soportes, en forma atenta me permito sustentar el recurso de apelación contra la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA dentro del proceso radicado con el número 2019-2014, expediente 800008456//2019175827, con el fin de que se acceda a la totalidad de las pretensiones formuladas ante la SFC y en contra del BBVA.

Es por ello que, nos reafirmamos en la sustentación del recurso de apelación presentado ante el A-quo, significando que el llamado a responder por el fraude financiero del que fue objeto la entidad que represento, es la entidad financiera y sin que exista culpa compartida del ente territorial; veamos por qué:

El Municipio de Maní celebró con el Banco BBVA - Colombia, contrato de cuenta de Ahorro No. 077 -175792, para el Recaudo de los impuestos de Industria y Comercio.

Adicionalmente, conforme con lo establecido en el artículo 5 de la ley 1328 de 2009 y 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.

En efecto, el Municipio de Maní en calidad de consumidor financiero no recibió el servicio de cuenta de ahorro No. 077 -175792, con estándares de seguridad y calidad, como quiera que el banco no brindó asesoría frente al reglamento de uso del aplicativo BBVA NET CASH, ya que dicho reglamento nunca se suscribió por funcionario de la Alcaldía de Maní, situación contraria que no probó el BBVA.

Las entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria tienen la obligación de disponer de los medios electrónicos y controles idóneos para brindar eficiente seguridad a las transacciones, a la información confidencial de los consumidores financieros y a las redes que la contengan; así lo establece el literal q), del artículo 7 de la ley 1328 de 2009.

Es por ello y como se argumentó ante la SFC, que fallaron los controles electrónicos del Banco BBVA; por tanto, no brindaron una eficiente seguridad, pues como se ha advertido, pese a que se indicara de manera inmediata de las transacciones no autorizadas por el Municipio de Maní, no se actuó de manera diligente y oportuna por el BBVA, por cuanto permitieron que de la cuenta de ahorros No. 0660170700001918, del mismo Banco BBVA cuyo titular es FORZAMOTORS DE LA COSTA S.A.S, y a la cual se habían trasladado el valor de seiscientos cincuenta y ocho millones (\$658.000.000) se debitara por el titular de esa cuenta la suma de \$304.692.347, sin que se requiriera al cliente a su reintegro; situación que es grave, más aún cuando existía un conocimiento pleno del BBVA de la actuación defraudatoria presentada en la cuenta del ente territorial y que se probaron dentro de la actuación surtida ante la SFC, donde la entidad financiera logró la recuperación de una parte de los dineros inicialmente hurtados por fraude electrónico.

Es aquí donde nos preguntamos, por qué el BBVA no ha actuado contra su cuentahabiente defraudador de unos recursos públicos para la recuperación total de los dineros del erario. Es un comportamiento adicional que demuestra la omisión de procedimientos por parte de la entidad bancaria.

De acuerdo con la sustentación de la apelación, la cuenta bancaria objeto de fraude, no es la que el BBVA señaló como de omisión o desatención en la

autorización de la Secretaria de Hacienda del MUNICIPIO y para efectos de su bloqueo, y esto no se probó por el BBVA; la cuenta bancaria que tuvo movimientos por parte de la administración municipal, es la de fondos comunes más no la de recaudo del impuesto de industria y comercio de donde se efectuó el fraude y respecto de la cual no se hacían giro a terceros. Esto se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente y por ello no hay lugar a una culpa compartida, ya que no se demostró tal proceder omisivo del municipio en la generación del fraude financiero.

La causa eficiente del fraude no se probó como generado por el hardware del municipio y por ello no hay prueba dentro del expediente que determine este origen. De ahí el error del A-quo, en su apreciación y por el que se solicite que la culpa en el fraude, obedece a las deficiencias de seguridad del BBVA y NO del MUNICIPIO, por lo que no está llamada a prosperar la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad de la entidad financiera.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en especial la citada por el demandado - Casación SC5176-2020, radicación 11001-31- 03-028-2006-00466-01, del 18 de diciembre de 2020- ha reconocido que el incumplimiento de los compromisos a cargo del banco compromete su responsabilidad civil, a menos que se pruebe la llamada "culpa exclusiva de la víctima". Como lo señalamos ante el A-quo, no hay prueba ni de la culpa exclusiva ni de la compartida como se predicó en primera instancia.

La Corte señaló en esta sentencia, que al celebrar un contrato de depósito de cuenta corriente o de ahorro, el banco se obliga a permitirles a sus clientes la disposición de los saldos de esas cuentas mediante giros, transferencias, entre otros. Todos esos canales hacen necesario un protocolo de autenticación –por ejemplo, claves, biometría, entre otros– que le permitan al banco establecer, con certeza, el origen de cada orden impartida.

Esto lo traemos a colación ya que, la entidad financiera demandada Banco BBVA no cumplió con las obligaciones que tenía a su cargo como depositario de los recursos del Municipio en la cuenta de ahorros No. 077175792, como era la de garantizar la seguridad de las transacciones, sin que la entidad que represento recibiera siquiera las alertas normales que recibe cualquier cuentahabiente frente a las deducciones de dineros depositados en su cuenta corriente o de ahorros y como usualmente lo disponen todos los bancos para tener informado a sus clientes frente a operaciones financieras que representan disminución de sus saldos de dinero. Esta es una omisión del BBVA.

Lo anterior, encuentra pleno sustento probatorio en el hecho de que el Banco BBVA, desde el 17 de febrero de 2016, momento en que se apertura la cuenta de ahorro No. 077175792, por el Municipio de Maní, hasta la fecha en que ocurrió el fraude -01 de diciembre de 2017-, nunca brindó información y/o asesoría a los funcionarios encargados del manejo de la plataforma del servicio BBVA NET CASH del ente público.

Esto se demuestra con el requerimiento de la Secretaria de Hacienda y del Alcalde del Municipio de Maní, de fecha 04 de diciembre de 2017, donde se solicitó al Banco BBVA la reclamación por la operación fraudulenta e irregular, y en ella entre otras se petitionó se allegaran los documentos del contrato de depósito y las condiciones de manejo de la plataforma NET CASH y respecto de las cuales el Banco no había entregado copia al Municipio, así mismo como los soportes de información y/o asesoría brindada al Municipio de Maní a efectos de brindar herramientas de seguridad en el manejo de la plataforma y medios electrónicos.

Los documentos que corresponden al servicio BBVA NET CASH, aparecen de fecha 12 de diciembre de 2017; por tanto, solo hasta esa fecha el Municipio conoció el contenido del contrato de servicio CASH NET; es de advertir que, esta fecha es posterior a la fecha en que ocurrió el fraude informático y por ello el banco BBVA no demostró que durante el 04 de febrero de año 2016 y el 01 de diciembre de 2017, fecha ésta en que ocurre el fraude informático, haya brindado información y/o asesoría frente al reglamento del uso del servicio BBVA NET CASH. Este es un incumplimiento del contrato bancario por parte del BBVA.

Del documento allegado por el Banco, que corresponde a “ REGISTRO DE IP ÚNICA PARA UTILIZACIÓN DE BBVA NET CASH,” se desprende que se requería de un reglamento de uso BBVA NET CASH, para garantizar un control adecuado de las transacciones y operaciones que se llevaran a cabo a través del servicio de portal empresarial ofertado por el banco, ante la imposibilidad técnica y operativa del Municipio de Maní, para llevar acabo el registro de una IP fija ante el Banco, el cual era un requisito de validación y autenticación y así garantizar niveles de seguridad adecuados.

El referido reglamento nunca se suscribió y menos se brindó información y asesoría al respecto y por parte del banco, a efectos de garantizar la seguridad de las transacciones. Así las cosas, tenemos que el Banco BBVA, ha vulnerado

los derechos del consumidor financiero consagrados en el artículo 5 de la ley 1328 de 2009.

Esta probado que el banco BBVA solo tomó acciones a partir de la notificación vía telefónica que hiciera la Secretaria de Hacienda, Ana Deida Cachay, respecto de las transacciones no autorizadas por ella y que originaron fraude, el cual no fue efectuado por ningún servidor público del cuentahabiente Municipio de Maní, Casanare, y por el contrario, se probó que fue cometido por un cuentahabiente del BBVA; entidad financiera quien no tomó acciones totales para reparar el daño infligido a la entidad territorial.

Esta omisión constituye incumplimiento de las obligaciones impuestas a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, máxime cuando el BBVA, una vez notificado de los problemas que se presentaban en la plataforma desde el día 30 de noviembre, no adelantó ningún tipo de control o seguimiento a los movimientos que se estaban efectuando a fin de garantizar la seguridad de las transacciones y sólo tomaron medidas una vez se informó que se había efectuado una transacción no autorizada por el Municipio por un valor de \$868.000.000. Nótese como la cuenta bancaria que fue objeto de fraude no realiza operación con terceros. Luego nos preguntamos porqué el BBVA validó las operaciones defraudatorias realizadas por uno de sus cuentahabientes. Esto denotó plena responsabilidad del banco y respecto del cual el A-quo no efectuó valoración alguna. Esta afirmación confirma que no esta llamada a prosperar la excepción parcial de “HECHO DEL MUNICIPIO” ya que las operaciones bancarias en la cuenta del fraude no se realizaban con terceros.

Se probó que Bancolombia una vez notificada de la transacción irregular realizada a una cuenta ese banco, por valor de 210.000.000, logro rápidamente bloquear la cuenta recuperando los dineros y posteriormente se efectuó el reembolso al Municipio de Maní. Si este banco realizó una actuación defraudatoria cabe preguntarnos porqué tal proceder no lo hizo el BBVA sobre una cuenta que no maneja operaciones de terceros.

Por el contrario, BBVA no actuó con la misma diligencia, en tanto que no se evitó la transacción realizada por FORZMOTORS DE LA COSTA S.A.S, identificada con Nit. 900.872.707-4, a través del cheque No. 295136 de la Cuenta Corriente No. 660-001918, del mismo banco BBVA por un valor de \$650.000.000 y además no actuó de manera diligente a efectos de que no se cobrara el cheque, permitiendo que un particular se apropiara de recursos del Municipio de Maní.

Esta plenamente probado que el Municipio a través de sus funcionarias quienes tenían la habilitación del manejo de las cuentas de los bancos, en especial la cuenta BBVA NET CASH, no aprobaron la transacción por valor de \$860.000.000 a terceros que no tenían relación alguna con el ente territorial y de manera inmediata notificaron al Banco BBVA para que adelantara los bloqueos oportunos, reversando las transacciones de su cuenta habiente que usurpó de forma electrónica los recursos del erario. Es por ello que el Banco BBVA Colombia, ha vulnerado los derechos del consumidor financiero consagrados en el artículo 5 de la ley 1328 de 2009.

El contrato de depósito de la cuenta de ahorros No.077175792, le impone unas obligaciones al banco BBVA, dentro de las cuales era garantizar la seguridad de los recursos depositados en la cuenta; adicionalmente el servicio asociado de BBVA NET CASH, se firmó después de que se presentara el fraude y por ello no se suscribió el Reglamento de uso de BBVA NET CASH, durante el año de servicio de esta plataforma, y sin que se brindara una asesoría por parte del banco para implementar medidas de seguridad al respecto.

Las entidades financieras responden por los riesgos a los que están expuestas como consecuencia del desarrollo de su actividad. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-640 del 18 de agosto de 2010, estableció que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y otras afines, se fundan en la confianza en el sistema financiero que garantiza el cumplimiento de “... la obligación a futuro a que se compromete la respectiva entidad...”, como es el caso del cuentahabiente que deposita su dinero en la entidad bancaria, quien “... presume y confía que al día siguiente podrá retirar esa misma suma, más las anteriores que hubiese podido depositar...”, confianza que depositada en las entidades financieras al momento de optar por sus servicios, da lugar a que recaiga en ellas la responsabilidad en el ejercicio y contraprestaciones que recibe de su actividad financiera.

En el mismo sentido, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (expediente 2010-00320- 00) en sentencia de tutela del 11 de marzo de 2010, al referirse al tema, precisó que “...las instituciones financieras, y particularmente las bancarias, están sujetas a un especial régimen de responsabilidad civil frente a los daños que puedan sufrir los clientes o usuarios de sus servicios,...); que reciben una especial habilitación del Estado para desarrollar su actividad en virtud de la confianza que se deposita en ellos al conferirles la posibilidad de manejar el ahorro del público, por lo que surgen a su cargo especiales deberes

de diligencia; que en las operaciones de captación de recursos ordinariamente celebran contratos de depósito irregular en los que el banco se convierte en titular de los recursos transferidos y asume, por ende, obligaciones de resultado para efectos de su restitución; (...)”.

Así entonces, el ejercicio de la actividad bancaria conlleva implícitamente que la entidad financiera cumpla con los deberes especiales que le son exigibles y asuma los riesgos inherentes de los diferentes canales –Internet, banca móvil, cajero automático, etc.- que pone a disposición de sus clientes para el manejo de los productos y servicios ofrecidos, los que como se dijo, nacen de la actividad que presta de manera profesional y masiva, aunado al beneficio correlativo que recibe por la prestación de sus servicios.

En estos servicios adicionales de la cuenta bancaria objeto de fraude financiero, el BBVA no adelantó ningún tipo de notificación electrónica que le permitiera -en tiempo- al MUNICIPIO determinar si la transacción bancaria era regular y/o legal; este un servicio que cualquier cuentahabiente tiene, lo que nos demuestra una omisión del BBVA que permitió el fraude electrónico y máxime cuando la entidad financiera dentro de sus operaciones fue víctima de un MALWARE bancario del cual según su dicho no tenía antivirus y que afectó la cuenta donde se realizaron las operaciones referidas y que son objeto de la reclamación a través de esta acción; situación que reafirma la responsabilidad de la entidad financiera al no avisar y prevenir al MUNICIPIO, tomando las medidas pertinentes de seguridad bancaria

Resaltamos que, la información mínima que deben suministrar los proveedores y productores al consumidor debe ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan, siendo responsables por el daño que se cause por la información inadecuada, en los términos del artículo 23 de la Ley 1480 de 2011.

De acuerdo con la sentencia del 18 de diciembre de 2020, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, “Cuando un tercero burla esos protocolos de autenticación y, haciéndose pasar por el cuentahabiente, dispone por cualquier medio de los recursos depositados en cuentas de ahorros o corrientes, la obligación de verificación se incumple, pues la carga de que se viene hablando no puede entenderse satisfecha simplemente con los buenos oficios del banco, sino con la efectiva confirmación de la identidad de su cliente”. Esta omisión se presentó por parte del BBVA y por ello, como lo señalamos en la sustentación del recursos ante el A-quo, no hay culpa del

MUNICIPIO por actuaciones omisivas y/o de negligencia, y por ello la declaratoria parcial de las excepciones propuestas por el BBVA de violación del contrato bancario por la entidad pública, hecho del municipio, instrucción en la alcaldía e informe de seguridad al banco no están llamadas a prosperar, tal como lo hemos recabado en la argumentación y/o sustento de esta apelación.

Por lo expuesto, solicitamos del Honorable Tribunal, conceder la totalidad de las pretensiones que establecieron ante la Superintendencia Bancaria en procura de la preservación del patrimonio público.

PARTES PROCESALES – NOTIFICACIONES Y DIRECCIONES.

La suscrita, en la calle 20 No. 32- 71, Torre 1, apartamento 401, Torres del Cubarro de la ciudad de Yopal, Casanare, correo electrónico defensajuridicamani@gmail.com

El Municipio de Maní, Casanare, en la Calle 18 No. 3- 80 Palacio Municipal, de Maní – Casanare, teléfono 6381015 – 6381010, correo electrónico: despacho@manicasanare.gov.co

Los demás sujetos procesales, en las direcciones que constan dentro del proceso.

En los términos precedentes queda contestada la demanda.

Del Honorable Magistrado,

Atentamente,



DIANA XIMENA PEREZ DIAZ

C.C. 47.441.080 de Yopal

T.P. No. 166.388 del C. S. de la Judicatura

	ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE MANÍ CASANARE		CÓDIGO O.A.J.102.42	VERSIÓN: 02
			FECHA: NOVIEMBRE 27/18	Página 1 de 1
	SISTEMA DE GESTIÓN DE CALIDAD			
	PROCESO DE GESTIÓN DOCUMENTAL			
		OFICIO		

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

E. S. D

REFERENCIA: RECURSO DE APELACIÓN

ASUNTO: VERBAL

N° DE RADICACIÓN: 11001-3199-003-2019-04100-01

DEMANDANTE: MUNICIPIO DE MANI

DEMANDADO: BBVA COLOMBIA

ASUNTO: OTORGAMIENTO PODER

JERSSON ESNEYDER MONTOYA HOYOS, identificado con cedula de ciudadanía número 1.118.560.764, en mi calidad de Alcalde electo del Municipio de Maní, tal como consta en la Credencial otorgada por la Comisión Escrutadora Municipal, de fecha 31 de octubre de 2019, y acta de Posesión ante la Notaria Única del Circulo de Aguazul de fecha 30 de diciembre de 2019, manifiesto que confiero PODER especial, amplio y suficiente a la doctora **DIANA XIMENA PÉREZ DÍAZ** identificada con cedula de ciudadanía No. 47.441.080 de Yopal Casanare, y Tarjeta Profesional No. 166388 del C.S. de la J, para que en nombre y representación del MUNICIPIO DE MANI realice todas las actuaciones correspondientes dentro el proceso en referencia.

La apoderada quede expresamente facultada para notificarse, solicitar y recibir información, intervenir en audiencias, formular incidente de reparación integral, sustituir, reasumir, conciliar, interponer recursos y demás facultades derivadas el Art. 77 del C.G.P. y gestionar todo cuanto estime necesario para la defensa de los intereses del ente territorial.

Sírvase reconocerle personería jurídica para actuar a la apoderada, en los términos y para los efectos del presente mandato.

Atentamente,



JERSSON ESNEYDER MONTOYA HOYOS

C.C. No. 1.118.560.764 expedida en Yopal (Casanare)

Acepto,

DIANA XIMENA PÉREZ DÍAZ

C.C. 47.441.080 de Yopal- Cas.

T.P. 166388 del C. S. de la J.

ANEXO: Copia del acta de posesión, credencial y cedula de ciudadanía. Tres (3) folios.

“Con Corazón de Pueblo”

Calle 18 N° 3 - 80, Teléfono: 6381015, E-mail: contratacion@mani-casanare.gov.co

REPUBLICA DE COLOMBIA
IDENTIFICACION PERSONAL
CEDULA DE CIUDADANIA

NUMERO **1.118.560.764**

MONTOYA HOYOS

APELLIDOS

JERSSON ESNEYDER

NOMBRES

FIRMA



INDICE DERECHO

FECHA DE NACIMIENTO **04-FEB-1995**

YOPAL
(CASANARE)
LUGAR DE NACIMIENTO

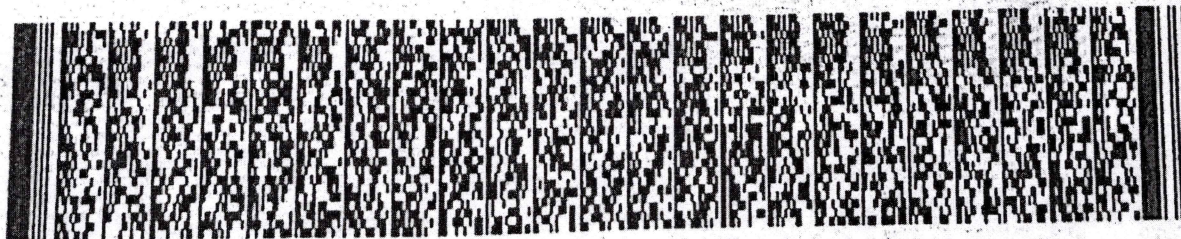
1.80
ESTATURA

O+
G.S. RH

M
SEXO

18-FEB-2013 YOPAL
FECHA Y LUGAR DE EXPEDICION

Carlos Ariel Sánchez Torres
REGISTRADOR NACIONAL
CARLOS ARIEL SÁNCHEZ TORRES



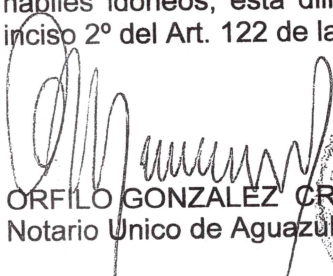
A-4652000-00519580-M-1118560764-20131128

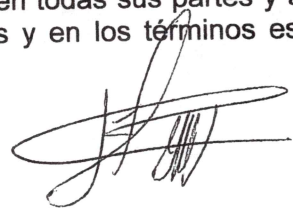
0036038251A 1

41225515

**ACTA DE POSESION DEL SEÑOR JERSSON ESNEYDER MONTOYA HOYOS, COMO
ALCALDE ELECTO DEL MUNICIPIO DE MANI CASANARE**

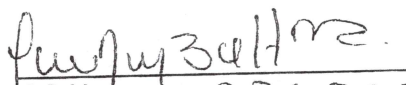
En la ciudad de Aguazul Casanare, hoy TREINTA (30) DE DICIEMBRE DEL 2019, ante mí ORFILO GONZALEZ CRISTANCHO, Notario Unico del Círculo de Aguazul, siendo las 10.00 de la Mañana, se hizo presente el Señor JERSSON ESNEYDER MONTOYA HOYOS con el fin de tomar posesión del cargo de ALCALDE ELECTO DEL MUNICIPIO de MANI departamento de CASANARE, para el periodo constitucional comprendido entre el primero (1) de ENERO DEL DOS MIL VEINTE (2020) hasta el TREINTA Y UNO (31) DE DICIEMBRE DE DOS VEINTITRES (2023), conforme a la certificación emanada de la Organización electoral REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, Comisión escrutadora de Mani, de fecha TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DEL 2019. En tales consecuencias el suscrito Notario por ante su Secretaria le recibió el juramento previas las formalidades de Ley, por cuya gravedad juró a Dios y prometió al pueblo de Mani Casanare, cumplir fielmente la constitución, las Leyes de Colombia, Las Ordenanzas y los Acuerdos. El posesionado presentó los siguientes documentos: Fotocopia de la cédula de ciudadanía No. 1.118.560.764 de Yopal, Libreta Militar No. 1.118.560.764 del Distrito Militar No. 55 de Yopal, Certificado Judicial No. 1.118.560.764 Certificado de Antecedes Certificado Ordinario No. 138753806 expedido por la Procuraduría General de la Nación de fecha 27 de diciembre del 2019, Certificación expedida por la Contralora Delegada para Investigaciones, Juicios fiscales y Jurisdicción Coactiva, de fecha 27 de diciembre del 2019, Certificado Médico expedido por el Dr. CRISTIAN OSWALDO PERILLA CUBIDES de fecha 23 de diciembre del 2019, Balance General y Estado de Resultados a 31 de diciembre del 2018 del Señor JERSSON ESNEYDER MONTOYA HOYOS, firmada por el Contador JHON ALEXANDER CUELLAR ROJAS, con Tarjeta Profesional No. 118867-T, Declaración Juramentada de Bienes y Rentas y actividad Económica Privada como Persona Natural, Declaración de Renta y Complementarios a 31 de diciembre del 2018 del señor JERSSON ESNEYDER MONTOYA HOYOS, Hoja de Vida del SEÑOR JERSSON ESNEYER MONTOYA HOYOS, Certificado de antecedentes Certificado Especial No. 138753739 otorgado por la Procuraduría General de la Nación a nombre del señor JERSSON ESNEYDER MONTOYA HOYOS, de fecha 27 de diciembre de 2019 No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y se firma como aparece, por quienes intervinieron una vez leída y aprobada en todas sus partes y ante dos testigos hábiles idóneos, esta diligencia se extiende para los efectos y en los términos establecidos en el inciso 2º del Art. 122 de la Constitución Nacional.

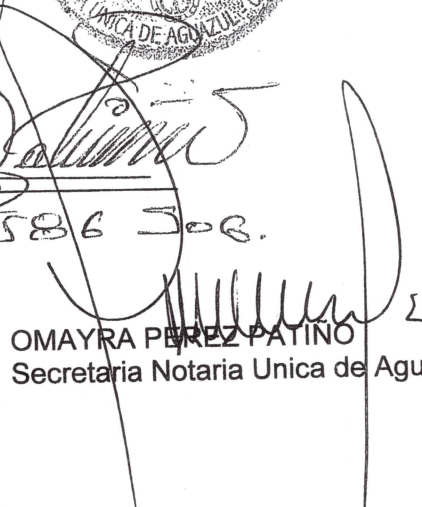

ORFILO GONZALEZ CRISTANCHO
Notario Unico de Aguazul

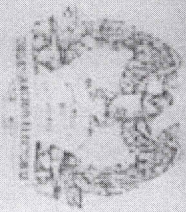

JERSSON ESNEYDER MONTOYA HOYOS
Alcalde Municipal de Mani

LOS TESTIGOS,


CC No. 46.371.586 308.


CC No. 23.726.227 Mani


OMAYRA PEREZ PATINO
Secretaria Notaria Unica de Aguazul



REPÚBLICA DE COLOMBIA
ORGANIZACIÓN ELECTORAL
REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

E-27

REGISTRADURÍA
NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN ESCRUTADORA MUNICIPAL
DECLARAMOS

Que, JERSSON ESNEYDER MONTROYA HOYOS con C.C. 1118560764 ha sido
elegido(a) ALCALDE por el Municipio de MANI - CASANARE, para el periodo de 2020
al 2023, por el PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO.

En consecuencia, se expide la presente CREDENCIAL en MANI (CASANARE), el
jueves 31 de octubre del 2019.

EDMUNDO SÁNCHEZ-MORALES

EDMUNDO SÁNCHEZ-MORALES
SECRETARIO DE LA COMISIÓN ESCRUTADORA

MARÍA MERCEDES TOLOSA SILVA

SECRETARÍA DE LA COMISIÓN ESCRUTADORA

FERNANDO ALARCÓN ALARCÓN
Abogado
Carrera 59 A No. 134-22 (607), Bogotá
Celular 3133690250
alconf250@outlook.com

Doctora
NUBIA ESPERANZA SABOGAL BARÓN
Magistrado Ponente
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
Ciudad

Radicación: 11001319900320190410001
Demandante: Municipio de Maní
Demandado: Banco BBVA COLOMBIA
Naturaleza: Verbal, acción del consumidor
Asunto: Sustento apelación

Respetados Magistrados:

FERNANDO ALARCÓN ALARCÓN, de condiciones civiles y profesionales ya consignadas en la actuación, conforme a lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2014, procedo a sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** dentro el proceso 2019-2014, expediente 800008456//2019175827, con el fin de que la misma se revoque en su integridad en los términos en que pasa a expresarse.

1.- La sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 18 de diciembre de 2020 sobre la materia

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en decisión de casación en la cual fue ponente el honorable magistrado LUIS ALONSO RICO PUERTA, SC5176-2020, radicación 11001-31-03-028-2006-00466-01, 18 de diciembre de 2020, recursos extraordinarios de casación interpuestos por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. (en adelante, BBVA) y la extinta Caja Agraria, hizo una importante crítica y actualización de las teorías imperantes sobre este tema que, por fortuna, coinciden en mucho con los reparos que sustenté verbalmente en la audiencia.

Debe efectuarse una especial mención en cuanto de la citada sentencia, los hechos datan del año 1995 bajo el incipiente desarrollo tecnológico existente en ese momento y que se trató de un asunto con el entonces Banco Ganadero que fue adquirido por el BBVA en el año 1998, con infidelidad de un funcionario de la extinta Caja Agraria para el momento de la operación.

Precisado lo anterior, por brevedad, no se hace referencia al importante recuento del asunto general referido a la responsabilidad civil de los establecimientos bancarios, tanto en sus orígenes como en su función constitucional y de orden público económico, para tratar específicamente

los temas de la causa extraña, de la culpa de la víctima y la forma en que se aborda en la jurisprudencia colombiana la culpa compartida en materia de indemnización.

1.1.- La teoría del riesgo, un análisis que parte de la responsabilidad objetiva a la culpa subjetiva

La referida sentencia cita a la CSJ SC, 15 dic. 2006, rad. 2002-00025-01 bajo el desarrollo de la llamada “teoría del riesgo”, que asigna la carga de indemnizar los daños producidos por una actividad potencialmente riesgosa a quien la desarrolla, sin calificar la diligencia de su comportamiento. Cita, además, la CSJ SC18614-2016, 19 dic., con referencia a algunos insignes doctrinantes, en el poder o dominio que tiene el Banco para evitar el daño, bajo una responsabilidad con ribetes eminentemente objetivos.

En contraposición, más recientemente la Corte consideró que a pesar de la presunción de culpa derivada de la actividad financiera, citó (CSJ SC1697-2019, 14 may.). en cuanto *si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, **no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpa**, que para los efectos de la gradación cuantitativa de la indemnización consagra el artículo 2357 del Código Civil. **En la hipótesis indicada solo es responsable, por tanto, la parte que, en últimas, tuvo oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo.***

Por ello califica esta reciente jurisprudencia de dispares los fundamentos jurisdiccionales existentes a pesar de que comparten el núcleo argumentativo común constituido por la teoría del riesgo, pero arriban a conclusiones dispares, pues un primer grupo sugiere la responsabilidad objetiva, la segunda afirma tajantemente lo contrario, **discordancia que hace pertinente que la Corte clarifique su doctrina sobre el punto -diciembre de 2020-**.

La misma Sala asegura que luego de un importante recorrido doctrinal internacional y jurisprudencial interno, aún hoy continúa debatiéndose al interior de la Corte **si el artículo 2356 del Código Civil consagra un régimen objetivo de responsabilidad, o si, por el contrario, la culpa se mantiene como un elemento por considerar en esos casos, así la misma se presume.**

1.2.- Se aplican elementos extranegociales en casos como este y es inaplicable la teoría de la peligrosidad de la responsabilidad bancaria

La decisión en cita sin lugar a duda sentó el siguiente precedente: en estos casos no puede existir una asimilación a la regulación de la **responsabilidad extranegocial** derivada del ejercicio de actividades peligrosas, no solo porque el fundamento normativo de ambas es distinto, sino

también porque un sector de la jurisprudencia considera que el artículo 2356 del Código Civil consagra un régimen de responsabilidad subjetivo o “por culpa”, lo que impide su filiación con la responsabilidad “por riesgo”, que busca precisamente obviar ese juicio de reproche.

Afirma la Sala que la actividad bancaria no puede calificarse de forma totalizadora como “peligrosa”, y por lo mismo, no resulta procedente construir una teoría general de la responsabilidad de las entidades financieras, valiéndose de sus similitudes, pero perdiendo de vista las divergencias fundamentales que pueden presentarse entre las tantas relaciones jurídicas que aquellas entablan con sus clientes y con terceros.

Precisa la casación en cita de manera importante que los canales transaccionales hacen necesario definir un protocolo de autenticación, que le permita al banco establecer, con certeza, el origen de cada orden impartida y agrega que, aunque esa carga no se encuentre consagrada en el derecho positivo, es connatural al negocio jurídico, al menos como se concibe hoy en día. Actualmente, sería inimaginable una relación banco-cuentahabiente en la que no fuera mandatorio:

“... «verificar la identidad [del] cliente, entidad o usuario», mediante «algo que se sabe [como las claves personales], algo que se tiene [como los tokens], algo que se es [la biometría]» (Circular Básica Jurídica, Parte I, Título II, Capítulo I, numeral 2.2.5.).”.

Y agrega que cuando un tercero burla esos protocolos de autenticación, y –haciéndose pasar por el cuentahabiente– dispone por cualquier medio de los recursos depositados en cuentas de ahorros o corrientes, la obligación de verificación se incumple, pues la carga de que se viene hablando no puede entenderse satisfecha simplemente con los buenos oficios del banco, sino con la efectiva confirmación de la identidad de su cliente, dentro de la actividad bancaria que lleva ínsita la garantía de salvaguarda de los dineros captados del público.

Complementa luego que el Banco para liberarse debe demostrar el acaecimiento de una causa extraña, que impida que el daño puede imputársele jurídicamente; es decir, la institución financiera no puede exonerarse del deber de indemnizar con la simple prueba de haber obrado de manera diligente. La Corte proporciona el siguiente ejemplo:

“Así ocurriría, por ejemplo, cuando el cuentahabiente pierde su tarjeta débito, y en ella tiene escrita su clave transaccional, facilitando que quien la encuentre realice un retiro a través de la red de cajeros automáticos. En esa hipótesis, los controles de autenticación dispuestos por el banco para el referido canal, consistentes en «algo que se tiene» (la tarjeta débito) y «algo que se sabe» (la clave numérica), habrían sido vulnerados por factores atribuibles al cuentahabiente, desde el punto de vista fáctico –pues fue él quien perdió la tarjeta y la clave– y jurídico –en tanto la custodia de esos elementos le correspondía–, lo que impide que surja para el banco cualquier carga de resarcimiento.”.

1.3.- El análisis de la causa, compensación de culpas o atribución causal

Ante ese panorama, sigue la cita propia de este capítulo, el fallador tendrá que sopesar la relevancia jurídica de esas causas, pudiendo concluir que: (i) ambos estipulantes contribuyeron al resultado dañino –de modo que sus efectos tendrían que ser distribuidos entre ellos, de manera proporcional a su cuota de participación en el evento–; o (ii) que solo uno de esos antecedentes fue determinante en la producción del daño, caso en el cual quien lo produjo habrá de asumir la pérdida íntegramente.

Vale la pena añadir que supuestos como los antes mencionados suelen catalogarse como “culpa exclusiva de la víctima” o “compensación de culpas”, según el caso, pero realmente no están vinculados con el fenómeno de la culpabilidad, sino con la atribución causal, como se explicó, a espacio, en el fallo CSJ SC2107-2018, 12 jun., en particular cuando en la culpa de la víctima converge *un conjunto heterogéneo de supuestos de hecho, en los que se incluyen no sólo comportamientos culposos en sentido estricto, sino también actuaciones anómalas o irregulares del perjudicado que interfieren causalmente en la producción del daño (...)*¹. Y define ese punto de la siguiente manera:

“Así, al proceder el análisis sobre la causa del daño, el juzgador debe establecer “mediante un cuidadoso estudio de las pruebas, la incidencia del comportamiento desplegado por cada [parte] alrededor de los hechos que constituyan causa de la reclamación pecuniaria”² (...). Sobre el asunto, afirmó esta Corte: “(...) [E]n tratándose de la concurrencia de causas que se produce cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del daño, habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro (G. J. Tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. 699, y CLXXXVIII, pág. 186, Primer Semestre). Por tanto, se itera, para declarar la concurrencia de consecuencias reparadoras, o de concausas, cuyo efecto práctico es la reducción de la indemnización en proporción a la participación de la víctima, su implicación deberá resultar influyente o destacada en la cadena causal antecedente del resultado lesivo».

“En esos términos, entiéndase rectificada la postura que se expuso en sentencia CSJ SC1697-2019, 14 mayo.”.

1.4.- El deber compartido de la mitigación del daño y la responsabilidad exclusiva y determinante de la víctima

En el punto 3º que trata del “Caso concreto” precisa que Sala Civil que la carga de mitigar el daño, como expresión del principio de buena fe, exige que la parte agraviada adopte medidas razonables para limitar la extensión y evitar el incremento del perjuicio irrogado por el agente, so pena de perder el derecho a obtener una reparación por los perjuicios atribuibles a esa falta de mitigación³. Sobre el punto, la jurisprudencia de esta Corporación

¹ «CSJ SC, 2 de mayo de 2007, rad. 1997-03001-01, citada el 16 de diciembre de 2010, rad. 1989-00042-01, entre otras» (referencia propia del texto citado).

² «CSJ SC, 14 de diciembre de 2006. 1997-03001-01» (referencia propia del texto citado).

³ Cfr. MC KENDRICK, Ewan. *Contract Law: Text, Cases, & Materials*. Oxford University Press, Oxford. 2009, pp. 901-903.

ha sostenido que en el campo de la responsabilidad civil –contractual y extracontractual– la doctrina contemporánea destaca la importancia, cada vez mayor, que adquiere el que la víctima de buena fe con su deber o carga de conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra padeciendo. En caso contrario, aparece un “sentido negativo” que desaprueba el ordenamiento frente a parámetros que deben denotar honradez, probidad, lealtad y transparencia o, en el campo negocial, que la actitud que asuman satisfaga con corrección, la confianza depositada por cada contratante en el otro, de modo que ella no resulte defraudada, pues una de las partes se entrega confiadamente a la conducta de la otra confiando que cumplirá de su parte lo que le corresponde y que no la engañará porque, de ser así, no puede existir protección o salvaguarda estatal⁴.

El afectado debe evidenciar esfuerzos que resulten razonables, conforme las circunstancias de cada caso concreto. Pero, para que ello sea exigible, es necesario que aquel hubiera tenido la posibilidad –directa y real– de evitar o reducir los efectos del evento que pone en riesgo su integridad física o patrimonial, pues el deber de mitigación no es nada distinto a una conducta proactiva y de buena fe, exigible frente a ese acontecimiento.

1.5.- Aquello de compartir la culpa

En el caso citado el Tribunal asignó porcentajes de participación en el resultado dañoso equivalente al 70% para el Banco, dejando el 30% restante a cargo de la llamada en garantía - Caja Agraria-.

Para concluir con este aparte, esencia de la defensa del Banco en este caso como se verá a continuación, dice la Corte Suprema “*al margen de que esa argumentación se comparta cabalmente..., cabe anotar que los ejercicios de ponderación entre causas carecen de un parámetro objetivo de comparación, de modo que no pueden evaluarse en términos de corrección matemática, sino dentro de un marco de prudente razonabilidad, lo que impone para el quiebre de la sentencia que la estimación carezca completamente de relación con el marco fáctico del conflicto*”. Énfasis fuera del texto original.

La Corte Suprema citó que la distribución de culpas en su asignación de porcentajes resulta subjetiva y, ello, en la mayoría de los casos hiere la vista al no encontrarse CASI NUNCA alguna razón atendible para conocer cómo se mueve el juzgador en porcentajes de 10-90, 20-80, 30-70, 40-60 o 50-50 cifras bastante matemáticas bastante precisas al no encontrarse decisiones como: 22.56% contra 77.44% y así sucesivamente; ciertamente es difícil, pero no por ello se debe

⁴ Citas de lo anterior en la jurisprudencia base de estos alegatos: (i) CSJ SC, 16 dic. 2010, rad. 1989-00042-01, Cas. Civ., sentencia del 2 de agosto de 2001, expediente No. 6146 y (ii) en los artículos 1603 del C.C. y 871 del C. de Co., 83 de la C.P.

aceptar que no existen criterios pues existen y luego los expondré o, también, los propondré, pero no puedo aceptar que por una mala entendida solidaridad de cuerpo judicial que se diga sin miramiento alguno que el *a quo* es libre de tasar a voluntad tales **GRADIENTES**⁵, palabra que invita a examinar de manera realmente razonable LA **INTENSIDAD** DE AUMENTO O DISMINUCIÓN DE UNA MAGNITUD VARIABLE Y LA CURVA QUE LO REPRESENTA⁶.

Pero vuelvo ahora a la parte final de la sentencia de la Corte que culmina su importante antecedente bajo una mención al precedente CSJ SC, del 21 de febrero de 2002, radicación 6063, reiterado en CSJ SC, del 18 dic. 2012, expediente 2004-00172-01, cuando hay culpa la tasación del daño no puede ser artificial, antojadizo o arbitrario y, sí, debe provenir de un prudente juicio que se apoye a su vez en las pruebas regular y oportunamente allegadas; de lo contrario se quiebra el verdadero sentido de la discrecionalidad con una afectación al derecho sustancial derivado de errores de hecho en la apreciación de ellos medios probatorios.

Así, las circunstancias deben ser apreciadas de manera fundamentada y la mención de **intensidad** no es cuantitativa sino cualitativa, ello teniendo en cuenta que la participación de los sujetos deberá estudiarse gradualmente y como una estructura desde su inicio para terminar en una conclusión que arroje, allí sí, de manera razonada las reales causas e incluso las concausas del resultado. No es, entonces, el querer subjetivo del juzgador sin más indicador que su voluntariedad, esto debe ser tratado como una fiebre que es mensurable bajo factores objetivos y no subjetivos como lo enuncia la jurisprudencia que está siendo citada y que toma, nuevamente, algo con lo cual debe estarse en desacuerdo y es que el origen se encontraría en un criterio español:

*La exclusión del control de casación de conceptos jurídicos de grado y mensura, como son los que integran la aplicación del artículo 2357 del Código Civil, tiene su razón de ser no tanto por el “margen de juicio” o discrecionalidad o soberanía del juez de instancia, sino, como lo ha dicho la doctrina española, por el empleo de “**módulos relativos que suelen variar de un caso a otro**”. De ahí que la Corte en las referencias jurisprudenciales atrás traídas a colación, sólo entienda válida esa intromisión cuando se descubre esa contraevidencia fáctica, porque ahí el modelo no parte de la discrecionalidad sino de la arbitrariedad. **Pues bien, si no se verifica la contraevidencia, intangible queda el juicio prudente de la instancia y la soberanía del fallador en la propia apreciación de las pruebas**» (CSJ SC, 21 feb. 2002, rad. 6063; reiterada en CSJ SC, 18 dic. 2012, rad. 2004-00172-01).*

En Colombia, como es usual en excepcionales casos, el principio de los “módulos relativos que suelen variar de un caso a otro” de la doctrina y jurisprudencia española, se toman como indiscutibles por constituir conceptos de “grado y medida”, “margen de juicio”, “discrecionalidad” o “soberanía” y bajo tales abstracciones se adoptan decisiones en las cuales

⁵ Vocablo que viene de grado

⁶ Quantitas realitatis, cantidad realista.

los administrados se sienten lesionados porque no se les explica cuál ha sido la base para así definirlo. Se dice, entonces, que no se trata de una medición científica pero sí de la atención de factores que paradójicamente se vuelven una cualidad cuantitativa. Para el doctor Hernán Fabio López Blanco cuando ingresa al examen de la definición y sentido de la sana crítica, se trata de lógica, buen sentido, criterio racional y, más definitivo aún, de la sabiduría de los jueces (López Blanco 2017, Código General del Proceso, Pruebas), menciones que dejan por fuera aquello de los módulos relativos o un inusitado libre albedrío muy común en estos casos.

En el caso en mención, se dice al final por la Corte que el tema de los porcentajes no fue objeto de fondo en la casación, pero en el caso concreto que ocupa nuestro tiempo sí observo contraevidencia fáctica y sustantiva que implica un cambio de fondo de la decisión apelada, sin perjuicio de las causalidades de hecho y de derecho que disponen toda la responsabilidad en el municipio demandante.

2.- Los temas tratados por el suscrito en los reparos verbales expuestos ante el *a quo*

Se trataron por el suscrito los siguientes temas:

i.- Se aplican normas extracontractuales a un contrato como en efecto lo es la administración del riesgo y la distribución de la culpa. La Corte Suprema expresa actualmente que en estos temas la responsabilidad no es objetiva y que el artículo 2357 del Código Civil mantiene su raigambre extracontractual, inaplicable en este caso porque la Superintendencia Financiera de Colombia, SFC, decide asuntos contractuales de orden financiero conforme a sus disposiciones especiales, aún así se opte por señalar que se puede decidir ultra o infra petita.

En estos casos o existe un responsable directo de orden contractual o no, lo demás le correspondería dirimirlo a la justicia ordinaria y no a la especializada. Dicho de otra manera, con el mayor de los respetos, si el consumidor financiero concurre con una conducta suya para crear el daño, el escenario no le corresponde a la SFC; en efecto, la conclusión tajante debería ser sin medias tintas: o se afecta o no se afecta al consumidor, así son de tajantes las disposiciones que rigen la materia para integrar ensayos extracontractuales impropios de tan trascendentes materias.

ii.- Cuando mencioné que no existe norma aplicable, ello lo corrobora la Corte Suprema en la decisión citada y a fe que se dirigió a definir lo contractual y frente al punto de la distribución de la culpa guardó un prudente silencio indicando de una manera tangencial que ello no constituyó un tema de fondo puesto en consideración de la Sala.

No es un asunto contractual que terceros incursionen en la cuenta del municipio por culpa de la alcaldía y el Juzgado sí hizo mención de lo pactado entre las partes como ley para ellas en cuanto la alcaldía desconoció el clausulado de las cuentas que regían la relación, específicamente en cuanto a las seguridades de la cuenta de ahorros, el contrato cash net y de recaudo de Impuesto de Industria y Comercio.

iii.- La dosificación del 50 y 50% desatiende los criterios de razonabilidad que, se supone, debería evaluar el juzgador. Si se tiene en cuenta la línea de tiempo de las irregularidades y del ilícito, es claro que el municipio es la causa de todo lo ocurrido al no guardar las debidas seguridades conforme quedó suficientemente demostrado; también al no permitir el ente municipal al Banco el bloqueo de la cuenta que le fue solicitado a la Secretaria de Hacienda en diferentes oportunidades y así se habría podido evitar el ilícito, tampoco existió una doble autenticación -a lo cual no se refirió la primera instancia en la sentencia- y se sometió aquella funcionaria a una exposición innecesaria al riesgo.

Qué decir del incumplimiento del municipio de las disposiciones de la seguridad de la información dictada por el gobierno el línea -MinTic- de la cual se dio cuenta en la contestación de la demanda, en las pruebas y en los alegatos; pero para el *a quo* ello no tiene importancia ni trascendencia alguna, a tal punto que si existieran seguridades perimetrales de seguridad de la información nada habría ocurrido con el erario de Maní -Casanare- en ese momento, sin perjuicio de insistir en que no existía al menos un antivirus o un secreto absoluto sobre el manejo de las operaciones.

También es bastante dicente la ignorancia supina de la Secretaría de Hacienda de los roles propios de sus funciones y la evidente ignorancia supina que demostró al desconocer qué es un hackeo o para qué es un antivirus licenciado.

Ese 50 y 50% es un desconocimiento grave acerca de la función preventiva del Banco antes y después de la operación, porque faltó poco para rogarle a la Secretaria de Hacienda que bloqueara la cuenta y después de realizadas las operaciones irregulares fue recuperada una suma superior a \$500 millones.

Esa falta de preparación y seriedad de los funcionarios, así también el evento de no tener en cuenta la primera instancia que no estaban contratados seguros de infidelidad contra estos, también constituyen pruebas de

En este orden, no es posible encontrar responsabilidad alguna en la conducta del Banco para que se le condene a pago alguno y menos a una indemnización *pari passu* o de igual nivel y menos

en similares condiciones. Dígase ahora que no existió ningún juicio de la primera instancia en la aplicación de los llamados “módulos relativos” españoles que suelen variar de un caso a otro y tampoco existió por parte del Juzgador una detenida consideración de la culpa del Banco como sí ocurrió con la alcaldía, lo cual implica que de una manera tácita se dejó plasmado que el municipio provocó el daño desde un comienzo y debe cargar por sí mismo con sus efectos.

iv.- En el deber de aplicar prácticas de protección propias por parte de los consumidores financieros también existió un desencuentro de la primera instancia con la justicia, con mayor razón si el mismo Despacho hace referencia al incumplimiento del municipio del artículo 6° de la Ley 1328 de 2009.

Debe señalarse ahora que la jurisprudencia citada por el *a quo* (SC1697 de 2019) fue objeto de rectificación por la sentencia SC5176-2020 del pasado 18 de diciembre de 2020, particularmente en el siguiente punto que se reitera bajo la cita textual:

*Así, al proceder el análisis sobre la causa del daño, el juzgador debe establecer “mediante un cuidadoso estudio de las pruebas, la incidencia del comportamiento desplegado por cada [parte] alrededor de los hechos que constituyan causa de la reclamación pecuniaria” (...). Sobre el asunto, afirmó esta Corte: “(...) [E]n tratándose de la concurrencia de causas que se produce cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental **establecer con exactitud la inferencia de este segundo factor en la producción del daño, habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro** (G. J. Tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. 699, y CLXXXVIII, pág. 186, Primer Semestre). Por tanto, se itera, para declarar la concurrencia de consecuencias reparadoras, o de concausas, cuyo efecto práctico es la reducción de la indemnización en proporción a la participación de la víctima, **su implicación deberá resultar influyente o destacada en la cadena causal antecedente del resultado lesivo**».*

No es, entonces, el rápido examen del riesgo creado con el agregado interpretativo de la responsabilidad objetiva lo que debe conducir a un fallo en contra de los establecimientos financieros. En efecto, en mucho debería reflexionarse sobre el contenido de los artículos 63, 64, 1604, 1613, 1614, 1616, 1617, 2341 y 2357 del Código Civil, que se relacionan con materias definidas como son la culpa, la fuerza mayor, las pruebas a cargo de quienes deben acreditar la diligencia en sus negocios, la indemnización de perjuicios, la imputación de la culpa y del dolo en la responsabilidad civil, la remisión a la responsabilidad civil extracontractual (memórese que la SFC es competente tratándose de la ejecución y cumplimiento de las obligaciones que asuman con ocasión de la actividad financiera -artículo 24-2 del CGP).

⁷ «CSJ SC, 14 de diciembre de 2006. 1997-03001-01»(referencia propia del texto citado).

v.- La experiencia y el cuidado de las finanzas del municipio están rodeadas de amenazas y debilidades que fueron probadas con suficiencia, mientras el Banco de su parte cumplió con todas las obligaciones que estaban a su alcance y el resultado para impedirlo no se dio, finalmente, por la conducta culpable de la alcaldía por intermedio de su Secretaria de Hacienda. Sin perjuicio de tener en cuenta la inadecuada elección de los funcionarios, así como la falta de cuidado y vigilancia sobre los mismos y es que los establecimientos bancarios no pueden coadministrar ni estar permanentemente sirviendo de nodrizas en el cuidado de bienes principalmente públicos que, se supone, han sido delegados a profesionales expertos.

vi.- Es imposible que una Secretaria de Hacienda no lea las cláusulas de los contratos suscritos por el ente municipal y que no se dé por enterada de las exigencias de seguridad para que los bienes del erario se encuentren a buen recaudo. En este proteccionismo estatal es normal que los funcionarios digan cóbrenles a los bancos que para eso tienen y es esa la razón para que no se capaciten ni le pongan atención adecuada a sus labores, lo cual, como es apenas normal, deja en permanente riesgo los intereses estatales.

vi.- La primera instancia en sus consideraciones reiteró las veces que el asesor del Banco le dijo a la Secretaria de Hacienda que bloqueara la cuenta y ésta no lo permitió. Se pregunta, además que la “colgaran” qué otra circunstancia podría impedirle acceder al bloqueo y habría evitado totalmente el daño que se le anunció desde el día anterior e incluso el día de los hechos.

viii.- La dejadez y la incuria operativa, administrativa, de sistemas y de control interno están comprobadas y en ellas no participó ni podía participar el Banco por constituir un asunto interno del ente municipal.

ix.- Conforme ya se expuso, porqué no se le reconoce al Banco la eximente de responsabilidad relativa a que luego de la operación permitió y colaboró en la recuperación de una suma superior a \$500 millones.

x.- El hábito transaccional único factor que tuvo en cuenta el Despacho para sancionar al Banco con una distribución ilegal e inequitativa de culpa, es una figura que proviene del lavado de activos y de la lucha contra el terrorismo, sin que se haya legislado expresamente sobre ese punto. Debe sí mencionarse que la SFC por vía de circulares crea algunas obligaciones estructurales sin carácter de ley, pues sus normas son obligatorias para los vigilados y deberían ser más casuísticas, como es el caso de los consumidores financieros profesionales -como debe serlo verbigracia un municipio- cuando no cuidan sus seguridades internas y su personal no es el adecuado para tan importante y costosa tarea.

Se trata, mejor, de hacer referencia a los malos hábitos de algunos consumidores, clasificarlos también porque en esta materia no es lo mismo un ama de casa, un hospital, un municipio, entre otros factores, porque como dijo una vez el Tribunal Superior de Bogotá el perfil transaccional es como la huella de cada persona, eso, traducido, significa que todos somos diferentes y es real.

Dicho por la misma Secretaria de Hacienda en su testimonio, el municipio perfectamente podía manejar 3 a 5 mil millones de regalías petroleras cuyos recursos salían por transferencias a otros bancos o a otra u otras cuentas del BBVA y de Impuesto de Industria y Comercio se pueden apreciar saldos superiores a \$1.000 millones de pesos, que no pueden ser restringidos por efectos del presupuesto y el gasto público. Un municipio puede retirar en cualquier momento según el horario del Banco, incluso acá se hizo mención a retiros hasta de 9.999.999.999.99 y se dice por la SFC que cada entidad es autónoma en definir un procedimiento y con un ente municipal puede hacerlo sin restricciones.

No obstante lo anterior, piénsese en que el mismo día de la defraudación la única firma autorizada dice que no le bloqueen la cuenta, debía el Banco impedir los movimientos cuando fue habilitado por una firma responsable. El efecto del perfil implicaba avisarle a la persona con quien estaban hablando contantemente y debería preguntarse el Juzgador qué efecto buscaba en el manejo de dineros públicos cuando el municipio no dio la orden de limitar las operaciones ese día. Así, la sanción al Banco en este proceso resulta ilegal.

Si lo extraño resultaba que en determinado tiempo hubo movimientos de \$200 millones, lol cual se supone por el Juez debió alertar al Banco, entonces dónde quedan los principios de las variantes según el tipo de consumidor y la razonabilidad y continuidad de sus operaciones. Ese punto a pesar de que según la SFC puede ser definido por los bancos son parte de sus propias sanciones en un caso como este donde la culpa es exclusiva de la víctima.

3.- El Juzgador y las consideraciones del juicio respecto de la conducta de la alcaldía

El Delegado de la SFC indicó que la alcaldía (i) desatendió el contenido de los contratos suscritos, (ii) descuidó elementales normas de autorresponsabilidad, (iii) los indicios sí permiten prever una intrusión y falta de cuidado en las seguridades, (iv) debió permitir desde el 30 de noviembre de 2017 el bloqueo que le fue ofrecido por el Banco, (v) la Secretaria de Hacienda conoció que su computador se comportaba de manera irregular y no hizo nada, (vi) no contaba con seguridades informáticas que le habían sido instruidas por el Banco e incluso necesarias por el sentido común, (vii) calificó el testimonio de la señora Cachay como no fiable ni creíble y contradictorio en algunos pasajes, (viii) no le podía transmitir al Banco el bloqueo de la cuenta y (ix) debía conocer el manejo del token, entre otras causas para acceder parcialmente a sus pretensiones.

4.- Embate adicional en relación con lo expuesto ante el *a quo* y los capítulos que anteceden

En realidad, no es deseable ampliarse tanto pero este tema así lo obliga, no solo por los hechos, también por la cuantía y los antecedentes, sin perjuicio de la nueva jurisprudencia con la cual se abre este documento. Así, me disculpo ante los honorables Magistrados en este sentido y espero comprendan que es un caso que tiene antecedentes, efectos y alcances jurisprudenciales importantes, sin perjuicio de considerarlo como un proceso donde incluso la justicia en cierta manera legisla dados los vacíos que presenta la materia.

4.1.- La ruptura del cumplimiento de los pactos

Es común que los abogados aconsejen a sus clientes que afirmen que los establecimientos financieros no les dijeron nada sobre el producto contratado, que no fueron capacitados en la causa, efectos y alcances de lo pactado y que fallaron al deber de información e incluso los tranquilizan indicándoles que los pleitos los ganan porque son los bancos los que por su actividad están llamados a la asunción del riesgo y deben probarles a sus usuarios que fueron ellos los que tuvieron la culpa, sin perjuicio de la máxima popular de “para eso tienen plata”, expresión del *deep pocket* o bolsillo profundo que habilita algunos desafueros.

Debe comprenderse bien la conducta procesal referida a que, después de 3 ó 5 años de trabajar en el área de Tesorería, los contratos coligados no fueron leídos como es el caso del correspondiente al de Net Cash, sin perjuicio de considerar los otros dos -cuenta de ahorro y recaudo de impuesto-, donde existen instrucciones que desconocieron.

El rótulo de la Misión correspondiente a la Defensa del Consumidor pareciera que no deja ver el bosque y es que se impone un deber de diligencia a los contratantes que los lleva a cumplir y a ser eficientes en el cumplimiento de sus pretensiones, sin disculpas que ya son lugares comunes que el derecho y la justicia no están llamados a proteger. En efecto, suponer que el acto se celebra para que no produzca efecto alguno conduce al absurdo, a la negación misma del negocio jurídico, inadmisibles patrociniando de conductas contrarias al ordenamiento⁸. Por lo mismo, a efectos de asegurar esta finalidad convergente, naturalmente perseguida con el pacto, las partes contraen la carga correlativa de evitar causas de ineficacia del negocio jurídico y el juzgador al interpretarlo y decidir las controversias procurará, dentro de los límites razonables compatibles con el ordenamiento

⁸ Corte Suprema de Justicia, MP Luis Alonso Rico Puerta, STC 14486-2018, Radicación n.º 11001-02-03-000-2018-03281-00, 7 de noviembre de 2018

jurídico, su utilidad y eficacia según corresponda a la *ratio legis* de toda ordenación normativa -artículos 1602 y 1620 del Código Civil⁹.

No sobra precisar en el orden que antecede, que se trata del contrato como ley para las partes y es que si los usuarios presienten una mala información o tienen dificultades para comprender las operaciones, deben abstenerse de celebrarlo, ejecutarlo con otra institución o si está en ejecución, pedir de manera oportuna cualquier aclaración que encuentren necesaria y ello evitaría las disculpas *ex post* tan corrientes ya en estas actividades.

Herica Tovar Torres¹⁰ tenía a su cargo actualizar la contabilidad y la seguridad de la misma y en el numeral 42 de las funciones de la Secretaria de Hacienda se lee que a ella le correspondía garantizar controles eficientes, eficaces y económicos¹¹, cita que se hace aislada porque no llegó la prueba ordenada por el Despacho y se prescindió de ella sin motivos sustantivos, probatorios o adjetivos claros; como de igual manera se omitió el complemento del informe juramentado, los testimonios de Forzamotors y el de su representante legal como persona natural (estos últimos por estar relacionados con el sitio al cual llegaron los 300 millones que fueron sacados irregularmente y porque allí también fue posible retener otros 300 millones que se le reintegraron al ente municipal demandante), el de la compañía STEFANINI encargada de la actualización del software contable y el del ex alcalde a quienes se supone yo tenía el deber de hacer comparecer, no obstante que, además, se encontraban todos presentes para cumplir con sus deberes frente al llamado de la justicia. Pruebas que no se tramitaron sin dejar a un lado la importancia que tenía también conocer en Bogotá la actuación de la Fiscalía que fue decretada de oficio.

Ahora bien, sin perjuicio del contenido de los contratos de cuenta de ahorro y de recaudo del Impuesto de Industria y Comercio que, igualmente, contienen instrucciones y obligaciones para el municipio, se realiza la siguiente cita gráfica del contrato Net Cash:

⁹ CSJ SC 28 de feb. 2005, exp. 3504

¹⁰ Ver funciones en el derivado 2019175827-041-000 de la Superintendencia Financiera de Colombia

¹¹ **ARTÍCULO 9º. Definición de la unidad u oficina de coordinación del control interno.** Es uno de los componentes del Sistema de Control Interno, de nivel gerencial o directivo, encargado de medir y evaluar la eficiencia, eficacia y economía de los demás controles, asesorando a la dirección en la continuidad del proceso administrativo, la reevaluación de los planes establecidos y en la introducción de los correctivos necesarios para el cumplimiento de las metas u objetivos previstos.

(Ver Decreto Nacional 1826 de 1994. Se crea la Oficina de Coordinación de Control Interno en los ministerios y departamentos administrativos)

PARÁGRAFO. Como mecanismos de verificación y evaluación del control interno se utilizarán las normas de auditoría generalmente aceptadas, la selección de indicadores de desempeño, los informes de gestión y de cualquier otro mecanismo moderno de control que implique el uso de la mayor tecnología, eficiencia y seguridad.

TERCERA.- REQUERIMIENTOS: Para habilitar el programa BBVA Net Cash, en las dependencias de EL CLIENTE, se requiere que EL CLIENTE informe previamente al BANCO las condiciones técnicas y de seguridad mediante las cuales se ingresará el aplicativo a través de Internet, indicando si se efectuará a través de un servidor proxy o de otro sistema, así como las condiciones y elementos de seguridad física dispuestos por EL CLIENTE para el aseguramiento de la zona en donde estarán ubicados los equipos, con el fin de que EL BANCO valore previamente las recomendaciones que debe formular a EL CLIENTE, para que el aplicativo opere bajo condiciones apropiadas de servicio y seguridad.

Adicionalmente, EL CLIENTE se obliga bajo el desarrollo del presente contrato y bajo su total y exclusiva responsabilidad, a mantener un acceso controlado y restringido al área física en donde estarán ubicados los equipos de cómputo destinados para el aplicativo BBVA Net Cash; empleando para ello los medios tecnológicos que considere convenientes, así como mantenerlos en un estado normal de funcionamiento y libre de virus informáticos. El equipo o equipos que esigne para operar el sistema, deben tener instalado y activado en los mismos, un software antikey logger y un antivirus que debe estar permanentemente actualizado. El equipo(s) destinado(s) por EL CLIENTE para operar a través de BBVA Net Cash debe(n) poseer las siguientes especificaciones sugeridas: Un Microcomputador Pentium IV de 2 Ghz con cache o equivalente, con 512 MB RAM y disco duro con 1 GB libres, con plataforma Windows XP con service pack 2, Internet Explorer 6.1 con HotFix personalizado o sus similares para otras plataformas, o versiones superiores instalados, una tarjeta gráfica VGA, con video SVGA, una impresora local preferiblemente de calidad gráfica, un Módem de 56.000 BPS o de capacidad superior y una Línea Telefónica directa en la eventualidad que no tenga acceso a una red privada. Corresponde a EL CLIENTE la obtención de los terminales apropiados para las líneas establecidas en este contrato y de las líneas de comunicaciones y otros equipos necesarios (módem, etc) para la transmisión desde sus dependencias, así como aceptar el consumo producido por la utilización de la red de Internet. Será igualmente a su cargo la adquisición, mantenimiento y los gastos que pudieran derivarse de los mismos.

PARÁGRAFO PRIMERO: Es de total y exclusiva responsabilidad de EL CLIENTE contar y mantener las condiciones

Página 4 de 7

mínimas apropiadas para la instalación, operación y comunicaciones que garanticen de forma segura, el debido funcionamiento del sistema BBVA Net Cash. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** EL CLIENTE deberá abstenerse de realizar las operaciones de BBVA Net Cash desde computadores de sitios públicos de Internet, debiendo realizar sus transacciones desde los equipos asignados para llevar a cabo las operaciones objeto del presente contrato.

CUARTA.- CLAVE PERSONAL DE ACCESO Y ASIGNACIÓN DE PERFILES: EL CLIENTE y cada una de las personas autorizadas por éste para utilizar los servicios de que trata el objeto del presente contrato, para poder hacer uso de las opciones que ofrece el sistema BBVA Net Cash, previamente deberá conectar sus equipos con el sistema de computación de EL BANCO a través de línea telefónica (vía módem) o por conexión privada o identificarse digitando un número de identificación personal (número de usuario) y una clave secreta o "password de acceso" compuesto hasta por ocho caracteres y asociada al mismo. Dicha clave es de uso personal, confidencial e intransferible, asumiendo EL CLIENTE y el personal autorizado por éste para utilizar los servicios de que trata el objeto del presente contrato, la responsabilidad y obligación de mantenerlos en las condiciones; así mismo EL CLIENTE y cada una de las personas autorizadas para utilizar los servicios de BBVA Net Cash, deberá mantener las claves asignadas en absoluta reserva y a cambiantes por lo menos una (1) vez, cada treinta días calendario, sin que terceros no autorizados tengan la posibilidad de conocerla o deducirla y emplearla, de modo que EL CLIENTE asume ante EL BANCO y ante terceros la responsabilidad total y exclusiva por cualquier uso indebido de dicha clave o por los riesgos derivados de la falta de cambio de la misma luego de haber accedido al aplicativo BBVA Net Cash.

PARÁGRAFO PRIMERO: EL CLIENTE es responsable por la recepción y mantenimiento de la Clave de Acceso Único (OTP), que envía EL BANCO a través de correo electrónico y SMS al celular de EL CLIENTE, hasta el día que EL BANCO habilite el ingreso a la plataforma BBVA Net Cash. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** Inmediatamente EL BANCO habilite el ingreso al aplicativo BBVA Net Cash a través de Internet, EL CLIENTE se obliga a certificar que la primera actividad que ejecute sea la de cambiar la clave inicial o password de acceso por su propia clave personal secreta y crear su clave de operaciones, así como proceder a la configuración del Módulo Administrativo y de Tokens, en donde debe asignar los perfiles y límites para la consulta y/o autorización de operaciones que tendrán cada uno de las personas autorizadas por EL CLIENTE. **PARÁGRAFO TERCERO:** El número de identificación personal, clave personal o password de acceso y clave de operación, es un dato individualizado que servirá de base para el control y prueba de la utilización del servicio por parte de EL CLIENTE y para la recepción y atención como auténticas de las órdenes, instrucciones y consultas que EL BANCO reciba por este medio, siendo prueba suficiente para acreditar que un mensaje ha sido ejecutado u originado por EL CLIENTE a través de este sistema, el que se identifique por métodos informáticos que las claves y Token de EL CLIENTE fueren las iniciadoras o emisoras de una determinada consulta u orden. **PARÁGRAFO CUARTO:** Con base en lo establecido por los Artículos 540 inciso 3º y 542 del Código de Comercio, se pacta expresamente que si cualquier persona hace uso del servicio, EL CLIENTE se obliga a asumir las consecuencias de tales operaciones y no podrá invocar la falta o insuficiencia de poderes de quien actuó, por cuanto se considerará como ejecutada por el mismo y por lo tanto, no podrá formular ninguna clase de reclamo, acción o indemnización contra EL BANCO, ya que en todo caso renuncia a ello.

Entre otras instrucciones y obligaciones el contrato señala la necesidad de un servidor proxy que fue echado de menos por el Técnico en Sistemas de la Alcaldía, señor JESÚS DAVID MARINÑO CÁRDENAS, también exige el referido contrato aseguramiento de la zona, acceso controlado y restringido del área física, estado normal de funcionamiento de los equipos y libres de virus informáticos, así como un software *antikey logger* y un antivirus permanentemente actualizado, nada de lo cual se cumplió. El Informe Juramentado de la alcaldía dice que había un antivirus gratuito, luego todos aseguraron que ni siquiera eso había.

La señora Cachay dijo que ni siquiera sabe pronunciar *antikey logger*, que nadie le dijo que era eso y que es un asunto propio de ingenieros de sistemas. Entonces, para que las entidades públicas pactan lo que no entienden ni leen, para luego afirmar sin rubor que fueron instruidos ni capacitados. Las obligaciones de seguridad que debía tomar la alcaldía de acuerdo con el contrato de recaudo se consagran de la siguiente manera:

TERCERA.- OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD: Para que EL BANCO pueda efectuar el recaudo, es indispensable que LA ENTIDAD cumpla con las siguientes obligaciones, a las cuales se compromete expresamente: a) A informar a todos los contribuyentes en realizar los pagos, el número de la cuenta recaudadora, identificando la naturaleza de la misma; b) A prevenir a todos los interesados en efectuar dichos pagos, que los mismos deben hacerse bajo su exclusiva responsabilidad, mediante depósito o consignación en la cuenta AHORROS No 077175792 que LA ENTIDAD tiene abierta y se obliga a mantener en el BBVA COLOMBIA., para lo cual se requerirá que suministren al momento de hacerlo, los siguientes datos: número de cuenta recaudadora (077175792), Clase AHORRO, número de identificación tributaria (NIT DEL CONTRIBUYENTE) , según corresponda, de la persona jurídica o natural por cuenta de la cual se hace el pago, valor total del pago, modalidad de pago (totalidad en efectivo o cheque de gerencia o pago mixto, es decir una parte en efectivo y otra en cheque de gerencia); c). A indicar a tales usuarios y/o clientes, la fecha a partir de la cual pueden acercarse a cualquier oficina de EL BANCO a pagar o consignar la suma establecida; d). A tomar todas las precauciones y medidas prescritas por EL BANCO y la Superintendencia Financiera de Colombia, para asegurar que en desarrollo del presente convenio, no se presenten actividades ilícitas o de lavado de activos.

Como se dijo anteriormente, de forma lamentable el alcalde que firmó los contratos iba a declarar y estaba presente para ello, pero su testimonio se frustró el 24 de noviembre de 2020, a pesar de que ya habían quedado claras las omisiones del municipio. De haberse agotado las pruebas omitidos, es posible que el 50 y 50% de responsabilidad habría variado a favor del Banco por mayor cualificación del peso probatorio y del examen de la conducta procesal.

4.2.- La culpa de la víctima

Aparte de lo expresado en la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular, la Sala Civil¹² señala que la incidencia de la víctima tiene que analizarse en dos niveles distintos de atribución, pues su conducta puede encuadrarse o en el instituto de la autoría y la participación (2341 y 2344 del Código Civil) o en el de la exposición imprudente al daño (artículo 2357 *ibidem*), dependiendo de si tuvo la posibilidad de evitar que se produjera el riesgo que ocasionó el perjuicio, o si tuvo la posibilidad de evitar *exponerse* a él con imprudencia pero sin haberlo creado: i) en el primero se analizan las condiciones que dieron origen a la creación del riesgo, caso en el cual todos los copartícipes son responsables solidarios (incluso la víctima si fue autora o partícipe del riesgo que ocasionó el daño); ii) en el segundo se analizan las posibilidades que estaban al alcance de la víctima para evitar exponerse imprudentemente al daño que otra

¹² Corte Suprema de Justicia, MP Dr. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, SC002-2018, Radicación n° 11001-31-03-027-2010-00578-01, 12 de enero de 2018.

persona produjo. Esta distinción, como puede advertirse sin dificultad, es imposible de hacer sin criterios de imputación.

En resumen, dice el referido fallo en el cual fue ponente el doctor Ariel Salazar:

“i) Hay culpa exclusiva de la víctima cuando ésta creó con imprudencia (o intención) el riesgo que ocasionó el daño (artículo 2341), o participó con culpa (o dolo) en su producción (artículo 2344). Hay competencia exclusiva de la víctima cuando ésta, sin culpa o dolo, creó el riesgo que produjo el daño o participó en su creación.¹³ En sendos casos¹⁴ la conducta de la víctima exime al demandado de responsabilidad.

“ii) Hay lugar a reducción de la indemnización cuando la víctima no tuvo ninguna posibilidad de crear el riesgo que ocasionó el daño o de participar en su producción; pero sí tuvo la posibilidad de evitar la creación de su propio riesgo de exponerse imprudentemente al daño que otra persona generó (artículo 2357).

“De lo anterior se concluye que la atribución de un resultado a un agente no consiste en adivinar intuitivamente en el plano de la causalidad lineal las condiciones *sine qua non* que contribuyeron al desencadenamiento de las consecuencias dañosas, porque para poder imponer al demandado la obligación de indemnizar y para valorar la incidencia de la conducta de la víctima en la producción del daño o en su exposición a él sin haberlo creado, no basta analizar una única “cadena causal” en la que todos los involucrados en el suceso intervienen de manera indiferenciada y cada uno *aporta su porcentaje de causa*, sino que habrán de observarse dos situaciones jurídicas distintas a partir de los deberes de adjudicación y de conducta que debían cumplir, por separado, el agente y la víctima¹⁵.”.

Debe recordarse acá que la sentencia inicialmente citada rectificó la decisión SC18614-2016 (05001-31-03-001-2008-00312-01) del 19 de noviembre de 2016, decisión que señaló que la obligación del consumidor financiero “*es apenas la de mantener en reserva sus claves de acceso al portal transaccional*”, asunto que aquí no ocurrió dada la completa desidia del municipio en esta materia.

En este caso el Banco BBVA contó con las medidas de precaución y diligencia que le son exigibles en un alto nivel que garantiza la realización de las transacciones electrónicas de forma segura, con herramientas, instrumentos y mecanismos tecnológicos adecuados, idóneos y

¹³ Esta última posibilidad no está prevista en la ley, pero la laguna normativa se llena con el enunciado primitivo (categoría primordial) que afirma que el riesgo creado por la víctima no puede atribuírsele al demandado, independientemente de que haya mediado o no culpa por parte de aquélla. Al ser un axioma del instituto de la responsabilidad civil, es una regla implicada (impregnada) en cada posibilidad de decisión (por la *regla de dominación* del cálculo de las formas), por lo que no hay ninguna necesidad de acudir a argumentos por analogía, principios generales del derecho, equidad, sentido común, naturaleza jurídica del instituto, naturaleza de las cosas, razón natural, dudosos métodos de ponderación, etc., para cumplir las pretensiones de completitud (o compleción) e integralidad del sistema. Para un concepto riguroso de laguna normativa ver: Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN. *Sistemas normativos*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2013. pp. 11 y ss.: pp. 222 y ss.

¹⁴ Un caso para cada una de las cuatro posibilidades que conforman el universo de soluciones de las situaciones fácticas de autoría o participación, con o sin culpa, de la víctima en su propio infortunio.

¹⁵ Al ser la imputación un fenómeno de complejidad no-lineal, no-monocausal y no-determinista, el razonamiento lógico que ha de utilizarse para la elaboración de enunciados de atribución del daño al agente o a la víctima es la abducción, por lo que la imputación es un asunto práctico probatorio que se resuelve a partir del rango de posibilidades de elección conformado por el riesgo que creó cada uno de los que intervinieron en el desencadenamiento del daño según las normas de adjudicación a ellos dirigidas. De ahí que el proceso de imputación no se vale de la implicación material (deducción) propia de la causalidad lineal, rígida o determinista; lo que impide calificarlo como “logicismo”.

suficientes para evitar la contingencia de la defraudación por medios virtuales o minimizar al máximo su ocurrencia. Además, el Banco ilustró al municipio sobre las debidas seguridades del entorno web en el que debía desarrollar sus operaciones, así también recomendó expresamente los elementos que debían emplearse, las circunstancias en que debían protegerse contraseñas y claves, las seguridades para el acceso al sistema, la autenticación de los usuarios, la trazabilidad de las transacciones, el sistema de alertas por movimientos sospechosos o ajenos al perfil transaccional del cliente y el bloqueo de cuentas destinatarias en transferencias irregulares, de ser el caso.

La frase subrayada corresponde a la jurisprudencia citada, porque debe enunciarse un límite de \$9.999 millones 999 pesos para confirmar las operaciones y si bien se aprecia de manera supuesta, que no exhaustiva, un hábito transaccional de 200 ó 300 millones de pesos, los hábitos, patrones, prácticas y costumbres de la Tesorería incluían el manejo de saldos que oscilaron entre 34 y 2.000 millones de pesos sin previa convención o análisis de perfil o hábito transaccional acerca de la cuenta de recaudo de Industria y Comercio, bien diferente a los pactos corrientes de cuentas de ahorro y corrientes del mercado bancario. Además, una cuenta que llega a un saldo de \$1.000 millones de los cuales se sustraen \$800 millones debió contar con un movimiento que situaba el perfil en operaciones de ese orden e incluso superiores.

4.3.- No puede el Banco bloquear al cliente sin su autorización

El Despacho en su decisión de primera instancia parte de la base de la responsabilidad del cuentahabiente, pero concluye que el Banco no contó con la autorización del cliente para bloquear la cuenta del municipio, se pregunta, entonces ¿para qué habría servido el perfil transaccional? En ese caso perdió toda utilidad porque la finalidad de ese sistema es (i) dar aviso de las operaciones que están en curso con el fin de que el cuentahabiente se comunique con la entidad y (ii) efectuar un bloqueo preventivo que en este caso repudió la encargada de la cuenta.

Entonces, frente a la sentencia ya citada y rectificada por la CSJ, en la cual fue ponente el doctor Ariel Salazar Ramírez, es requerida la implementación de herramientas, instrumentos o mecanismos tecnológicos adecuados, idóneos y suficientes para evitar la contingencia de la defraudación por medios virtuales o minimizar al máximo su ocurrencia, rodeando de la debida seguridad el entorno web en que se desarrolla, los elementos empleados, las contraseñas y claves, el acceso al sistema, la autenticación de los usuarios, la trazabilidad de las transacciones, el sistema de alertas por movimientos sospechosos o ajenos al perfil transaccional del cliente y el bloqueo de cuentas destinatarias en transferencias irregulares, de ser el caso. De todo ello se ocupó el Banco BBVA COLOMBIA y las seguridades y precauciones fueron desatendidas por la alcaldía.

En cuanto al bloqueo que insinúa la primera instancia, entre otras, la sentencia SU-167/99 de la Corte Constitucional hace referencia a la imposibilidad de que se restrinjan desproporcionadamente derechos fundamentales de los clientes porque podrían resultar afectados los derechos a la personalidad jurídica e igualdad de condiciones para acceder al servicio público bancario y se afectarían los derechos fundamentales por conexidad de las libertades económicas. Lo anterior se traduce en una garantía a la aptitud negocial e incluso aun tratándose de un usuario integrado en la lista Clinton, no puede negársele su aptitud en el ejercicio de sus derechos y servicios, con mayor razón tal panorama no puede extenderse a un municipio que requiere gestionar los fines estatales por sola sospecha de un manejo lento de la pantalla y sin que se hubiera consultado por la interesada *in situ* con el Ingeniero de Sistemas o el Técnico en la misma materia, como en efecto lo instruyó el Banco.

Es abstracta, entonces, esta responsabilidad y no se olvide que la señora Cachay, Secretaria de Hacienda, enunció que el alcalde la colgaría si bloqueaban la cuenta porque debían hacer pagos. Ningún banco está llamado a coadministrar los recursos públicos o a suplantar el conocimiento directo y experimentado que se cree, *in eligendi* e *in vigilandi*, que el municipio cuenta con personas solventes, en términos morales, laborales, profesionales e intelectuales y qué decir que hizo referencia la funcionaria que tenía a su cargo 24 personas y que no era su deber ocuparse de un software o un antivirus o en tener su acceso al computador lejos de las muchas personas que debía atender.

Tales circunstancias deben estar solucionadas por la ley de manera expresa para evitar castigos que impliquen imponerlos si no hay ley y resulta demasiado reforzado acudir a normas que datan de 1886 y 1971, rezagadas frente al desarrollo de la ciencia, la tecnología y la misma inteligencia de las personas que evaden sus responsabilidades profesionales cimentadas en 14 años de práctica profesional y de más de 2 años en el manejo del cargo y la plataforma, incluso confesando que el Banco sí les allegó un instructivo con el token, para terminar diciendo que no me capacitaron, no me dijeron, que el establecimiento bancario debió bloquear o “si me hubiera explicado”; pero no, todo se vuelve coloquial: “si bloqueo me cuelgan”.

Si no estuviere ocurriendo nada y el Banco bloquea la cuenta, con seguridad es la misma Superintendencia la que lo sanciona por vía administrativa por privar al Estado en forma local de ejecutar sus fines en favor de la comunidad: entonces, el discurso bajo la defensa del consumidor y del erario, puede dar para cualquier lado en contra de los bancos, pero la justicia no es de ese carácter selectivo y se confía en que así lo comparta el *ad quem*.

Desde este punto de vista la decisión de primera instancia se muestra incongruente y sin remisión a norma alguna aplicable, sea por *analogía juris* o *analogía legis*, entonces al estar ausente

la motivación correspondiente la decisión de primera instancia se dio por responsabilidad objetiva con visos de responsabilidad extracontractual, asunto en buena hora rectificado por la decisión CSJ SC5176-2020 del 18 de diciembre de 2020, donde en todos los componentes del presente caso debieron enunciarse:

a.- La norma sustantiva aplicable fundamentando incluso porqué se acude a distribuir la responsabilidad 50 y 50% y con qué criterio de intensidad o de levedad o gravedad se atribuye a una parte y a la otra.

b.- No se considera la causa eficiente y se deja en abstracto la afirmación de que el Banco no cumplió con la Circular Básica Jurídica referida al perfil transaccional, sin tener en cuenta que los establecimientos financieros no pueden ir más allá de aquello que los clientes ordenan o predisponen; lo demás resultaría arbitrario y contra ley, sin dejar de considerar que las cortapisas las puso en su testimonio la Secretaria de Hacienda en un repetitivo e insustentado guion.

En esto no es congruente la sentencia y debió ocuparse si el Banco contaba con esa facultad de ir más allá de la voluntad de su cliente o decretarle sin fórmula de juicio una *capitis deminutio* en la administración de los recursos públicos.

4.4.- El supuesto incumplimiento a la Circular Básica Jurídica

Cita el Despacho en los 4 minutos que le bastaron para condenar al Banco el incumplimiento a los numerales 12 y 13 de la Circular Básica 023 de 2014. Sea lo primero precisar que estas circulares integran como sujeto destinatario al vigilado más no al cuentahabiente que, obviamente, no es regulado por la Superintendencia Financiera, pero, debe también decirse aquí, que no se expresa en forma alguna de qué manera contrastó la primera instancia esas disposiciones relativamente reglamentarias con el artículo 6° de la Ley 1328 de 2009, referida a las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros.

A cada prueba y a cada hecho debió asignarle un valor para permitir que esta defensa ante el *ad quem* conservara un rito sustantivo específico; además, las pruebas omitidas de manera deliberada y a lo cual no me opuse, solo iban a conducir a sumar más elementos para desvincular al Banco de responsabilidad alguna.

Las Circulares de la SFC se basan principalmente en el literal a) del numeral 3) del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en los numerales 4°, 5° y 6° del artículo 11.2.1.4.2 del Decreto 2555 de 2010, en lo pertinente a sus funciones de control y vigilancia y los numerales referidos por el Despacho como incumplidos por el Banco son:

3.1.12. Establecer procedimientos para el **bloqueo** de canales o de instrumentos para la realización de operaciones, cuando existan situaciones o hechos que lo ameriten o después de un número de intentos de accesos fallidos por parte de un cliente, así como las medidas operativas y de seguridad para la reactivación de estos.

3.1.13. Elaborar el **perfil** de las costumbres transaccionales de cada uno de sus clientes y definir procedimientos para la **confirmación** oportuna de las operaciones monetarias que no correspondan a sus hábitos.

No se motivó qué situaciones o hechos habrían permitido el bloqueo o cuáles instrumentos no utilizó frente a la tozuda conducta de la Secretaria de Hacienda y la tardía reacción de su asistente a las 16 y 30 p.m. del 1º de diciembre de 2017. Tampoco se enunció un histórico puntual de los hábitos de un municipio que podía manejar miles de millones de pesos al mes en la cuenta de recaudo que no es propia de un consumidor financiero tradicional.

No sustentó la primera instancia qué tipo de perfil debe reunir un municipio en sus relaciones financieras, pues sobra decirlo es bien diferente al ortodoxo y cotidiano consumidor financiero medio.

Lo que enuncia aquella Circular es elaborar el perfil de cada uno de sus clientes y definir procedimientos para la confirmación oportuna de las operaciones monetarias que no correspondan a sus hábitos. Tratándose de un municipio las partes fijaron ese perfil y los procedimientos en los tres contratos coligados suscritos: (i) el de ahorro, (ii) el de Net Cash y (iii) el de recaudo, por ello se trató de una operación *sui generis* sin cabida en las disposiciones generales; pero sí se utiliza esta legislación de alguna manera reglamentaria contra el Banco para favorecer la posición cómoda en la incuria del municipio y sin exigirle en manera total que su comportamiento debía avenirse a la autorresponsabilidad y a las normas fiscales y de contratación que le exigían de manera especial comportarse como un buen ente público de negocios, obsérvese que no se trata del hombre de negocios común y corriente, sino de un ente municipal tutelado y vigilado hasta la saciedad y con cientos de normas aplicables que dijo desconocer e inaplicar la Secretaria de Hacienda.

El municipio pagaba proveedores con dineros de Industria y Comercio y hacía transferencias que no fueron analizadas por el *a quo* para concluir la ya inveterada abstracción del perfil o hábito transaccional. Le bastó hacer mención a que se reflejaba una operación máxima de \$100 millones, pero ningún valor le dio a la elusión de la respuesta de la Secretaria de Hacienda sobre las transferencias y sus valores, circunstancias en las cuales le sobrevino unas veces el fenómeno de la amnesia selectiva cuando no súbita, incluido su desconocimiento a ese nivel de responsabilidad sobre qué es un *hacker*, qué es un *malware*, qué es un bloqueo de cuenta y cuándo se da o si leyó o no los contratos que se constituían en la base y responsabilidad de sus funciones.

Los jueces se han concebido no solo como juzgadores sino también como pedagogos con el fin de que ciertas conductas no se repitan en el tiempo y, así, sus decisiones tienden a que se corrijan defectos del sistema político funcional y descentralizado, pero ello no se logra cuando debe oírse con sorpresa a una funcionaria que maneja 300 ó 500 mil millones que el Banco paga porque no habló con ella o no le dio los consejos que le corresponderían como un padre de familia. Cuando no se adoptan conductas fuertes como en este caso las omisiones de los entes municipales continuarán repitiéndose porque la delincuencia sí está pendiente de ello al desvelar con suma facilidad las amenazas y las debilidades en la seguridad interna de su información.

La costumbre de que pague el Banco no corregirá las deficiencias de casos que pueden seguirse repitiendo y donde deberá oírse la misma y ya desgastada cantilena acerca de que fueron los bancos. El Consejo de Estado se ha referido al régimen de responsabilidad dentro de la teoría del riesgo excepcional, de la siguiente manera frente a las conductas omisivas de los funcionarios públicos, incluso premiadas por la justicia en ocasiones¹⁶:

“En cuanto al **régimen de responsabilidad** dentro de la teoría del riesgo excepcional, esta Corporación ha señalado que, (...) se debe preferir dar aplicación al régimen de imputación subjetiva sobre el riesgo excepcional, pues ello permite, al tiempo, poner en evidencia la falta de corrección en la actuación administrativa, la adopción de las políticas futuras encaminadas a enmendar la falencia y evitar que vuelva a presentarse. En este sentido esta Corporación ha afirmado, (se transcribe):

*“Sin embargo, cuando se advierte que el daño no se produjo accidentalmente sino por un mal funcionamiento de la Administración, ello se debe poner de presente y el título de imputación bajo el cual se definirá el litigio será el de falla del servicio, **en aras del cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del Estado y con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño, en caso de ser condenado a la correspondiente reparación.***

En términos generales, la falla del servicio probada surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche”¹⁷.

En este caso tales circunstancias no fueron objeto de análisis por parte del juez especializado, pero, se dirá, ello es un trabajo propio de lo contencioso administrativo y de vigilancia a los Bancos. Otros elementos más que se suman a la falta de contenido técnico de la sentencia y de su congruencia. Se insiste, además, cuál es la razón para determinar sendas responsabilidades del 50% sin un análisis conclusivo de cada conducta.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, CP ALBERTO MONTAÑA PLATA, 7 de octubre de 2019, expediente 19001-23-31-000-2008-00057-01(43967)

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 17.927

No menciona el Despacho en los 4 minutos en los cuales que dio vía libre a su análisis de la conducta del Banco, contra los 33 minutos que le ocupó la crítica de la conducta del municipio, **qué situación o hecho ameritaba el bloqueo** si aseguró la Secretaria de Hacienda que el 30 de noviembre al fin hizo las operaciones y el día 1° de diciembre de 2017 se dedicó a llamar sin asesorarse en sus propias oficinas de lo que podría estar ocurriendo y téngase en cuenta que el Banco a distancia solo cuenta con una mera conjetura y le pide a la Secretaria de Hacienda que lo verifique con el área de sistemas y no lo hace.

En cuanto a las costumbres transaccionales la Circular Básica Jurídica enuncia “de cada uno de sus clientes”; es decir que debe efectuar un estudio individual y no general y si la alcaldía parametrizó las cuantías en 9.999.999.999.99 nada agregaba si los movimientos contaron según el *a quo*, con un tope de \$100 millones de pesos.

Si había saldos en esa cuenta superiores a \$1.000 millones, es claro que los egresos podrían superar la cifra de \$100 ó \$200 millones, no se trataba de un consumidor financiero nato sino especializado y con cifras bancarias entre \$300 y \$500 mil millones por regalías petroleras y la cuenta de Industria y Comercio movía entre 1.000 y 2.000 millones de pesos, que luego serían transferidos a otras cuentas del municipio se supone para inversión según la ley, pero pagaban proveedores.

Un municipio que en tales condiciones tenga que estar pidiendo autorizaciones no puede trabajar con un banco que le esté produciendo alarmas constantes y debe señalarse que la cuenta venía desde 2014 e incluso antes sin que nada hubiere ocurrido.

La misma Secretaria de Hacienda alude con mucha inquietud que el Banco antes no les comunicaba los movimientos por internet a la cuenta de correo ni a los teléfonos celulares, lo que ocurrió fue, precisamente, que el municipio no estaba interesado en que el BBVA le prestara ese servicio y vino a activarlo cuando la defraudación indicó la necesidad de hacerlo.

Ha señalado la Superintendencia Financiera en el oficio 2018150901-001-000 del 21 de noviembre de 2018 que “*el perfil transaccional permite conocer cuáles son los hábitos de un consumidor financiero, por ejemplo, los canales que usa, los montos y días de retiro, los lugares en que se realizan; sin embargo, **cada entidad es autónoma de definir un procedimiento y los controles necesarios con los cuales se confirmen las operaciones** que no correspondan a los hábitos transaccionales del cliente, y con ello generar la respectiva alerta*”. Aspecto sobre el cual el municipio nunca restringió al establecimiento financiero y relevó al Banco el 1° de diciembre de 2017 al no permitir el bloqueo de las operaciones.

Es importante señalar que resulta arbitrario establecer sin disposición legal que así lo establezca y que ate a las partes, que se determine el hábito transaccional en 6 meses o en un año, porque en el caso del municipio había picos anteriores que se suponen superiores a 100 millones, si se manejan transferencias de regalías petroleras del orden enunciado por la Secretaria de Hacienda -200 ó 300 mil millones de pesos- y qué decir de la operación interna por \$2.000 millones que aparece el mismo día y con posterioridad al ilícito en las páginas de Excel remitidas por el Banco. Así las cosas, es difícil determinar en las empresas y entidades públicas que mueven grandes cantidades de dinero, incluso en épocas esporádicas, cómo se comportan sus finanzas y transferencias entre cuentas incluso de diferentes bancos; por ello es importante la diferenciación subjetiva entre el consumidor nato del calificado e incluso por cuantías de operaciones como lo han definido ya en Europa y EEUU.

4.5.- El propio riesgo y la autopuesta en peligro

En complemento al capítulo primero correspondiente a la actual sentencia de rectificación de la Corte Suprema de Justicia, quedó demostrada y reconocido sustantiva y probatoriamente por el *a quo*, la absoluta falta de seguridades por parte de la alcaldía, así como la incuria en la administración del patrimonio público y la puesta en peligro no solo de su información financiera, sino de todos los datos del municipio de Maní que deberían estar resguardados conforme a las leyes y reglamentos que rigen el llamado Gobierno en Línea, de acuerdo con las normas que se citan al final de este documento.

No en vano se ha dicho y lo expresó el Banco en el sustento inicial de la apelación ante el *a quo*, que se requiere una legislación o que se definan parámetros en los precedentes jurisprudenciales para no dejar que sea el legado de Andrés Bello, bajo el artículo 2357 del Código Civil el que defina los avatares de la cibernética y de los algoritmos, disposición que rige la responsabilidad extracontractual para apreciar el daño sujeto a reducción cuando quien lo ha sufrido se expuso imprudentemente, frente a lo cual la jurisprudencia cauta se mueve en la comodidad del 50% y 50%, cuando no y excepcionalmente en 40-60 o un 70-30, casos en los cuales sí es exigente el examen de la incidencia causal de la víctima en su mayor o menor contribución al resultado dañoso; a su vez, el CPCA alude al resultado dañino cuando un particular y el Estado concurren en él, bajo la advertencia de origen jurisprudencial que para ello se tendrá en cuenta “la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.”¹⁸.

¹⁸ CPACA artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo): "En 'todos' los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la 'proporción' por la cual debe responder cada una de ellas...",

Pues bien, nada nuevo se agrega cuando se dice que es diferente el consumidor que va de compras a un supermercado o a un almacén de grandes superficies frente a un municipio¹⁹ que cuenta con disposiciones funcionales de protección y seguridad informática, de constitución de seguros que respondan por infidelidad o fraudes originados por terceros y que, además, están vigilados constantemente por las comúnmente llamadas “ías” y, como si fuera poco, cuentan con departamento de sistemas y un control administrativo interno y disciplinario interno. Entonces, frente a la llamada asimetría, está muy lejos el consumidor corriente respecto del municipio de Maní que cuenta con toda una parafernalia de medios y aquí hay ocasiones en que la culpa se examina con microscopio y otras veces con telescopio; ello ocurre cuando hay anomia o al menos ausencia de precedentes juiciosos que den a cada uno lo que merece y no lo que parece.

El derecho penal colombiano enseña que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado, razón que impone la necesidad de acudir a criterios adicionales y, en ese análisis se requiere: i) que el agente haya creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido, ii) que se concrete el resultado y, iii) que no se haya materializado una acción a propio riesgo o autopuesta en peligro²⁰.

En el hábito transaccional e incluso en los perfiles se presentan todos los días riesgos jurídicamente relevantes que deben ser permitidos, siempre y cuando se respeten las reglas de cuidado previstas en la ley o el reglamento, a efectos de garantizar la convivencia social, *verbi gratia*, el tráfico automovilístico, aéreo, marítimo, las actividades deportivas, las intervenciones médicas e incluso en la actividad financiera, entre otras.

Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando en el marco de una cooperación con división del trabajo en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión, cuando es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (*lex artis*) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual “**el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia**”²¹.

En cuanto a la autopuesta en peligro, ésta se concreta cuando, i) el agente se pone en riesgo a sí mismo o ii) cuando, con plena conciencia de la situación, se deja poner en dicha situación por otra persona, eventos en los cuales no puede imputarse al tercero el tipo objetivo porque quien

¹⁹ Estados Unidos y Europa ya cuentan al menos con distinciones de operaciones por cuantía.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, MP Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ, 27 de noviembre de 2013, Casación 36842. Cfr. CLAUS ROXIN, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura del Delito, Madrid, Ed. Civitas 1997, páginas 345 a 364.

²¹ Sentencias del 25 de enero de 2012, Rad. No. 36082 y del 20 de mayo de 2003, Rad. No. 16636.

conscientemente se expone a un acontecer amenazante se hace responsable de las consecuencias de su propia actuación.

La Corte Suprema de Justicia en esta materia ha reiterado que la acción de riesgo propio se caracteriza por “**Uno.** En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado. **Dos.** Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo. **Tres.** Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella”²².

Debe tenerse en cuenta que la Secretaria de Hacienda mintió cuando afirmó que el funcionario del Banco no le advirtió de la posibilidad de un *hackeo*, seguramente tratando de justificar su propia culpa o disuadida de manera equivocada que esa es la mejor defensa pues, se piensa actualmente, que los establecimientos financieros deben hacerle frente a la inagotable imaginación de algunos demandantes pues la carga de la prueba debe recaer en ellos porque son, como ya se dijo, los del *deep pocket* (bolsillo profundo), pensamiento que coincide con la mirada que realizan algunos jueces al papel de los bancos y no a la conducta de los contendientes.

La Secretaria de Hacienda trató de hacerse la desentendida del asunto cuando asegura lo que están haciendo los demandantes en casos del consumidor: el banco no me capacitó, el Banco no me dijo, el Banco me hizo equivocar; es decir un desfile de “fue que” y “es que”, sin reparar en que su profesión, los contratos con el Banco y sus propios compañeros la hicieron quedar mal en cuanto a la absoluta inexistencia de seguridades. Ahora, afirmar que los asuntos de las intrusiones cibernéticas defraudatorias son cosas propias de los ingenieros de sistemas, causa pavor funcional, cuando no una mención de ignorancia supina y, además, decir que el Banco debió impedir la entrega de las seguridades a los defraudadores deja en mala posición a quien se supone, como lo dijo, manejaba entre 300 mil y 500 mil millones de pesos en regalías petroleras.

La alcaldía por intermedio de su funcionaria corrió con un riesgo y no fueron otras conductas adicionales las que generaron o facilitaron la defraudación, como se explica posteriormente. Tanto la Secretaria de Hacienda como su asistente contaban con 5 y 3 años de estar trabajando la plataforma del Banco, para resultar la primera aludiendo a capacitaciones que no le dieron o a los asuntos que estaba en el deber de conocer por su profesión y oficio.

4.6.- La aceptación del riesgo

²² Sentencia de 20 de mayo de 2003, Rad. No. 16636

*“... como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan (...)”.*²³.

Se le endilga a la alcaldía y, particularmente, a la Secretaría de Hacienda la conducta de aceptación del riesgo porque debido a la actividad por ellas desarrollada eran conocedoras de la situación de riesgo, configurándose una negligencia o imprudencia en el ente demandante que alcanza a exonerar a la parte demandada de responsabilidad, toda vez que los comportamientos señalados en las normas de auto cuidado y responsabilidad del consumidor financiero en el artículo 6º de la Ley 1328 de 2009, así lo indican.

En este caso el *a quo* no hizo ningún esfuerzo para evaluar la causa determinante, pues, como se sabe, la atribución de responsabilidad total o parcial comporta un juicio que engloba la relación causal como antecedente fenomenológico. Entonces, el juicio de probabilidad en la producción del resultado está cimentado en la forma ligera en que el municipio ejecutó sus funciones de acuerdo con criterios de verosimilitud estadística; en efecto, frente a la causalidad adecuada cualquier persona y en todo nivel intelectual, aceptaría el bloqueo inmediato dadas las circunstancias en que se presentaron los hechos hasta la producción del resultado.

Abre todo su espectro en este caso la teoría de la pérdida de la oportunidad que permite dilucidar el nexo de causalidad que se muestra difuso en su final y con base en ello, es posible establecer el contenido jurídico del daño para ser atribuible exclusivamente a la alcaldía. Emergen en su orden los criterios de previsibilidad²⁴ y evitabilidad²⁵ que se orientan a no reparar el daño al acreedor cuando este hubiera podido TOMAR TODAS LAS MEDIDAS DILIGENTES Y NECESARIAS PARA EVITAR SU CONCRECIÓN O RESULTADO; juicio que determina la intensidad del elemento subjetivo y, además, la cuantía del daño resarcible (Herrera 2016).

El municipio en la administración de los caudales públicos cometió errores imperdonables que desembocaron incluso en una situación que rebasó las posibilidades del Banco y es que, es

²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia expediente 6878, 26 de septiembre de 2002, M.P. Jorge Santos Ballesteros. El daño y el nexo causal en la pérdida de oportunidad. Diego Alejandro Herrera Montañez. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Maestría en derecho público. Laureada. Dirigida por el hoy magistrado Francisco Ternera Barrios. Bogotá D.C. 2016. Traído de internet.

²⁴ En el juicio de previsibilidad el Juez se pregunta si el sujeto que ocasionó el daño pudo prever o no las consecuencias de su conducta activa u omisiva; pero es necesario precisar que habrá culpa, no sólo cuando el sujeto debió prever el resultado dañoso que podría derivarse de cierta actividad, sino también a partir de las reglas de la experiencia o cuando era razonable la previsibilidad bajo las circunstancias particulares.

²⁵ El juicio de evitabilidad consiste en una operación posterior al juicio de previsibilidad, según el cual no hay culpa cuando la previsión no va acompañada de la posibilidad de evitar el resultado dañoso, ni sobre el sujeto recaiga un deber de evitarlo en el caso particular mediante la adopción de medidas necesarias para ello. En otras palabras, este juicio se construye a partir de la constatación de que se disponía de los medios necesarios para impedir el resultado dañoso y a pesar de ello, el sujeto cuya conducta se cuestiona, no lo hizo, o bien porque recae sobre el sujeto un deber especial de evitar el resultado mediante la previa adopción de medidas necesarias para ello.

Cita actual y anterior corresponden a la monografía de la abogada Mónica Restrepo Ruíz, 2016, SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS, UNA MIRADA A PARTIR DE LA TEORIA DEL RIESGO. EAFIT. Escuela de Derecho. Medellín.

oportuno decirlo acá, los establecimientos financieros no pueden cubrir todas las zonas brumosas que le crean a los intrusos cibernéticos y, de esa manera, es el consumidor financiero el que propicia con culpa o dolo el resultado con mayor razón si el usuario es calificado y cuenta con obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias desobedecidas. Así, en este caso concreto están ausentes las reglas generales de la experiencia y la *lex artis* -de y en lo público- que debió aplicar el ente municipal de manera previsible y de evitabilidad del daño y para los fines de igualdad de armas, se reitera que posteriormente se hará mención del perfil y hábito transaccional bajo el cual el *a quo* dividió la responsabilidad con el Banco, sin un debido análisis de la cuestión fáctica y jurídica.

De acuerdo con el artículo 95 de la Constitución Política, el juez debe examinar que los sujetos respeten los derechos ajenos y no abusen de los propios; de la misma manera, la asimetría bien entendida inspira los derechos del consumidor en materia financiera y comercial y para ello se deben procurar soluciones normativas, justas y equitativas que estudien a fondo de qué clase de usuario se trata, para que sin ir más lejos en entelequias: se observe la alteridad tanto en el hecho culposo del perjudicado, como en el de la persona que se supone ocasiona el daño, incluidos los deberes de la víctima frente a la sociedad y respecto del agente en cuya virtud esté obligada a prevenir y reducir el daño tanto como le sea posible²⁶. Sobre el asunto, también afirmó la Corte en la sentencia de casación citada:

*“(…) que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, **y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro** (G. J. Tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. 699, y CLXXXVIII, pág. 186, Primer Semestre, (...); principios en los que se funda la llamada ‘compensación de culpas’, concebida por el legislador para disminuir, aminorar o moderar la obligación de indemnizar, en su expresión cuantitativa, hasta o en la medida en que el agraviado sea el propio artífice de su mal, compensación cuyo efecto no es otro distinto que el de ‘repartir’ el daño, para reducir el importe de la indemnización debida al demandante, ello, desde luego, sobre el supuesto de que las culpas a ser ‘compensadas’ tengan virtualidad jurídica semejante y, por ende, sean equiparables entre sí (...)”²⁷.*

(...)

*“(…) [P]ara que opere la compensación de culpas de que trata el artículo 2357 del Código Civil **no basta que la víctima se coloque en posibilidad de concurrir con su actividad a la producción del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue, sino que se demuestre que la víctima efectivamente contribuyó con su comportamiento a la producción del daño**, pues el criterio jurisprudencial en torno a dicho fenómeno es el de que para deducir responsabilidad en tales supuestos (...) la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que, entre las concurrentes, ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio. De lo cual resulta que si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpas, que para los efectos de la gradación cuantitativa de la indemnización consagra el artículo 2357 del Código Civil. **En la hipótesis indicada sólo es responsable, por tanto, la parte que, en últimas, tuvo oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo** (CLII, 109. - Cas. 17 de abril de 1991).*

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. MP Dr. Luis Armando Tolosa Villabona, SC2107-2018, Radicación: 11001-31-03-032-2011-00736-01, 12 de junio de 2018.

²⁷ CSJ SC 25 de noviembre de 1999, rad. 5173.

El Despacho analizó con diferente racero la conducta del municipio y la del Banco. En el corto tiempo que le ocupó decidir lo del Banco, se detuvo en mucho en la Circular Básica Jurídica y en el amplio tiempo dedicado a la responsabilidad del municipio no evaluó el Manual de funciones ni tampoco las normas de seguridad de la información que estaba obligado a cumplir el municipio bajo las normas legales, las reglamentarias y las instrucciones de los documentos Conpes y del Gobierno en Línea.

4.7.- Las pruebas

No me opuse al intempestivo recorte de las pruebas que realizó el Despacho sobre la base de que lo hacía por suficiente ilustración, pero encuentro que, talvez, otros motivos de carácter adjetivo impedían (i) escuchar al representante legal de Forzamotors y al mismo como persona natural -estaba esperando para que lo hicieran pasar virtualmente-, pues eventualmente habría que integrarlo como tercería que aún no acepta la Superintendencia Financiera, posición que el Tribunal ha estado obligando a variar, (ii) ordenarle al municipio que complementara el informe juramentado, particularmente lo pertinente al seguro que se pedía como parte de la incuria del municipio, pero que se vio como un intento de tercería por parte del suscrito y no era así y (iii) oír a quien fue alcalde en el momento de los hechos -estaba esperando que lo oyeran-, pero de lo actuado es clara la conducta de la Secretaria de Hacienda en negar hechos basada en una o dos jurisprudencias aisladas que enuncian que si se señala falta de capacitación o de información se salvan los intereses que representa.

La asistente de la Secretaria de Hacienda y el señor Chucho son claros al establecer todas las deficiencias que tenía el municipio en materia de seguridad e incluso así por lo evidente lo dejó como percibido el *a quo*, pero no a un grado que permitiera entrever la reflexión de compartir la responsabilidad “simétrica”.

Precisado lo anterior, los capítulos anteriores se dirigen a fundamentar que el Banco no es responsable bajo ninguna acepción de culpa, daño o conexidad y, en consecuencia, lo principal es su absolución, pero la forma en que el *a quo* dividió la culpa tampoco es admisible pues la participación de demandante y demandado se presenta en circunstancias, efectos y alcances bien diferentes, que implicarían no situar la llamada “compensación de culpas” en un 50% y 50%.

De otra parte, las conclusiones expuestas se basan en las pruebas aportadas y en los testimonios que pasan a citarse.

Deben tenerse en cuenta las dos últimas preguntas efectuadas por el Despacho, en cuanto interroga si esta situación había ocurrido con otro u otros bancos, a lo cual, obviamente,

encontró un rotundo no por respuesta y ello es claro porque en la primera actuación delincencial se impone el bloqueo y la aplicación *ex post* de correctivos.

4.7.1.- Herica Tovar funcionaria de la **alcaldía**, señala que no supo del reglamento Net Cash, es decir que manejó la plataforma de manera adivinatoria durante 5 años; se enteró también de forma sorpresiva que a las 4 y 51 el retiro ya se había producido y afirma que el 1° de diciembre el sistema no la dejó ingresar, a partir de allí debió consultar con sistemas y haber adoptado al interior del municipio restringir las operaciones. No conoce por qué razón sí adoptó la alcaldía los mensajes telefónicos y de internet luego de esta defraudación, ni explicó por qué antes no se hacía. Afirmó que solo autorizaba la señora Cachay y no acertó a explicar si hubiera sido mejor la utilización de dos autorizaciones.

No supo lo del mensaje de embargo del Juzgado, es decir que esa circunstancia la guardó la Secretaria de Hacienda para ella y si la hubiera informado al área de sistemas de la alcaldía o al Banco mismo se habría impedido que los defraudadores siguieran el camino delictuoso.

No sabía si había límite de transacciones y dice que no había protecciones como antivirus o key logger -esto último exigido por el Banco en el contrato Net Cash y que hubiere evitado la intrusión-.

4.7.2.- A su vez, **Álvaro Antonio Arévalo Vásquez**, Ingeniero Electrónico que firmó el documento de seguridad del Banco **BBVA**, menciona una experiencia de 10 años con la entidad bancaria y enuncia que el cliente no atendió las recomendaciones, incluido el bloqueo, y esa fue la razón para que se hayan consumado las transacciones.

Por la forma en que se presentó la operación existió un *malware*, el buzón de la alcaldía lo manejaban 10 personas y allí llegó un embargo de un juzgado que pudo ser una de las entradas utilizadas por los delincuentes.

Menciona que la señora Cachay sí abrió el correo del embargo pero que no abrió ningún archivo. Tanto las operaciones regulares como las irregulares partieron de la misma IP. Recuerda que en 2016 había ocurrido lo mismo (lo cual hace suponer que nunca adoptaron seguridades entre ese año y el 1° de diciembre de 2017).

Para desmontar la teoría del software gratuito nunca explicado por la alcaldía, explica el Ingeniero que los demos son inconvenientes y que una tesorería no debe usarlos porque son preliminares y están a prueba, no están chequeados, carecen de seguridad y no cuentan con actualizaciones.

Pero esta teoría del demos gratuito se cae sola porque los funcionarios Herica y Chucho afirman la inexistencia de antivirus.

Precisa que si hubiere existido firma dual no se habría perfeccionado la operación porque el defraudador tendría que infectar otro equipo. Recuerda que la alcaldía contaba con 4 tokens y podía tener 4 autorizados, pero solo se optó por uno y se centralizó en la Secretaria de Hacienda, centralización del riesgo que terminó por colaborar en el resultado de manera eficiente.

Al permitirse que la DIJIN se llevara los computadores sin dejar una copia, se permitió que no se conozca el data volátil que permitiría ver el rastro informático de la apertura del correo del juzgado, pero reitera que la señora Cachay sí menciona que abrió el correo del juzgado.

4.7.3.- Jesús David Mariño, técnico operativo del área de sistemas de la alcaldía, hizo referencia a que sus funciones se relacionaban con el mantenimiento de equipos, asistir empleados en problemas en cuanto a informática. Dice que se enteró lo del 30 de noviembre de 2017 y 1º de dic 2017 estando en una reunión el sábado y lo llamó la señora Cachay para informarle que allá estaba la policía.

Precisó que no existía antivirus, pero sí se hacía mantenimiento a los equipos. Hace alusión a que no se licenció el antivirus porque el municipio estaba bajo de presupuesto (sic) y se hizo una especie de estudio previo para 10 licencias, año a año e indica que se ha optado por versiones libres.

¿El 30 noviembre se le solicitaron sus servicios? Respondió que asistió a la doctora Cachay porque según ella se le abrían ventanas y estaba lento. **NO LE DIJE LA VERDAD PUES DE QUE DE PRONTO HABÍA ALGO SOSPECHOSO**. Le sugerí formatear el equipo, por si hay programas dañinos al sistema. El equipo era nuevo.

Enunció el funcionario que se revisan los programas y ve en el inicio si se demora el sistema, si está lento. De ahí se puede deducir que hay algo que está truncando el equipo. Señala que operó el equipo con ella misma al lado, que eliminó archivos temporales sin afectar ningún otro funcionamiento. De la misma manera señaló que es difícil para uno saber que hay algo ahí según sus conocimientos.

Contrario a lo indicado por la señora Cachay que señala que el 1º de diciembre de 2017 él instalaba una impresora y fue cuando ella le comunicó el problema, éste respondió que del caso del robo fue informado hasta el martes siguiente para ir a la SIJIN como tal.

Menciona que en sistemas en ese momento laboraban 3 personas: el ingeniero William Barrera que tenía trámites y servicios, monitoreaba la seguridad de la información y que no se hiciera un mal uso de los equipos: afirmó que no tenían un servidor proxy o un equipo que monitoreara. Después de que hubo cambios se optó por dos servidores para almacenar la información y la configuración de proxy e indica que ya hay un proveedor que colabora con filtros para ello.

Queda la duda acerca de los servicios que prestaba STEFANINI SYSMAN por cuando el juez dispuso no continuar con las pruebas, pero el testigo dice que esta sociedad actualizaba el software contable: asiste para pagos de impuestos y las bases de datos de industria y comercio. Sysman creaba los usuarios y a otros solo la consulta. Para manejo de transacciones nadie había entrado porque el computador solo lo cogía ella y el de la doctora Herica “sí tenía firmas.”.

El juez en este momento pidió que a las 2 p.m. estuvieran Forzamotors y el ex alcalde del municipio y a la hora de inicio indicó que como no estaban se pasaría a los alegatos. Estaban disponibles y de una hora a otro todo el panorama probatorio fue modificado y el Banco no podía controlar en Maní al exalcalde y en otro sitio de Colombia a la persona natural a la vez representante de Forzamotors -a las 4 y 30 pm aparece nuevamente este señor-.

4.7.4.- En el interrogatorio de la **Ex Secretaria de Hacienda**, la señora Cachay preguntada por el Juez respondió que es Contadora Pública, de 43 años, que ocupó ese cargo entre el 1º enero 2016 y el 21 de diciembre de 2019, con labores financieras que incluye la plataforma de todos los bancos (BBVA, Bancol, Davivienda y Banco Agrario), así como el manejo contable, presupuestal y de impuestos.

Señala que el Banco demandado envió el token con un oficio en el que se indicaban recomendaciones y los cuidados del token, entonces no hizo entrega presencial. Precisa que ella conocía el manejo de la plataforma y net cash maneja soporte telefónico.

Aclara que el cargue de las operaciones lo hacía Herica. Ejemplifica que no usaba las redes sociales, porque no son de su gusto, tampoco descargó música, porque no sabe cómo hacerlo.

Indica que el mantenimiento que hacía Chucho, si estaba lento llamaba a Chucho. En cuanto al antivirus dijo que de lo informático no conoce mucho y que se manejaban antivirus no recuerda.

A una pregunta del Despacho indicó que había rubro para licenciar el software, pero que no le consta.

Repitió lo conocido en cuanto el 30 de noviembre se comuniqué con el soporte de la plataforma porque tenía problemas para hacer los pagos, la sacaba, le tocaba esperar 5 minutos para poder ingresar “queme tiempo”, era un fin de semana que se estaban haciendo pagos y la gente exige - asunto no muy claro que cambiaría la destinación del recaudo del Impuesto-.

Manifestó que el asesor del Banco hizo referencia a que lo mejor era bloquear la cuenta (23.09) pero que ella no conocía la malicia de las personas que estaban haciendo el fraude. Según ella, eso no habría pasado si le hubieran dicho que la estaban suplantando, que le podían estar robando las platas y agregó que en su momento no lo tomó como una amenaza para el sistema.

Muchas veces no se podían hacer los pagos, lo cual lo consideró normal, pero como era fin de semana se debían hacer pagos. Recuerda que el asesor del Banco NO le dijo que la situación no era normal ni tampoco que podía ser un *malware*, aclarando “no que yo me acuerde”. Asegura que hasta el lunes o martes siguiente le indicaron los funcionarios del Banco que se descargaba un virus en el computador y que así tenían acceso donde veían otra pantalla y de esa manera sacaban la información. Ante la pregunta de si su correo institucional fue plagiado respondió: “no, no que yo sepa”.

Insiste en que sí llamó a Chucho que le dijo que no veía nada raro o nada extraño.

Si el Banco tuviera certeza del hackeo lo habría dicho, el alcalde me hubiera dicho algo si no le llevaba yo una razón válida. No recordó que le hayan dicho que podía tener un *malware*.

Contradiciendo su propia información señaló que no se pagaban proveedores porque era una cuenta de recaudo y hacían transferencias cuando se agotaban recursos en las otras cuentas. Sobre los valores operados en esa época señaló que la cuantía máxima fue de 100 millones y se manejaban muchas cuentas más.

Informó que sí hubo cambios luego de la defraudación, los manuales fueron modificados y se tomaron otras medidas. incluso tocó comprar equipos que veían licenciados con antivirus y todo lo demás.

También dice que días después de lo ocurrido sí llegaban los mensajes de las operaciones.

A las preguntas del apoderado del Banco acudía de manera constante a hacer referencia a que no se le dijo, no se le capacitó, los ingenieros no le dijeron nada, que no sabe lo del antivirus y que hay palabras técnicas que ella no maneja y así sucesivamente.

Ante la insistencia del apoderado del Banco respondió que sí recibió clases de seguridad de la información en la Universidad, no recuerda bien porque eso fue “hace 13 años”.

No recuerda qué valores manejaba el municipio, requerida por una respuesta señaló un promedio de 200 mil 300 mil millones e hizo alusión a regalías petroleras.

Afirma que el contrato net cash no lo conoció a pesar de su función y señaló que el Banco no le pidió teléfonos ni nada y que luego del 1º de diciembre de 2017 sí llegaban mensajes sobre el movimiento de la cuenta.

Se le recordó que el asesor del Banco que atendió las llamadas le recomendó que realizara un chequeo del equipo con personal de confianza de la alcaldía y respondió: no me acuerdo que haya dicho eso²⁸.

Contrario a lo exigido en el contrato net cash, ilustró que su oficina no estaba aislada de ninguna manera, que no se podía aislar por la cantidad de gente que atendía y porque manejaba 24 personas.

Explicó que la entidad municipal de Maní es nivel 6 y que luego de los hechos se tomaron algunos temas de seguridad.

A la obligación de contar con un sistema anti key virus como lo dice el contrato net cash, respondió: esas preguntas son para el ingeniero de sistemas -porque- ni sé pronunciar lo que me acaba de mencionar. Eso lo hacen ellos.

A la pregunta referida al instructivo net cash dice: “nunca lo tuve en mis manos”.

Es dramática pero bastante calmada la forma en que la funcionaria trata de eludir su responsabilidad y de atribuírsela al Banco, pero volver sobre la culpa subjetiva y la causa eficiente es importante en estos casos, porque, observe la segunda instancia, ahora sí fue posible obtener seguridad perimetral, incluir antivirus licenciados y cumplir con las indicaciones señaladas por el Banco en el contrato de Net Cash.

5.- El contenido del fallo

²⁸ Es oportuno recordar acá que en la grabación 01122017 cuando le ofrecen el Bloqueo Preventivo (15:23): “*DIOS MÍO ME CUELGAN AQUÍ...*”, 16:10 “*NO PORQUE AQUÍ ME CUELGAN*” y el asesor vuelve a insistir “ya es decisión suya”, le insiste en el bloqueo y ella prefiere finalmente la limpieza con **ctr+shift+supr**.

La sentencia que en lo fundamental dura del minuto 34 y 42 al 38 y 07 (menos de 3 minutos), hace referencia de manera genérica que el Banco inobservó su deber legal de verificar oportunamente la legitimidad de las operaciones y que lo exige la Circular Básica Jurídica 023 de 2014 numerales 12 y 13, centrándose en que la operación se realizó por un valor superior a 600 millones, sin considerar si existieron factores externos como transferencias por valores superiores entre bancos o entre cuentas que afectaron la rutina y no se conoce el periodo anterior al examinado que pudo haber alterado los topes de manera importante. En todo caso esa no es una medida de responsabilidad si se observa la conducta del municipio en cuanto sin su participación eficiente el daño no se hubiere producido.

Sin duda el Banco sí evidenció “que algo no andaba bien con el producto y el canal ofrecido”, a tal punto que ofreció el bloqueo que no tomó la alcaldía, así como tampoco existió la consulta interna de la alcaldía con los expertos en sistemas sobre la situación sospechosa. Eso fue más determinante respecto de la entidad bancaria que de lejos monitorea la operación y que puede ser afectada por formas diferentes que parten no de su responsabilidad sino de la del municipio.

Por lo anterior, no es comprensible que en tan corto lapso el juez haya optado por distribuir la culpa en un 50% sin atribuir mayor o menor intensidad a las partes, bajo un criterio finalístico por cuanto quién contaba con un deber superior de protección de los recursos públicos y a quién le quedaba más cercano y fácil impedir el resultado.

De la misma manera, fue fácil actualizar la cifra que le correspondía pagar al Banco si no se practicaban todas las pruebas en ese mismo día.

El Juez invoca una supuesta equivocación del Banco en cuanto el suscrito hizo mención a los seguros que debía tomar el municipio y es que, como quedó claro, no se trataba de pedir que interviniera un tercero que pudiera arruinar la velocidad del juicio sino dejar en evidencia que el municipio no tuvo en cuenta otra protección más a su patrimonio, seguramente basado en el “ahorro” como se argumentó en el valor de las licencias antivirus.

Así como se compulsaron copias a la Gerencia Departamental de la Contraloría de igual manera debió procederse en lo pertinente a la Procuraduría, porque no tenía otro sentido para haberla convocado a este pleito.

6.- Otros afectados

El planteamiento referido a que el Banco es víctima, puede parecer extraño a quien se dirige conceptualmente a la robustez del establecimiento, a su posición y resultados financieros, así

también como lo recalcó el Despacho en su calidad de profesional; a partir de allí podría decirse que los municipios son principiantes en las lides de exponer sus propios recursos y los de terceros?: Esa es la posición que debe superarse con el fin de que los funcionarios públicos cumplan a cabalidad los principios que les rigen, así sea exponiendo de manera limitada su propio patrimonio, porque se sabe, de hecho, que pedirle a los empleados del municipio que paguen los 300 millones es una situación agobiante y de imposible cumplimiento, pero si sienten la proximidad de un daño a sí mismos sin duda se generalizará la seriedad con la cual debe ejercerse esta función financiera.

Los llamados a la educación de los funcionarios públicos brillan por su ausencia en esta clase de contiendas y no se citan porque son conocidos y al contarlos pueden resultar más de 20 entidades públicas las que deberían estar integrando un bloque estructurado y nada han logrado, solo que se repita la constante de que fue el Banco bajo una comodidad defensiva y de juicio que debe ser superada para que en efecto haya protección al consumidor sin zaherir sagrados principios de justicia y derecho que se están afectando si no se logra una profesionalización seria de quienes tienen tokens, claves y manejo del equipo desde el encendido.

La comodidad de la expresión “el banco paga”, lleva a que no se mejoren los controles ni la elección adecuada de quienes rigen los destinos de los municipios, en cuanto ponen en riesgo continuo los caudales públicos.

La seguridad de la información no es asunto nuevo para que se le trasmita la culpa al Banco y más en un 50%: nada se cumplió respecto de los cánones de la seguridad de la información desde el Gobierno en Línea establecidos desde la Ley 87 de 1993, la Ley 527 de 1999, las Leyes 1273 y 1341 de 2009, la Ley 594 de 2000, la Ley 599 de 2000, la Ley 1437 de 2011, la Ley 1712 de 2014, el Decreto 2609 de 2012, el Decreto 2573 de 2014, la Ley 1753 de 2015, el Decreto 1078 de 2015, sin dejar a un lado los documentos CONPES 3651 de 2010, 3785 de 2013.

No es posible que la rama Ejecutiva del Poder Público, como lo expone el Consejo de Estado, no cuente con decisiones judiciales que generen una pedagogía correctiva en el manejo de lo público, incluso acá se dio un ejemplo de ello cuando las pruebas son desdeñadas, lo que no permite dejar en evidencia de mayor fondo la real culpa y los efectos y alcances de las acciones y omisiones del exalcalde y sus funcionarios.

7.- Los fallos ultra y extra petita

El Banco es sorprendido al distribuirse la responsabilidad en la forma en que se enunció, incluso sin motivación. Tanto la alcaldía como el Banco se quedan pensando porqué no un 80-20 o un 10-90 y así sucesivamente en tantas alternativas numéricas sea posible distribuir entre 99% y 1%.

Las partes iban por un 100% de responsabilidad y, en efecto, son las amplias facultades con las cuales cuentan los jueces en materia del consumidor, pero no para exonerarse de motivar sobre lo probado para dosificar la responsabilidad concurrente. Algunos fallos cuando distribuyen la responsabilidad enuncian que se da un porcentaje mayor a la entidad pública demandada por la mayor gravedad de su participación, pero al menos algo dicen; aun así sea breve la mención, con ello bastaría para discutir con fundamento el punto en la segunda instancia y no sobre una base abstracta y de responsabilidad meramente objetiva.

En este caso bajo las enunciaciones de intensidad en la participación del perjuicio, la condena al Banco debería de cero pesos por su ajenidad a la culpa y si se llegare a concluir el cuerpo colegiado que eventualmente lo sería por no bloquear a la fuerza el canal, dada su exposición a una demanda al frenar la actividad municipal, lo máximo en una suma de efectos representaría un máximo de 10% sobre la suma aún no recuperada por \$304'692.347, lo que equivale a decir que la indemnización a cargo del Banco sería de \$30'469.234.

10.- Petición

Por todo lo anterior se solicita a la segunda instancia que se pronuncie en los siguientes términos:

1.- Se revoque la decisión de primera instancia absolviendo totalmente al Banco de responsabilidad conforme a lo expuesto, así también de acuerdo con lo originalmente expresado en la oposición a las pretensiones y/o mediante las excepciones planteadas, incluida la genérica que encuentre demostrada el *ad quem*.

2.- En subsidio, se disminuya la concurrencia en la indemnización que debe ser máximo del 10% y no del 50% si se observa la intensidad, la mayor participación en la culpa, las serias omisiones legales y fácticas del Municipio que quedaron acreditadas probatoriamente. Todo ello debió ser objeto de motivación y habría variado de ejercerse un mayor análisis sobre las conductas culposas en cuanto a su dosificación frente a la gravísima, grave, menor o nula conducta de participación probada y acreditada.

Respetuosamente,


FERNANDO ALARCÓN ALARCÓN
C.C. 19.272.250
T.P. 43.177

Señor
RICARDO ACOSTA BUITRAGO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL
E. S. D.

Asunto: RECURSO DE APELACION DE SENTENCIA
Radicado: 11001 31 03 036 2018 00323 01
Radicación Interna: 5780
Proceso: DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.
Demandantes: NELBA MARIA ARANA SANCHEZ
JOSE IGNACIO ARANA SANCHEZ
Demandados: EDIFICIO SCALA XVII.
SANTIAGO PONCE DE LEON ARQUITECTO S.A.S.
GRUPO PROYECTA AIC S.A.S.
CODENSA S.A. E.S.P.

JUAN ANTONIO SANGUINO BECERRA, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá, en la carrera 78 M número 6 – 30 sur 2 piso, identificado con la cedula de ciudadanía número 1.093.771.218 expedida en Los Patios, abogado con tarjeta profesional número 325.793 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado de la parte demandada **SANTIAGO PONCE DE LEON ARQUITECTO S.A.S.** cuyo representante legal es el señor **SANTIAGO PONCE DE LEON MARTINEZ**, acudo ante usted, de la manera más comedida, respetuosa y cordial, a interponer **RECURSO DE APELACION**, en contra de la sentencia del 23 de noviembre de 2020 que ordena:

... **"PRIMERO:** Declarar probada la falta de legitimación por pasiva de la codemandada **CODENSA S.A.**, por las razones antes expuestas. en consecuencia, no se tiene en cuenta el llamado en garantía realizado.

SEGUNDO: Declarar no probados los medios exceptivos planteados por los codemandados grupo **PROYECTA AIC S.A.S.**, y **EDIFICIO SCALA XVII**, conforme a lo considerado en el cuerpo de la presente decisión.

TERCERO: Declarase civilmente responsables a los señores **GRUPO PROYECTA AIC S.A.S.**, **EDIFICIO SCALA XVII**, Y **SANTIAGO PONCE DE LEÓN ARQUITECTO S.A.S.**, por el fallecimiento de **JAVIER LEONARDO ARANA** el pasado 21 de julio de 2014, conforme a lo considerado en el cuerpo de la presente decisión.

CUARTO: Condenase a los **SEÑORES GRUPO PROYECTA AIC S.A.S.**, **EDIFICIO SCALA XVII**, Y **SANTIAGO PONCE DE LEÓN ARQUITECTO S.A.S.**, a pagar a la parte demandante las siguientes sumas:

DAÑO MORAL

Al demandante **JOSÉ IGNACIO ARANA SÁNCHEZ** la suma de treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A la demandante **NELBA MARÍA ARANA SÁNCHEZ** la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A TÍTULO DE DAÑO MATERIAL

A la demandante **NELBA MARÍA ARANA SÁNCHEZ** la suma de \$42'009.467.00 m/cte.

QUINTO: Condenase a la parte demandada y civilmente responsable, a pagar a los demandantes las costas del proceso. por secretaria practíquese la liquidación e inclúyase como agencias en derecho la suma de \$10'000.000,00 M/cte." ...

Lo anterior conforme a los lineamientos estipulados en el artículo 322 del inciso 9o, del Código General del Proceso, armonizado con el Decreto 806 del 2020.

Es así como precisaré, de manera breve, los reparos concretos que le haré a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación ante el Superior, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil.

Como primer reparo hubo insuficiente motivación en la decisión, existiendo una falta de apreciación objetiva a las pruebas decretadas y practicadas en el juicio, que apoyaron las excepciones de mérito o de fondo, en especial la prescripción extintiva de la acción, la culpa exclusiva de la víctima, falta de legitimación en la causa, y la inexistencia de nexo causal entre el fallecimiento y la actividad de la propiedad horizontal.

De igual manera, la administración del edificio delegó o contrató la limpieza de la fachada a una firma especializada en esos menesteres (**SANTIAGO PONCE DE LEON ARQUITECTO S.A.S.**), con quienes se suscribieron pólizas de seguros de cumplimiento y subcontrató con otra firma (**GRUPO PROYECTA AIC S.A.S.**) y esta a su vez con otra persona, que a la final contrato a **JAVIER LEONARDO ARANA**, no existió entonces un nexo de causalidad entre los condenados y el resultado fatal, muerte del obrero.

Si las cargas contractuales se hubiesen analizado adecuadamente, derivadas de los contratos de obras o de prestación de servicios, la responsabilidad civil extracontractual por actividad peligrosa, respecto a los condenados, el fallador, no hubiese declarado civilmente responsable por la muerte de **JAVIER LEONARDO ARANA** el pasado 21 de julio de 2014.

Reparo, la falta de análisis, de las relaciones contractuales entre los condenados y los otros que a pesar de ser manifestado al despacho no comparecieron.

Los condenados sí vigilaron el cumplimiento de las directrices legales para la realización del trabajo en altura, el contratante inicial, y único reconocido por la administradora aportó un certificado del SENA, de quien a la final resultó muerto, en este hecho lamentable, el fallo indica que las partes condenadas no vigilaron el cumplimiento de las directrices legales para la realización del trabajo en altura.

Las partes inconformes sí avisaron los peligros que rodeaban la actividad, de ahí que contrató con una firma especializada en el tema de lavado de fachadas, con

quien suscribió pólizas de seguros, que aprobaban la actividad contractual, objeto del contrato.

El fallo dice que no avizoró los peligros que rodeaban la actividad desarrollada.

Las sociedades condenadas no eran las llamadas a informar a **CODENSA S.A.** para que esta realizara un estudio de la actividad y para suspender el fluido eléctrico o reprogramar los trabajos, tampoco era necesario esa advertencia, tanto así que **CODENSA S.A.**, actuó conforme a la ley y la reglamentación, según criterio del despacho, en decisión del fallo.

Reparo, que si bien la simple delegación de la actividad o contratación por obra, no exime de cargos al dueño de la obra, tampoco la delegación, automáticamente traslada responsabilidad, entre el ejecutor de la obra, y el dueño de la obra.

La parte condenada sí participó de manera activa como artífice de la obra, estuvo apoyando a los ejecutores de la obra, haciendo advertencias de cuidado, manifestando su conformidad o apreciación durante la ejecución de la obra, contrariando lo afirmado por la juez, en el fallo, respecto a este tema en concreto, así lo indicó en el interrogatorio, la representante del edificio **SCALA XVII**.

Si el señor **JAVIER LEONARDO ARANA** tocó las cuerdas eléctricas con un instrumento de palo, presuntamente mojado, esa precipitación no puede trasladarse a la dueña de la obra, como se afirma, en el fallo, por el contrario, el fallecimiento fue por culpa exclusiva de la víctima, al realizar la actividad que se le encomendó, de manera imprudente.

La imprudencia del fallecido, es culpa exclusiva de la víctima, no puede ser trasladarse a la parte demandada, quien delegó o contrató la limpieza a una firma especializada, no lo hizo de manera directa.

Si **CODENSA S.A.**, cumplió los estándares reglamentarios, no había riesgos que correr, cómo la parte pasiva pondría en riesgo al señor **JAVIER LEONARDO ARANA**, al contratar en debida forma, con pólizas de seguros de cumplimiento, garantías a una firma conocida y experta en el tema de limpieza de fachada.

Criterio del fallador, si la imprudencia del occiso, fue la única causa que llevó al hecho catastrófico, lo que se debía de venir, era la prosperidad de la excepción de culpa exclusiva de la víctima, y no responsabilidad civil a los aquí condenados, quienes contrataron en forma legal, ateniendo los lineamientos, de amparos y garantías con pólizas de seguros.

Si la actividad peligrosa no deviene del suministro de corriente eléctrica, según criterio del juez fallador, sino de las condiciones precarias en que se colocó al occiso, no fue la parte pasiva, quien lo puso en esas condiciones precarias, reparo concreto, que también le hago a esta decisión.

Criterio, digno de reparo concreto, también, al afirmar que **CODENSA S.A.** cumplió reglamentariamente su posición, entonces, no había riesgo la cercanía de una red eléctrica, de qué manera puede atribuírsele culpabilidad, o atribución de daño, entonces, a los aquí condenados.

Si **CODENSA S.A.**, nunca faltó a su deber de seguridad, como garante del servicio eléctrico de generación, transformación, y distribución de energía eléctrica, entonces, se repara de manera concreta, las demandadas, en cabeza de sus representantes legales, no eran las llamadas a solicitar la suspensión del fluido eléctrico como situación particular, frente al interés general, además, no era indispensable, no necesario, no había riesgo inminente.

No existen las pruebas necesarias para demostrar responsabilidad civil extracontractual, en contra de las condenadas.

Desconoció, el ad quo también, el planteamiento de la prescripción extintiva de la acción, al tenor del artículo 2358 del Código Civil, hubo poca o nula motivación al respecto, para no atender esta excepción de fondo, encontrándose esta norma dentro del Título XXXIV, Responsabilidad común por los delitos y las culpas, el cual reza en el inciso 2o. "Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto".

El fallecimiento accidental, por imprudencia de **JAVIER LEONARDO ARANA**, fue el 21 de julio de 2014, y se radicó la demanda el 8 de junio de 2018, cuando ya habían transcurrido más de tres (3) años, ya la acción para invocar o solicitar o a hacer uso de un derecho, se encontraba prescrita.

Reitero, Señora Juez, sobre los anteriores reparos concretos al fallo, versará la sustentación que haga en el momento que lo indique y la manera como lo decida, oral o escritural.

OPOSICION A LA SENTENCIA Y SUS RAZONES

Se manifiesta al respecto que, si se mira desde todo punto de vista, la sentencia emitida por el A Quo en gran mayoría de su motivación se encamina a excluir de responsabilidad a la empresa CODENSA. Tan es así que es el mismo Despacho fue quien determinó que estaba probado que la distancia existente entre el poste y el edificio era la adecuada, y se extralimitó al manifestar que ninguna de las partes había observado esta situación, contrario a lo que se demuestra en las pruebas recaudadas.

Basta con mirar desde la página 3 en donde comienza el H. Despacho a establecer la responsabilidad de la empresa CODENSA alegando que la actividad que se desarrollaba era una actividad peligrosa en este sentido: "(...) De modo que se trata de una típica responsabilidad civil de carácter extracontractual que, como se vislumbra, deriva de una actividad peligrosa, cuyo garante, es cada una de las entidades citadas, por cuanto, la actividad de limpieza estuvo contratada, e intermedieron cables de alta tensión.

Por ende, el problema jurídico está encaminado en determinar si las convocadas faltaron a su deber de seguridad, como garantes, Codensa; en punto del servicio eléctrico de generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica, y las otras, en razón a los deberes de seguridad con la persona que prestaba los servicios de limpieza, y si ello repercutió en los hechos catastróficos

del mes de julio de 2014. Frente a estas últimas, el análisis tendrá que realizarse desde las cargas contractuales derivadas de los contratos de obra. (...)"

Olvida el operador judicial en su sentencia, que en varias oportunidades manifiesta la imprudencia del señor JAVIER LEONARDO ARANA (Q.E.P.D.) "al tocar los cables con un palo de escoba "y más aún e indignante el Despacho justifica el movimiento del poste de energía donde se produjo la muerte del señor ARANA como una situación posterior a su deceso, a fin de evitar más accidentes a futuro.

"(...) Para el caso, no existe tal acervo probatorio, no obra en el plenario elemento de convicción que permita entender los motivos legales, bajo los cuales, deban ser modificadas las redes eléctricas, cuando las mismas, conservaron las distancias de seguridad al momento de su instalación (1.50 metros). (...)"

¿Cabe la pregunta del por qué se llevó a cabo este movimiento posterior a la muerte del señor ARANA?

Si supuestamente, como lo manifestó el A quo no había normatividad actual para que se llevara a cabo un movimiento de la red.

¿Entonces por medio de qué orden o con base en que EXCUSA se produjo este movimiento del poste posteriormente a su muerte?

Es subjetivo el argumento presentado por el A quo al manifestar que se llevó a cabo para evitar futuros accidentes, si hubiera esa tal "diligencia de cuidado" por parte de CODENSA como lo afirma el A quo porque la misma no llevó a cabo el movimiento del poste y sus redes cuando hizo el recubrimiento de las cuerdas eléctricas, el A quo lo exime con el siguiente argumento: " (...) Distinto es, por supuesto, que la nueva reglamentación imponga la revisión periódica, y la mitigación del riesgo, que como se observó en la valoración de las declaraciones de parte, Codensa las cumplió a cabalidad, no solo por el reencauche de su red eléctrica, sino la diligencia debida de mitigar el riesgo eléctrico, cuya labor había iniciado con antelación al siniestro aquí reclamado... (...)"

Se pregunta lo siguiente:

¿Dentro de la mitigación del riesgo no estaba también la de mover el poste con las redes eléctricas al ver la cercanía?

Como si se llevó a cabo posteriormente, ello indica que si estaban las cuerdas muy cerca del inmueble tan es así que fueron removidas posteriormente, sin que fuera necesario a consideración del Despacho norma que lo autorice. Argumento débil sin sustento.

De otro lado de la sentencia de primera instancia manifestó: "(...) d.-) La reglamentación aplicable para el caso, es la LA-007-1, mediante la cual se imponía una distancia mínima de cara a la edificación, de 1.50 metros. Regla que se cumplió y fue aceptada por las partes a lo largo del debate probatorio. Todos acertaron en dicha dimensión, lo que implica entender su confesión en torno al cumplimiento del deber legal imputable al prestador del servicio para el año 1985. (...)"

Cabe indicar que esta defensa nunca manifestó algo al respecto, como para que el A quo de por cierto un juicio de valor que por nuestra parte nunca existió. Lo anterior, contradice su dicho cuando en la sentencia manifiesta “ (...) Es allí, donde el legislador, dotó de poderes excepcionales al Juez, para equilibrar las cargas procesales abogando a la igualdad, con miras a materializar los derechos sustanciales. (...)” pudiera acá configurarse una vía de hecho, porque dejó de valorar una prueba o no la valora dentro de los cauces racionales.

Cabe indicar que el señor ARANA (Q.E.P.D) no fue contratado para que ejerciera una “activada peligrosa”, como quiere hacerlo ver el A quo, sino para llevar a cabo una labor de limpieza al inmueble por parte del señor ALEXANDER GUZMAN, quien lo contrató como consta en documentos más no por mi representada la empresa GRUPO PROYECTA AIC S.A.S.

Manifestó igualmente el A quo, “... cuyo garante, es cada una de las entidades citadas, por cuanto, la actividad de limpieza estuvo contratada, e intermediaron cables de alta tensión...”

Reconoce el A quo la intermediación de unos cables de alta tensión, y la posición de garante en la labor contratada, argumento válido, pero no fue debatido ni motivado, solo se restringió a declararlo. Cabe indicar que es la misma norma que establece que toda actuación debe ser motivada acá brilla por su ausencia los motivos por los cuales el A quo manifiesta lo presente.

Lo que se evidencia del presente fallo es un defecto sustantivo el cual en cabeza de la H. Corte Constitucional este se configura cuando: “(...) El defecto sustantivo aparece cuando la autoridad judicial desconoce las disposiciones de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado. Específicamente, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando la autoridad jurisdiccional (i) aplica una disposición en el caso, que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexecutable; (ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; (iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical- sin justificación suficiente; (v) omite motivar su decisión o la motiva de manera insuficiente; o (vi) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. (...)”

Nótese su señoría la contradicción en la cual cae el A quo al manifestar lo siguiente: “(...) Por ende, el problema jurídico está encaminado en determinar si las convocadas faltaron a su deber de seguridad, como garantes, Codensa; en punto del servicio eléctrico de generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica, y las otras, en razón a los deberes de seguridad con la persona que prestaba los servicios de limpieza... (...)”

Más adelante, en la precitada sentencia se indica:

"(...) Aunque la legislación no determina ni define el concepto de "actividad peligrosa" la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que su calificación depende de la valoración del juez.

Sin embargo, lo que no cabe duda, es que la generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica, dados los elementos que allí intervienen se encuentra en esta clase de conducta. De allí, que la responsabilidad parte de la "culpa presunta". (...)"

Si el tema desarrollado por el A quo, lleva a la conclusión de una culpa presunta la misma debe ser encaminada a que la empresa CODENSA hubiera tenido que demostrar que no faltó a ninguno de estos deberes, tales como de generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica, situación que no fue demostrada por la misma y que indican que la culpa estuvo en cabeza de CODENSA por su presunción. Con extrañeza el A quo no advirtió irregularidad alguna al respecto y da por hecho sin soporte probatorio que si se llevaron a cabo.

Más adelante la sentencia de primera instancia indica:

" (...) Y frente a la "prestación del servicio de energía eléctrica", ha puntualizado: Importa señalar (...), en cuanto que la acción realizada por dichas entidades reviste peligrosidad[,] 'le basta al actor demostrar que el perjuicio se causó por motivo de la generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica' pudiendo liberarse aquéllas del efecto indemnizatorio únicamente 'en tanto prueben el concurso exclusivo de una causa extraña...' (Sentencia de 8 de octubre de 1992, CCXIX, pág. 523) (CSJ, SC del 16 de junio de 2008, Rad. n.º 2005-00611-01). (...)"

Cabe indicar de igual manera, que existe una causal de exoneración, la misma se predica de la imprudencia cometida por el señor JAVIER LEONARDO ARANA (Q.E.P.D.) tal y como se desprende del informe pericial de necropsia de medicina legal, visto a folio 9-11, el occiso "accidentalmente toca las cuerdas con un palo de escoba", recibiendo una descarga eléctrica aproximadamente por "diez segundos". Es evidente una causa extraña o el hecho exclusivo de la víctima como determinante para el daño, pues esta situación era imprevisible para mi representada.

Por lo anterior, sobre este numeral primero solicito al H. Tribunal respetuosamente se REVOQUE DICHO NUMERAL Y SE condene a la empresa CODENSA por no haber demostrado su diligencia en la adecuación y retiro adecuado del poste de energía que causó la muerte del señor Aldana, en solidaridad con la empresa SANTIAGO PONCE DE LEON ARQUITECTOS S.A.S y el Edificio SCALA XVII por las razones que expondré más adelante.

De igual manera solicito, al H. Despacho declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima y de falta de legitimación en causa por pasiva de la empresa GRUPO PROYECTA AIC

MANIFESTÓ EL A QUO EN SU SENTENCIA LO SIGUIENTE:

"(...) e.-) La valoración de las declaraciones deja ver sin duda, que Condensa venía movilizand

las labores de limpieza que realizaría la copropiedad con miras a realizar conductas que mitigaran el riesgo, como pudo ser, la suspensión del fluido eléctrico. La misma representante legal de la copropiedad demandada, narró en sus hechos que meses atrás habían iniciado la adecuación de la red, y si bien, todos acertaron en que al día siguiente del siniestro se hicieron reformas al cableado, ello no muestra la infracción al deber legal. Se insiste, porque para la fecha de la red y la construcción, las partes tenía un referente normativo, que se cumplió. Así mismo, se reconoció que la copropiedad en 25 años, nunca realizó labores de limpieza, ni informó dicha actividad al prestador del servicio de fluido eléctrico, lo que descarta juicios de imputabilidad... (...).

“(...) Siendo así, corresponde a fallador de instancia, aplicar las reglas contenidas en los artículos 2o, 4o, 6o, 7o y 11o del Código General del Proceso, para resolver los conflictos sociales de una manera justa y equitativa, donde a cada quien, se le otorgue la garantía que es debida. (...)” Lo anterior, denota la falta de cuidado de la copropiedad y de CODENSA, es el mismo Despacho judicial quien lo manifiesta, al expresar los reglones anteriores. No se entiende porque la sentencia en su parte resolutive no hace mención en condena a esta copropiedad. En este caso era un hecho notorio que se venían llevando a cabo labores por parte de CODENSA en la red.

“(...) Aquí, desde la misma copropiedad, existió negligencia de avizorar los peligros que rodeaban la actividad, y las mismas medidas preventivas que pudieron tomarse, porque fue disiente en el interrogatorio, al aceptar que Codensa S.A., meses atrás venía movilizand sus redes eléctricas. (...)”

¿Cabe la pregunta, CODENSA ADVIRTIO DE ESAS ACTIVIDADES A LOS VECINOS?

Por lo anterior, silicito al H. Tribunal respetuosamente se condene a la empresa CODENSA por no haber demostrado su diligencia en la adecuación y retiro adecuado del poste de energía que causo la muerte del señor Aldana, en solidaridad Edificio SCALA XVII por las razones que expusieron líneas atrás.

De igual manera solicito, al H. Despacho declarar probada le excepción de falta de legitimación en causa por pasiva de la empresa GRUPO PROYECTA AIC.

MANIFESTÓ EL A QUO EN SU SENTENCIA LO SIGUIENTE:

“(...) 3.2. Ahora, en lo que regula la responsabilidad civil, se recuerda que, cualquiera sea su naturaleza –contractual o extracontractual-, constituye una fuente de obligaciones en la medida que parte de la existencia de un daño que, bajo el imperio del equilibrio social y la efectividad de los derechos, debe ser reparado integralmente por quien lo ocasionó, para reestablecer la esfera patrimonial y personal del individuo que se ve afectado por la conducta culposa de otro. (...)” Al respecto, hay que manifestar que el que ocasionó el riesgo y el daño fue el mismo señor JAVIER ARANA (Q.E.P.D) al cometer la conducta impudente de tocar los cables de energía con un palo de escoba como se ha venido advirtiendo.

No es de recibo para esta defensa, que el A quo quiera endilgar esa responsabilidad a la empresa que representó, sin haber de por medio un nexo causal que así lo establezca, como por ejemplo haber demostrado el Despacho la existencia de un contrato entre el hoy occiso y el Grupo Proyecta, en cambio sí omitió y no otorgó valor probatorio al contrato suscrito entre el Grupo Proyecta AIC y el Señor Alexander Guzman (siendo este último, quien contrato directamente al señor Arana) el cual reposa en el plenario desde la misma contestación de la demanda, y que no fue tachado por ninguna de las partes como se manifestó en los alegatos de conclusión.

Cabe indicar como lo manifestó el mismo Despacho A quo que “ (...) Es decir, existió una serie de convenios definidos por la Doctrina como “acuerdo de voluntades en virtud del cual una persona se obliga, de manera independiente y autónoma, para con otra, a realizar una obra material determinada recibiendo de esta última una remuneración, en contraprestación a la labor desarrollada... (...)” lo anterior indica, que la responsabilidad existía entre el señor ARANA y el señor ALEXANDER GUZMAN su contratante, la cual era de manera autónoma e independiente. Por ningún lado aparece la firma que representó.

En este estado, es importante poner de presente su Señoría, que el contrato suscrito con el señor ALEXANDER GUZMAN fue para llevar a cabo una actividad de limpieza - mas no de intervención de redes eléctricas. De igual forma existe una cláusula de indemnidad la cual está enfocada a liberar de responsabilidad a mi representa, precisamente por la condición de independencia y autonomía que manejaba el señor ALEXANDER GUZMAN con sus empleados.

Ahora bien, la “culpa dolosa de otro”, como refiera el H. Despacho en la citada jurisprudencia la misma debe estar encaminada como se manifestó líneas atrás a determinar la responsabilidad de la empresa CODENSA, en solidaridad con la copropiedad Edificio SCALA XVII como se indicó por falta a su deber de cuidado esta última y CODENSA por que no demostró su diligencia en la prevención del daño-.

De igual manera solicito, al H. Despacho declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima y de falta de legitimación en causa por pasiva de la empresa GRUPO PROYECTA AIC.

MANIFESTÓ EL A QUO EN SU SENTENCIA LO SIGUIENTE:

“ (...) Y dentro de los cuales, todos asumieron la posición de guardianes respecto de la integridad de los trabajadores de la misma. Correspondía a todos, vigilar el cumplimiento de las directrices legales para la realización de trabajo en alturas, así como el deber de mitigar el riesgo. (...)”

La ley 1562 de 2012, reformulo el concepto de accidente de trabajo, al señalar que: “ (...) Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte (...)”

De la anterior normatividad se establece, que el suceso debe guardar relación con la labor encomendada, se ha manifestado a la largo del proceso que la labor para la cual fue contratado el señor JAVIER ARANA (Q.E.P.D) por parte del señor

ALEXANDER GUZMAN (contratante del señor Arana) correspondía a la limpieza de fachada de un bien inmueble, cabe indicar, su labor solo se concentraba a llevar a cabo esta limpieza más no a que el hoy occiso se pusiera imprudentemente a tocar unas redes eléctricas las cuales no eran parte de su labor, esta situación rompe el nexo causal existente entre la labor encomendada y la que se llevó a cabo de manera imprudente por el señor ARANA (Q.E.P.D) donde el riesgo fue creado y asumido por el mismo.

Es importante resaltar que la responsabilidad moderna envuelve dos polos: el polo objetivo, donde domina el riesgo creado y el polo subjetivo, donde triunfa la culpa y alrededor de estos dos polos gira la vasta teoría de la responsabilidad" (Josserand, 1943, p.34).

Ahora bien, respecto a los elementos que configuran una responsabilidad, es importante estudiar el primero de ellos el hecho generador del daño.

EL HECHO GENERADOR COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

En el caso específico el hecho generador de perjuicio es en sí mismo el accidente que sufre el trabajador, creado por el mismo, es justamente ese infortunio laboral el que genera la responsabilidad.

El hecho es el supuesto factico que se debe concebir con la génesis de lo pretendido, en otras palabras, la ocurrencia del hecho es el origen del daño, pero en lo que interesa a la responsabilidad basada en la culpa, es menester que el hecho ocurra por culpa o del empleador, ya sea porque este fue negligente para prevenir el riesgo o por el contrario lo aumento o creo.

No está probado en el plenario, que por parte de mi representada se hubiera omitido tal deber, pues salta a la vista que no existe una relación laboral, además se vuelve a insistir en que la labor encomendada al señor JAVIER ARANA (Q.E.P.D.) era la limpieza del bien inmueble.

Aquí en este caso el hecho generador del perjuicio está claro, lo constituye el accidente por la descarga eléctrica- pero además se observa que fue un hecho que se pudo evitar si el empleado SR. Arana (Q.E.P.D) no hubiera de manera imprudente, tocado las cuerdas de la energía con el palo de escoba, situación de por hecho imprevisible para mi representada.

Llama la atención de esta defensa, el siguiente argumento esgrimido por el H. Despacho de primera instancia: " (...) La citada labor, fue tercerizada por la Propiedad Horizontal, terminando el contrato de limpieza en la Sociedad Grupo Proyecta aic S.A.S., quien contrató a Javier Leonardo Arana, como empleado de obra. Hecho que no fue discutido o desvirtuado por ninguna de las citadas. Situación, que aparece comprobada con los elementos de juicio recaudados y, además, fueron esclarecidos por las convocadas al litigio mediante otros, como por ejemplo, el dictamen pericial y, la conducta de las partes al declarar la distancia existente entre los muros de la copropiedad y la red eléctrica de la zona. (...) "

Sobre este argumento, vuelve a mentir el Despacho pues no tuvo en cuenta ni otorgo valor probatorio al contrato No. 0127/145 de fecha 6 de julio de 2014 suscrito

por mi representada Grupo Proyecta AIC con Nit 900.375.512-3 y el señor JOSE ALEXANDER GUZMAN ARIAS identificado con C.C. No. 79.825.037 de Bogotá (siendo este último el contratante directo del señor Arana), el cual iba encaminado a la limpieza de la fachada, constituyendo una vía de hecho por la omisión del Juzgado en no tener en cuenta las pruebas allegadas al plenario y configurándose un defecto sustantivo el cual en cabeza de la H. Corte Constitucional este se configura cuando: "(...) El defecto sustantivo aparece cuando la autoridad judicial desconoce las disposiciones de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado. Específicamente, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando la autoridad jurisdiccional (i) aplica una disposición en el caso, que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexequibilidad; (ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; (iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical- sin justificación suficiente; (v) omite motivar su decisión o la motiva de manera insuficiente; o (vi) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. (...)”

La misma administradora del Edificio Scala XVII en su testimonio manifestó conocer al señor Alexander Guzmán, y dijo que él era la persona que ella veía que ejecutaba las labores y realizaba funciones de coordinación de las personas que intervenían en la labor.

La anterior situación también fue plasmada en el fallo de primera instancia por parte del Despacho dentro de su relación probatoria así: “ (...) b.-) El informe ejecutivo de Policía Judicial, indica “El día de hoy 21 de julio de 2014, siendo las 13:10 se realizó diligencia de entrevista al señor JOSE ALEXANDER GUZMAN ARIAS quien se identificó con la cédula (...) quien se desempeñaba como contratista de mantenimiento manifestando que “inicialmente nosotros nos encontrábamos realizando un mantenimiento del edificio SCALA 17, en la fachada, nosotros iniciamos labores el día 10 de julio de 2014, ya para el 21 de julio de 2014, iniciamos labores normalmente en la fachada sus del edificio, donde se encuentran unos cables de alta tensión cerca de la fachada, siendo las 03:30 nos descolgamos con arnés y manilas nos descolgamos por la fachada tres (3) operarios (VICTOR ALFONSO VARGAS, REINALDO RODRIGUEZ ALEXANDER GUZMAN y JAVIER ARANA) el señor JAVIER ARANA estando en el nivel de las cuerdas de alta tensión, accidentalmente toca las cuerdas con un palo de escoba (...)” (fl.283) (...)”

Nótese que el mismo señor Alexander manifestó ver los cables de alta tensión cerca y mantuvo su prudencia, mientras que el señor JAVIER ARANA de manera irresponsable no la tuvo, además manifestó contar con los elementos de protección.

Ahora manifiesta el A quo, que el anterior argumento no fue discutido por ninguna de las partes, sobre lo manifestado, invito de manera respetuosa al Despacho

remitirse a los alegatos de conclusión donde por nuestra parte se advirtió de que ello no era así.

La conclusión en el presente caso sobre este punto, no es como lo manifestó el A quo queriendo endilgar responsabilidad a cada una de las empresas por la supuesta "omisión" de vigilancia y posición de guardianes" al proteger a su trabajador, por el contrario, olvida el operador judicial de primera instancia que fue la misma conducta imprudente del hoy occiso, que lo expuso de forma irresponsable al riesgo, acción que no se podía mitigar pues fue intempestiva, bajo su propia convicción.

Ahora bien, respecto a los elementos que configuran una responsabilidad, es importante estudiar el primero de ellos el hecho generador del daño.

De igual forma, es esencial resaltar que el daño sufrido por el señor ARANA (Q.E.P.D.) no estructura por si solo la imputación en contra de mi representada, toda vez, que los hechos que se describen dentro de los documentos aportados tales como:

1.-) El informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses aportado por los demandantes, da cuenta que el occiso "accidentalmente toca las cuerdas con un palo de escoba" recibiendo una descarga eléctrica. (fl.9)

2.-) El informe ejecutivo de Policía Judicial, indica "El día de hoy 21 de julio de 2014, siendo las 13:10 se realizó diligencia de entrevista al señor JOSE ALEXANDER GUZMAN ARIAS quien se identificó con la cédula (...) quien se desempeñaba como contratista de mantenimiento manifestando que "inicialmente nosotros nos encontrábamos realizando un mantenimiento del edificio SCALA 17, en la fachada, nosotros iniciamos labores el día 10 de julio de 2014, ya para el 21 de julio de 2014, iniciamos labores normalmente en la fachada sus del edificio, donde se encuentran unos cables de alta tensión cerca de la fachada, siendo las 03:30 nos descolgamos con arnés y manilas nos descolgamos por la fachada tres (3) operarios (VICTOR ALFONSO VARGAS, REINALDO RODRIGUEZ ALEXANDER GUZMAN y JAVIER ARANA) el señor JAVIER ARANA estando en el nivel de las cuerdas de alta tensión, accidentalmente toca las cuerdas con un palo de escoba (...)" (fl.283)

3.-) La Actuación de Primer Respondiente Formato FPJ-4, indica "toco accidentalmente el cable de alta tensión que pasa por frente del edificio" (fl.290-291).

4.-) En igual sentido, describe el formato de entrevista de la Policía Judicial (fl.298).

5.-) La Fiscalía General de la Nación, emitió orden de archivo, bajo la siguiente consideración jurídica "una vez apreciados los elementos materiales de prueba que se aportaron legalmente a la carpeta, se advierte sin dificultad alguna que la causa probable de la muerte de JAVIER LEONARDO ARANA es accidental, atribuible a electrocución que se escapa a la voluntad de cualquier persona, por lo que se descarta cualquier intervención humana externa incidental en el desarrollo fastuoso que nos ocupa" (fl.316).

Los anteriores apartes, no permiten estructurar de manera adecuada como sucedieron los hechos y la causalidad de los mismos con el daño, contaminando el primer elemento de la imputación fáctica del hecho, que es la causalidad material.

De ahí, que no puede estar probado ningún título de imputación, como lo asegura el Juzgado, pues de las pruebas obrantes en el plenario y de acuerdo al escrito de la demanda se desprende, que lo único que se encuentra acreditado es la existencia del daño debido al riesgo creado y asumido por el señor Arana que determinó su muerte, no encontrando el nexo de causalidad.

De igual manera solicito, al H. Despacho declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima y de falta de legitimación en causa por pasiva de la empresa GRUPO PROYECTA AIC.

TRABAJO EN ALTURAS

Otro aspecto a desvirtuar, por parte de esta defensa es la manifestación que realiza el A quo, al manifestar en su fallo que “ (...) Correspondía a todos, vigilar el cumplimiento de las directrices legales para la realización de trabajo en alturas (...)”. Al respecto cabe anotar que el señor JAVIER ARANA (Q.E.P.D), contaba con su certificado de trabajo en alturas, indica lo anterior que el mismo: “ (...) requiere de unas condiciones físicas y psicológicas certificadas. Además, las personas que lo ejecutan deben someterse con garantía a las actividades de planificación, organización, ejecución y control.

El certificado de Trabajo en Alturas es un documento que se expide para regular y autorizar los trabajos en altura. En todos los casos, este documento autoriza a las personas a realizarlos. Se realiza previamente una verificación y control de toda la documentación que avala la idoneidad.

El ente regulador para este tipo de actividades es el Ministerio del Trabajo. A través de la resolución 1409 – 2012 se exige el estricto cumplimiento en la protección contra caídas. A partir de metro y medio los trabajos se consideran riesgosos para la persona. Por lo tanto, las empresas están obligadas a garantizar las condiciones de trabajo idóneas para prevenir riesgos. (...)” (Fuente Pagina Ministerio de Trabajo).

Indica lo anterior, que el señor era consciente de su actuar, y que tenía la idoneidad y la experticia para ejecutar ese trabajo, sino que fue su propia imprudencia que lo llevo a crear el riesgo y posterior daño.

LA DILIGENCIA Y EL CUIDADO – RIESGO MITIGABLE

Manifestó el Despacho lo siguiente.

“ (...) Aquí, si bien medio una actividad peligrosa, la causal de imputación no obedeció al prestador del servicio, sino la debida diligencia y cuidado, con que debieron actuar los contratistas de la obra. (...)”

Cabe mencionar por parte de esta defensa, que la imputación si obedeció al prestador del servicio, contrario a lo manifestado por el A quo, nótese su señoría que en la misma providencia apelada el despacho manifiesta: “(...) igualmente, resalta el juzgado, que los medios de convicción, si bien descartan que el deceso se produjo con ocasión a un arco de corriente, fue por el uso imprudente de elementos de aseo debido a un rozamiento de la red eléctrica. Según prueba el legajo, fue un palo de escoba húmedo, el medio más inmediato que sirvió como conductor eléctrico con la humanidad de Leonardo Arana. (...)”

De otra parte, manifestó el A quo: “(...) Significa ello, de manera concretar, que el riesgo era mitigable y pudo haberse evitado, siempre que se hubiesen agotado las instancias y tomado las medidas preventivas con la simple información de los trabajos de limpieza a Codensa S.A., otra medida, hubiese sido verificar los cursos de altura del occiso, y la debida capacitación en torno al cuidado con respecto a la red eléctrica cercana. (...)”

No se entiende como el Despacho, observa lo anterior sin al menos tener en cuenta este argumento como un eximente de responsabilidad, por el hecho de la culpa exclusiva de la víctima, COMO EXCEPCION además no se puede pregonar una debida diligencia y cuidado y mucho menos afirmar que el riesgo era mitigable, en cabeza de mi representada pues la misma no contribuyó a que de manera intempestiva el señor JAVIER ARANA por su propia voluntad decidiera tocar las cuerdas de luz con un palo de escoba, situación que se escapa de su órbita de cuidado y entra en el ámbito de la voluntad personal, - imprevisible y no mitigable – que en nada tiene que ver como lo manifiesta el A quo la falta de vigilancia y la posición de guardianes pues no guarda relación con la labor encomendada, y mucho menos se expuso a un riesgo.

Lo anterior, guarda relación directa con lo manifestado por el A quo cuando manifestó en su fallo: “(...) La única causa que llevó al hecho catastrófico, entonces, fue la imprudencia del occiso, cuyo riesgo se traslada a los contratantes de la obra, porque pudieron evitar el siniestro, (...)”

De igual manera solicito, al H. Despacho declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima y de falta de legitimación en causa por pasiva de la empresa GRUPO PROYECTA AIC.

FACTORES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD POR CULPA PATRONAL

En las doctrinas de la responsabilidad contractual se ha admitido la existencia de unos factores eximentes de responsabilidad para aludir aquellas circunstancias que interrumpen el vínculo causal que debe existir entre el hecho (accidente de trabajo) y el daño producido por este.

Para entender de forma clara lo que significa causalidad jurídica, Cupis (1989) afirma: Que consiste en términos generales en el nexo etiológico material, objetivo o externo, que liga un fenómeno a otro, es decir, la conducta omisiva que constituye el factor de imputación material y el daño, dicha relación no existe, se interrumpe, cuando el hecho del hombre, aun siendo eficaz para producir el daño, no desenvuelve su propia eficacia causal por habérsele añadido otro hecho, que sin haberlo originado él, impide que desarrolle su eficacia causal, sustituyéndola por la

suya propia; por lo que se pone de relieve entonces, que el hecho preexistente no es idóneo para originar el daño, que ha obtenido a causa del hecho sobrevenido.

De lo anterior se extrae, que los factores eximentes de responsabilidad atacan el nexo de causalidad entre el accidente laboral y el daño producido, es decir, se desencadena una actuación que interrumpe la causalidad, en el presente caso la imprudencia cometida por el señor Arana (Q.E.P.D) en la medida que rompe la relación de culpa del empleador.

Dentro de la jurisprudencia y la doctrina jurídica se han aceptado en materia de responsabilidad como factores eximentes de culpa, la fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero o hecho de la víctima. Cada uno de ellos presenta configuración y existencia propia.

De igual manera solicito, al H. Despacho declarar probada le excepción de culpa exclusiva de la víctima y de falta de legitimación en causa por pasiva de las condenadas.

RESPECTO DE LOS DAÑOS MATERIALES

Solicito no tener por acreditado dicho daño, toda vez que no se encuentra demostrado y no se le deba dar credibilidad a lo manifestado por el despacho quien manifestó: "(...) Por tanto, para su tasación, se tendrá como fundamento el canon 206 del Código General del Proceso, mediante el cual se establece la obligación del actor, de indicar de manera detallada y justificada, su cuantificación. Así, el demandante pidió la indemnización a título de daños materiales en favor de **NELBA MARÍA ARANA**, la suma de \$42'009.467.00 m/cte (fl.43) sin que ellos fueran objetados por la aquí condenadas. Por consiguiente, serán las sumas reconocidas en la presente providencia (...)" Vuelve el H. Despacho a caer en el defecto sustantivo, al no aplicar la norma como se indica, el artículo 206 del Código General del Proceso se desprende del mismo: "(...) Artículo 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos.

Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido... (...)" el despacho no tiene en cuenta, que la parte accionante NO discriminó de manera lógica y clara su juramento estimatorio, de otra parte, manifestó que las partes no objetaron el mismo; se le indica al H. despacho, que esta defensa en los alegatos de conclusión manifestó que los mismos no estaban probados y que la cuantía no era justificable.

Por lo anterior, se solicita no acceder a esta pretensión de índole monetario.

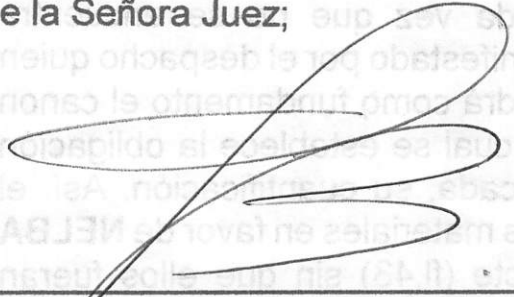
RESPECTO DE LOS DAÑOS MORALES

Si bien es cierto que una persona por el simple hecho de contar con cierta discapacidad laboral o su muerte deba recibir una indemnización, en el presente caso, no hay lugar a dicho reconocimiento pues como se dijo líneas atrás, el riesgo y la muerte fue creada por el hoy occiso circunstancia que exime de toda responsabilidad a mi defendida.

SOLICITUD

En los anteriores términos dejo presentado el recurso de apelación contra el fallo proferido por su despacho y solicito al Honorable Tribunal despachar en favor de la demandada, y revocar en todo sentido la misma y declarar probadas las excepciones de culpa exclusiva de la víctima y la falta de legitimación en la causa por pasiva de la sociedad **SANTIAGO PONCE DE LEON ARQUITECTO S.A.S.**

Atentamente,
De la Señora Juez;



JUAN ANTONIO SANGUINO BECERRA

C.C. No. 1.093.771.218 de Los Patios – Norte de Santander

T.P. No. 325.793 del C. S. de la J.

Post Data: De la manera más respetuosa anexo constancia de envió por medio de correo electrónico según las directrices del decreto 806 del 2020 de sustentación de recurso de apelación que fue interpuesto y allegado al juzgado que emite sentencia como a las partes.



Kato Ocaño <jsanguino1218@gmail.com>

Apelación / 11001 31 03 036 2018 00323 00

Kato Ocaño <jsanguino1218@gmail.com>

27 de noviembre de 2020, 16:51

Para: "Juzgado 36 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C." <ccto36bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>, ivansinesio@hotmail.com, jairo.rivera@enel.com, Kato Ocaño <jsanguino1218@gmail.com>, carloshort@gmail.com

Señora

MARIA CLAUDIA MORENO CARRILLO**JUEZ TREINTA Y SEIS (36) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

E. S. D.

Asunto: RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA**Radicado: 11001 31 03 036 2018 00323 00****Proceso: DE RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL.****Demandantes: NELBA MARIA ARANA SANCHEZ
JOSE IGNACIO ARANA SANCHEZ****Demandados: EDIFICIO SCALA XVII.
SANTIAGO PONCE DE LEON ARQUITECTO
S.A.S.****GRUPO PROYECTA AIC S.A.S.
CODENSA S.A. E.S.P.**

JUAN ANTONIO SANGUINO BECERRA, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá, en la carrera 78 M número 6 – 30 sur 2 piso, identificado con la cedula de ciudadanía número 1.093.771.218 expedida en Los Patios, abogado con tarjeta profesional número 325.793 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado de la parte demandada **SANTIAGO PONCE DE LEÓN ARQUITECTO S.A.S.** cuyo representante legal es el señor **SANTIAGO PONCE DE LEON MARTINEZ**, acudo ante usted, de la manera más comedida, respetuosa y cordial, a interponer **RECURSO DE APELACIÓN**, en contra de la sentencia del 23 de noviembre de 2020 que ordena:



Señora
JUEZ 36 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Ciudad

REFERENCIA: RECURSO APELACIÓN - SENTENCIA DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 2020

PROCESO No. 110013103036-2018-00323-00

Clase: VERBAL RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Demandantes: JOSE IGNACIO ARANA SANCHEZ
NELBA MARIA ARANA SANCHEZ

Demandados: SANTIAGO PONCE DE LEON ARQUITECTOS S.A.S.
GRUPO PROYECTA AIC S.A.S.
EDIFICIO SCALA XVII
CODENSA

CARLOS ARTURO HORTA TOVAR, apoderado de la empresa **GRUPO PROYECTA AIC S.A.S.**, por medio del presente escrito presento **RECURSO DE APELACION** contra la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2020, por la cual se accedió a las pretensiones de la demanda y decidió resolver “... *PRIMERO. DECLARAR PROBADA LA FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA DE LA CODEMANDADA CODENSA S.A., POR LAS RAZONES ANTES EXPUESTAS. EN CONSECUENCIA, NO SE TIENE EN CUENTA EL LLAMADO EN GARANTÍA REALIZADO. SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADOS LOS MEDIOS EXCEPTIVOS PLANTEADOS POR LOS CODEMANDADOS GRUPO PROYECTA AIC S.A.S., Y EDIFICIO SCALA XVII, CONFORME A LO CONSIDERADO EN EL CUERPO DE LA PRESENTE DECISIÓN. TERCERO. DECLARASE CIVILMENTE RESPONSABLES A LOS SEÑORES GRUPO PROYECTA AIC S.A.S., EDIFICIO SCALA XVII, Y SANTIAGO PONCE DE LEÓN ARQUITECTO S.A.S., POR EL FALLECIMIENTO DE JAVIER LEONARDO ARANA EL PASADO 21 DE JULIO DE 2014, CONFORME A LO CONSIDERADO EN EL CUERPO DE LA PRESENTE DECISIÓN. CUARTO. CONDÉNASE A LOS SEÑORES GRUPO PROYECTA AIC S.A.S., EDIFICIO SCALA XVII, Y SANTIAGO PONCE DE LEÓN ARQUITECTO S.A.S., A PAGAR A LA PARTE DEMANDANTE LAS SIGUIENTES SUMAS: DAÑO MORAL: AL DEMANDANTE JOSÉ IGNACIO ARANA SÁNCHEZ LA SUMA DE TREINTA (30) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. A LA DEMANDANTE NELBA MARÍA ARANA SÁNCHEZ LA SUMA DE CINCUENTA (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. A TÍTULO DE DAÑO MATERIAL: A LA DEMANDANTE NELBA MARÍA ARANA SÁNCHEZ LA SUMA DE \$42'009.467.00 MCTE. QUINTO. CONDÉNASE A LA PARTE DEMANDADA Y CIVILMENTE RESPONSABLE, A PAGAR A LOS DEMANDANTES LAS COSTAS DEL PROCESO. POR SECRETARIA PRACTÍQUESE LA LIQUIDACIÓN E INCLÚYASE COMO AGENCIAS EN DERECHO LA SUMA DE \$10'000.000,00 MCTE...*”, por las razones que ampliaré ante el H. Tribunal en su oportunidad legal y que son las siguientes:

OPOSICION A LA SENTENCIA Y SUS RAZONES

En sentencia del 23 de noviembre de 2020 por parte del Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá se dispuso:

DERROTERO 1.

MANIFESTÓ EL A QUO EN SU SENTENCIA LO SIGUIENTE:

“(…) PRIMERO. DECLARAR PROBADA LA FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA DE LA CODEMANDADA CODENSA S.A., POR LAS RAZONES ANTES EXPUESTAS. EN CONSECUENCIA, NO SE TIENE EN CUENTA EL LLAMADO EN GARANTÍA REALIZADO. (…)”

Se manifiesta al respecto que, si se mira desde todo punto de vista, la sentencia emitida por el A Quo en gran mayoría de su motivación se encamina a excluir de responsabilidad a la empresa CODENSA. Tan es así que es el mismo Despacho fue quien determinó que estaba probado que la distancia existente entre el poste y el edificio era la adecuada, y se extralimitó al manifestar que ninguna de las partes había observado esta situación, contrario a lo que se demuestra en las pruebas recaudadas.

Basta con mirar desde la página 3 en donde comienza el H. Despacho a establecer la responsabilidad de la empresa CODENSA alegando que la actividad que se desarrollaba era una actividad peligrosa en este sentido:

“(…) De modo que se trata de una típica responsabilidad civil de carácter extracontractual que, como se vislumbra, deriva de una actividad peligrosa, cuyo garante, es cada una de las entidades citadas, por cuanto, la actividad de limpieza estuvo contratada, e intermediaron cables de alta tensión.

Por ende, el problema jurídico está encaminado en determinar si las convocadas faltaron a su deber de seguridad, como garantes, Codensa; en punto del servicio eléctrico de generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica, y las otras, en razón a los deberes de seguridad con la persona que prestaba los servicios de limpieza, y si ello repercutió en los hechos catastróficos del mes de julio de 2014. Frente a estas últimas, el análisis tendrá que realizarse desde las cargas contractuales derivadas de los contratos de obra. (…)”

Olvida el operador judicial en su sentencia, que en varias oportunidades manifiesta la imprudencia del señor JAVIER LEONARDO ARANA (Q.E.P.D.) *“al tocar los cables con un palo de escoba ”* y más aún e indignante el Despacho justifica el movimiento del poste de energía donde se produjo la muerte del señor ARANA como una situación posterior a su deceso, a fin de evitar más accidentes a futuro.

“(…) Para el caso, no existe tal acervo probatorio, no obra en el plenario elemento de convicción que permita entender los motivos legales, bajo los cuales, deban ser modificadas las redes eléctricas, cuando las mismas, conservaron las distancias de seguridad al momento de su instalación (1.50 metros). (…)”

¿Cabe la pregunta del por qué se llevó a cabo este movimiento posterior a la muerte del señor ARANA?

Si supuestamente, como lo manifestó el A quo no había normatividad actual para que se llevara a cabo un movimiento de la red.

¿Entonces por medio de qué orden o con base en que EXCUSA se produjo este movimiento del poste posteriormente a su muerte?

Es subjetivo el argumento presentado por el A quo al manifestar que se llevó a cabo para evitar futuros accidentes, *si hubiera esa tal “diligencia de cuidado” por parte de CODENSA como lo afirma el A quo porque la misma no llevó acabo el movimiento del poste y sus redes cuando hizo el recubrimiento de las cuerdas eléctricas, el A quo lo exime con el siguiente argumento:*

“ (...) Distinto es, por supuesto, que la nueva reglamentación imponga la revisión periodiodica, y la mitigación del riesgo, que como se observó en la valoración de las declaraciones de parte, Codensa las cumplió a cabalidad, no solo por el reencauche de su red eléctrica, sino la diligencia debida de mitigar el riesgo eléctrico, cuya labor había iniciado con antelación al siniestro aquí reclamado... (...)”

Se pregunta lo siguiente:

¿Dentro de la mitigación del riesgo no estaba también la de mover el poste con las redes eléctricas al ver la cercanía?

Como si se llevó a cabo posteriormente, ello indica que si estaban las cuerdas muy cerca del inmueble tan es así que fueron removidas posteriormente, sin que fuera necesario a consideración del Despacho norma que lo autorice. Argumento débil sin sustento.

De otro lado de la sentencia de primera instancia manifestó:

“ (...) d.-) La reglamentación aplicable para el caso, es la LA-007-1, mediante la cual se imponía una distancia mínima de cara a la edificación, de 1.50 metros. Regla que se cumplió y fue aceptada por las partes a lo largo del debate probatorio. Todos acertaron en dicha dimensión, lo que implica entender su confesión en torno al cumplimiento del deber legal imputable al prestador del servicio para el año 1985. (...)”

Cabe indicar que esta defensa nunca manifestó algo al respecto, como para que el A quo de por cierto un juicio de valor que por nuestra parte nunca existió. Lo anterior, contradice su dicho cuando en la sentencia manifiesta *“ (...) Es allí, donde el legislador, dotó de poderes excepcionales al Juez, para equilibrar las cargas procesales abogando a la igualdad, con miras a materializar los derechos sustanciales. (...)”* pudiera acá configurarse una vía de hecho, porque dejó de valorar una prueba o no la valora dentro de los cauces racionales.

Cabe indicar que el señor ARANA (Q.E.P.D) no fue contratado para que ejerciera una “activada peligrosa”, como quiere hacerlo ver el A quo, sino para llevar a cabo una labor de limpieza al inmueble por parte del señor ALEXANDER GUZMAN, quien lo contrató como consta en documentos más no por mi representada la empresa GRUPO PROYECTA AIC S.A.S.

Manifestó igualmente el A quo, *“... cuyo garante, es cada una de las entidades citadas, por cuanto, la actividad de limpieza estuvo contratada, e intermediaron cables de alta tensión...”*

Reconoce el A quo la intermediación de unos cables de alta tensión, y la posición de garante en la labor contratada, argumento válido, pero no fue debatido ni motivado, solo se restringió a

declararlo. Cabe indicar que es la misma norma que establece que toda actuación debe ser motivada acá brilla por su ausencia los motivos por los cuales el A quo manifiesta lo presente.

Lo que se evidencia del presente fallo es un defecto sustantivo el cual en cabeza de la H. Corte Constitucional este se configura cuando:

“ (...) El defecto sustantivo aparece cuando la autoridad judicial desconoce las disposiciones de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado. Específicamente, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando la autoridad jurisdiccional (i) aplica una disposición en el caso, que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexequibilidad; (ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; (iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical- sin justificación suficiente; (v) omite motivar su decisión o la motiva de manera insuficiente; o (vi) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. (...)”

Nótese su señoría la contradicción en la cual cae el A quo al manifestar lo siguiente:

“ (...) Por ende, el problema jurídico está encaminado en determinar si las convocadas faltaron a su deber de seguridad, como garantes, Codensa; en punto del servicio eléctrico de generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica, y las otras, en razón a los deberes de seguridad con la persona que prestaba los servicios de limpieza... (...)”

Más adelante, en la precitada sentencia se indica:

“ (...) Aunque la legislación no determina ni define el concepto de “actividad peligrosa” la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que su calificación depende de la valoración del juez. Sin embargo, lo que no cabe duda, es que la generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica, dados los elementos que allí intervienen se encuentra en esta clase de conducta. De allí, que la responsabilidad parte de la “culpa presunta”. (...)”

Si el tema desarrollado por el A quo, lleva a la conclusión de una culpa presunta la misma debe ser encaminada a que la empresa CODENSA hubiera tenido que demostrar que no faltó a ninguno de estos deberes, tales como de generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica, situación que no fue demostrada por la misma y que indican que la culpa estuvo en cabeza de CODENSA por su presunción. Con extrañeza el A quo no advirtió irregularidad alguna al respecto y da por hecho sin soporte probatorio que si se llevaron a cabo.

Más adelante la sentencia de primera instancia indica:

“ (...) Y frente a la “prestación del servicio de energía eléctrica”, ha puntualizado: Importa señalar (...), en cuanto que la acción realizada por dichas entidades reviste peligrosidad[,] ‘le basta al actor demostrar que el perjuicio se causó por motivo de la generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica’ pudiendo liberarse aquéllas del efecto

indemnizatorio únicamente ‘en tanto prueben el concurso exclusivo de una causa extraña...’ (Sentencia de 8 de octubre de 1992, CCXIX, pág. 523) (CSJ, SC del 16 de junio de 2008, Rad. n.º 2005-00611-01). (...)”

Cabe indicar de igual manera, que existe una causal de exoneración, la misma se predica de la imprudencia cometida por el señor JAVIER LEONARDO ARANA (Q.E.P.D.) tal y como se desprende del informe pericial de necropsia de medicina legal, visto a folio 9-11, el occiso “*accidentalmente toca las cuerdas con un palo de escoba*”, recibiendo una descarga eléctrica aproximadamente por “diez segundos”. Es evidente una causa extraña o el hecho exclusivo de la víctima como determinante para el daño, pues esta situación era imprevisible para mi representada.

Por lo anterior, sobre este numeral primero solicito al H. Tribunal respetuosamente se REVOQUE DICHO NUMERAL Y SE condene a la empresa CODENSA por no haber demostrado su diligencia en la adecuación y retiro adecuado del poste de energía que causo la muerte del señor Aldana, en solidaridad con la empresa SANTIAGO PONCE DE LEON ARQUITECTOS S.A.S y el Edificio SCALA XVII por las razones que expondré más adelante.

De igual manera solicito, al H. Despacho declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima y de falta de legitimación en causa por pasiva de la empresa GRUPO PROYECTA AIC

DERROTERO 2.

MANIFESTÓ EL A QUO EN SU SENTENCIA LO SIGUIENTE:

“ (...) e.-) La valoración de las declaraciones deja ver sin duda, que Condensa venía movilizando la red eléctrica con antelación al incidente, y que no fue informada de las labores de limpieza que realizaría la copropiedad con miras a realizar conductas que mitigaran el riesgo, como pudo ser, la suspensión del fluido eléctrico. La misma representante legal de la copropiedad demandada, narró en sus hechos que meses atrás habían iniciado la adecuación de la red, y si bien, todos acertaron en que al día siguiente del siniestro se hicieron reformas al cableado, ello no muestra la infracción al deber legal. Se insiste, porque para la fecha de la red y la construcción, las partes tenía un referente normativo, que se cumplió. Así mismo, se reconoció que la copropiedad en 25 años, nunca realizó labores de limpieza, ni informó dicha actividad al prestador del servicio de fluido eléctrico, lo que descarta juicios de imputabilidad... (...)”

“ (...) Siendo así, corresponde a fallador de instancia, aplicar las reglas contenidas en los artículos 2º, 4º, 6º, 7º y 11º del Código General del Proceso, para resolver los conflictos sociales de una manera justa y equitativa, donde a cada quien, se le otorgue la garantía que es debida. (...)”

Lo anterior, denota la falta de cuidado de la copropiedad y de CODENSA, es el mismo Despacho judicial quien lo manifiesta, al expresar los reglones anteriores. No se entiende porque la sentencia en su parte resolutive no hace mención en condena a esta copropiedad. En este caso era un hecho notorio que se venían llevando a cabo labores por parte de CODENSA en la red.

“ (...) Aquí, desde la misma copropiedad, existió negligencia de avizarar los peligros que rodeaban la actividad, y las mismas medidas preventivas que pudieron tomarse, porque fue

disiente en el interrogatorio, al aceptar que Codensa S.A., meses atrás venía movilizandando sus redes eléctricas. (...)”

¿Cabe la pregunta, CODENSA ADVIRTIO DE ESAS ACTIVIDADES A LOS VECINOS?

Por lo anterior, solicito al H. Tribunal respetuosamente se condene a la empresa CODENSA por no haber demostrado su diligencia en la adecuación y retiro adecuado del poste de energía que causo la muerte del señor Aldana, en solidaridad Edificio SCALA XVII por las razones que expusieron líneas atrás.

De igual manera solicito, al H. Despacho declarar probada la excepción de falta de legitimación en causa por pasiva de la empresa GRUPO PROYECTA AIC.

DERROTERO 3

MANIFESTÓ EL A QUO EN SU SENTENCIA LO SIGUIENTE:

“ (...) 3.2. Ahora, en lo que regula la responsabilidad civil, se recuerda que, cualquiera sea su naturaleza –contractual o extracontractual-, constituye una fuente de obligaciones en la medida que parte de la existencia de un daño que, bajo el imperio del equilibrio social y la efectividad de los derechos, debe ser reparado integralmente por quien lo ocasionó, para reestablecer la esfera patrimonial y personal del individuo que se ve afectado por la conducta culposa de otro. (...) ”

Al respecto, hay que manifestar que el que ocasionó el riesgo y el daño fue el mismo señor JAVIER ARANA (Q.E.P.D) al cometer la conducta impudente de tocar los cables de energía con un palo de escoba como se ha venido advirtiendo.

No es de recibo para esta defensa, que el A quo quiera endilgar esa responsabilidad a la empresa que representó, sin haber de por medio un nexo causal que así lo establezca, como por ejemplo haber demostrado el Despacho la existencia de un contrato entre el hoy occiso y el Grupo Proyecta, en cambio **sí omitió y no otorgó valor probatorio al contrato suscrito entre el Grupo Proyecta AIC y el Señor Alexander Guzman (siendo este último, quien contrato directamente al señor Arana)** el cual reposa en el plenario desde la misma contestación de la demanda, y que no fue tachado por ninguna de las partes como se manifestó en los alegatos de conclusión.

Cabe indicar como lo manifestó el mismo Despacho A quo que *“ (...) Es decir, existió una serie de convenios definidos por la Doctrina como “acuerdo de voluntades en virtud del cual una persona se obliga, de manera independiente y autónoma, para con otra, a realizar una obra material determinada recibiendo de esta última una remuneración, en contraprestación a la labor desarrollada... (...)”* lo anterior indica, que la responsabilidad existía entre el señor ARANA y el señor ALEXANDER GUZMAN su contratante, la cual era de manera autónoma e independiente. **Por ningún lado aparece la firma que representó.**

En este estado, es importante poner de presente su Señoría, que el contrato suscrito con el señor ALEXANDER GUZMAN fue para llevar a cabo una actividad de limpieza - mas no de intervención de redes eléctricas. De igual forma existe una cláusula de indemnidad la cual está enfocada a liberar de

responsabilidad a mi representa, precisamente por la condición de independencia y autonomía que manejaba el señor **ALEXANDER GUZMAN** con sus empleados.

Ahora bien, la *“culpa dolosa de otro”*, como refiera el H. Despacho en la citada jurisprudencia la misma debe estar encaminada como se manifestó líneas atrás a determinar la responsabilidad de la empresa CODENSA, en solidaridad con la copropiedad Edificio SCALA XVII como se indicó por falta a su deber de cuidado esta última y CODENSA por que no demostró su diligencia en la prevención del daño-.

De igual manera solicito, al H. Despacho declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima y de falta de legitimación en causa por pasiva de la empresa GRUPO PROYECTA AIC .

DERROTERO 3

MANIFESTÓ EL A QUO EN SU SENTENCIA LO SIGUIENTE:

“ (...) Y dentro de los cuales, todos asumieron la posición de guardianes respecto de la integridad de los trabajadores de la misma. Correspondía a todos, vigilar el cumplimiento de las directrices legales para la realización de trabajo en alturas, así como el deber de mitigar el riesgo. (...)”

La ley 1562 de 2012, reformulo el concepto de accidente de trabajo, al señalar que:

“ (...) Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte (...)”

De la anterior normatividad se establece, que el suceso debe guardar relación con la labor encomendada, se ha manifestado a la largo del proceso que la labor para la cual fue contratado el señor JAVIER ARANA (Q.E.P.D) por parte del señor ALEXANDER GUZMAN (contratante del señor Arana) correspondía a la limpieza de fachada de un bien inmueble, cabe indicar, su labor solo se concentraba a llevar a cabo esta limpieza más no a que el hoy occiso se pusiera imprudentemente a tocar unas redes eléctricas las cuales no eran parte de su labor, esta situación rompe el nexo causal existente entre la labor encomendada y la que se llevó acabo de manera imprudente por el señor ARANA (Q.E.P.D) donde el riesgo fue creado y asumido por el mismo.

Es importante resaltar que la responsabilidad moderna envuelve dos polos: el polo objetivo, donde domina el riesgo creado y el polo subjetivo, donde triunfa la culpa y alrededor de estos dos polos gira la vasta teoría de la responsabilidad” (Josserand, 1943, p.34).

Ahora bien, respecto a los elementos que configuran una responsabilidad, es importante estudiar el primero de ellos el hecho generador del daño.

EL HECHO GENERADOR COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

En el caso específico el hecho generador de perjuicio es en sí mismo el accidente que sufre el trabajador, creado por el mismo, es justamente ese infortunio laboral el que genera la responsabilidad.

El hecho es el supuesto factico que se debe concebir con la génesis de lo pretendido, en otras palabras, *la ocurrencia del hecho es el origen del daño*, pero en lo que interesa a la responsabilidad basada en la culpa, es menester que el hecho ocurra por culpa o del empleador, *ya sea porque este fue negligente para prevenir el riesgo o por el contrario lo aumento o creo*.

No está probado en el plenario, que por parte de mi representada se hubiera omitido tal deber, pues salta a la vista que no existe una relación laboral, además se vuelve a insistir en que la labor encomendada al señor JAVIER ARANA (Q.E.P.D) era la limpieza del bien inmueble.

Aquí en este caso el hecho generador del perjuicio está claro, lo constituye el accidente por la descarga eléctrica- pero además se observa que fue un hecho que se pudo evitar si el empleado SR. Arana (Q.E.P.D) no hubiera de manera imprudente, tocado las cuerdas de la energía con el palo de escoba, situación de por hecho imprevisible para mi representada.

Llama la atención de esta defensa, el siguiente argumento esgrimido por el H. Despacho de primera instancia:

“ (...) La citada labor, fue tercerizada por la Propiedad Horizontal, terminando el contrato de limpieza en la Sociedad Grupo Proyecta aic S.A.S., quien contrató a Javier Leonardo Arana, como empleado de obra. Hecho que no fue discutido o desvirtuado por ninguna de las citadas. Situación, que aparece comprobada con los elementos de juicio recaudados y, además, fueron esclarecidos por las convocadas al litigio mediante otros, como por ejemplo, el dictamen pericial y, la conducta de las partes al declarar la distancia existente entre los muros de la copropiedad y la red eléctrica de la zona. (...)”

Sobre este argumento, vuelve a mentir el Despacho pues **no tuvo en cuenta ni otorgo valor probatorio al contrato No. 0127/145 de fecha 6 de julio de 2014 suscrito por mi representada Grupo Proyecta AIC con Nit 900.375.512-3 y el señor JOSE ALEXANDER GUZMAN ARIAS identificado con C.C. No. 79.825.037 de Bogotá (siendo este último el contratante directo del señor Arana)**, el cual iba encaminado a la limpieza de la fachada, constituyendo una vía de hecho por la omisión del Juzgado en no tener en cuenta las pruebas allegadas al plenario y configurándose un defecto sustantivo el cual en cabeza de la H. Corte Constitucional este se configura cuando:

“ (...) El defecto sustantivo aparece cuando la autoridad judicial desconoce las disposiciones de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado. Específicamente, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando la autoridad jurisdiccional (i) aplica una disposición en el caso, que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexequibilidad; (ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; (iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical- sin justificación suficiente; (v) omite motivar su decisión o la motiva de manera insuficiente; o (vi) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. (...)”

La misma administradora del Edificio Scala XVII en su testimonio manifestó conocer al señor Alexander Guzmán, y dijo que él era la persona que ella veía que ejecutaba las labores y realizaba funciones de coordinación de las personas que intervenían en la labor.

La anterior situación también fue plasmada en el fallo de primera instancia por parte del Despacho dentro de su relación probatoria así:

*“ (...) b.-) El informe ejecutivo de Policía Judicial, indica “El día de hoy 21 de julio de 2014, siendo las 13:10 se realizó diligencia de entrevista al señor **JOSE ALEXANDER GUZMAN ARIAS** quien se identificó con la cédula (...) quien se desempeñaba como contratista de mantenimiento manifestando que “inicialmente nosotros nos encontrábamos realizando un mantenimiento del edificio SCALA 17, en la fachada, nosotros iniciamos labores el día 10 de julio de 2014, ya para el 21 de julio de 2014, iniciamos labores normalmente en la fachada sus del edificio, donde se encuentran unos cables de alta tensión cerca de la fachada, siendo las 03:30 nos descolgamos con arnés y manilas nos descolgamos por la fachada tres (3) operarios (VICTOR ALFONSO VARGAS, REINALDO RODRIGUEZ ALEXANDER GUZMAN y JAVIER ARANA) el señor JAVIER ARANA estando en el nivel de las cuerdas de alta tensión, accidentalmente toca las cuerdas con un palo de escoba (...)” (fl.283) (...)”*

Nótese que el mismo señor Alexander manifestó ver los cables de alta tensión cerca y mantuvo su prudencia, mientras que el señor JAVIER ARANA de *manera irresponsable no la tuvo, además manifestó contar con los elementos de protección.*

Ahora manifiesta el A quo, que el anterior argumento no fue discutido por ninguna de las partes, sobre lo manifestado, invito de manera respetuosa al Despacho remitirse a los alegatos de conclusión **donde por nuestra parte se advirtió de que ello no era así.**

La conclusión en el presente caso sobre este punto, no es como lo manifestó el A quo queriendo endilgar responsabilidad a cada una de las empresas por la supuesta “omisión” de vigilancia y posición de guardianes” al proteger a su trabajador, por el contrario, olvida el operador judicial de primera instancia que fue la misma conducta imprudente del hoy occiso, que lo expuso de forma irresponsable al riesgo, acción que no se podía mitigar pues fue intempestiva, bajo su propia convicción.

Ahora bien, respecto a los elementos que configuran una responsabilidad, es importante estudiar el primero de ellos el hecho generador del daño.

De igual forma, es esencial resaltar que el daño sufrido por el señor ARANA (Q.E.P.D.) no estructura por si solo la imputación en contra de mi representada, toda vez, que los hechos que se describen dentro de los documentos aportados tales como:

a.-) El informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses aportado por los demandantes, da cuenta que el occiso “accidentalmente toca las cuerdas con un palo de escoba” recibiendo una descarga eléctrica. (fl.9)

b.-) El informe ejecutivo de Policía Judicial, indica “El día de hoy 21 de julio de 2014, siendo las 13:10 se realizó diligencia de entrevista al señor JOSE ALEXANDER GUZMAN ARIAS quien se identificó con la cédula (...) quien se desempeñaba como contratista de mantenimiento manifestando que

“inicialmente nosotros nos encontrábamos realizando un mantenimiento del edificio SCALA 17, en la fachada, nosotros iniciamos labores el día 10 de julio de 2014, ya para el 21 de julio de 2014, iniciamos labores normalmente en la fachada sus del edificio, donde se encuentran unos cables de alta tensión cerca de la fachada, siendo las 03:30 nos descolgamos con arnés y manilas nos descolgamos por la fachada tres (3) operarios (VICTOR ALFONSO VARGAS, REINALDO RODRIGUEZ ALEXANDER GUZMAN y JAVIER ARANA) el señor JAVIER ARANA estando en el nivel de las cuerdas de alta tensión, accidentalmente toca las cuerdas con un palo de escoba (...)” (fl.283)

c.-) La Actuación de Primer Respondiente Formato FPJ-4, indica “toco accidentalmente el cable de alta tensión que pasa por frente del edificio” (fl.290- 291). d.-) En igual sentido, describe el formato de entrevista de la Policía Judicial (fl.298).

e.-) La Fiscalía General de la Nación, emitió orden de archivo, bajo la siguiente consideración jurídica *“una vez apreciados los elementos materiales de prueba que se aportaron legalmente a la carpeta, se advierte sin dificultad alguna que la causa probable de la muerte de JAVIER LEONARDO ARANA es accidental, atribuible a electrocución que se escapa a la voluntad de cualquier persona, por lo que se descarta cualquier intervención humana externa incidental en el desarrollo fastuoso que nos ocupa”* (fl.316).

Los anteriores apartes, no permiten estructurar de manera adecuada como sucedieron los hechos y la causalidad de los mismos con el daño, contaminando el primer elemento de la imputación fáctica del hecho, que es la causalidad material.

De ahí, que no puede estar probado ningún título de imputación, como lo asegura el Juzgado, pues de las pruebas obrantes en el plenario y de acuerdo al escrito de la demanda se desprende, que lo único que se encuentra acreditado es la existencia del daño debido al riesgo creado y asumido por el señor Arana que determinó su muerte, **no encontrando el nexo de causalidad**.

De igual manera solicito, al H. Despacho declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima y de falta de legitimación en causa por pasiva de la empresa GRUPO PROYECTA AIC .

TRABAJO EN ALTURAS

Otro aspecto a desvirtuar, por parte de esta defensa es la manifestación que realiza el A quo, al manifestar en su fallo que *“ (...) Correspondía a todos, vigilar el cumplimiento de las directrices legales para la realización de trabajo en alturas (...)”*. Al respecto cabe anotar que el señor JAVIER ARANA (Q.E.P.D), contaba con su certificado de trabajo en alturas, indica lo anterior que el mismo:

“ (...) requiere de unas condiciones físicas y psicológicas certificadas. Además, las personas que lo ejecutan deben someterse con garantía a las actividades de planificación, organización, ejecución y control.

El certificado de Trabajo en Alturas es un documento que se expide para regular y autorizar los trabajos en altura. En todos los casos, este documento autoriza a las personas a realizarlos. Se realiza previamente una verificación y control de toda la documentación que avala la idoneidad.

El ente regulador para este tipo de actividades es el Ministerio del Trabajo. A través de la resolución 1409 – 2012 se exige el estricto cumplimiento en la protección contra caídas. A partir de metro y medio los trabajos se consideran riesgosos para la persona. Por lo tanto, las empresas están obligadas a garantizar las condiciones de trabajo idóneas para prevenir riesgos. (...)” (Fuente Pagina Ministerio de Trabajo)

Indica lo anterior, **que el señor era consciente de su actuar, y que tenía la idoneidad y la experticia para ejecutar ese trabajo**, sino que fue su propia imprudencia que lo llevo a crear el riesgo y posterior daño.

LA DILIGENCIA Y EL CUIDADO – RIESGO MITIGABLE

Manifestó el Despacho lo siguiente.

“ (...) Aquí, si bien medio una actividad peligrosa, la causal de imputación no obedeció al prestador del servicio, sino la debida diligencia y cuidado, con que debieron actuar los contratistas de la obra. (...)”

Cabe mencionar por parte de esta defensa, que la imputación si obedeció al prestador del servicio, contrario a lo manifestado por el A quo, nótese su señoría que en la misma providencia apelada el despacho manifiesta:

“ (...) igualmente, resalta el juzgado, que los medios de convicción, si bien descartan que el deceso se produjo con ocasión a un arco de corriente, fue por el uso imprudente de elementos de aseo debido a un rozamiento de la red eléctrica. Según prueba el legajo, fue un palo de escoba húmedo, el medio más inmediato que sirvió como conductor eléctrico con la humanidad de Leonardo Arana. (...)”

De otra parte, manifestó el A quo:

“ (...) Significa ello, de manera concretar, que el riesgo era mitigable y pudo haberse evitado, siempre que se hubiesen agotado las instancias y tomado las medidas preventivas con la simple información de los trabajos de limpieza a Codensa S.A., otra medida, hubiese sido verificar los cursos de altura del occiso, y la debida capacitación en torno al cuidado con respecto a la red eléctrica cercana. (...)”

No se entiende como el Despacho, observa lo anterior sin al menos tener en cuenta este argumento como un eximente de responsabilidad, por el hecho de la culpa exclusiva de la víctima, COMO EXCEPCION además no se puede pregonar una debida diligencia y cuidado y mucho menos afirmar que el riesgo era mitigable, en cabeza de mi representada pues la misma no contribuyó a que de manera intempestiva el señor JAVIER ARANA por su propia voluntad decidiera tocar las cuerdas de luz con un palo de escoba, situación que se escapa de su órbita de cuidado y entra en el ámbito de la voluntad personal, - imprevisible y no mitigable – que en nada tiene que ver como lo manifiesta el A quo la falta de vigilancia y la posición de guardianes pues no guarda relación con la labor encomendada, y mucho menos se expuso a un riesgo.

Lo anterior, guarda relación directa con lo manifestado por el A quo cuando manifestó en su fallo:

“(…) La única causa que llevó al hecho catastrófico, entonces, fue la imprudencia del occiso, cuyo riesgo se traslada a los contratantes de la obra, porque pudieron evitar el siniestro, (…)”

De igual manera solicito, al H. Despacho declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima y de falta de legitimación en causa por pasiva de la empresa GRUPO PROYECTA AIC .

FACTORES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD POR CULPA PATRONAL

En las doctrinas de la responsabilidad contractual se ha admitido la existencia de unos factores eximentes de responsabilidad para aludir aquellas circunstancias que interrumpen el vínculo causal que debe existir entre el hecho (accidente de trabajo) y el daño producido por este.

Para entender de forma clara lo que significa causalidad jurídica, Cupis (1989) afirma: Que consiste en términos generales en el nexo etiológico material, objetivo o externo, que liga un fenómeno a otro, es decir, la conducta omisiva que constituye el factor de imputación material y el daño, dicha relación no existe, se interrumpe, cuando el hecho del hombre, aun siendo eficaz para producir el daño, no desenvuelve su propia eficacia causal por habérsele añadido otro hecho, que sin haberlo originado él, impide que desarrolle su eficacia causal, sustituyéndola por la suya propia; por lo que se pone de relieve entonces, que el hecho preexistente no es idóneo para originar el daño, que ha obtenido a causa del hecho sobrevenido.

De lo anterior se extrae, que los factores eximentes de responsabilidad atacan el nexo de causalidad entre el accidente laboral y el daño producido, es decir, se desencadena una actuación que interrumpe la causalidad, en el presente caso la imprudencia cometida por el señor Arana (Q.E.P.D) en la medida que rompe la relación de culpa del empleador. Dentro de la jurisprudencia y la doctrina jurídica se han aceptado en materia de responsabilidad como factores eximentes de culpa, la fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero o hecho de la víctima. Cada uno de ellos presenta configuración y existencia propia.

De igual manera solicito, al H. Despacho declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima y de falta de legitimación en causa por pasiva de la empresa GRUPO PROYECTA AIC .

Respecto de los daños materiales

Solicito no tener por acreditado dicho daño, toda vez que no se encuentra demostrado y no se le deba dar credibilidad a lo manifestado por el A quo quien manifestó:

“(…) Por tanto, para su tasación, se tendrá como fundamento el canon 206 del Código General del Proceso, mediante el cual se establece la obligación del actor, de indicar de manera detallada y justificada, su cuantificación. Así, el demandante pidió la indemnización a título de daños materiales en favor de Nelba María Arana, la suma de \$42’009.467.00 mcte (fl.43) sin que ellos fueran objetados por la aquí condenadas. Por consiguiente, serán las sumas reconocidas en la presente providencia. (…)”

Vuelve el H. Despacho a caer en el defecto sustantivo, al no aplicar la norma como se indica, el artículo 206 del Código General del Proceso se desprende del mismo:

“ (...) Artículo 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido... (...)”

El Despacho no tiene en cuenta, que la parte accionante NO discriminó de manera lógica y clara su juramento estimatorio, de otra parte, manifestó que las partes no objetaron el mismo; se le indica al H. despacho, que esta defensa en los alegatos de conclusión manifestó que los mismos no estaban probados y que la cuantía no era justificable.

Por lo anterior, se solicita no acceder a esta pretensión de índole monetario.

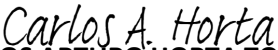
Respecto de los daños morales

Si bien es cierto que una persona por el simple hecho de contar con cierta discapacidad laboral o su muerte deba recibir una indemnización, en el presente caso, no hay lugar a dicho reconocimiento pues como se dijo líneas atrás, el riesgo y la muerte fue creada por el hoy occiso circunstancia que exime de toda responsabilidad a mi defendida.

Solicitud

En los anteriores términos dejo presentado el recurso de apelación contra el fallo proferido por su Despacho y solicito al Honorable Tribunal despachar en favor de la demandada, y revocar en todo sentido la misma y declarar probadas las excepciones de culpa exclusiva de la víctima y la falta de legitimación en la causa por pasiva de la empresa GRUPO PROYECTA AIC.

Atentamente,


CARLOS ARTURO HORTA TOVAR

Cédula de Ciudadanía No. 80.871.298.

T.P. 210.552 del C. S. de la J.