

Doctora
CLARA INES MARQUEZ BULLA
Magistrada
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA CIVIL
Bogotá

Referencia:	Proceso verbal de responsabilidad civil contractual
Radicado:	110013103022-2018-00597-00
Demandante:	MYRIAM STELLA CAMELO PINTO Y OTROS
Demandado:	CENTRAL DE INVERSIONES S.A. – CISA S.A. Y OTROS
Asunto:	Pronunciamiento sobre auto de sustanciación proferido el 9 de abril de 2021

Honorable Magistrada:

ANDREA MILENA VERA PABON, identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderada especial de **CENTRAL DE INVERSIONES S.A. – CISA S.A.**, respetuosamente comparezco ante su Despacho con el fin de pronunciarme sobre el auto de sustanciación proferido el 9 de abril de 2021, mediante el cual se ordena al apelante sustentar el recurso en el término de 5 días.

Al respecto es importante señalar que el recurso de apelación es regulado por el Artículo 322 del Código General del Proceso, que indica lo siguiente:

“Artículo 322. Oportunidad y requisitos El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:

1. El recurso de apelación contra cualquier providencia que se emita en el curso de una audiencia o diligencia, deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada. El juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda, así no hayan sido sustentados los recursos

La apelación contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado.

2. La apelación contra autos podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición. Cuando se acceda a la reposición interpuesta por una de las partes, la otra podrá apelar del nuevo auto si fuere susceptible de este recurso.

Proferida una providencia complementaria o que niegue la adición solicitada, dentro del término de ejecutoria de esta también se podrá apelar de la principal. La apelación contra una providencia comprende la de aquella que resolvió sobre la complementación.

Si antes de resolverse sobre la adición o aclaración de una providencia se hubiere interpuesto apelación contra esta, en el auto que decida aquella se resolverá sobre la concesión de dicha apelación.

3. En el caso de la apelación de autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición. Sin embargo, cuando la decisión apelada haya sido pronunciada en una audiencia o diligencia, el recurso podrá sustentarse al momento de su interposición. Resuelta la reposición y concedida la apelación, el apelante, si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación, dentro del plazo señalado en este numeral.

Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior

Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

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 declarara desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado.

PARÁGRAFO. La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite apelación de la sentencia. El escrito de adhesión deberá sujetarse a lo previsto en el numeral 3 de este artículo.

La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.”

A su turno el Decreto 806 de 2020 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 14. Apelación de sentencias en materia civil y familia. El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalados en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes.

Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto.

Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practiquen, se escuchen alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso.”

De conformidad con la norma citada, la cual modifiqué el Artículo 322 del C.G.P., es claro que contra una sentencia proferida en audiencia procede el recurso de apelación, el cual debe sustentarse dentro de los 5 días siguientes, una vez el auto que admite el recurso se encuentre ejecutoriado.

Así las cosas, debe señalarse que en el presente caso la sustentación del recurso se encuentra fuera de termino, toda vez que el auto que admitió el recurso fue notificado el por estado el 25 de marzo de 2021 y una vez en firme, el apelante solo cuenta con 5 días para sustentar el mismo.

Quedo atentamente



ANDREA MILENA VERA PABÓN

C.C. 52.814.085 de Bogotá D.C.

T.P. 186.534 del C.S. de la J.

SEÑOR DOCTOR

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

E. S. D.

Referencia: Acción de protección al consumidor financiero promovido por **KBJ S.A.S.** en contra **Acción Sociedad Fiduciaria S.A.**

Radicado: 2018 – 01460 - 01

Asunto: Sustentación recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el día 28 de enero de 2021.

ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS, ciudadano colombiano, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (en adelante, “Acción” o “mi representada”) en el proceso de la referencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 en consonancia con el artículo 322 y siguientes del Código General del Proceso, respetuosamente me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia de primera instancia que fue proferida por la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** (en adelante, la “Delegatura”) el día 28 de enero de 2021 dentro del trámite de la referencia.

ACLARACIÓN PRELIMINAR: ESTRUCTURA DEL ESCRITO

En el presente escrito de sustentación se explicarán en detalle los yerros en los que incurrió la Delegatura al proferir la sentencia de primera instancia, de tal forma que este Tribunal cuente con los elementos de juicio necesarios para revertir las decisiones que allí se adoptaron y, por esa vía, denegar las pretensiones que fueron formuladas en contra de mi representada. Para tales efectos, este escrito se desarrollará en el siguiente orden metodológico:

1. En primer lugar, se hará un breve resumen de los hechos, antecedentes y relaciones negociales que motivaron este proceso. Lo anterior, con el propósito de que el Tribunal pueda analizar los argumentos de este recurso a la luz de las particularidades del caso, sin caer en los errores e imprecisiones que cometió la Delegatura al realizar un estudio general con base en documentos y hechos que corresponden a otros procesos judiciales similares que Acción ha venido atendiendo de forma paralela ante ella y que no tienen cabida en el que nos ocupa.
2. En segundo lugar, se hará referencia a la incongruencia en la que incurrió la Delegatura entre la motivación y la decisión que finalmente se tomó en la sentencia de primera instancia. Este yerro básicamente obedece a que la Delegatura realizó un estudio por fuera de la órbita contractual que demarcaba la relación entre KBJ S.A.S. (en adelante, la “Demandante”) y Acción, y utilizó un análisis abiertamente distante al objeto del proceso que en ultimas derivó en una sentencia que no corresponde a la realidad procesal.
3. Posteriormente, se señalarán y analizarán los presupuestos estructurales de responsabilidad civil que establece el artículo 1604 del Código Civil de cara al caso que nos ocupa, para demostrar que los mismos no fueron acreditados suficientemente dentro del presente proceso y que, por lo tanto, no se ha debido fallar en contra de mi representada.
4. Enseguida, se hará referencia a la sentencia de segunda instancia que profirió la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali en el proceso de referencia 2018-00083. Dicha providencia se emitió con ocasión de un proceso judicial que promovió otro inversionista del proyecto Marcas Mall en contra de mi representada por unos hechos y pretensiones prácticamente iguales a los que motivaron el proceso de la referencia.
5. Finalmente, haré énfasis en los yerrores en los que incurrió la Delegatura al analizar y decidir el llamamiento en garantía que promovió mi representada en contra de SBS SEGUROS S.A. (en adelante, la “Llamada en Garantía”). Lo anterior, de tal forma que, ante una eventual providencia que reafirme lo decidido en la sentencia de primera instancia o cualquier otra condena en contra de mi representada, la Llamada en Garantía deba asumir el pago íntegro de la correspondiente condena.

I. BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS Y RELACIONES NEGOCIALES QUE MOTIVARON ESTE PROCESO

1. En marzo de 2014, se suscribió el contrato de fiduciaria de administración FA-2351 entre mi representada y URBO COLOMBIA—en calidad de Promotor—, cuyo objeto era la administración de los recursos de la preventa del Proyecto Marcas Mall, encaminado a la construcción de un centro comercial ubicado en la ciudad de Cali.
2. Tal y como se desprende del clausulado de ese contrato, en síntesis, el flujo de recursos para el Proyecto por parte de los compradores de locales en el centro comercial se desarrollaría de la siguiente manera: las personas interesadas en invertir en el Proyecto celebrarían encargos fiduciarios con Acción (preventas) y, una vez cumplidas las condiciones previstas para el efecto —esto es, alcanzado el “punto de equilibrio”— mi representada transferiría los recursos económicos de los encargos fiduciarios al fideicomiso FA-2351 para que MARCAS MALL CALI—en calidad de Promotor— se encargara de llevar a cabo la construcción del proyecto.
3. Los Encargos de vinculación para administración de recursos eran suscritos por la fiduciaria, previa suscripción de las respectivas promesas de compraventa entre el inversionista y Promotora Marcas Mall. Al tiempo que los negocios entre uno y otra iban modificándose, era necesario también modificar los Encargos.
4. Con el propósito de que se lograra la comercialización del Proyecto Marcas Mall, MARCAS MALL CALI—en calidad de Promotor— asumió labores de promoción y comercialización directa con los potenciales inversionistas. Como corresponde a esa calidad, el Promotor fue el encargado de mantener los contactos directos con los inversionistas, absolver sus dudas, bríndales información del proyecto y establecer con ellos los términos en los que se vincularían al proyecto y a los respectivos vínculos negociales. Esta situación fue suficientemente desarrollada y reconocida por la parte demandante en el interrogatorio de parte.
5. Adicionalmente, teniendo en cuenta la experiencia profesional de MARCAS MALL CALI, conforme a la normatividad legal aplicable para ese momento —tal y como se explicará en detalle en este escrito—, esta sociedad y mi representada acordaron que MARCAS MALL CALI sería la encargada de evaluar y definir el momento en el que se cumpliría el “punto de equilibrio”, para que enseguida Acción transfiriera los

recursos de los encargos fiduciarios individuales de los inversionistas al fideicomiso FA-2351. Hay que decirlo con total contundencia desde ahora: la determinación del momento en que se habrían cumplido las condiciones para alcanzar el “punto de equilibrio”, y por tanto para desembolsar los recursos al FA-2351 Marcas Mall fue un asunto que asumió el Promotor y así quedó consignado en los encargos fiduciarios suscritos con los inversionistas.

6. En desarrollo de lo anterior, el primero de noviembre de 2014 el Promotor certificó a Acción Fiduciaria el cumplimiento de las condiciones para alcanzar el punto de equilibrio, certificado que obra en el derivado 00 del expediente. Habiendo recibido tal certificación, el 4 de noviembre de 2014 Acción Fiduciaria suscribió el *“Acta de Verificación de Cumplimiento de Requisitos Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 MARCAS MALL”*.
7. En línea con la estructura de negocio antes descrita, el 3 de marzo de 2015, se suscribió el contrato de encargo fiduciario MR-799 1100010247 entre la Demandante, LAY ON CAPITAL S.A.S. y mi representada, con el ánimo de que las dos primeras se vincularan como inversionistas del proyecto Marcas Mall. En dicho contrato, Acción asumió la obligación de actuar única y exclusivamente como administradora del encargo fiduciario y, por esa vía, transferir los recursos económicos que lo componían al fideicomiso FA-2351 Marcas Mall.
8. De conformidad con lo estipulado en el contrato de encargo fiduciario MR-799 1100010247, la Demandante y LAY ON CAPITAL S.A.S. aportaron a aquél la suma de \$1.228.500.000, obligándose a realizar aportes futuros por valor de \$1.921.500.000
9. Acción Fiduciaria transfirió al FA-2351 Marcas Mall los recursos existentes en el encargo fiduciario MR-799 1100010247, según se puede evidenciar en el derivado 01 del expediente una vez cumplidos los requisitos.
10. Para esa fecha, se habían cumplido todas y cada una de las condiciones establecidas contractualmente para realizar la transferencia de los recursos al FA-2351 Marcas Mall.
11. El contrato de encargo fiduciario No. 1100010247 fue modificado mediante Otrosí No. 1 del 22 de febrero de 2016, mediante el cual las partes modificaron el plan de pagos de los aportes futuros a cargo de la Demandante y LAY ON CAPITAL S.A.S.

12. El 16 de octubre de 2016, MARCAS MALL CALI cedió el 70.4% de sus derechos como Fideicomitente dentro de Fideicomiso FA 2351 Marcas Mall a la sociedad URBANIZAR.
13. El 5 de septiembre de 2017, LAY ON CAPITAL S.A.S. le cedió su posición contractual en el encargo fiduciario No. 1100010247 a la Demandante, de tal forma que esta última es la única titular de los respectivos derechos desde ese momento.
14. La Demandante incumplió con su obligación de realizar los aportes futuros previstos en el encargo fiduciario MR-799 1100010247.
15. La relación contractual existente entre la Demandante y la Promotora no ha sido resuelta ni es objeto de una litis en curso. Ni la Demandante ha demandado a esta por incumplimiento, ni la Promotora ha hecho lo propio con la Demandante. En tal sentido, existen entre ambas unos derechos y obligaciones cuyo contenido está por resolverse. Entre ellos, la eventual restitución de los recursos aportados al Fideicomiso FA 2351 Marcas Mall.
16. El Fideicomiso FA 2351 Marcas Mall no se ha liquidado, de tal manera que los derechos de las partes, incluyendo los aportantes, permanecen incólumes.
17. Con ocasión de algunas irregularidades en el manejo de los recursos de otros de los encargos fiduciarios constituidos para desarrollar el Proyecto Marcas Mall y otros negocios fiduciarios al interior de mi representada, la Delegatura para Fiduciarias de la Superintendencia Financiera de Colombia inició un proceso administrativo sancionatorio en contra de mi representada. Para el efecto, dicha Delegatura le presentó un Pliego de Cargos con la referencia 2018127962-000-000.
18. Con ocasión de ese proceso administrativo sancionatorio, se expidió en primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el SUPERINTENDENTE FINANCIERO.
19. A su turno, con ocasión de los hechos antes anotados, la Demandante interpuso la acción de protección al consumidor financiero que sustenta el proceso de la referencia. Tal y como se desprende de la demanda correspondiente, para la Demandante mi representada *“incumplió gravemente”* y de *“manera descuidada”* las condiciones establecidas en el contrato de encargo fiduciario No. 1100010247.

II. LOS YERROS QUE COMETIÓ LA DELEGATURA EN PUNTO DE LA CONGRUENCIA Y MOTIVACIÓN DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Inicialmente, conviene hacer una especial mención sobre los yerros que se cometieron en la sentencia en punto de su congruencia y motivación.

En síntesis, la decisión de la Delegatura es errada porque, más que responder a un juicio de responsabilidad civil contractual —tal y como le correspondía—, en realidad ella se configura como un juicio administrativo sancionatorio propio de la Superintendencia Financiera —en su condición de autoridad estatal a cargo de la supervisión de las entidades financieras que operan en Colombia—.

Como bien se desprende del fallo, el análisis de la Delegatura se circunscribió a estudiar y establecer las presuntas falencias en las que incurrió mi representada, como sociedad fiduciaria, en el desarrollo de (i) el encargo fiduciario MR-799 que celebró con la Demandante, y (ii) el contrato de fiducia de administración FA-2351; dejando de lado el real propósito que le correspondía: analizar y definir si en el presente caso, con base en los hechos y pretensiones que formuló la Demandante, se configuraban los elementos constitutivos de la responsabilidad civil contractual y, en caso afirmativo, si era procedente una sanción a cargo de Acción.

Sumado a lo anterior, en términos generales —y más allá de ser completamente improcedente—, en su razonamiento la Delegatura planteó una serie de consideraciones que son equivocadas y contrarias al marco normativo vigente. De manera empecinada y sin razón alguna, la Delegatura decidió aplicar unas normas jurídicas que no correspondían y realizar una serie de interpretaciones contrarias a derecho, con la única intención de concluir fallas en la conducta de mi representada. En este ejercicio, incluso la Delegatura terminó desconociendo actuaciones y conclusiones que la propia Superintendencia Financiera había decantado en los procesos administrativos sancionatorios que adelantó en contra de mi representada por lo que aconteció en la sucursal de Cali y el proyecto Marcas Mall.

Con el propósito de poner de presente todo lo antes dicho, a continuación se explicarán de forma detallada los yerros e imprecisiones que al respecto cometió la Delegatura en su sentencia de primera instancia:

1. Por una parte, la Delegatura abiertamente reconoció que su labor se encaminaría únicamente a determinar si mi representada había cometido algún tipo de falla a la luz de sus deberes legales y contractuales, sin entrar a establecer si el supuesto daño de la Demandante era atribuible a otro sujeto jurídico (página 12 de la sentencia). Así, desde esa lógica, de plano la Delegatura desechó la excepción de falta de legitimación por pasiva que formuló Acción y, mucho más grave, la misión que le correspondía como juez al decidir la acción de protección al consumidor financiero.

Con esto, la Delegatura cercenó uno de los pilares fundamentales de la defensa: si es cierto que la Demandante sufrió un daño en virtud de los hechos que motivaron este proceso, el mismo habría sido el resultado de un comportamiento antijurídico de MARCAS MALL, en su condición de Promotor del Proyecto Marcas Mall.

Frente a este punto, de entrada, debe decirse que —muy en línea con lo que se planteó en el acápite anterior— la única razón por la que la Delegatura decidió agotar este medio exceptivo de plano estuvo en defender su competencia que no le correspondía para conocer y decidir este proceso. Tal y como se desprende de sus competencias legales —artículos 24 del CGP y la Ley 1328 de 2009—, la Delegatura no puede decidir procesos en donde la parte pasiva no sea una entidad financiera. Es por tal motivo que ella en este proceso —como en todos los demás que ha conocido y decidido sobre el mismo asunto— se negó tozudamente a vincular a PROMOTORA MARCAS MALL y URBANIZAR—incluso, éste último al haber sido el Promotor inicial del proyecto—, pese a lo solicitado por mi representada, a sabiendas que ello solo implicaría la pérdida automática de sus competencias para decidir.

Al respecto, el artículo 90 del CGP establece que:

“ARTÍCULO 90. ADMISIÓN, INADMISIÓN Y RECHAZO DE LA DEMANDA. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. En la misma providencia el juez deberá integrar el litisconsorcio necesario y ordenarle al demandado que aporte, durante el traslado de la demanda, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante.”

Así las cosas, la Demandante ha debido vincular y promover su demanda también en contra de PROMOTORA MARCAS MALL y URBANIZAR, ya que ellos hacían parte del contrato de encargo fiduciario MR-799 1100010247 —que es justamente el que se alegó en la demanda como incumplido para promover las pretensiones—. Pese a dicho error, la Delegatura decidió negar la excepción propuesta por mi representada y avalar la configuración del contradictorio en desmedro de los deberes que contempla el artículo 132 del CGP.

Lo realmente desconcertante de esto es que, incluso en su sentencia, la propia Delegatura reconoció que dicho contrato de encargo fiduciario se encontraba coligado con el contrato de fiducia de administración FA-2351; por lo que entonces no se entiende cómo ella podía decidir sobre un supuesto incumplimiento del mismo sin que todas las partes del mismo hubieran participado en este proceso.

Como se indicó arriba, la naturaleza del proceso de la referencia no es la de una actuación administrativa sancionatoria, que deba tramitarse exclusivamente en contra de Acción. Todo lo contrario, este proceso está concebido para que se establezca si se configura una responsabilidad civil contractual con base en los hechos que planteó la Demandante y, por lo tanto, ello sólo puede definirse si se analizan las respectivas obligaciones contractuales a la luz de los comportamientos que hubieren desplegado todos los sujetos que hacen parte del vínculo correspondiente.

Como dicha integración no sucedió, en nuestro respetuoso criterio, este Tribunal debe entonces reversar la decisión de primera instancia, de tal forma que tenga lugar un proceso en el que participen todas las partes que deben comparecer impajaritadamente para que se pueda dictaminar si existe una responsabilidad civil contractual y, en caso afirmativo, los respectivos responsables.

2. En segundo lugar, sobre este punto, conviene mencionar lo siguiente: si bien es cierto que la Delegatura cuenta con facultades para fallar *ultra y extra petita* en casos excepcionales, eso no le permite acceder a pretensiones con base en hechos que no son objeto de discusión en los procesos respectivos y en los que no se centró la actividad probatoria.

En efecto, el artículo 58 de la ley 1480 de 2011, en su numeral 9, dice lo siguiente:

*“9. Al adoptar la decisión definitiva, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes **según lo probado en el proceso**, con plenas facultades para fallar *infra, extra y ultrapetita*, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir.”*

De lo anterior se evidencia que la ley le ha otorgado a la Delegatura facultades expresas para fallar *infra, extra o ultra petita* en casos excepcionales; sin embargo, ella siempre se debe circunscribir a los hechos que resulten alegados y probados en los procesos. En ese sentido, es necesario resaltar la posición de la Corte Suprema de Justicia sobre la mencionada facultad:

*“Así, la facultad *extra petita* – por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio”¹*

De esta forma, se colige fácilmente que, aun cuando la Delegatura pretenda fallar por fuera o por más de lo pedido, tiene que circunscribirse estrictamente a los hechos alegados y probados dentro del proceso, que hayan dado lugar a las pretensiones de la demanda. En este punto, es preciso recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia sobre el deber de los jueces de ceñirse al principio de congruencia en sus fallos:

*“Es que si la sentencia que dicta el juez **debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda**, así como en las demás oportunidades previstas procesalmente, debe observar igualmente las excepciones que aparezcan probadas, las cuales puede declarar de oficio, salvo que se necesite alegación expresa del medio exceptivo por la parte interesada. (...) Estas previsiones para el juez surgen del principio de congruencia que tiene consagración normativa en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.”*

*“Es **decir el funcionario judicial está sometido al marco jurídico procesal que le fijen las partes y al que le permite la legislación***

¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 4 de julio de 2018. Radicado No. 69550. MP: Clara Cecilia Dueñas Quevedo

***procesal** en eventos taxativamente determinados pero que contienen algunas excepciones.”*

“Dicho principio es consustancial a la naturaleza del derecho procesal, pues respeta estrictamente el axioma de contradicción y el de defensa. Permitir al Juez decidir arbitraria o caprichosamente significaría darle una potestad de la que fácilmente puede abusar y que conllevaría fatalmente a una injusticia que va en contravía de la función que por esencia debe cumplir, cual es la de administrar justicia.”² (Se subraya)

No obstante lo anterior, en el caso que nos ocupa, la Delegatura falló de una manera que no está contemplada ni permitida por la ley y que incluso contraría el ordenamiento: accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en hechos que no fueron alegados en el escrito inicial y sobre los cuales no versó la actividad probatoria de ninguna de las partes. Incluso, la Delegatura accedió a las pretensiones cuando en el transcurso del proceso se probó —más allá de toda duda— que los hechos que daban lugar a las alegaciones de la demanda eran completamente falsos.

La falta de congruencia del fallo se evidencia en que éste en nada tuvo en cuenta los alegatos de conclusión presentados por la Demandante, que por demás vehementemente adujo que se ratificaba en todos y cada uno de los hechos presentados en la demanda, los cuales, como se demostró, eran falsos.

3. En línea con lo que se ha dicho hasta aquí, conviene precisar los yerros que cometió la Delegatura al momento de estudiar y valorar la conducta contractual que desplegó mi representada a la luz de lo establecido en el encargo fiduciario MR-799 y el contrato de fiducia de administración FA-2351. Si bien este será un punto que se explicará ampliamente en el siguiente acápite de este escrito de sustentación, debe mencionarse que, en su valoración, la Delegatura desconoció y decidió abiertamente en contra de lo que la propia Superintendencia Financiera había dictaminado de forma paralela.

Tal y como se desprende de la sentencia de primera instancia, en términos generales, los reparos que se hicieron frente a la conducta de Acción y de los que se concluyó su supuesta responsabilidad contractual, recaen en que ella no contaba con un adecuado Sistema de Control Interno (en adelante, el “SCI”). En

² Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 13 de noviembre de 2013, Radicado No. 45250. MP: Elsy del Pilar Cuello Calderón

síntesis, para la Delegatura, la indebida existencia y aplicación de un SCI por parte de mi representada se tradujo en que ella incumpliera con las obligaciones y controles que le correspondían en favor de la Demandante a la luz de los vínculos contractuales que los ataban.

Con ocasión de los hechos que acontecieron en la sucursal de Cali y el proyecto Marcas Mall, en ejercicio de sus funciones de vigilancia, el SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA FIDUCIARIAS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA adelantó la actuación administrativa sancionatoria de referencia 2018127962-000-000. Con ocasión de ese proceso, se expidió en primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el SUPERINTENDENTE FINANCIERO. Al respecto, no debe olvidarse que dicho Superintendente Delegado —en primera instancia— y el Superintendente Financiero —en segunda instancia— son las autoridades competentes y expertas para adelantar tales actuaciones administrativas.

Dentro de esa actuación administrativa sancionatoria, uno de los puntos específicos que justamente se analizó fue el de determinar si Acción contaba o no con un adecuado SIC, de acuerdo con las normas legales que eran aplicables. Tal y como se desprende de las Resoluciones 1520 y 1102, tanto en primera como en segunda instancia se concluyó que el SIC sí era adecuado y coherente con el marco normativo vigente.

Así las cosas, si las autoridades competentes y expertas concluyeron que no existía ninguna falla en el SIC de Acción, no se entiende cómo la Delegatura arribó a una conclusión diferente en la sentencia de primera instancia que nos ocupa. Desafortunadamente, la existencia y efectividad del SIC nunca fue objeto de discusión dentro del proceso y la respectiva etapa probatoria —siendo así una sorpresa este asunto en la sentencia que profirió la Delegatura—, de tal suerte que mi representada nunca contó con la oportunidad de acreditar las Resoluciones 1520 y 1102 y lo que al respecto allí se decidió.

Todo esto reafirma la necesidad de que la sentencia de primera instancia sea revocada. Las conclusiones y juicios que planteó la Delegatura son contradictorios con otras decisiones que la propia Superintendencia Financiera ha tomado sobre el particular. Además, todas ellas responden a una concepción que no es la que le corresponde a un proceso de protección al consumidor

financiero sino, en realidad, al de una actuación administrativa sancionatoria que no es procedente en este ámbito que nos ocupa.

4. En cuanto a este punto, debemos plantear una serie de consideraciones sobre el valor que la Delegatura le otorgó a las pruebas que fueron debidamente decretadas, aportadas y practicadas en la etapa probatoria. En nuestro respetuoso criterio, es claro que éste no respondió al resultado natural de la aplicación del criterio de *sana crítica* sobre las mismas que ordena la ley. Por el contrario, la Delegatura decidió valor las pruebas de manera individual y aislada, más no de manera sistemática, como corresponde e indica el artículo 176 del CGP:

*“Las pruebas deberán **ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica**, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.” (Se subraya)*

Como se indicó anteriormente, aún si pudiera considerarse que la condena de mi representada hubiera sido determinada fallando en equidad o en conciencia, esto no excusaba a la Delegatura de valorar el material probatorio del proceso en su conjunto, como bien lo indica Hernán Fabio Lopez:

“Ningún proceso civil, ni siquiera aquellos que se pueden fallar en conciencia, está excluido de la aplicación del sistema anterior (sistema de la sana crítica), (...)”³

Siguiendo esta línea, sobre todo, la Delegatura pasó por alto lo que se acreditó de manera suficiente con el interrogatorio de parte que se practicó a la Demandante. Basta detenerse en el mismo, para constatar varias cosas importantes para acreditar la improcedencia de las pretensiones:

- En primer lugar, con el interrogatorio se evidenció un claro desconocimiento del negocio celebrado y un sin número de preguntas sin respuestas. Es claro que la parte demandante tuvo una conducta evasiva que imposibilitó el esclarecimiento de los hechos y la claridad de sus pretensiones.

³ López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso. Pruebas. Edición 2019. DUPRE Editores LTDA.

- Asimismo, en ese interrogatorio se constató que todos los términos del negocio que aceptó y suscribió la Demandante fueron negociados por ella con el Promotor del proyecto. Esto reafirma, entre otras cosas, que Acción no debió haber sido la llamada a responder por los supuestos daños que sufrió la Demandante y, mucho más importante, que el proceso no ha debido tramitarse ni decidirse sin la comparecencia del Promotor. Como se dijo arriba, debemos reiterar que la única razón por la que la Delegatura decidió proceder sin la comparecencia del Promotor fue porque sabía que ello se traduciría en una pérdida de competencia para ella.

Lo anterior se revalida a su vez si se tiene en cuenta la promesa de compraventa que a su vez celebró el Demandante —que obra en el expediente y que no fue valorada por la Delegatura en la sentencia—, de la que queda claro que era el Promotor el único responsable de que la Demandante recibiera el inmueble que pretendía en el proyecto Marcas Mall. Así, en realidad, dentro de la estructura global del negocio, el rol de mi representada se circunscribía a servir como instrumento en la custodia y traspaso de recursos económicos que el Promotor honrara su obligación con el Demandante, sin tener ninguna injerencia ni responsabilidad como la que concluyó la Delegatura.

- Adicionalmente, allí quedó claro que la Demandante ni siquiera sabía cuáles fueron los incumplimientos legales y contractuales en los que supuestamente habría incurrido mi representada. Si bien la Delegatura arbitrariamente decidió desconocer el interrogatorio de parte como medio de prueba —al punto que ni siquiera lo analizó en su sentencia—, nadie puede desconocer que este mostró que, para la propia Demandante, mi representada no incurrió en ninguna falencia según las obligaciones que tenía, siendo en realidad el Promotor del proyecto u otro el realmente responsable de los daños que supuestamente se le generaron.

5. Por último, en relación con este primer punto del análisis, es menester señalar que la Delegatura cometió un grave error e inconsistencia al momento de definir el marco normativo que le era aplicable a mi representada —con ocasión de los

contratos que celebró con la Demandante— y con base en el cual se decidió su responsabilidad civil contractual.

Lo primero y más importante que hay que señalar es que, a la luz de la normatividad que estaba vigente para el momento de los hechos, salvo pacto en contrario, Acción no tenía el deber legal de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas para que fuera procedente la transferencia o el desembolso de los recursos que conformaban los encargos fiduciarios. Dicha obligación sólo comenzó a existir a partir de la inclusión del numeral 5.2.3.2 que se hizo en el Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ con la Circular Externa 007 de marzo de 2017:

“5.2.3.2. La obligación de la sociedad fiduciaria de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas contractualmente establecidas para la transferencia o desembolso de los recursos.”

Para sostener la tesis contraria, la Delegatura recurrió en sus decisiones a lo dispuesto en el artículo 3.4.7.2 del Capítulo I del Título III de la Parte I de la CBJ, vigente para el momento de los hechos, dándole un alcance que no tiene. En ese aparte se establecen reglas de información para —entre otros muchos otros— los negocios fiduciarios, sin fijar reglas sobre su funcionamiento/operación, las cuales están únicamente consignadas en el Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ previsto para negocios fiduciarios. Ese numeral dispone lo siguiente con respecto a la información que tenía —y aún hoy tiene que darse— por parte de las fiduciarias a sus clientes en el marco de negocios fiduciarios de “preventas”:

3.4.7.2. Negocios fiduciarios de “preventas”

En los negocios cuyo objeto sea el recaudo de los recursos provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario, los cuales posteriormente harán parte del precio prometido por la compra, resulta fundamental que haya suficiente claridad, información y revelación acerca de aspectos tales como:

3.4.7.2.1. Si la sociedad fiduciaria tendrá el manejo futuro de los recursos.

3.4.7.2.2. Si la sociedad fiduciaria participará en la definición del punto de equilibrio.

3.4.7.2.3. Si las promesas de venta cuya suscripción constituye una obligación futura del suscriptor del encargo, han sido conocidas por la fiduciaria o si serán suscritas por la fiduciaria o por el promotor.

3.4.7.2.4. Cuáles serán las causales y los plazos de devolución de los recursos entregados a la fiduciaria.

3.4.7.2.5. La identificación clara y expresa de la persona en favor de quien se celebra el negocio fiduciario.

3.4.7.2.6. Quién asume el riesgo de la pérdida de valor de los recursos entregados a la fiduciaria como producto de la pérdida de valor de las inversiones realizadas por ésta con tales recursos, ya sea que los mismos se administren a través de una cartera colectiva o a través de cualquier otro mecanismo.

3.4.7.2.7. La identificación clara y expresa del beneficiario de los rendimientos generados por el fondo de inversión colectiva o el mecanismo que se escoja.

3.4.7.2.8 Los derechos y obligaciones que le otorga su vinculación al negocio fiduciario.

Tal y como se desprende de esa norma es claro que, conforme a la normatividad vigente para el momento de los hechos: (i) Acción no estaba en la obligación legal de definir el punto de equilibrio; (ii) por el contrario, Acción podía o no participar libremente en esa definición; y (iii) la obligación legal de Acción se circunscribía a informar expresa y claramente a sus clientes si ella participaría o no en dicha definición, indicando las condiciones respectivas para el efecto.

Lo anterior pone de presente que el razonamiento de la Delegatura no solo fue equivocado en este punto, sino que deja sin fundamento uno de los soportes principales de la sentencia: toda vez que Acción no estaba obligada legalmente a participar y definir el punto de equilibrio, las cláusulas respectivas del encargo fiduciario MR-799 en el que se excluyó de manera expresa esa responsabilidad a su cargo sí eran válidas y, por lo tanto, no han debido declararse como ineficaces.

Los numerales 2.2.1.2.1 y 2.2.1.2.2 del Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ establecen una clara diferenciación entre los deberes de información y asesoría que tienen las sociedades fiduciarias:

2.2.1.2.1. Deber de información. Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte de objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato.

En los negocios en los que se comercialicen participaciones fiduciarias las sociedades fiduciarias deben implementar los mecanismos necesarios para que los interesados conozcan con claridad los riesgos asociados a este tipo de inversiones.

2.2.1.2.2. Deber de asesoría. Este es un deber que no debe confundirse con el de la información previsto en el subnumeral anterior y, salvo que el contrato sea de inversión, solamente es obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato. En virtud de este deber, el fiduciario debe dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, para lo cual resulta necesario considerar la naturaleza y condiciones propias de cada negocio y de los intervinientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente.

De la lectura del fallo de primera instancia, es claro que varios de los reproches que hizo la Delegatura se sustentan en una aplicación errada del deber de información que tenía Acción, equiparándolo al deber de asesoría y extendiendo los deberes a cargo de la fiduciaria, sin reparar en que, por expresa disposición contenida en el numeral 2.2.1.2.2 antes citado, este último deber solo recaía en la fiduciaria si se hubiera “una obligación expresa pactada en el contrato” que claramente no existe.

Así las cosas, en cumplimiento de circular externa 046 de 2008 y la circular externa 030 de 2017 de la Superintendencia Financiera de Colombia, Acción sí cumplió con todos sus deberes legales y contractuales, razón de más para desechar por completo el razonamiento de la Delegatura.

III. ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA NO ES CONTRACTUALMENTE RESPONSABLE EN VIRTUD DEL JUICIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL QUE PROMOVIO LA DEMANDANTE

Ahora bien, al margen de las consideraciones antes expuestas, teniendo en cuenta que el proceso de la referencia se enmarcó como uno de responsabilidad civil contractual, en este capítulo se explicarán las razones por las que los elementos constitutivos de la misma establecidos en el artículo 1604 del Código Civil no se configuran en el caso que nos ocupa.

En este escrito se hará un especial desarrollo de los mismos, debido a que —desafortunadamente—, como se anunció arriba, la Delegatura omitió su estudio en la sentencia, limitándose a listar las razones por las que, en su criterio, Acción habría actuado en contravía de los deberes legales que le correspondían ante la Demandante. Valga decirlo de nuevo pese al riesgo de caer en redundancia: las acciones de protección al consumidor financiero no están diseñadas para que la Delegatura simplemente reproche las conductas de las entidades financieras para posteriormente imponerles una sanción —para esto existen las actuaciones administrativas sancionatorias—; por el contrario, en realidad, este tipo de acciones están concebidas para que la Delegatura defina si, en el marco de una determinada relación contractual, una entidad financiera comete un acto antijurídico a la luz de las obligaciones contractuales que están a su cargo, que deriva a su vez en un daño cierto, directo y determinado o determinable.

Como se demostró en este proceso, de los hechos y pretensiones de la Demandante no resulta posible extraer varios de los elementos de la responsabilidad contractual. Hay que decirlo con total contundencia: (i) Acción nunca actuó en contra de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles; (ii) Acción nunca actuó a partir de una conducta antijurídica —conforme al grado de diligencia que le era exigible—; y (iii) Acción nunca generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la Demandante.

1.1. AUSENCIA DE UNA CONDUCTA ANTIJURÍDICA A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES ESTABLECIDAS EN EL ENCARGO FIDUCIARIO MR-799 Y EL CONTRATO DE FIDUCIA DE ADMINISTRACIÓN FA-2351

En términos muy sencillos, la Delegatura concluyó que Acción habría incurrido en una conducta antijurídica a la luz de las obligaciones contractuales que ella tenía en virtud del encargo fiduciario MR-799 y el contrato de fiducia de administración FA-2351, porque, en concreto:

- No se habría informado a la Demandante sobre el cumplimiento de las condiciones del punto de equilibrio que se habían acordado para el proyecto Marcas Mall, a pesar de que ello habría acontecido antes de su vinculación por medio del encargo fiduciario MR-799.
- En línea con lo anterior, no se habría informado a la Demandante de que, para el momento de su vinculación, ya se habrían comenzado a trasladar los recursos económicos de los encargos fiduciarios al Promotor.
- No se habría informado a la Demandante que con los dineros de los encargos fiduciarios se había adquirido el lote de terreno en donde se desarrollaría el proyecto Marcas Mall.
- No se habría informado a la Demandante del estado del proyecto Marcas Mall para el momento en el que ella se vinculó por medio del encargo fiduciario MR-799.
- Conforme a lo que se explicó en el acápite anterior, Acción no habría contado con un adecuado y oportuno SCI.
- Finalmente, una vez acaecido el siniestro y la imposibilidad de desarrollar el proyecto Marcas Mall, Acción no habría realizado ninguna acción para proteger y salvaguardar el lote en donde éste se desarrollaría.

Así las cosas, a continuación se indicarán las razones particulares por las que, en realidad, mi representada no incurrió en ninguna de las falencias antes anotadas con base en las cuales la Delegatura emitió la sentencia de primera instancia:

Respecto del tema de acreditación de los requisitos, se logró probar que Acción cumplió con la verificación de esos requisitos de conformidad con el acta de verificación del 4 de noviembre de 2014. En ella y sus anexos se puede establecer que los procedimientos y los requisitos se desarrollaron de conformidad al encargo fiduciario y al contrato matriz.

A su vez, el Representante Legal de la Demandante no pudo dar cuenta a la Delegatura de los requisitos que presuntamente pasó por alto Acción y tampoco pudo identificar cuáles requisitos eran los que se exigía para la transferencia de recursos.

Por otro lado, frente a los deberes de protección y defensa de los bienes del fideicomiso, mi representada solo obedeció a las voluntades de los titulares del negocio, permitiéndoles el ejercicio de sus derechos en la forma acordada. En esta medida, Acción no estaba en deber de ir más allá de lo convenido por las partes y las normas imperativas vigentes para la época.

En ese sentido, el Concepto 2008068357-003 del 27 de noviembre de 2008 de la Superintendencia Financiera establece lo siguiente respecto de las obligaciones de las fiduciarias:

“para poder determinar la seguridad que tienen los dineros recaudados por la fiducia a nombre del constructor, es preciso remitirse al contrato de que se trata. Lo anterior toda vez que sólo de este modo se puede determinar el alcance de la gestión de la fiduciaria, la destinación de los recursos y las condiciones para que el constructor pueda disponer de ellos”.

Ahora, respecto del esquema de preventas que se utilizó en el presente proceso, resulta pertinente señalar que, después del cumplimiento de las condiciones, Acción no tenía ninguna obligación en relación con deber de información sobre el estado del proyecto, las gestiones de modificación del mismo etc. La propia Superintendencia Financiera reconoce este hecho en el documento denominado Boletín N° 1 MARCAS MALL en los siguientes términos:

2. Esquema de preventas

En este esquema, la función de la **fiduciaria** es recibir los dineros destinados a la separación de los inmuebles por parte de los compradores de unidades, hasta que se cumplan las condiciones técnicas y financieras establecidas en el contrato, lo que comúnmente se conoce como alcanzar el “*punto de equilibrio*”.

Logrado este punto, los recursos son entregados al constructor, momento en el cual finaliza el objeto del contrato de este tipo de **fiducia**.

Generalmente, estos recursos son invertidos en un **Fondo de Inversión Colectiva**¹⁰ (FIC) administrado por la **sociedad fiduciaria** relacionada con el negocio, al cual el consumidor financiero se vincula mediante un contrato con condiciones uniformes para todos los consumidores (contrato de adhesión).

Los recursos de los inversionistas son depositados en dicho fondo e invertidos de acuerdo con el reglamento del **fondo de inversión**, hasta que se cumplan los requisitos para el desembolso al constructor. En caso contrario, los dineros permanecerán en el fondo hasta el momento de hacer la devolución a los inversionistas.

Teniendo en cuenta lo anterior, mal puede concluirse que el otrosí suscrito entre la Acción y la Demandante resultan abusivos o contrarios a derecho. Por el contrario, ellos se enmarcan perfectamente dentro de la naturaleza del contrato celebrado entre las partes y las obligaciones a cargo de mi representada de conformidad con las normas pertinentes.

En todo caso, es importante señalar que los boletines informativos enviados por **URBANIZAR y PROMOTORA MARCAS MALL** dan cuenta de la información enviada a los inversionistas sobre la necesidad de modificar el proyecto y suscribir las modificaciones a los contratos. Así se puede verificar, por ejemplo, en el Boletín 1, obrante a derivado 02 que a la letra da cuenta de la información completa suministrada a la Demandante.

5. Créditos Bancarios

El crédito constructor base es del orden de \$35.000 MM. Hay manifiesto interés de tres (3) entidades bancarias para otorgar este financiamiento, incluso por una cuantía mayor que brinde la opción de contar con un margen de maniobra suficiente que aminore cualquier afectación por causa de algún inconveniente o retraso en cualquier fuente prevista. Aunque estamos negociando las mejores condiciones para el proyecto, uno de los requerimientos de base de estas entidades bancarias es contar previamente con las Promesas de Compraventa y/u Otro Si a las Promesas de Compraventa suscritas con cada comprador, convirtiendo este tema en la tarea más prioritaria, por lo cual pedimos la colaboración de todos ustedes agilizando la revisión y firma de los documentos mencionados para continuar con el trámite de aprobación del crédito constructor.

Actualmente se está trabajando en los ajustes de los diseños técnicos para que se correspondan íntegramente con el diseño arquitectónico final. Este proceso de reestructuración de los diseños técnicos como el romper la inercia de la obra y readquirir la dinámica requerida tomará algunas semanas, pero es una circunstancia necesaria para asegurar la continuidad de la obra una vez ésta se reinicie.

8

Con estos boletines se informó a los inversionistas sobre el estado del proyecto y se indicó de manera inequívoca las etapas del mismo.

Bajo ese mismo derrotero, el deber de información que utilizó como base de análisis la Delegatura fue con suficiencia satisfecho por mi representada, pues como se constató en el interrogatorio de parte de la Demandada, se informó a través del encargo primigenio (medio idóneo) la situación actual del proyecto y especificó en su clausulado los requisitos acreditados de manera oportuna por parte del acreedor.

Ahora, respecto de las medidas de protección del lote, conviene reiterar que todas las acciones preventivas y de protección son del resorte del Promotor del proyecto, pues éste es quien tiene en su cabeza la construcción del proyecto, de tal manera, que resulta excesiva una nueva carga que de forma discrecional la Delegatura considera que es responsabilidad de mi representada. Valga entonces decir que el argumento de la Delegatura al presuntamente tener claridad respecto de la no injerencia de mi representada en temas constructivos se desvanece al ahora confundir una responsabilidad que es propia y exclusiva del Promotor.

No obstante lo anterior, Acción se ha hecho parte de los procedimientos policivos para preservar los derechos del lote y evitar afectaciones posteriores en cabeza del patrimonio autónomo.

1.2. INEXISTENCIA DE UN DAÑO ANTIJURÍDICO REAL, DIRECTO Y DETERMINADO O DETERMINABLE

El daño antijurídico es la piedra angular de la teoría de la responsabilidad civil contractual en Colombia. Conforme a lo que antes se indicó, en los términos del artículo

1604 del Código Civil, sin la existencia de un daño real, cierto, directo y determinado o determinable, no es posible configurar un caso de responsabilidad contractual. Contrario a lo que afirmó la Demandante y lo que a su vez concluyó la Delegatura en primera instancia, la Demandante no ha sufrido ningún tipo de aminoración antijurídica a raíz de los hechos en los que fundamentaron sus pretensiones.

En términos muy concretos, en la sentencia de primera instancia, la Delegatura estimó que el daño de la Demandante se definió a partir de la “frustración” que ella sufrió al no haber podido recibir los beneficios legítimos del proyecto Marcas Mall si éste se hubiera llevado a feliz término. En otras palabras, para la Delegatura la conducta antijurídica de Acción fue la razón por la cual el proyecto Marcas Mall no se pudo finiquitar, lo que generó que la Demandante no pudiera obtener los beneficios correspondientes.

La conclusión a la que arribó la Delegatura es equivocada porque, como se explicará a continuación, en realidad la Demandante no sufrió ninguna aminoración en los términos que se enunciaron en la sentencia de primera instancia. Como se verá en detalle, las afugias que si acaso ha sufrido la Demandante no revisten las condiciones para ser catalogadas como un daño antijurídico, real, directo y determinado o determinable que deba ser reparado por Acción a la luz de la normatividad y jurisprudencia vigente.

En aras de llevar a cabo nuestro análisis, en primer término, conviene traer a colación los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales:

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que el daño es:

“Con el señalado propósito, resulta pertinente indicar, que en el régimen de la responsabilidad civil, no se definió el daño, pues en la proveniente de los «delitos y las culpas», se menciona simplemente el «daño» como elemento indispensable para la estructuración de la misma (artículo 2341 del Código Civil) y tratándose de la «responsabilidad contractual», al referirse a la indemnización de perjuicios, optó el legislador por señalar la clasificación de los daños patrimoniales, previendo que comprende el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1613 ibídem), respecto de los cuales expresa la respectiva definición (artículo 1614 ídem); entendiéndose por el primero, la pérdida o disminución efectivamente sufrida por la víctima en su patrimonio como consecuencia del hecho dañoso; mientras que el segundo, comprende la ganancia o utilidad que esperaba percibir y que en un estado normal de cosas habría reportado, de no haberse presentado el hecho perjudicial.

Igualmente, la misma corporación en la sentencia SC10297-2014, rad. n° 2003-00660-01, en sentido amplio, indicó lo siguiente acerca del daño:

En términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio.

Por su parte, el tratadista chileno BARROS BOURIE (2006), además de aludir a la situación de falta de definición del concepto de «daño», expone en términos generales que

«[...], la doctrina sigue un concepto de daño basado en la lesión a un interés del demandante, y se entiende que la hay cuando una persona sufre ‘una pérdida o disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba’»⁴.

Así mismo, el doctrinante uruguayo PEIRANO FACIO (2004), al exponer la tesis que estima dominante sobre la noción de «daño», manifiesta, que incluye el «concepto de antijuridicidad» y que «[...] se integra con dos elementos: con un elemento de hecho, el perjuicio, y con un elemento de carácter jurídico, el atentado o la lesión a un derecho»⁵.

Ahora bien, en este caso no se puede hablar de daño antijurídico, real, directo y determinado o determinable en cabeza de la Demandante por los hechos y negocios jurídicos que nos ocupan por las siguientes razones:

En el presente caso no puede derivar un daño cierto, real o determinado, ya que como se explicó arriba, el vínculo jurídico entre la Demandante y el Promotor no se ha resuelto y, por consiguiente, existen entre una y otro una serie de derechos y obligaciones insolutos. En efecto, está probado en el presente proceso que, en cumplimiento del encargo fiduciario de marras, se entregó al fideicomiso Marcas Mall una suma de dinero por cuenta de la Demandante, que esta puede reclamar a la

⁴ Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág.220, numeral 143.

⁵ Responsabilidad Extracontractual. Bogotá DC, Editorial Temis, 2004, pág. 362.

Promotora en desarrollo del vínculo entre una y otra. De otra parte, no se ha liquidado el fideicomiso Marcas Mall, determinándose entonces el monto que en tal liquidación corresponda a la Demandante.

Esta situación permite colegir con meridiana claridad que, al no estar liquidado el fideicomiso Marcas Mall, es imposible determinar si de los activos que posee el proyecto al día de hoy es posible o no retornar los recursos aportados por los diferentes inversionistas. Por el contrario, resultaría arriesgado condenar de manera prematura a Acción partiendo de una mera expectativa que deriva de unos hechos que aún no han sido objeto de análisis dentro del proceso liquidatorio.

Al efecto, la Corte Suprema de Justicia, bajo ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, reiteró:

“2.1 Uno de los requisitos que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito “más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna” (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º 2000-00196-01).

Para que sea “susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’” (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879).

La condición de ser directo reclama, en la responsabilidad contractual, que él sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende.

Esta Corporación sobre la temática tratada, entre muchos otros pronunciamientos, ha puntualizado:

No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado,

por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia.”⁶

En punto de lo anterior, los requisitos desarrollados por la Jurisprudencia respecto del daño antijurídico (real, cierto y determinado o determinable) claramente se extrañan en el presente proceso, pues quien los debía probar no lo hizo y por el contrario desentendió la carga probatoria que le correspondía.

Sin perjuicio de lo anterior, el daño reclamado y la interpretación del mismo derivado de la “frustración” que indicó la Delegatura, no es otra cosa que un trabajo hermenéutico de la propia Delegatura —el cual ni siquiera fue planteado por la Demandante en su hechos o pretensiones— quien, en su afán proteccionista, confundió las obligaciones contractuales de las partes aterrizando a una conclusión lejana al vínculo contractual.

Ahora bien, si el presunto daño que concluyó la Delegatura concomitante con la denominada “frustración” obedece a una infracción que deviene de la construcción del proyecto, es de recordar que dicha obligación no era ni es del resorte de mi representada. Por el contrario, la misma estaba en cabeza de PROMOTOR—en su condición de Promotor— el cual, reitero, no fue citado a la presente contienda litigiosa. Por ende, mal puede mi representada se ahora la condenada a asumir las consecuencias de una omisión en la que incurrió PROMOTOR. Por lo demás, este es el argumento central que permite colegir la inexistencia de un nexo causal en el caso que nos ocupa.

Esta situación de manera clara evidencia que en el presente caso no se puede establecer un daño cierto, por cuanto aún falta que se liquide el proyecto y fruto de esa liquidación se entregue a la Demandante lo que le corresponde. Por consiguiente, no puede reconocerse ningún tipo de daño en favor de la Demandante, pues ello terminaría por configurarse como un claro enriquecimiento sin causa a su favor. Según lo antes dicho, no hay razón para que mi representada o cualquier tercera parte, asuma el pago de unos dineros que desde ningún punto de vista la Demandante ha perdido.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, MP Margarita Cabello, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º 2000-00196-01

1.3. INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL

Continuando con los requisitos establecidos por el artículo 1604 del Código Civil y partiendo de la inexistencia del daño como se explicó líneas arriba, debe decirse que no se acreditó en este proceso el elemento estructural de nexo causal. Al respecto, debe decirse con total respeto que en la sentencia de primera instancia la Delegatura ni siquiera se detuvo en este punto del análisis, concluyendo así una responsabilidad civil contractual que no era entonces procedente. No debe olvidarse que la inexistencia de un nexo causal entre las conductas contractuales que se despliegan y el daño que se alega en un proceso de responsabilidad civil contractual, es un aspecto básico estructural para que sea procedente la declaratoria judicial de la misma.

En lo fundamental, de la demanda de la Demandante se desprende que el hecho generador del daño alegado recae en que mi representada supuestamente no verificó de manera correcta los requisitos establecidos en el contrato de encargo fiduciario individual para que fuera procedente la transferencia de los recursos de los inversionistas al Fideicomiso FA-2351. Sin embargo, no hay nexo de causalidad entre este hecho y el daño que se alegó, toda vez que el supuesto del cual partió la Demandante no es correcto.

Para establecer ese nexo de causalidad es preciso acudir a las reglas de la experiencia, a los juicios de probabilidad y al sentido de la razonabilidad, pues solo éstos permiten aislar, a partir de una serie de regularidades previas, el hecho con relevancia jurídica que pueda ser razonablemente considerado como la causa del daño generador de responsabilidad civil.

Sobre esto, la Sala Civil de la Corte Suprema ha señalado:

“Para identificar el nexo causal entre los acontecimientos que interesan al proceso, en suma, no se debe a falta de conocimientos jurídicos sino a que el problema de la causalidad ha sido planteado por la tradición jurídica en términos filosóficos que trascienden los límites especializados del derecho; pasando por alto que la misma epistemología se ha mostrado incapaz de explicar la existencia de vínculos entre los hechos, por lo que en el estado actual del conocimiento científico la relación entre los hechos y los enunciados sobre los hechos no se estudia en términos estrictamente epistemológicos, sino como un problema de frontera que involucra varios ámbitos como el uso práctico del lenguaje (giro lingüístico), la sociología del conocimiento, las teorías de sistemas, las ciencias cognitivas y de la complejidad, entre otros enfoques integrados, solapados o interconectados.

Es la filosofía, precisamente, la que advierte sobre sus limitaciones para explicar las correlaciones causales entre los hechos, por lo que no es posible asumir ningún enfoque epistemológico particular para resolver los problemas de causalidad jurídica. De ahí que el derecho tiene que depurarse y desprenderse del rezago metafísico que tradicionalmente ha impregnado sus institutos: «Lo que se trata de señalar con esta observación es que muchas veces el jurista está aceptando ingenua e inconscientemente conceptos cuya consciencia rechaza. No quiere hacer filosofía sino práctica, pero todo su lenguaje está impregnado de un aroma filosófico del que no puede huir: causa, motivo, culpa, consentimiento, son términos que si no son previamente conceptualizados desbordan el marco de la mera juridicidad para inhalar el de ciencias afines: desde la sicología a la filosofía».

Debido a la imposibilidad de adoptar un enfoque filosófico particular que explique las relaciones causales en la fase de elaboración de los enunciados probatorios, se torna necesario acudir a criterios jurídicos (que no excluyan los aportes de las demás ciencias contemporáneas) para la definición de los conceptos fundamentales del instituto de la responsabilidad civil; para lo cual la teoría de la imputación resulta de gran utilidad.

La imputación civil –se reitera– no excluye el concepto de causalidad (cualquiera que sea su significado filosófico o científico); simplemente acepta la evidencia de que las relaciones causales no se dan en todos los casos (como en la responsabilidad por omisiones o por el hecho ajeno); y siempre es insuficiente, dado que las condiciones relevantes para el derecho no pueden seleccionarse sin criterios de adecuación de sentido jurídico. Únicamente a partir de este contexto de sentido jurídico pueden elaborarse enunciados probatorios de tipo causal, los cuales, por necesidad lógica, tienen que ser razonamientos hipotéticos o abductivos (sea por acciones o por omisiones).

«Las explicaciones de razón expresan una correspondencia no necesariamente causal entre dos hechos, de suerte que la presencia de uno de ellos lleva al juez a inferir la existencia de otro según un marco de sentido jurídico que otorga validez a dicha correlación que puede ser con o sin causalidad (esto último ocurre en materia de omisiones, por ejemplo). De manera que una persona puede originar un hecho desencadenante de un daño y, sin embargo, el nexo causal por sí solo resulta irrelevante para endilgarle ese hecho como suyo; como bien puede ocurrir que la autoría del hecho lesivo deba ser asumida por quien no tuvo ninguna intervención o injerencia física en el flujo de eventos que ocasionaron el daño. La atribución de un resultado lesivo a un sujeto, en suma, no depende en todos los casos de la producción física del perjuicio, porque el hecho de que una persona ocasione directamente un daño a otra no siempre es necesario y nunca es suficiente para cargárselo

a su cuenta como suyo. Aunque la relación causal aporta algo a la fórmula de imputación en la medida en que constituye una conexión frecuente o probable entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima, no explica satisfactoriamente por qué aquél puede ser reputado artífice».

No todas las circunstancias que pueden ser tomadas en cuenta como causas físicas son relevantes para el derecho, pero la selección de las condiciones relevantes para atribuir responsabilidad es siempre un problema de sentido jurídico: entre más inferencias se consideren como causas jurídicamente relevantes habrá más posibilidades de elaborar juicios rigurosos de atribución o de exoneración de responsabilidad; mientras que si la “muestra causal” es pequeña habrá grandes probabilidades de que el juicio de imputación quede a merced de la intuición o la suerte. Las valoraciones causales, en suma, no recaen sobre “lo dado” por la experiencia sino más bien en lo que de ella logra seleccionarse con dificultad. Esta caracterización del nexo causal supone, además, la interrupción de una cadena de circunstancias cuando en ella intervienen elementos extraños tales como los casos fortuitos o los actos de terceros que tienen la virtualidad suficiente para erigirse en el hecho generador del daño y, por tanto, excluyente de todos los demás.”

Si en efecto la Demandante sufrió algún daño, el mismo encuentra su causa en la conducta que MARCAS MALL CALI desplegó, al haber sido ella quien fungía como Promotora del Proyecto y promitente vendedora del inmueble que pretendía la Demandante. En otras palabras, de la conducta que llevó a cabo mi representada no es viable desprender ningún vínculo con el daño que alegó la Demandante y que le reconoció la Delegatura.

Siguiendo con lo anterior, es importante no perder de vista cuál era el objetivo principal de le negocio fiduciario que se armó a través del fideicomiso FA-2351 y los diferentes encargos fiduciarios —incluyendo el MR-799 1100010247 que se suscribió con la Demandante—: era en realidad el de lograr que estas personas adquirieran unos locales comerciales dentro del Centro Comercial Marcas Mall. Si en realidad existiese un nexo de causalidad entre el supuesto accionar de mi representada y el supuesto daño alegado, el centro comercial ni siquiera se habría empezado a construir, pues no se habría siquiera logrado adquirir el lote destinado a dicha construcción. Frente a esto, en su decisión, la Delegatura olvidó que las obras en dicho lote iniciaron y que el proyecto estaba andando, hecho que se puede probar con los boletines informativos los cuales fueron aportados con la contestación de la demanda. En esa medida, con ese simple hecho se rompe cualquier nexo de causalidad entre el actuar de mi representada el daño alegado.

Lo anterior, en otras palabras, significa que cronológicamente el hecho que habría generado el supuesto daño de la Demandante —si es que existe uno—, fue posterior a la declaratoria del punto de equilibrio y, por ende, bajo las premisas antes explicadas, en ninguna circunstancia mi representada pudo haber causado el daño alegado.

Ahora, como bien lo manifiesta el extremo demandante en sus hechos, el plazo que disponían los Contratos de Encargo Fiduciario Individual para acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos al Promotor fue objeto de otrosí, en el cual se modificó el plazo para el decreto de las condiciones de giro para el día 15 /12/2014, prorrogables por 6 meses más. Si se tiene en cuenta lo anterior y el supuesto hecho generador del daño alegado por el **DEMANDANTE** —esto es la errónea verificación que se hizo de los requisitos del punto de equilibrio por la supuesta tardía transferencia de la propiedad que se hizo del bien inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-695292 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali al patrimonio autónomo FA-2351 MARCAS MALL, que se efectuó el 19 de noviembre de 2014 y fue registrada el 1 de diciembre del mismo año— se tiene que esta se encontraba, y por creces, dentro de los términos fijados para la transferencia, por lo que este hecho no pudo haber sido el causante de los supuestos daños. Mas aun si se tiene en cuenta que la vinculación del inversionista KBJ se dio con posterioridad a la declaración del punto de equilibrio y acreditación de los requisitos establecidos en el encargo fiduciario. De la misma demanda se puede extraer esta conclusión, con lo que no hay ninguna conexión entre el supuesto daño y el hecho que se le endilga a mi representada.

Con base en todo lo antes dicho, sorprende la manera en la que la Delegatura desconoció todos los argumentos que mi representada promovió dentro del proceso para demostrar la inexistencia de la supuesta responsabilidad civil contractual, para acto seguido, tomar una decisión que en realidad termina traducéndose en un enriquecimiento sin causa de la Demandante. Reitero: existe un proceso liquidatorio en curso, en el que realmente se definirán los derechos que tienen los inversionistas del proyecto Marcas Mall —entre ellos, la Demandante— de cara a los activos que existen en el fideicomiso FA-2351. Como se dijo al momento de analizar el daño, los inversionistas pueden hacer valer sus acreencias en ese proceso y, solo de las resultas del mismo, podría emprenderse la acción que hoy se impugna a través de este recurso de alzada.

Finalmente, sobre este punto, conviene recordar lo que se dijo arriba con respecto a la supuesta falta de entrega de información del proyecto y su estado que concluyó la

Delegatura para fallar la responsabilidad civil contractual a cargo de mi representada. Más allá de que a los ojos de la Delegatura esa falla se haya presentado, lo cierto es que ella no fue la causa del daño que supuestamente habría sufrido la Demandante al haberse “frustrado” su posibilidad de obtener el inmueble que el Promotor le había prometido. Nuevamente: el proceso de responsabilidad civil contractual en el marco de una acción de protección al consumidor financiero no está diseñado para establecer los errores que cometen las entidades financieras y, por esa sola circunstancia, endilgarles una condena; todo lo contrario, ese error en la conducta tiene que ser la causa del daño que se alega, pues de no existir tal nexo causal no sería viable configurar la susodicha responsabilidad. Es aquí donde erró gravemente la Delegatura: como se dijo arriba, en la sentencia de primera instancia ni siquiera se analizó el elemento de nexo causal y las correspondientes consideraciones que al respecto hizo Acción y los elementos que se probaron en el proceso.

IV. FALLO JUDICIAL DE REFERENCIA QUE ES RELEVANTE PARA QUE SE DECIDA EL CASO QUE NOS OCUPA

Con el ánimo de que este Tribunal cuente con todos los elementos de juicio suficientes para sopesar y detectar los yerros que cometió la Delegatura al emitir la sentencia de primera instancia —sobre todo, de cara a los razonamientos que se han venido planteando en este escrito—, a continuación se traerá a colación la sentencia que emitió la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali en el proceso de referencia 2018-00083. Dicha providencia se emitió con ocasión de un proceso similar al que nos ocupa, en donde otro inversionista del proyecto Marcas Mall demandó a mi representada por hechos y pretensiones prácticamente idénticas. Este caso se constituye como un antecedente fundamental para el recurso de apelación que se está surtiendo en este proceso.

En síntesis, tanto en primera como en segunda instancia, en ese proceso se concluyó que (i) mi representada no incurrió en ninguna falla a la luz de las obligaciones contractuales que le correspondían y, mucho más importante, que (ii) lo acontecido no había derivado en un daño antijurídico cierto, real y determinado o determinable que debiera ser resarcido por mi representada.

Al respecto, el juez de primera instancia dijo lo siguiente:

“...no existe certeza del daño efectivamente causado a la sociedad...muy a pesar de la transferencia de los recursos a favor del promotor sin la estricta verificación del cumplimiento de las condiciones establecidas en el Otro Sí No. 1 y General Reglamentario, lo cierto es esa situación por si sola no da cuenta a una pérdida de los dineros depositados en la fiduciaria, pues la obra aunque se encuentre inconclusa no ha sido liquidada”.

En línea con lo anterior, en la sentencia de segunda instancia se afirmó que el perjuicio que había alegado la parte demandante era meramente hipotético y, por ello, no había lugar a una reparación o indemnización de perjuicios.

Así mismo, dentro de la sentencia de segunda instancia se hizo referencia al tema del deber de información, el cual fue alegado por la parte demandante como una maniobra dolosa para ocultar la información, referente a la transferencia de recursos al constructor de la obra.

El juzgador en este tema aclaró que a partir del principio de buena fe establecido en la Constitución Política, *“le corresponde a la parte demandante demostrar en forma contundente la intención de causar daño, pues el dolo no se presume sino que debe probarse”.*

Esta carga probatoria que estableció el Magistrado sustanciador en el caso citado, no es nada diferente a lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso:

“Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la

parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

El anterior artículo leído a las voces de la jurisprudencia citada, no dicen otra cosa diferente a que la carga de la prueba en estos procesos de naturaleza declarativa, corresponden a quien persigue la declaración, esto es, a KBJ, quien pretende no solo el incumplimiento contractual sino también probar el actuar doloso de mi representada.

En este punto es imperante señalar que los medios probatorios para soportar ese dicho fueron insuficientes por no decir nulos. La actividad probatoria del proceso en comento estuvo en cabeza de mi representada y de la iniciativa oficiosa del despacho. Sin embargo, ninguna de las pruebas aportadas da luces de un actuar doloso que pudiera generar un daño potencial al inversionista.

Finalmente, la sentencia de segunda instancia que se emitió en dicho proceso es particularmente relevante en punto al valor que ella le dio a la denuncia penal que en su momento entabló acción. Lo dicho por el Tribunal Superior de Cali resulta bastante acertado para atajar la lectura general y abstracta con la que la Delegatura abordó esta cuestión para, a partir de ella, concluir una responsabilidad contractual de mi representada. En particular, conviene traer a colación lo siguiente:

“Al respecto debe señalarse, por un lado, que la mencionada prueba es solamente una denuncia penal que no da plena convicción de la pérdida de los dineros y, por otro, que no se incluyó en la misma el encargo fiduciario No. 0001100010232 perteneciente a INVERSIONES PSCS SAS como una de las cuentas objeto del supuesto ilícito, por lo cual no es factible aseverar que los dineros comprometidos sean los suyos, a lo que se agrega que desde un inicio las pretensiones de la demanda se encaminaron a la declaratoria del incumplimiento contractual por haber transferido ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA los depósitos al promotor sin la verificación de las condiciones dispuestas para ello, y no la entrega de los tales a otras obras o persona.

Es por lo anterior que se comparte la posición del sentenciador de primera instancia, en cuanto a que no existe daño actual sino meramente hipotético, pues la relación contractual aun se mantiene vigente y en espera de resultados, para lo cual se basó en el interrogatorio de la parte de la representante legal de la sociedad demandante”.

Así las cosas, en nuestro respetuoso criterio, la sentencia antes referenciada y los análisis que allí se hicieron deberían ser considerados por este Tribunal al momento de decidir el recurso de apelación que nos ocupa. Lo dicho en ese fallo pone en evidencia los terribles e insubsanables errores que cometió la Delegatura al momento de proferir la sentencia de primera instancia.

V. SOBRE EL PRONUNCIAMIENTO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Finalmente, si bien todo lo dicho en este escrito debería llevar a que este Tribunal revoque la sentencia de primera instancia que emitió la Delegatura y, en consecuencia, se denieguen íntegramente las pretensiones de la Demandante, enseguida se explicarán las razones por la que la Delegatura erró al denegar las pretensiones que Acción formuló en su llamamiento en garantía. Lo anterior, de tal forma que la Llamada en Garantía asuma el pago íntegro de una eventual condena en el hipotético caso en el que este Tribunal decida reafirmar la sentencia de primera instancia y/o algún tipo de condena en favor de la Demandante.

En términos muy sencillos, tal y como se desprende de la sentencia de primera instancia, la Delegatura decidió denegar las pretensiones del llamamiento en garantía porque, en su criterio, se configuró la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general —en el amparo de *responsabilidad civil profesional para instituciones financieras*— de la póliza de seguros No. 1000099 que mi representada adquirió y con base en la cual promovió el llamamiento:

*“EL **ASEGURADOR** NO ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA Y POR TANTO, NO ESTARÁ OBLIGADO A EFECTUAR PAGO ALGUNO, EN RELACIÓN CON CUALQUIER RECLAMO DERIVADO DE, BASADO EN, O ATRIBUIBLE A:*

(...)

***3.7. CUALQUIER RECLAMO BASADO U ORIGINADO POR CUALQUIER ACTO, ERROR U OMISIÓN DEBIDO A UNA CONDUCTA DELICTIVA, **CRIMINAL**, DESHONESTA, FRAUDULENTE, MALICIOSA O INTENCIONAL DEL **ASEGURADO** O CUALQUIER VIOLACIÓN DE UNA LA LEY POR PARTE DEL **ASEGURADO** SIEMPRE QUE: (A) LO ANTERIOR SE HAYA ESTABLECIDO MEDIANTE CUALQUIER SENTENCIA, FALLO U OTRO VEREDICTO EJECUTORIADO DICTADO POR UNA AUTORIDAD COMPETENTE, O (B) CUANDO EL **ASEGURADO** HAYA ADMITIDO DICHAS CONDUCTAS.”** (Se subraya)*

Para la Delegatura, mi representada habría admitido —por conducto de su Representante Legal en el interrogatorio de parte que se le practicó— que los hechos que habrían generado el daño de la Demandante tuvieron su origen en una conducta delictiva y criminal, con lo que se habría configurado el supuesto de exclusión del amparo contratado con el seguro:

“Para este caso, lo que en verdad aconteció conforme incluso la denuncia presentada por la pasiva lo refiere, es que el acta de verificación para el traslado de los recursos faltó a la verdad o la simuló, en aras de que pudiera procederse al traslado de los dineros, cuya verificación a cargo de la misma demandada también dejó una actuación omisiva, pues se dio visto bueno y curso al traslado de dineros con báculo en dicho instrumento, cuando la realidad como acá quedó probado era distinta. Luego, queda visto que ateniéndose la Delegatura al tenor del contenido de las exclusiones señaladas respecto del contrato de seguro, y revisadas a la luz de las situaciones y elementos de prueba acá indicados, es evidente que se acredita que el hecho que resulta ser base de reclamación deviene de un evento excluido frente al amparo pedido, situación que de paso sea decirlo, exime a la Delegatura del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por el llamado, de conformidad con lo establecido en el artículo 282 del Código General del Proceso.”

Como se explicará en detalle a continuación, la conclusión a la que arribó la Delegatura resulta equivocada y, en consecuencia, ante una eventual decisión adversa de este Tribunal, la Llamada en Garantía debería asumir el pago de la condena respectiva en virtud de la póliza de seguros No. 1000099:

1. Contrario a lo que concluyó la Delegatura, las declaraciones que hizo la Representante Legal de mi representada no se configuró como una confesión en los términos que prevé el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general. Basta detenerse en el interrogatorio de parte para constatar que la Representante Legal simplemente señaló que, en su momento, mi representada tuvo conocimiento de unos hechos que presuntamente serían fraudulentos — sin que, para ese momento y aún hoy, se tenga certeza de ello al no existir una decisión judicial que así lo establezca—, para enseguida ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes. Lo anterior, conforme al deber legal de denuncia que tenía Acción.
2. Adicionalmente, la Delegatura pasó por alto que, en lo que respecta a la póliza de seguros No. 1000099, mi representada tiene la condición de consumidor financiero de la Llamada en Garantía, en los términos de la Ley 1328 de 2009 y

el artículo 78 de la Constitución Política. Por consiguiente, al momento de leerse, interpretarse y aplicarse la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general, la Delegatura ha debido declararla nula o ineficaz por ser completamente abusiva y contraproducente para los derechos que le corresponden a Acción como consumidor financiero.

No es posible jurídicamente que un consumidor financiero, que no es abogado y que no cuenta con los elementos de juicio para establecer si una conducta es delictiva o criminal, pueda liberar de su obligación de cobertura a una compañía aseguradora a partir de un entendimiento y valoración subjetiva de su parte que incluso, puede llegar a ser equivocada. En otras palabras: la cláusula consignada en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general, es abusiva e ineficaz porque, por su conducto, la compañía aseguradora le traslada al consumidor financiero una serie de cargas que no le corresponden y que solo buscan que ella pueda liberarse de la responsabilidad que le asiste a partir de un entendimiento que puede o no tener el asegurado, sin que él cuente con los elementos de juicio necesarios para hacerlo.

Eventualmente, solo un abogado experto en materia penal podría realmente determinar si una conducta puede tipificarse como delictiva o criminal — aunque, incluso, una persona así podría también equivocarse—; por lo que mal haría un juez en darle validez a una cláusula que traslada dicha carga excesiva a un consumidor financiero que adquiere un seguro a partir de un contrato de cláusulas predispuestas. No debe olvidarse que, al momento de adquirir la póliza de seguros No. 1000099, Acción —como cualquier otro consumidor financiero— no contó con la posibilidad de modificar o negociar el texto que fue predispuesto por la compañía aseguradora, por lo que su texto siempre debe leerse y aplicarse en contra de la parte que lo predispone (artículo 1624 del Código Civil).

3. Finalmente, el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general resulta ineficaz conforme a lo previsto en el Literal C) del numeral 2 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

“2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

a. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva;

b. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y

c. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.” (Se subraya)

Tal y como se desprende de la póliza de seguros No. 1000099 y del clausulado general en comento, la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 no se encuentra incluida en la primera página de la póliza —no aparece ni siquiera consignada en la carátula y solo aparece en la página 6 del clausulado general—, de tal forma que la misma es contraria al precepto imperativo antes citado.

Frente a este aspecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

“son claras al exigir como requisito que ‘los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad. Al respecto, se ha aclarado que el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades.”⁷

En consecuencia, la exclusión del literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general ha debido omitirse por la Delegatura al momento de decidir las pretensiones del llamamiento en garantía que presentó mi representada, al transgredir una norma imperativa y, por lo tanto, ser por completo ineficaz.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Cas. Civ. de 25 de octubre de 2017. Rad.: STC 17390-2017

VI. SOLICITUDES

1. Con base en todo lo anterior, respetuosamente solicito que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia que fue proferida por la Delegatura el 28 de enero de 2021 que fue notificada mediante estado del 22 de diciembre del mismo año.
2. En línea con lo anterior, respetuosamente solicito que se emita una nueva sentencia en la que se rechacen íntegramente las pretensiones que fueron formuladas por la Demandante en contra de mi representada.
3. De manera subsidiaria solicito que, en caso de que se reafirme la sentencia de primera instancia y/o se decida algún tipo de condena en favor de la Demandante, se concedan las pretensiones que fueron formuladas por Acción en el llamamiento en garantía, de tal forma que la Llamada en Garantía deba asumir su pago de forma integral.

De los señores Magistrados, cordialmente,

ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS
C.C. No. 1.020.733.114
T.P. 209.491 del C. S. de la J.



Defender Ltda.

Consorcio Jurídico

Abogados Especializados
En Derecho de Seguros

Calle 25 No. 12-27 Piso 3 (Centro Internacional)
Conm.. 3410067 - Celular: 310 214 3315
E-mail: defenderltda@outlook.com - pedroluisospina@outlook.com
www.defenderltda.com - Bogotá D.C., Colombia

"DEMANDAS CONTRA TODAS LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS POR EL NO PAGO DE INDEMNIZACIONES POR SINIESTROS DE LOS RAMOS DE GENERALES Y DE VIDA"

Honorable Magistrado

Doctor JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

SALA DE DECISIÓN CIVIL

HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.

E.

S.

D.

REF.-. VERBAL POR RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL No. 11001319900320200055301

DEMANDANTE ATANACIO PARADA PARADA Y LUIS ALBERTO PARADA PARADA

DEMANDADA LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

LITISCONSORTE NECESARIO DEL EXTREMO ACTOR BANCO DAVIVIENDA S.A.

Cordial y respetuosamente se dirige ante el Honorable Magistrado, **PEDRO LUIS OSPINA SÁNCHEZ**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía **79.148.652** expedida en Bogotá, dignatario de la Tarjeta Profesional **151.378** del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi reconocida calidad de **APODERADO JUDICIAL DEL EXTREMO ACTOR**, para conforme a lo señalado en el **Artículo 14 del DECRETO 806 DE 2020**, proceder a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO, CONCEDIDO Y ADMITIDO CONTRA LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA EL 11 DE FEBRERO DE 2021**, por parte de la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, a través de la cual se **DENEGARON LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**; laborío que con el mayor gusto y respeto cumplo en los siguientes términos:

FUNDAMENTO DE LA DECISIÓN APELADA

En la providencia que hace paso por la digna colegiatura que su señoría acertada y dignamente representa, en virtud del **RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL EXTREMO ACTOR**, se declaró próspera la excepción propuesta por la Aseguradora demandada **LA PREVISORA S. A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, relacionada con **LA EXCLUSIÓN** enlistada en las **CONDICIONES GENERALES DE LA POLIZA DE AUTOMOVILES VEHICULOS PESADOS No. 3065651**, en virtud a que se halló demostrada

¡ CON HONESTIDAD Y CUMPLIMIENTO MARCAMOS LA DIFERENCIA !

la circunstancia esgrimida en el **NUMERAL TERCERO (3°)** de tal documento, relacionada con el **SOBRECUPLO DE CARGA** que para el momento del **HURTO** llevaba el automotor, situación prevista convencionalmente como ausencia de cobertura.

REPAROS PUNTUALES CONTRA LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

INICIALES.

1. **"OBLIGACIÓN DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, DE DEMOSTRAR LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EXISTENTE ENTRE LA REALIZACIÓN DEL RIESGO (HURTO DEL VEHÍCULO ASEGURADO) Y LA EXCLUSIÓN ALEGADA DE SOBRECUPLO DE CARGA, SEGÚN LO ORDENADO EN EL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 1077 DEL ESTATUTO MERCANTIL, CUYO TEMA A LA FECHA ESTÁ SUFICIENTEMENTE DECANTADA POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA DE NUESTRAS ALTAS CORPORACIONES (HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR Y HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA)"**
2. **"LA DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA NO ANALIZÓ COMO ES SU INELUDIBLE OBLIGACIÓN, LA MISMA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN DE SOBREPESO DE ALLIANZ SEGUROS S.A. ALLEGADA AL PLENARIO DENTRO DE LA OPORTUNIDAD PROCESAL PARA EL EFECTO."**
3. **"LA DELEGATURA NO TUVO EN CUENTA QUE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS VIOLÓ LA OBLIGACIÓN QUE TIENE REFERENTE A QUE LAS EXCLUSIONES PARA QUE PUEDAN SER APLICABLES, INEXORABLEMENTE Y SIN HESITACIÓN ALGUNA AL RESPECTO, DEBEN IR EN CARACTERES DESTACADOS Y EN LA PRIMERA PÁGINA DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE AUTOMÓVILES AFECTADA CON LA REALIZACIÓN DEL RIESGO, SOSLAYANDO DE PASO, EL ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO Y LAS DIFERENTES CIRCULARES PROFERIDAS POR LA MISMA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA."**
4. **"LA DELEGATURA NO TUVO EN CUENTA EL FLAGRANTE INCUMPLIMIENTO DE ASESORÍA Y CONSEJO CON EL ASEGURADO POR PARTE DEL ASEGURADOR Y DEL ASESOR DE SEGUROS DE HABERLE EXPLICADO EL ALCANCE DE LAS EXCLUSIONES, LAS CUALES SI NO SE LAS ENTREGARON PREVIAMENTE AL CIERRE DEL NEGOCIO JURÍDICO COMO ASÍ LO ORDENA EL**

NUEVO ESTATUTO DEL CONSUMIDOR NI UNA VEZ LE EXPIDIERON LA RESPECTIVA PÓLIZA, MENOS SE LAS IBAN A EXPLICAR COMO ERA SU DEBER SER Y RECTO PROCEDER."

ADICIONALES

En esa nueva oportunidad procesal, antes que proponerse nuevos reparos contra la decisión de primera instancia, se dejaron argumentos para robustecer los dejados en la audiencia en la cual se emitió la desatinada sentencia.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

En orden al análisis de los aspectos centrales del debate de este litigio y del recurso de alzada interpuesto, concedido y admitido, es importante establecer como premisa, si para que opere la exclusión pactada en la **"POLIZA DE AUTOMOVILES VEHICULOS PESADOS"**, bastaba con demostrar que el automotor asegurado iba con **SOBRECUPLO DE CARGA PARA EL MOMENTO DEL HURTO**, o se requería del asegurador **LA ACREDITACIÓN RESPECTO A QUE EL EXCESO DE PESO FUE LA CAUSA EFICIENTE DEL INFAUSTO SUCESO DE HURTO**; y si en ausencia de tal acreditación, el asegurador podía mantenerse a salvo en sus obligaciones contractuales, adicional a **determinar si la cláusula de exclusión inserta en las condiciones generales del seguro, era de aquellas denominadas causales, con todo y las consecuencias que esa naturaleza implica de cara a la eficacia de la cláusula y la carga demostrativa.**

Si bien el asegurador, en virtud del **Artículo 1056 del Código de Comercio**, se encuentra facultado y en potestad de delimitar el riesgo a través de límites positivos o negativos de los eventos amparados en el **CONTRATO DE SEGURO**, lo cual puede hacer mediante **CLÁUSULAS DE EXCLUSIÓN O DE GARANTÍAS**; no resulta cierto que en todos los casos de presencia de éste tipo de cláusulas, el asegurador quede automáticamente exonerado de responsabilidad en el pago de la indemnización por el siniestro acaecido, pues deberá examinarse en el caso concreto, la naturaleza y alcance de la causal, generalmente contractual, alegada por el asegurador.

El Profesor y ex Magistrado de la **Honorable Corte Suprema de Justicia**, Doctor **CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO**, ha señalado lo siguiente, en frente de la **DELIMITACIÓN DEL RIESGO ASUMIDO POR EL ASEGURADOR**:

"Sobre este particular, sea lo primero anotar que, como bien es sabido, la posibilidad de delimitar el riesgo en el contrato de seguro, traza, in potentia, el cauce de la obligación indemnizatoria del asegurador, como quiera que, en puridad, esta última se encuentra justamente condicionada a la realización del riesgo asegurado –o los riesgos asegurados– y, en consecuencia, mientras dicha condición no se cumpla en la praxis, contractual, el correspondiente deber de prestación no surgirá a la vida jurídica, ello obedece, en sana lógica, a la posibilidad con que cuenta el asegurador de delimitar el estado del riesgo, institución estructural de la relación aseguraticia y una de las figuras en las que descansa el seguro considerado in globo, esto es, desde una perspectiva técnica, financiera y jurídica, habida cuenta que, en principio, per se, naturalmente con excepciones, "...ningún asegurador estará dispuesto a asegurar todos los riesgos que puedan afectar a nuestras cosas o a nuestros patrimonios ..."1"2

En cuanto atañe a la noción de **LAS EXCLUSIONES** en el preciso ámbito del **CONTRATO DE SEGURO**, refugio utilizado por la demandada en este caso, y en especial, respecto de la **RELACIÓN DE CAUSALIDAD** que debe existir entre el contenido de la cláusula de exclusión y la causa del siniestro, destacó el extinto tratadista Doctor **JOSÉ EFRÉN OSSA GÓMEZ**³, lo que a continuación se transcribe:

"I. Las exclusiones

A. Noción

Son hechos o circunstancias que, aun siendo origen del evento dañoso o efecto del mismo, no obligan la responsabilidad del asegurador. Afectan, en su raíz, el derecho del asegurado o beneficiario a la prestación prevista en el contrato de seguro. Tienen carácter impeditivo en la medida en que

¹ GARRIGUES, Joaquín. *Contrato de Seguro Terrestre*. Ed. Aguirre. Madrid, 1982. Pág. 144.

² JARAMILLO JARAMILLO. Carlos Ignacio. *Derecho de seguros*. Tomo III. Bogotá. Editorial Temis. 2012. Pág. 3

³ OSSA GOMEZ. José Efrén. *Teoría general del seguro. El Contrato*. 2º Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1991. Pág.

obstruyen el nacimiento de este derecho y, por ende, el de la obligación correspondiente.

Las exclusiones pueden tener su origen en la ley o en el contrato.

B. Exclusiones legales

Las hay en cuya aplicación está interesado el orden público y que son, por tanto, inderogables por la convención, y las hay que admiten pacto en contrario.

1. *Provocación intencional del siniestro. En cuanto dependiente de la voluntad exclusiva de su autor, los actos intencionales del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables.*
(....).
2. *La culpa grave como causa del siniestro. Conforme al citado art. 1055 del Código de Comercio es inasegurable la culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario. Y, por tanto causa excluyente de la responsabilidad del asegurador, aunque no aparezca expresamente mencionada como tal en la ley.*
(....).
3. *Los riesgos catastróficos en los seguros de daños. Escasos en su frecuencia pero devastadores en sus efectos, se consideran técnicamente inasegurables.*
(....)
4. *El vicio propio. Con sujeción al art. 1104 del Código de Comercio, "la avería, merma o pérdida de una cosa, provenientes de su vicio propio, no estarán comprendidas dentro del riesgo asumido por el asegurador".*
(....)
5. *Otras exclusiones legales.*
(....)

C. Exclusiones convencionales

La delimitación contractual del riesgo asegurado corresponde a la voluntad autónoma de las partes, con tal que ésta no contravenga aquellos cánones en cuya observancia está interesado el orden público. – dice el art. 1056 del Código de Comercio-, el asegurador podrá a su arbitrio,

asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado".

Radica en esta disposición el fundamento legal de las exclusiones, es decir, de aquellos hechos o circunstancias que, aun siendo origen del siniestro o consecuencia del mismo, no comprometen la responsabilidad del asegurador.

Las exclusiones, a menos de hallarse consignadas en la ley o de inferirse virtualmente de los términos del contrato, deben ser expresas. Esta es una consecuencia lógica del citado texto legal. No podrá, pues, el asegurador invocarlas como fuente de exoneración de responsabilidad, por más que ellas correspondan a una exigencia técnica o sean comúnmente aceptadas por la doctrina, sino han sido incorporadas al respectivo contrato.

(...)

D. Relación de causalidad

Ya hemos visto que lo que da origen a la prestación asegurada, conforme a los artículos 1054 y 1072 del estatuto comercial, es el siniestro strictu sensu. Y que este solo es tal en la medida en que derive el riesgo asegurado como el efecto de su causa. También hemos dicho que al asegurado corresponde probar el siniestro lato sensu, esto es, el daño con su origen inmediato: el fuego hostil o el rayo (en el seguro de incendio), la colisión (en el seguro de vehículos), la apropiación mediante la violencia (en el seguro de hurto), el naufragio (en el seguro de navegación), la muerte accidental (en el seguro de accidentes), etc. Pero no la causa específica de cada uno de estos eventos, cuya prueba incumbe al asegurador si es que la invoca como medio de defensa. Es la interpretación que fluye del art. 1077 del Código de Comercio.

De ahí la procedencia del tema que motiva este acápite. Las exclusiones legales o convencionales, de que hemos hecho mención, en cuanto antecedentes del daño, deben aplicarse con un criterio causal. Para que puedan invocarse como eximentes de responsabilidad del asegurador, deben hallarse con el siniestro en relación de causa a efecto, al punto

que este no hubiese ocurrido de no haber mediado la intervención de aquellas.

Es el problema de la causalidad que, con sus raíces filosóficas (poco menos que accesibles) y sus proyecciones jurídicas, tanto ha dado que decir a la doctrina y al cual hemos de referirnos apenas tangencialmente.

(...)

Próxima o remota, directa o indirecta, mediata o inmediata, lo que importa es que la causa sea eficiente, predominante o determinante del daño. Que este se produjo merced a la influencia decisiva de aquella.

Que sin la culpa grave del asegurado, no se hubiera desencadenado el fuego que destruyó su bodega. Que de no ser por su estado de embriaguez, no se hubiera volcado su automóvil. Que su participación ocasional en una competencia de velocidad fue el factor determinante de su accidente. Trátase de casos sencillos que se invocan tan solo para ilustrar el criterio con que ha de evaluarse la eficiencia de la causa.

(.....)

No son pues, la proximidad al daño, su inmediación, literalmente interpretadas, los criterios idóneos para individualizar la causa del evento asegurado. Sin embargo, no puede desconocerse su influencia coadyuvante en tan delicada tarea. Entre los antecedentes del siniestro importa, básicamente, identificar el que cause mayor grado de eficacia como detonante del riesgo asegurado para atribuirle la calidad de causa eficiente del daño.

Especializados en derecho civil, Comercial y seguros
Nuestra ley- lo hemos visto- ofrece respaldo, no por específico menos sólido, a este criterio de evaluación que, de otra parte, ha de consultar la función técnico-económica del seguro" (Resaltos y subrayas fuera de texto).

Ahora bien, importante es para este asunto, aclarar los conceptos de **EXCLUSIÓN CAUSAL Y EXCLUSIÓN OBJETIVA**, pues de ello depende en gran medida el éxito de las alegaciones en favor del quiebre de la decisión de primera instancia, asunto respecto del cual uno de nuestros

máximos estudiosos y exponentes del CONTRATO DE SEGURO como lo fue el triste y celebre extinto tratadista Doctor JOSÉ EFRÉN OSSA GOMEZ (Q.E.P.D.), destaca que LAS EXCLUSIONES CAUSALES, para que puedan abrirse paso en procura de validar la posición de no pago por parte del asegurador, insoslayablemente DEBEN TENER RELACIÓN CAUSAL CON EL SINIESTRO, indicando que *"Para que puedan invocarse como eximentes de responsabilidad del asegurador, debe hallarse con el siniestro en relación de causa a efecto, al punto que este no hubiera ocurrido de no haber mediado la intervención de aquellas"*⁴ (Se resalta y subraya); por lo que mientras LAS EXCLUSIONES CAUSALES hacen referencia a la causa u origen del siniestro, las objetivas hacen alusión a los efectos. Para las EXCLUSIONES OBJETIVAS O CONSECUENCIALES, se dirá que ellas hacen relación a las consecuencias del siniestro como factor de delimitación del objeto del daño y de la cuantía de la indemnización a cargo del asegurador, como así lo destaca la Doctrina cuando indica que *"Están llamadas a limitar la cuantía de la indemnización. Escapan a las circunstancias antecedentes o determinantes del daño. Su sola aparición como resultantes del siniestro determina la exoneración del asegurador"*⁵ (Resaltado y subrayado ajenos al texto).

Si EN LA PÓLIZA O EN LAS CONDICIONES GENERALES de la misma se indica de manera inequívoca que las exclusiones son de carácter causal, además de demostrarse la circunstancia de hecho establecida en el documento aseguraticio, debe determinarse también la incidencia o determinación de tal circunstancia en el desencadenamiento del siniestro; y cuando no se trata de una exclusión causal, solo habrá de constatarse la situación fáctica incluida en tal estipulación contractual; eso sí, siempre que la exclusión no termine por desconocer la función y objeto del seguro contratado o las disposiciones legales.

Al pasar desapercibido el asunto que se denotó inmediatamente antes, en la decisión que ahora se confuta, aunado a que no se realizó un adecuado análisis de la prueba documental, en cuanto al contenido de la cláusula de exclusión para todos los amparos, pues no tomó en

⁴ Ossa Gomez Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Bogotá, Ed. Temis, Segunda Edición, 1991, pág. 484.

⁵ Ossa Gomez Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Bogotá, Ed. Temis, Segunda Edición, 1991, pág. 486

consideración que se trataba de una exclusión causal, es decir, que requería para su eficacia que el hecho descrito en la misma fuera la causa eficiente de la realización del riesgo.

En ese punto, examinada la **CLÁUSULA TERCERA DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO**, cuyo contenido informa que *"ESTE SEGURO NO CUBRE DAÑOS O PERJUICIOS DIRECTA O INDIRECTAMENTE CAUSADOS O SURGIDOS DE LOS SIGUIENTES EVENTOS. 3.1. CUANDO EL VEHICULO SE ENCUENTRE CON SOBRECUPPO, EXCESO DE CARGA, COMO DE PASAJEROS O SE EMPLEE PARA USO DISTINTO AL ESTIPULADO EN ESTA POLIZA O SE DESTINE A LA ENSEÑANZA DE CONDUCCION O PARTICIPE EN COMPETENCIA O ENTRENAMIENTO AUTOMOVILISTICO DE CUALQUIER INDOLE, O SEA ARRENDADO"*, pronto se advierte sin hesitación alguna al respecto que, se trata de una exclusión causal y no de una objetiva, debido a que de su redacción no se impone que tenga virtualidad de operar como consecuencia del siniestro o como factor limitativo de la indemnización, simplemente, se relaciona con una circunstancia antecedente a la ocurrencia del siniestro, lo que denota su trascendencia en cuanto a la causalidad que debe guardar con la realización del riesgo asegurado.

En el presente caso no solo se aprecia inconsistencias contractuales y legales a la hora de edificar la exclusión, sino que es palpable que la misma carece de relación material y jurídica con la causa del siniestro, características que debe tener para que resulte válida y aplicable al caso en concreto. Recuérdese que la causa del siniestro fue la conducta malsana de los delincuentes que, empleando otros automotores y armas de fuego, según se dijo en la denuncia presentada por el conductor del vehículo asegurado, terminaron por someter la voluntad del operador material, produciéndose la sustracción definitiva del bien asegurado; sin que se haya demostrado dentro del devenir del proceso, como era la ineludible obligación de la pasiva, que el desvío de la ruta o la sobrecarga, hayan servido como factores determinantes o causantes del siniestro de hurto, especialmente el sobrecupo. Es cierto que al proceso se incorporó, sin que fuera tachado por las partes en contienda, la denuncia instaurada por el conductor asignado al vehículo, oportunidad en la cual depuso que se desvió por una vía alterna con el propósito de evitar la báscula, debido a que el vehículo llevaba sobrecarga, quedando establecida la circunstancia material del sobrecupo, no así el nexo de causalidad entre la situación descrita en la cláusula de exclusión de que venimos hablando, con la causa eficiente del siniestro de hurto; pues no resulta explicable, desde el punto de vista material y jurídico, **¿CÓMO EL SOBRECUPPO DE CARGA DEL VEHÍCULO ASEGURADO, HAYA DETERMINADO LA CONDUCTA DE LOS FASCINEROSOS Y LA SUSTRACCIÓN DEL AUTOMOTOR?**; cuyo

particular aspecto de orden probatorio, era estrictamente necesario a más que obligatorio, debido al carácter causal de la exclusión diseñada por el asegurador demandado, de donde deviene frustránea la aspiración del profesional del seguro, cuando no demuestre, correspondiéndole obligatoriamente, la ligazón casual entre la circunstancia descrita en la exclusión y la causa eficiente del siniestro.

De lo anterior se colige fácilmente que, para que opere como sustento de la objeción del siniestro, la exclusión aducida, debe insoslayablemente tener nexo de causalidad con los factores que determinaron la ocurrencia del siniestro, es decir que, para el caso que nos ocupa no operaría la alegada objeción, pues ninguna relación guarda el "supuesto" hecho de irregularidades en la sobrecarga con la ocurrencia del hurto del vehículo asegurado.

La DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA apenas se conformó con constatar la circunstancia descrita como exclusión general o para todos los amparos contratados en la póliza, pues se dijo que EL INTERROGATORIO rendido por el TOMADOR DEL SEGURO Y ASEGURADO señor ATANACIO PARADA PARADA, había confesado que el vehículo se encontraba con sobrepeso, pues para el momento de la sustracción llevaba más de 2000 BLOQUES DE QUESO con un peso superior a 5 TONELADAS, cuando el vehículo no tenía capacidad documental de carga superior a 1.550 KG, cuestión que resulta cierta de acuerdo al audio de la audiencia cuando a la pregunta efectuada por el Despacho atestó sobre tal asunto, versión que se pudo corroborar con la denuncia presentada por el conductor del vehículo asegurado, quien dijo que al momento de la sustracción del automotor éste se encontraba con sobrepeso; sin embargo, si se tiene en cuenta lo dicho por el conductor y el asegurado, el asunto no pasaría apenas de la demostración de la circunstancia descrita en la cláusula de exclusión, es decir, la presencia del sobrepeso en el vehículo asegurado, pero dichos medios de prueba no eran suficientes, conducentes e idóneos para demostrar la relación de causalidad entre el sobrepeso y el siniestro de hurto; más aún si se recuerda que, de acuerdo a la redacción de la cláusula, la exclusión es de aquellas denominadas por la Doctrina como causales, es decir, que para que resulten eficaces, le es no solo necesario sino inexorablemente obligatorio, la demostración de su incidencia, a manera de causa a efecto, en el siniestro amparado en el seguro.

No podía salir avante la excusa del asegurador, pues no bastaba con constatar la circunstancia fáctica o jurídica que sustenta la exclusión convencional, sino que era menester, a fuer que obligatorio, demostrar mediante prueba legal, idónea y oportunamente incorporada al proceso, que entre la circunstancia descrita en la exclusión y la causa eficiente del siniestro, existía una relación de causalidad, o lo que es mejor, una relación de causa a efecto; pues no podía desconocerse que LA NATURALEZA DE LA EXCLUSIÓN ES DE TIPO CAUSAL y no objetiva, distinción que era determinante a propósito de establecer su eficacia y alcance. No era de poca monta la discusión que aquí se propone, debido a que distinta era la consecuencia o la suerte de la excusa blandida por el asegurador, si la exclusión era de tipo causal u objetiva; si lo primero, no podía aplicarse sin criterio causal y si lo segundo, la causalidad no era factor determinante para su estructuración o valía en la relación aseguraticia.

Realizando un análisis contextual de los amparos, se puede determinar que LAS EXCLUSIONES ESTIPULADAS EN LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO AFECTADO CON LA REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO SON, SIN EL MÁS MÍNIMO ASOMO DE DUDA, DE CARÁCTER CAUSAL y no objetivo, pues se orientan a excusar la obligación de pago del asegurador para casos en que los daños o los perjuicios se produzcan a consecuencia del sobrecupo del rodante objeto del **CONTRATO DE SEGURO**; de ahí la expresión empleada en las condiciones generales **"CAUSADOS O SURGIDOS DE"**

El **SOBRECUPA DE CARGA O DE PASAJEROS**, puede llegar a constituir una exclusión del riesgo asegurado, siempre que tal circunstancia haya sido la causa eficiente del siniestro, en cuanto hace a los riesgos ligados técnica y jurídicamente a esa particular situación, como sería en los seguros de autos el **daño parcial o total del rodante asegurado**, por comprobación del sobre esfuerzo mecánico del mismo al transportar mayor carga que la permitida o por llevar más del cupo autorizado de pasajeros; pero no lo sería en asuntos como **EL HURTO O SUSTRACCIÓN DEL VEHÍCULO**, pues la circunstancia del sobrepeso, salvo comprobación idónea al respecto por cuenta exclusiva del asegurador, no puede ser causa del siniestro; cuando se sabe que la causa del hurto de un automotor, tiene que ver con las motivaciones económicas de los delincuentes, antes que con las condiciones técnicas de un vehículo o su forma de conducción, como por ejemplo, **¿QUÉ INCIDENCIA TENDRÍA EN EL HURTO DE UN VEHÍCULO QUE SE ENCUENTRA CON**

SOBREPESO, PERO QUE AL MOMENTO DE LA SUSTRACCIÓN SE ENCUENTRA EN UN PARQUEADERO, CUANDO LOS DELINCUENTES PENETRAN AL LUGAR Y SUSTRAYEN EL AUTOMOTOR JUNTO CON SU CARGA?

No puede olvidarse que las exclusiones de tipo convencional, para que resulten operantes deben tener un nexo de causalidad entre la circunstancia impeditiva y la causa del siniestro, cuando de exclusiones causales se trata; exclusiones que ocurren con la mayor frecuencia en las relaciones de seguros, antes que las denominadas objetivas.

La Doctrina y la Jurisprudencia a este respecto tiene dicho que:

"Las exclusiones de tipo convencional deben entenderse, como es apenas obvio, como aquellas pactadas por las partes o, cuando menos, en las que existe consentimiento respecto de las indicadas en el clausulado preestablecido, en los denominados acuerdos de adhesión y que, siendo origen del siniestro o consecuencia del mismo, no comprometen la responsabilidad del asegurador⁶.

Esas cláusulas son válidas, inicialmente, en tanto se sustentan en el principio de la libre autonomía de las partes, cuyos límites son el orden público y las buenas costumbres; de ahí que el artículo 1056 consagre la posibilidad del asegurador de, «a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado».

Unas y otras, las legales, que en tal medida no demandan una consagración expresa en el clausulado, o las convencionales que, de suyo, exigen esa previsión en el texto contractual, deben analizarse desde el punto de vista causal, de suerte que la excepción aplica en tanto la circunstancia excluyente resulte ser la causa eficiente de la materialización del riesgo.⁷

Más adelante la misma providencia destacó que:

"Por lo demás, las exclusiones convencionales no generan sanción del negocio jurídico. En lugar de ello, demandan una adecuada interpretación de la cláusula de exclusión, para entender exonerado el pago o el reconocimiento por parte de la asegurada.

Consecuente con lo dicho, para que opere la exención, ésta debe predicarse de un riesgo no asegurado, o debe sobrepasar los límites del mismo, dado que si la eximente alude al

⁶ Ossa G., J. Efren. Ob. Cit. Pág. 483.

⁷ CSJ. Cas. Civil. Sentencia SC5227-2018. M. P. Luis Alfonso Rico Puerta.

riesgo amparado, que concentra el núcleo del contrato y, por ende, se inmiscuye en el estado del mismo, en tal supuesto realmente no hay exclusión, sino una impropia calificación del estado del riesgo, que debe efectuarse ex ante, no cuando se materializa el riesgo y mucho menos con el fin de objetar el pago del seguro.”

En otro apartado de la misma providencia destacó la **Honorable Corte Suprema de Justicia** que:

“Debe precisarse que en este caso, la esencia del interés asegurable no era propiamente el utilitario, sino el patrimonio de la tomadora. En tal virtud, la relación económica era directamente el patrimonio que podía sufrir un menoscabo, el cual se concretó al configurarse el siniestro de robo asegurado.”

En otro aparte dijo:

“Memórese que una cosa es delimitar el riesgo y otra limitar los derechos del asegurado, que es justamente lo que ocurre en este evento, en el que la presunta exclusión no es de un tipo de siniestro no previsto en el convenio, sino que se contrae a describir circunstancias que impiden el reclamo pertinente, respecto del riesgo explícito y pactado en el contrato.”

Al abordar **EL TEMA DE LA CAUSALIDAD**, aplicado al caso de los seguros, el **HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ⁸**, razonó de la siguiente manera:

“Frente a la teoría de la causa adecuada, en tratándose de un asunto de seguros, el asegurador resulta responsable solo de los daños ocasionados por un hecho determinado y en razón de ello, su obligación obedece a que la consecuencia que configure el siniestro emane de una causa idónea para generarlo, de la que usualmente es probable que emane su producción y a su vez, que el evento haya sido incluido en la convención como riesgo asegurado”

Especializados en derecho civil, Comercial y seguros

A lo largo de la literatura jurídica respecto de **la relación causal que debe existir entre la exclusión y el siniestro, resulta incuestionable que dicha relación debe estar presente en relación de causa, la exclusión, a efecto, el siniestro**; pues de lo contrario, se estaría dejando librados los efectos del

⁸ T.S. Bogotá. Sala Civil, sentencia de 14 de agosto de 2014. M. P. Luisa Miriam Lizarazo Ricaurte. Radicación No. 11001310301920110036101.

CONTRATO DE SEGURO al capricho y abuso de la posición dominante del asegurador, a quien le bastará demostrar que para el momento de verificarse el siniestro se habrían evidenciados todas o algunas de las exclusiones establecidas en el contrato, para con ese solo argumento ponerse a salvo de pagar la indemnización respectiva; precisamente un acontecer semejante es que se conjura a través de la exigencia de la relación de causalidad que debe existir entre la exclusión y el siniestro, sin que baste la presencia de la primera en el **CONTRATO DE SEGURO**, para que el asegurador quede liberado de su responsabilidad ante la ocurrencia del siniestro.

Cabe resaltar que para el análisis de la potencialidad liberatoria que pueda tener una circunstancia inserta en el **CONTRATO DE SEGURO** frente al asegurador, la exclusión debe ser la causa material y jurídica del desencadenamiento del siniestro; si ninguna relación material y jurídica tiene el evento pactado o impuesto en la póliza para excluir el riesgo, no puede servir como alegación del profesional del seguro para morigerar o exonerarse de la obligación nacida en el marco del **CONTRATO DE SEGURO**.

Con tal ahínco se ha reclamado la mencionada relación de causalidad, entre la circunstancia excluyente y el siniestro, que la Doctrina nacional, a través de diversos y autorizados Doctrinantes ha destacado que:

"Con arreglo a las observaciones realizadas hasta el momento, salta a simple vista que la causalidad jurídica esta llamada a cumplir un papel de valía en lo tocante a las exclusiones legales o convencionales (delimitaciones negativas del riesgo asegurado). Tanto que el evento –o hecho-excluido debe ser – dentro de la secuencia causal – la causa adecuada del daño sufrido por el asegurado. Si ello tiene lugar no se materializará en puridad el siniestro y, por ende, no surgirá la obligación de estirpe indemnizatoria a cargo del asegurador.

Especializados en derecho civil, Comercial y seguros

Sobre este mismo particular, en su momento, pusimos de presente que "las exclusiones legales o convencionales (...) deben aplicarse con criterio causal. Para que puedan invocarse como eximentes de responsabilidad del asegurador, deben hallarse con el siniestro en relación de causa a efecto, al punto de que este ni hubiera ocurrido de no

haber mediado la intervención de aquellas⁹ (Subrayados y resaltados ajenos al texto e intencionales del suscrito)

Siguiendo al profesor y Ex Magistrado **CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO**, se destaca que no es solamente necesaria la presencia del nexo de causalidad material y jurídica entre el acontecimiento (siniestro) y la exclusión, sino que la carga de la prueba de la misma, inexorablemente corre al lado de la aseguradora; quien así lo deja sintetizado en los siguientes apartes:

"En este orden de ideas, salvo que exista un precepto de stirpe legal en sentido contrario (v.gr. Francia), o salvo que exista una regla convencional en virtud de la cual se invierta la carga de la prueba concerniente a la comprobación de los hechos impositivos de o excluyentes de responsabilidad – con toda independencia de la discusión doctrinal ya registrada -, al asegurador indiscutiblemente la compete, en atención de centenarios y arraigados principios de naturaleza procesal y sustancial, probar los hechos, los acontecimientos, los fenómenos o simplemente las causas excluyentes de su responsabilidad contractual. Esta ciertamente es la regla general.

La mencionada prueba, acertadamente así lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia internacional, debe encaminarse a evidenciar que la causa excluida del marco del seguro (antecedente material) fue el detonante apropiado (adecuado) del resultado (efecto). Es decir que la empresa aseguradora deberá probar, por cualquier medio establecido para el efecto, que a la pérdida o daño experimentado por el asegurado (seguro de daños) fue consecuencia directa o indirecta de la causa excluida (caso no cubierto), o sea que deberá acreditar un nexo causal adecuado, una relación de dependencia entre la causa o hechos excluido y el daño irrogado. Lo que en el caso panañeno, en realidad de verdad, no parece en modo alguno difícil de establecer, atendidos los hechos (notorios) que

⁹ JARAMILLO JARAMILLO. Carlos Ignacio. *Derecho de Seguros*, Tomo III, Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Temis. Bogotá 2012. Pág. 189.

rodearon los insucesos del mes de diciembre de 1989.” (Negrillas y Subrayas del suscrito)

En el campo doctrinal, por vía de ejemplo, el tratadista AMADEO SOLER ALEU reitera que *“la prueba de la relación de causalidad siniestral pesa sobre el asegurador, que deberá probar el extremo en que se exceptúa para liberarse”*

En la jurisprudencia, por su parte, la Cámara de Apelaciones de Argentina – hace ya algo más de una década – puso de presente que *“la carga de la prueba de la causalidad siniestral pesa sobre el asegurador, quien deberá probar que el siniestro fue la consecuencia directa o indirecta de un riesgo o acontecimiento expresamente excluido de la garantía de la póliza”*¹⁰

La SALA DE DECISIÓN CIVIL DEL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, en sentencia del 14 DE MAYO DE 2010 dentro del RADICADO No. 2005 - 338 - 01 de CÉSAR AUGUSTO JAMAICA RODRIGUEZ contra ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA ENTIDAD COOPERATIVA, actuando como Honorable Magistrado Ponente el Dr. ARIEL SALAZAR RAMIREZ componiendo la sala con los Honorables Magistrados Doctores LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZALEZ Y GERMAN VALENZUELA VALBUENA, así se pronunciaron al respecto:

“(.) 3.3. Más diáfana se presenta la diferencia existente entre la garantía y la exclusión, aunque ambas compartan una base objetiva común. Así, mientras las exclusiones deben ser causas reales del evento asegurado, las garantías son causas potenciales enfocadas al momento de la celebración del contrato. Por ejemplo, si se pacta una garantía de no portar gasolina en cantidad prohibida, el incumplimiento de la misma invalida la póliza aunque el incendio no sea causado o aumentado gracias a la gasolina. En cambio, si tal prohibición constituye una exclusión, deberá demostrarse que el incendio ocurrió por causa de la infracción.

¹⁰ Op. Cit., Tomo III, pág. 217, 118

(...) 5. La exclusión de falta de licencia de conducción de quien conducía el vehículo.

Otro de los argumentos esgrimidos por la demandada para objetar el pago de la póliza lo constituye el hecho de que quien condujo el vehículo al lugar de donde fuera hurtado carecía de licencia de conducción, siendo este hecho una exclusión prevista en el contrato de seguro.

Frente a tal tesis hay que aclarar que uno de los principios doctrinales que rigen las exclusiones del contrato de seguro es que éstas, a diferencia de las garantías, deben mantener una relación de causalidad con la realización del riesgo asegurado. Así, v.gra., el asegurador no puede negarse a responder si el siniestro ocurre mientras el asegurado se halla bajo el influjo de bebidas alcohólicas, aún cuando se hubiese pactado ese hecho como excluyente de responsabilidad, si las circunstancias que dieron origen al riesgo previsto en el contrato se encuentran exentas de toda relación causal con el siniestro. “¿Qué tendría que ver, por ejemplo, la embriaguez del asegurado con el incendio de su vehículo? ¿O, con el robo del mismo, la falta de licencia de conducción?”

Aunque en nuestro ordenamiento legal no existe norma expresa que mencione la causalidad como condición de posibilidad para exención de responsabilidad, tal criterio se infiere, ha dicho la doctrina, de la función técnico económica del seguro, según la cual importa destacar entre los antecedentes del siniestro, el que acuse mayor grado de eficacia como detonante del riesgo asegurado para atribuirle la calidad de causa eficiente del daño. (...) (Resaltos y Subrayas fuera de texto).

Especializados en derecho civil, Comercial y seguros

Dentro del PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DE MAYOR CUANTÍA No. 11001310303920110037800 de JOSÉ HUMBERTO AMADOR CASTRO contra ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA - ENTIDAD COOPERATIVA, en el cual el suscrito Abogado también tuvo el honor de representar los intereses del extremo actor, en un caso similar respecto a la aplicación de la exclusión de sobrecupo, el entonces JUZGADO SEGUNDO (2º) CIVIL DEL CIRCUITO DE DESCONGESTIÓN DE BOGOTÁ, profirió desatinado fallo denegando las pretensiones de la

demanda, siendo injustamente confirmado por LA SALA DE DECISIÓN CIVIL DEL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, actuando como Honorable Magistrado Ponente el Doctor LUIS FERNANDO URIBE GARCÍA, viéndome obviamente, obligado a impetrar la correspondiente ACCIÓN PÚBLICA DE TUTELA POR VÍA DE HECHO No. 11001 - 02 - 03 - 000 - 2015 - 00289 - 00, cuya decisión de primera instancia amparó el derecho flagrantemente conculcado, siendo impugnada obviamente por parte de la Aseguradora, correspondiéndole desatar el recurso a la SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, quien el 22 DE ABRIL DE 2015 actuando como Honorable Magistrada Ponente la Doctora ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON, confirmó la excelente decisión proferida por la SALA DE CASACIÓN CIVIL, según STL - 4973 - 2015, con RADICACIÓN No. 58429, pronunciándose así en sus principales apartes:

"La entidad impugnante cuestionó el amparo en que según afirma además de exigirle demostrar el eximente de responsabilidad, le impone acreditar <<el nexo de causalidad entre dicha exclusión y el siniestro>>; la Sala encuentra en la determinación objeto de tutela que el Tribunal si se refirió <<que entre la exclusión como eximente de responsabilidad, y el hecho que generó el siniestro debe haber relación de causalidad>>; y señaló que en el plenario quedó probada la causal eximente alegada por la aseguradora, consistente en que el vehículo con capacidad de 5 pasajeros transportaba 6 personas el día del accidente por lo que <<necesariamente debe concluirse que había sobrecupo>>; de allí que al estudiar la conducta al momento del accidente, consideró la existencia de un nexo causal originado en una maniobra realizada para adelantar otro vehículo.

Para soportar tal razonamiento el ad quem acudió al estudio técnico realizado <<por la Fundación Mapfre>>, el cual obtuvo de internet, y a partir del él indicó que en el <<testo de adelantamiento, la carga del vehículo influye en tal maniobra>>. Lo anterior no deja duda de que el juzgador avaló su tesis con dicho estudio técnico para establecer que en el caso puesto a su consideración, <<por el sobrecupo no estaba en capacidad de responder de forma adecuada ante la presencia de un vehículo que se dirigía en sentido contrario>>, y en ese orden, eran <<restringidas las posibilidades para evitar el accidente de tránsito>>, circunstancias que estimó adecuadas para establecer el hecho de causalidad

necesario y de contera absolver a la accionada, sin siquiera permitir la publicidad y contradicción, de tal probanza por parte de los sujetos procesales.

De ese modo resulta patente la vulneración del derecho al debido proceso invocado, pues el fallador erigió su decisión sobre un estudio técnico, que tal como lo estableció la Sala de Casación Civil, no fue objeto de debate probatorio y por lo mismo no fue controvertido. Por tales motivos se impone confirmar el amparo concedido. (...) (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Este tema de la INELUDIBLE OBLIGACIÓN DE LA EXISTENCIA DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA REALIZACIÓN DEL RIESGO Y LA EXCLUSIÓN, se encuentra tan claro y decantado para las Compañías de Seguros, diferente es, que intenten evadirlo al máximo y hasta cuando su asegurado o la misma majestad de la justicia así se lo permitan que, la misma FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS "FASECOLDA", en su página web tiene publicada la CARTILLA DE SEGURO DE AUTOMÓVILES integrada por 30 PÁGINAS, encontrando en su PÁGINA 11 que estoy allegando en SEIS (6) FOLIOS, lo siguiente:

"¿Qué otras exclusiones comunes tienen las pólizas de autos?"

Si bien cada compañía de seguros y cada producto de seguros es diferente, hay ciertas condiciones comunes que generalmente no están cubiertas por las pólizas de autos, algunas de las cuales son:

Exclusiones Generales

Cuando el accidente es consecuencia de exceso de carga o sobrecupo de pasajeros y esta situación influye en su ocurrencia (Negrillas y Subrayas intencionales del suscrito).

Con lo anterior queda suficientemente demostrado que, esa es la forma correcta, transparente, leal y honesta en que la mentada cláusula de exclusión debe quedar redactada dentro de las CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMOVILES, para evitar confusiones innecesarias a futuro ante la realización del riesgo, donde se pretenda dar aplicación a dicha exclusión, saltando de bulto que si no hay relación entre la causa eficiente del siniestro

y la exclusión, no es posible su aplicación, cuya posición fue honestamente acogida por **ALLIANZ SEGUROS S.A.** en sus **CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO DE AUTOMÓVILES** que obra dentro del plenario y que la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES** inexplicablemente y sin justificación válida alguna, pasó inadvertida, lo cual la llevó ante tan **DESATINADA DECISIÓN** ahora objeto de ataque.

Desde esta primera perspectiva, combatida a través del reparo principal, no se encontraba demostrado que el sobrecupo de carga que, para el momento de producirse la sustracción del vehículo asegurado por cuenta de los delincuentes armados, haya constituido la causa eficiente del hurto, o por lo menos en ese sentido no fue acreditado por el asegurador, conformándose apenas con la prueba de la circunstancia descrita en la cláusula de exclusión, circunstancia que se ofrecía insuficiente de camino a liberarse el asegurador de la responsabilidad contractual que le enrostraban los demandantes; y resultaba del todo insensato que el apoderado de la compañía de seguros reclamara la efectividad de la cláusula de exclusión general o para todos los amparos, bajo entendido que la cuestión relacionada con la comprobación, por quien pretende la salvaguarda, del nexo de casualidad entre la circunstancia descrita en la cláusula y la causa eficiente del siniestro; entendido que al final fue lamentable, triste y desatinadamente avalado por la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** en la decisión que se confuta.

Pero es que tampoco podía salir avante la excusa del asegurador, fundada en la cláusula de exclusión para todos los amparos registrada en las **CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO**, habida consideración que esa cláusula no se extendía al amparo específico de **PERDIDA SEVERA POR HURTO**, conforme pasa a verse.

Especializados en derecho civil, Comercial y seguros

A la clasificación de las cláusulas de exclusión en legales y convencionales, se puede agregar una subclasificación de éstas últimas en causales y objetivas, así como en genéricas y específicas, siendo éstas las convenciones que recaen sobre ciertos y determinados amparos, mientras que aquellas se ciernen sobre la totalidad de los amparos contratados. De acuerdo a la regla de prevalencia de las condiciones del **CONTRATO DE SEGURO**, que en primera medida privilegia aquellas pactadas en las condiciones particulares por sobre las generales, también es viable atender que, bajo criterio de especialidad, que las cláusulas de exclusión sujetas a ciertos y determinados

amparos, prefieren a las que lo son en forma general, además que son anteriores aquellas de éstas.

De manera que, al no hacer referencia en las exclusiones específicas para el amparo de **PÉRDIDA SEVERA POR HURTO**, a una situación similar a la consagrada en las exclusiones genéricas, no resultan aplicables éstas, debido a que el querer del asegurador fue no sujetar el riesgo de pérdida severa por hurto, a exclusiones por sobrecupo. Ello se explica por cuanto en la especialidad de cada amparo o riesgo asumido por el asegurador, se definen con determinación los eventos constitutivos de cada uno, definiendo los contornos fácticos, técnicos y jurídicos. En efecto, en la **PÓLIZA DE SEGURO** que sirve de báculo a la reclamación judicial, se indica que trasladaron al asegurador y este asumió, los riesgos relacionados con **LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL ASEGURADO, LAS PÉRDIDAS SEVERAS POR DAÑOS, LA PÉRDIDA MENOR POR DAÑOS, LA PÉRDIDA SEVERA POR HURTO Y LA PÉRDIDA MENOR POR HURTO**, todos ellos bajo la denominación de amparos básicos, conforme se destaca del documento que recoge el seguro, así como en las **CONDICIONES GENERALES AUP - 002 - 010** correspondientes a la **POLIZA DE AUTOMÓVILES VEHÍCULOS PESADOS**, elaborada e impresa por **LA PREVISORA S. A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, en las cuales cada uno de los cinco (5) amparos denominados básicos, tiene una definición y un sustrato material y conceptual distinto, aspectos que resultan de importante valía a la hora de analizar el alcance de las convenciones establecidas a continuación de la descripción de los amparos, especialmente en cuanto tiene que ver con las cláusulas de exclusión.

De esa manera las cosas, debe reiterarse que la definición de cada uno de los amparos es distinta y tiene un carácter gramatical establecido que permite distinguirlo de otros amparos o riesgos, igualmente asumidos por el asegurador; el amparo corresponde a la denominación formal o técnica con la cual se destaca un riesgo en particular, mientras que éste corresponde en su genuina al evento al cual está expuesto el bien o el patrimonio del asegurado.

Para el caso bajo estudio, distintos son los riesgos como los amparos bajo los cuales se asumieron por cuenta del asegurador, lo que al final indica es que el objeto del seguro adquirido por el demandante fue la protección de su patrimonio y el del copropietario del automotor, antes que el bien considerado con independencia del patrimonio, pues el vehículo hacía parte del patrimonio de los asegurados; lo que se constata por cuanto sobre el vehículo considerado en sí mismo, no puede recaer riesgo de responsabilidad civil extracontractual, debido a que tal riesgo

es propio del asegurado, antes que del bien asegurado; de ahí la importancia que tiene ese aspecto del análisis del contenido de las estipulaciones contractuales del seguro.

Vistas de esta manera las cosas, se tiene que, conforme a la definición que, en las condiciones generales de la póliza hace de cada emparo, mediante el cual se acoge un riesgo determinado sobre el patrimonio del asegurado, el amparo de responsabilidad civil extracontractual se destaca por que *"PREVISORA CUBRE LOS PRJUICIOS PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES, CAUSADOS A TERCEROS DEBIDAMENTE ACREDITADOS Y DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN LA QUE DE ACUERDO CON LA LEY INCURRA EL ASEGURADO NOMBRADO EN LA CARATULA DE LA POLIZA O EN SUS ANEXOS,"*, para el amparo de **PERDIDA SEVERA POR DAÑOS** se establece que *"SE AMPARAN LOS DAÑOS MATERIALES SUFRIDO POR EL VEHICULO ,"*, para el amparo de **PERDIDA MENOR POR DAÑOS**, se describe. *"SE AMPARAN LOS DAÑOS MATERIALES SUFRIDOS POR EL VEHICULO ASEGURADO IDENTIFICADO EN LA CARATULA DE LA POLIZA,...."*, el amparo de **PERDIDA SEVERA POR HURTO**, se define: *"SE AMPARA LA PERDIDA TOTAL Y PERMANENTE DEL VEHICULO ASEGURADO IDENTIFICADO EN LA CARATULA DE LA POLIZA POR CAUSA DE CUALQUIER MODALIDAD DE HURTO, EN LOS TERMINOS DEL CODIGO PENAL COLOMBIANO"* y la definición para el amparo de **PERDIDA MENOR POR HURTO**, corresponde a *"SE AMPARA LA PERDIDA O DAÑO DE LAS PARTES O ACCESORIOS FIJOS, NECESARIOS PARA EL FUNCIONAMIENTO NORMAL DEL VEHICULO, POR CUALQUIER CAUSA DE HURTO O SUS TENTATIVAS."* De los fragmentos transcritos, correspondientes a los amparos y definiciones, se encuentra que cada uno de ellos tiene un sustantivo que lo determina e identifica, como en el caso del amparo de responsabilidad civil extracontractual lo es el de *"perjuicios"*, en los de pérdidas por daños, severa y menor, la nota característica del amparo es el *"daño o la pérdida"*, mientras que para los amparos de **pérdida severa y menor por hurto**, la nota distintiva es la *"pérdida"*; por consiguiente, dependiendo del amparo básico que se trate, el riesgo recae en distintos eventos, bien sea sobre el *"perjuicio"*, el *"daño"* o la *"pérdida"*, resultando obvio que en tratándose del amparo de **PÉRDIDA SEVERA POR HURTO**, no puede ser el evento asegurado el daño o el perjuicio, pues estos eventos son connaturales al amparo de daños y al de responsabilidad, respectivamente.

Ahora bien, para el caso particular se incluyeron cláusulas de exclusión tanto para los amparos básicos de **PERDIDA SEVERA POR HURTO O DAÑOS Y PERDIDA MENOR POR DAÑOS O HURTO**, de acuerdo con lo estipulado en el **NUMERAL 2** del texto de las **CONDICIONES GENERALES**, dentro de cuyo catálogo no se encuentra alguna relacionada con que el vehículo al momento del siniestro

se encuentre con sobrecupo de carga o pasajeros; circunstancia que se encuentra descrita como evento de exclusión en el **NUMERAL 3** de las **CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZA**, aplicable para **TODOS LOS AMPAROS DE LA POLIZA**. No obstante, hay que tener en cuenta que las exclusiones aplicables a todos los amparos, no resulta aplicable al amparo de **PERDIDA SEVERA POR HURTO**, debido a que, pese a que en la fijación del alcance se diga que aplica a todos los amparos, seguidamente destaca que *“ESTE SEGURO NO CUBRE DAÑOS O PERJUICIOS DIRECTA O INDIRECTAMENTE CAUSADOS O SURGIDOS DE LOS SIGUIENTES EVENTOS: 1.1. CUANDO EL VEHICULO SE ENCUENTRE CON SOBRECUP, TANTO DE CARGA, COMO DE PASAJEROS”*, develándose de forma inmediata e inequívoca que las exclusiones para todos los amparos aplican siempre que se trata de **“DAÑOS O PERJUICIOS”**, habiendo delimitado el asegurador el ámbito o alcance de la cláusula de exclusión general, solo a esos precisos eventos; por lo que en aplicación de los principios y reglas de interpretación de los contratos, debe favorecerse aquella que mantiene el objeto del seguro, su causa y los derechos del consumidor financiero (interpretación pro consumatore), adicional a que la falta de claridad y suficiencia, son atribuibles a la aseguradora que lo redactó, interpretándose en contra de ésta, de acuerdo a los precisos lineamientos del **Artículo 1624 del Código Civil**, relacionado con las cláusulas ambiguas y su interpretación en favor del asegurado, en tanto al asegurador, como profesional que es en la materia, le competía dar la explicación o claridad necesaria a la cláusula de exclusión considerada como general o para todos los amparos.

Respecto de la interpretación especial que ameritan ciertas cláusulas contractuales cuando de relación de consumo se trata, la jurisprudencia ha destacado que en ciertas y determinadas ocasiones se hace menester interpretar una estipulación en favor de quien estuvo al margen de su redacción o por estar en situación de debilidad contractual, como es el caso del asegurado o consumidor; teniendo en cuenta que antes que un **CONTRATO DE SEGURO**, el mismo supone una relación de consumo. A este respecto, tiene dicho la Doctrina jurisprudencial que:

“Específicamente en tratándose de contratos de adhesión, como lo es el de seguros, está la interpretación «pro consumatore» o favorable al consumidor (art. 78 Constitución Nacional); la «contra preferentem» en virtud de la cual las cláusulas ambiguas dictadas por una de las partes debe interpretarse en su contra (art. 1624 ib); la de confianza del adherente, según la cual las disposiciones deben comprenderse en su

*acepción corriente o habitual desde el punto de vista del destinatario; entre otras (sentencia citada)."*¹¹

Para ponerlo, en otros términos, el asegurador no excluyó del amparo de **PERDIDA SERVERA POR HURTO**, riesgo respecto del cual operó el siniestro en el caso que se analiza, el evento de estar el vehículo asegurado con sobrecupo de carga, pues en la exclusión específica que cobija a ese amparo, nada se indicó al respecto, y no resulta aplicable la exclusión general, debido a que en la misma se delimitó su campo de acción solo a los eventos de **"DAÑOS O PERJUICIOS,"** mismos que son ajenos al amparo comentado, pues como se vio, el evento amparado es la **"PERDIDA"** del automotor asegurado, antes que el daño al mismo o los perjuicios que pudieran derivarse de la responsabilidad del asegurado. En este específico asunto, resulta antitécnico indicar que la exclusión por sobrecupo, también cobijaría el amparo de **PERDIDA SERVERA POR HURTO**, pues el evento asegurado no es el daño o avería del automotor o el perjuicio derivado de la responsabilidad del asegurado, sino la sustracción o pérdida definitiva que sufre el vehículo asegurado a consecuencia de la conducta de hurto.

Desde esta perspectiva, mayúsculo error se cometió en la decisión que es materia de disenso, debido a que simplemente se aplicó la exclusión general, sin auscultar su verdadero alcance, de acuerdo con la gramática de la redacción de la cláusula en particular, conformándose solo con su presencia en las condiciones generales, sin analizar su contenido, como era **EL DEBER SER Y RECTO PROCEDER POR PARTE DE LA DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA**, máxime cuando se anuncian como **LOS DEFENSORES DE LOS CONSUMIDORES Y APLICADORES ERICTOS DEL NUEVO ESTATUTO DEL CONSUMIDOR**, quienes por su especialidad se supone deberían ser más doctos y profundos estudiosos del espinoso como complejo campo que es el **CONTRATO DE SEGURO**.

Especializados en derecho civil, Comercial y seguros

Con los argumentos que se expusieron con antelación, puede concluirse fácilmente que, la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, erró en la apreciación probatoria, lo que terminó por equivocadamente desestimar las

¹¹ C.S.J. Cas, civil. Sentencia SC129-2018. M. P. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO. Radicación n° 11001-31-03-036-2010-00364-01.

pretensiones de la demanda; situación que sin el más mínimo asomo de duda al respecto, habrá de revertirse mediante la atinada decisión que se adopte en segunda instancia, producto de un juicioso estudio al caudal probatorio recogido dentro del devenir de la litis y a la estricta aplicación de la Doctrina y la Jurisprudencia existente al respecto.

Desde otra arista, la decisión adoptada en primera instancia debe ser revocada, toda vez que no se tomó en cuenta que la exclusión de la cual se valió con equivocado éxito el asegurador en el presente litigio, no se encontraba en caracteres destacados y en la primera página de la póliza, conforme lo imponen los mandatos legales, haciendo ineficaz la cláusula de exclusión.

En esta zona de discusión debe adicionarse que la circunstancia del envío y conocimiento por parte del asegurado de las condiciones de la póliza, especialmente de **LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN** de la cual al final se valió el asegurador, no estaba demostrado; pues si bien al preguntársele al demandante y tomador de la póliza de seguros, señor **ATANACIO PARADA PARADA**, solo atinó a decir que la asesora de seguros le remitió la póliza y que él no la leyó, la firmó y la devolvió. Revisado el audio de la audiencia en la cual se tomó el interrogatorio al demandante, se echa de menos la afirmación que a la postre y de manera descuidada, dijo haber hallado el Despacho de conocimiento, puesto que en ninguno de los apartes del interrogatorio el asegurado mencionó, aceptó o confesó haber tendido de manera previa, conocimiento de las condiciones de la póliza, sino del cuerpo documental de la misma, en el cual no se encontraban las **CONDICIONES GENERALES O PARTICULARES DEL SEGURO**, lo cual se evidencia de la comunicación de fecha **17 DE OCTUBRE DE 2019**, a través de la cual la señora **FANNY GONZÁLEZ**, funcionaria de la agencia de seguros **A&A SEGUROS LTDA**, indicó expresamente: ***"Adjunto me complace remitirle la póliza del vehículo de placa EQO-974 con el plan de pagos y los 10 recibos correspondientes"***, con lo cual se corrobora que con tal mensaje de datos jamás se envió al asegurado las **CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZA**, sino solo el documento cartular condensador de la relación de seguros. Se insiste, en ningún aparte el asegurado confesó haber recibido las **CONDICIONES GENERALES**, sino solo la póliza, misma en la cual no se encontraba la exclusión en caracteres destacados, ni en documento anexo a la misma.

Esas desatenciones por parte de la **AGENCIA DE SEGUROS** que actuó en nombre del asegurador demandado, terminaron por postrar los derechos y garantías del asegurado, al no haberle

puesto de presente las **CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO** que adquiría, a fin de poder conocer el alcance de las estipulaciones convencionales y poder pronunciarse al respecto; ese desatino del asegurador implicó, igualmente, un desconocimiento de las obligaciones y deberes que le competen como profesional del mercado asegurador, en especial el de **LEALTAD, INFORMACIÓN Y CONSEJO**. En la misma línea, esa desatención terminó por provocar la ineficacia de la cláusula de exclusión, debido a que no se encontraba en la primera página de la póliza y en caracteres destacados, en los términos de la ley y de la jurisprudencia actual; ello por cuanto de acuerdo con lo dispuesto en el **NUMERAL 3° DEL ARTÍCULO 44 DE LA LEY 45 DE 1990; NUMERAL 2°, LITERAL "C" DEL ARTÍCULO 184 DEL ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO (DECRETO 663 DE 1993) Y EN LAS CIRCULARES EXTERNAS 007 DE 1996 Y 076 DE 1999 DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA; para que una exclusión pueda producir efectos, debe estar enunciada de manera expresa y en caracteres distintivos en la carátula de la póliza**, asunto que no ocurre en este caso; por manera que ningún influjo podrá tener la metada exclusión; máxime cuando una limitación de tal magnitud, desnaturalizaría la función económica, el objeto y la causa del seguro de Automóviles. El criterio anterior fue avalado por la **Honorable Corte Suprema de Justicia¹²**.

El anterior criterio, que hasta el momento se ha mantenido invariable, lo hizo propio el **HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ¹³**, al destacar que:

"(..) 2.2. Tampoco está llamado a prosperar el reproche que la aseguradora formuló contra el juez de primera instancia, por no haberle dado validez a la exclusión del amparo que, según ella, se configuró desde el momento en que al señor Rodríguez Sierra le fue suspendida su licencia de conducción.

Y es que, como la misma Allianz Seguros lo manifestó en su censura, esa limitante (que figura en las condiciones generales de la <<póliza de seguro de autos livianos>>, (fl. 96), no fue consignada en la carátula de la respectiva póliza, omisión que dicha litigante trató de excusar pretextando que en la primera página de ese documento sí se escribió que el contrato está integrado (entre otras cosas) "por las condiciones generales contenidas

¹² Sentencia de fecha 29 de enero de 2015, M. P. Margarita Cabello Blanco. Ref. 2015-0003600.

¹³ Sentencia de fecha el 13 DE JUNIO DE 2018

en la forma AUTO58V8, que es precisamente donde están relacionadas todas las exclusiones” (fl. 321).

Este último planteamiento no lo encuentra de recibo el Tribunal, principalmente por cuanto va en expresa contravía con lo que disponen los artículos 44 (num. 3º) de la Ley 45 de 1990 y 184 (num. 2, lit.c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y en las circulares externas 007 de 1996 y 076 de 1999 de la Superintendencia Financiera, según las cuales una restricción de cobertura como la que en favor invocó la hoy apelante (que concierne directamente al amparo objeto del contrato), debe ser consignada en la reseñada pieza contractual, so pena de resultar inoponible al asegurado (según lo precisó recientemente, en sede de tutela, la Corte Suprema de Justicia) (...) (Negrillas y Subrayas del suscrito)

En ese mismo sentido, la SALA DE DECISIÓN CIVIL DEL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ¹⁴, reiteró recientemente, lo siguiente:

“(..).b. En segundo lugar, porque si bien es cierto que en la hoja número 2 de las condiciones generales de la póliza aparece como causal de exclusión “la conducción del vehículo asegurado por personas no autorizadas por el asegurado, inclusive cuando esta conducción se realice con ocasión de una apropiación indebida o por hurto” (2.11), no lo es menos que esa estipulación resulta ineficaz, pues contraviene lo dispuesto en los artículos 44 de la ley 45 de 1990 y 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que establecen como requisito de las pólizas que “los amparos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados en la primera página de la póliza”.”

Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia señaló que:

“Los artículos 44 de la Ley 45 de 1990 y 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, son claros al exigir como requisito que “los amparos

¹⁴ Sentencia de fecha veinte (20) de noviembre de 2020. M. P. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ. Radicado 11001310303520150059501.

básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza”, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones erige en una arbitrariedad. Al respecto, se ha aclarado que el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades”¹⁵

Incluso, aunque se aceptara la postura según la cual es suficiente que las exclusiones comiencen en la primera página, pudiéndose completar en las siguientes, en este caso tales exclusiones principian en la página 2 de las condiciones generales, por lo cual no hay modo de otorgarles eficacia. (...)” (Negritas y Subrayas del suscrito)

Ahora, si no bastara con la ineficacia de la cláusula de exclusión por cuenta de su ausencia en la carátula de la póliza y en caracteres destacados, aúñese que no existe prueba que las condiciones generales de la póliza, en las cuales se encontraba la cláusula de exclusión llamada a producir efectos, fueron en realidad entregadas al asegurado, en la forma y fecha que se destacó por la compañía de seguros; por el contrario, de acuerdo a la declaración del propio asegurado y tomador de la póliza, de los documentos aportados y de la prueba por oficio ordenada al asegurador, queda al descubierto que tal envío jamás existió; baste con verificar el contenido del mensaje de datos de fecha **17 DE OCTUBRE DEL AÑO 2019**, remitido desde la dirección electrónica del asesor de seguros, en donde ninguna referencia se hace a las condiciones generales, solo a la póliza y al pago fraccionado de la prima, y del contenido del informe rendido por parte de la compañía de seguros, - el cual se entiende rendido bajo la gravedad del juramento, de acuerdo con los lineamientos del **Artículo 195 del Código General del Proceso** -, se dijo expresamente en el **NUMERAL (VIII)** del cuestionario propuesto, que la fecha en la cual fueron remitidos la póliza de seguro y las condiciones generales se hizo **“el 17 de octubre de 2019, mediante correo electrónico, ...”**; cuando en verdad en esa comunicación nada se destacó acerca del envío de las denominadas **CONDICIONES GENERALES**, ni se indicó el sendero para consultarlas. La posibilidad de consultar las condiciones se encontraba descrito en la

¹⁵ Sentencia de 25 de Octubre de 2017. Rad. STC 17390 - 2017

misma póliza, asunto que no colma la insoslayable obligación del asegurador de remitir las condiciones del seguro al tomador o asegurado; pues teniendo en cuenta el grado de instrucción escaso del asegurado, quien dijo haber cursado apenas 5° DE PRIMARIA, no le era viable ingresar al link encriptado en la carátula de la póliza, a consultar las condiciones y avenirse a la libre discusión de las mismas. Es una cuestión inobjetable, el asegurador demandado no remitió las condiciones generales de la póliza al asegurado, ni en la comunicación enviada el 17 de octubre de 2019, se indicó la forma de conocerlas, y si bien en la póliza se indica la serie de las mismas, ello no satisface el deber de información que le es atribuible al asegurador. Es más, al informe rendido por el Representante Legal de LA PREVISORA S. A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, suscrito por JUAN SEBASTIAN HERNANDEZ ORDOÑEZ, se anexó el documento que dijo la compañía era soporte del envío de las CONDICIONES GENERALES, documento que es el mismo al que se hizo referencia, en el cual no consta tal asunto.

La DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA asumió que mis mandantes tuvieron una adecuada asesoría por parte del INTERMEDIARIO DE SEGUROS señores A & A SEGUROS LTDA a través de la señora ROCIO GONZALEZ, quien el 17 DE OCTUBRE DE 2019 le envió a su dirección de correo electrónico la PÓLIZA DE SEGUROS, quien textualmente allí les dijo *“(...) Adjunto me complace remitirle la póliza del vehículo de placas EQO – 974 con el plan de pagos y los 10 recibos correspondientes. (...)”*, suponiendo que también iba acompañada de las CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO, porque le preguntaron al señor ATANASIO PARADA PARADA que si iba acompañada de dichas condiciones, y él inocentemente dijo que sí, soslayando la Delegatura que itero hasta la sociedad, es un señor con escaso QUINTO (5°) DE PRIMARIA, sin ni siquiera haberle exhibido la Delegatura dichas condiciones para que él tratara de entender de qué documento le estaban hablando, soslayando de paso que tales CONDICIONES el suscrito apoderado judicial tuvo que obtenerlas a través de DERECHO DE PETICIÓN que allegué con el libelo demandatorio, pasando por alto también, la respuesta brindada por el Representante Legal de la pasiva a través de la PRUEBA POR INFORME en el numeral VIII, de donde fácilmente se logra concluir que no se las allegaron, sino que lo enviaron a consultar en una página web a un consumidor de tan escaso nivel académico y que ni siquiera sabe cómo consultar tal situación, cuyo demandante simplemente en su interrogatorio esgrimió que la asesora le manifestó que para la renovación le resultaba

más económico EL VALOR ANUAL DE LA PRIMA DE SEGURO CON LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS que con la que venía asegurado su rodante MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., y que le cubría contra TODO RIESGO por el 100% y que él ante tal economía en el VALOR DE LA PRIMA DE SEGURO y COBERTURA DEL 100%, aceptó que fuese trasladada su póliza y que con dicha explicación que le habían dado, había quedado satisfecho, a cuya explicación se refirió AL COSTO DE LA PRIMA Y LA COBERTURA TOTAL AL 100%, pues la DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA jamás le preguntó como ES SU DEBER SER EN BÚSQUEDA DE LA VERDAD REAL COMO JURÍDICA, ¿si él sabía en qué consistía una exclusión y si la intermediaria de seguros o algún funcionario de la aseguradora le habían explicado el alcance de las exclusiones?, especialmente la del SOBREPESO, llegando entonces, a una conclusión bastante errada como así lo fue toda su sentencia exceptuando lo concerniente a la LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA E INTERÉS ASEGURABLE DEL DEMANDANTE LUIS ALBERTO PARADA PARADA, que fue en lo único que atinó en dicha sentencia ahora objeto de ataque.

Teniendo en cuenta lo anterior, vale la pena recordar los principales apartes de la LEY 1480 DEL 12 DE OCTUBRE DE 2011 referente al NUEVO ESTATUTO DEL CONSUMIDOR que aparentemente también soslayó, que obvia, obligatoriamente y en todo su esplendor, DEBE APLICAR CON TODA SU RIGUROSIDAD EN LOS CASOS PUESTOS BAJO SU CONOCIMIENTO:

(...)

1. Derechos

1.3. Derecho a recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.

1.6. Protección contractual. *Ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los términos de la presente ley.*

Artículo 4. Carácter de las normas. *Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley. (...).*

CAPÍTULO II.

CONDICIONES NEGOCIALES GENERALES Y CONTRATOS DE ADHESIÓN

Artículo 37. Condiciones negócias generales y de los contratos de adhesión.

Las condiciones generales y de los contratos de adhesión deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

1. **Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos se utilizará el idioma castellano.**

2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas.

3. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.

Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo.

Artículo 39. Constancia de la operación y aceptación. Cuando se celebren contratos de adhesión, el productor y/o proveedor está obligado a la entrega de constancia escrita y términos de la operación al consumidor a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la solicitud. El productor deberá dejar constancia de la aceptación del adherente a las condiciones generales. (...) (Negrillas y

Subrayas fuera de texto).

Especializados en derecho civil, Comercial y seguros

Todo lo anterior permite concluir que sin el más mínimo asomo de duda, el asegurado no conoció las condiciones generales de la póliza, por lo que la cláusula de exclusión que al final del debate vino a surtir efectos, no debió tenerlos, por cuanto no fue objeto de conocimiento del asegurado ni de libre discusión por parte del mismo; permaneciendo como aspectos ocultos de la relación aseguraticia, sorprendiendo al asegurado a la hora de la reclamación de su derecho frente al asegurador.

Todo lo dicho en precedencia impone concluir que anduvo bastante desenfocada la Delegatura encargada de decidir la primera instancia del presente litigio, pues a vuelta de apreciar erradamente el material probatorio, por defecto y por suposición de la prueba de la entrega y conocimiento del asegurado de las condiciones generales del contrato de seguro, terminó por aceptar que la exclusión recogida en las condiciones desconocidas y arcanas para el asegurado, tenía efectividad en el asunto, por lo que terminó por desatar el conflicto con negativa de las pretensiones de la demanda; situación, que ante las evidencias demostrativas dejadas en esta sustentación, inexorablemente debe ser revertida.

Aunque no fue fundamento de la decisión apelada, pero sí materia de debate por parte del asegurador, la circunstancia de sobrecupo de carga y el desvío por un sector veredal, no son constitutivos de agravación objetiva del riesgo asumido, ex ante, por el asegurador, o por lo menos no fue demostrada en su integridad.



En aceptada posición del profesor **Stiglitz**¹⁶, se dice que la agravación del riesgo se produce cuando *"con ulterioridad al perfeccionamiento del contrato sobreviene, respecto de las circunstancias objetivas o subjetivas declaradas en oportunidad de esa conclusión, una alteración trascendente que aumente, ya sea la posibilidad, o ya sea la intensidad del riesgo tomado a cargo por el asegurador"*

El sector por el cual se desvió el conductor no corresponde a un paraje desolado, pues para la fecha de los hechos existía y aún existe la plantación de flores y la empresa Flores Jaroma, adicional a que la hora en que se efectuó el desvío no representaba un riesgo mayor de hurto, debido a que era de día aproximadamente las **7:20 de la mañana**, ello teniendo en cuenta la denuncia presentada por el conductor y la versión dada por el asegurado señor **ATANACIO PARADA PARADA** en la diligencia de interrogatorio de parte, oportunidad en la cual destacó que el vehículo tenía que estar llegando a Bogotá sobre las nueve de la mañana, luego de un recorrido de aproximadamente 16 horas desde Fortul Arauca. Esas pesquisas permiten reforzar el asunto, pues en verdad para la hora en que ocurrió el hurto del automotor, ya era de día, en horario

¹⁶ Stiglitz Ruben y Stiglitz Gabriel. DERECHO DE SEGUROS. Tomo II. Sexta Edición. Editorial THOMSON REUTERS LA LEY. Buenos aires 2016. Pág. 504.

laboral del sector floricultor de la zona, no era un sector despoblado, puesto que existen cultivos y empresas exportadoras de flores, además que era horario solar. De esta manera las cosas, no se entiende cómo la mera circunstancia de haber tomado una ruta alterna, cuestión que no se encuentra destacada en las convenciones del contrato como una desatención o incumplimiento de garantía, pueda, por sí sola, constituir un evento de agravación del estado del riesgo; además, no puede olvidarse que también la agravación del estado del riesgo, como eximente de responsabilidad del asegurador, requiere de prueba del nexo de causalidad entre la circunstancia fáctica y el incremento del riesgo.

En apretada síntesis, para que opere la agravación del riesgo, con las consecuencias establecidas en el **Artículo 1060 del Código de Comercio**, es menester que por parte del asegurador que lo alega se demuestre: **a)** La existencia de circunstancias nuevas y posteriores a la vigencia del contrato de seguro, **b)** Que esas particulares circunstancias sean trascendentes, **c)** Que impliquen un aumento objetivo de probabilidad del siniestro o de intensidad el riesgo asumido, **d)** Que las circunstancias nuevas y posteriores hayan influido de manera determinante en la causación del siniestro y **e)** Que se demuestre que en tales hipótesis el asegurador no habría celebrado el contrato de seguro o lo hubiera hecho en condiciones más onerosas. Satisfechos todos los anteriores aspectos, el asegurador podrá ponerse a salvo frente a la reclamación del asegurado, en defecto de prueba de todos o alguno de los aspectos, la compañía aseguradora quedará vinculada a la obligación de pago, en la forma y términos convenidos en el contrato.

El asegurador, en su labor profesional de verificación de las circunstancias de ocurrencia del siniestro, no ha adelantado ninguna acción tendiente a demostrar que las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia del riesgo, son distintas a las narradas por el conductor del vehículo en la denuncia, por lo que habrá de tenerse por cierto que el hurto se perpetró de día, en una vía con presencia o cercanía de empresas y cultivos de flores; luego no fue una circunstancia de agravación del riesgo el transitar por una vía distinta a la troncal y con carga adicional, circunstancias que además de no estar consagradas como causales de garantía convencional, no estaba demostrado que en sí mismas consideradas implicaban una agravación objetiva del o los riesgos amparados en el seguro; cuya circunstancia quedó huérfana de prueba por parte del asegurador, a quien ineludiblemente le correspondía esa labor, de acuerdo a lo consignado en el **Inciso Segundo del Artículo 1077 del Estatuto Mercantil**.

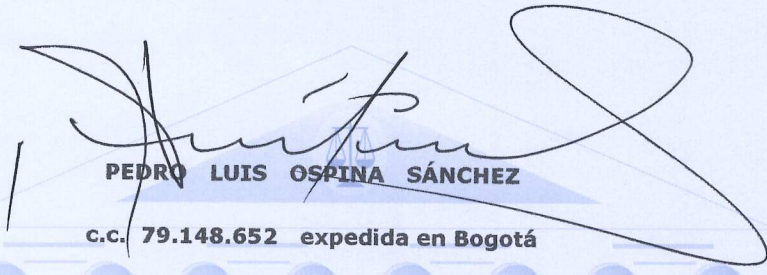
"Ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius"

"Donde no hay justicia, no puede haber derecho"

34

Por todo lo expuesto y en cumplimiento del **Artículo 14 del DECRETO 806 DE 2020**, dejo **OPORTUNAMENTE SUSTENTADO EL RECURSO DE APELACIÓN** ante el **HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, reiterándole nuevamente mi justa como legal petición de **ORDENAR REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, para en su lugar, en un acto completamente ajustado a la realidad fáctica como jurídica que rodean la litis, **ACOGER LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**.

Del Honorable Magistrado de la República de Colombia, con todo mi respeto y cordialidad,


PEDRO LUIS OSPINA SÁNCHEZ
c.c. 79.148.652 expedida en Bogotá
T.P. 151.378 del C.S. de la J.
www.defenderltda.com
pedroluisospina@outlook.com
MÓVIL 310-2143315

"LA ABOGACÍA NO ES SIMPLEMENTE UN OFICIO, ENTRE TANTOS, NI SIQUIERA UN MEDIO PARA GANAR LA VIDA, SINO EL INSTRUMENTO DE QUE LA PERSONALIDAD HUMANA SE SIRVE PARA VER RESPETADOS Y GARANTIZADOS SUS DERECHOS Y SU LIBERTAD"

José J. Gómez

CIVIL INTERNO DEFENDER LTDA No. 1.423




Viva Seguro
Programa de Educación Financiera

ÍNDICE

Presentación.....	1
¿Qué es un seguro de automóviles?.....	2
¿Qué diferencia hay entre el SOAT y el seguro de automóviles?.....	3
¿Es recomendable contar con el SOAT y con el seguro de automóviles?.....	4
¿Qué tipo de pólizas existen?.....	4
¿Qué coberturas básicas ofrece el seguro de automóviles?.....	6
¿Existen coberturas o servicios adicionales en la póliza de automóviles?.....	9
¿Qué eventos se encuentran excluidos de la póliza de autos?.....	11
¿Qué otras exclusiones comunes tienen las pólizas de autos?.....	11
¿Cómo se determina el valor asegurado de un vehículo?.....	13
¿Qué es y cómo funciona el deducible?.....	15
¿Cómo se determina el valor del seguro de automóviles?.....	16
¿Qué ocurre cuando el valor vehículo disminuye durante la vigencia del seguro?.....	18
¿Qué hacer en caso de que ocurra un siniestro?.....	19
¿Cuáles son los derechos que tiene el tomador y/o asegurado frente a una Compañía de Seguros?.....	21
¿Qué deberes tiene el tomador y/o asegurado frente a la compañía de seguros?.....	22
¿Cómo debe actuar el asegurado cuando considera que su compañía de seguros no está protegiendo sus derechos?.....	23
¿Quién es el Defensor del Consumidor Financiero?.....	23
¿Qué procedimiento se debe seguir para presentar una queja?.....	24
¿Dónde se puede ubicar al Defensor del Consumidor Financiero?.....	25
Glosario de términos.....	26

Presidente: Roberto Junguito Bonnet, Vicepresidenta Ejecutiva: Carolina Soto Losada, Directora de Responsabilidad Social: Alejandra Díaz Agudelo, Redacción: Jairo Alberto Pérez Muñoz, Revisión y Aprobación: Cámara Técnica de Automóviles, Diseño: Rep Grey, Diagramación e Ilustraciones: MSCREA, Coordinación: Dirección de Comunicaciones y Mercadeo, Impreso por: Offset Gráfico, ISBN: 978-958-57209-2-3, E-ISBN: 978-958-57209-3-0, Federación de Aseguradores Colombianos - Fasecolda: Cra. 7 No. 26 - 20 piso 11, Conmutador: +57 1 3443080, Página Web: www.vivasegurofasecolda.com, Correo electrónico: vivaseguro@fasecolda.com, Edición 2012.

Una publicación de la Dirección de Responsabilidad y la Cámara Técnica de Automóviles de Fasecolda. Derechos reservados de autor. Prohibida su reproducción total o parcial sin autorización de los editores.

Presentación

Con el ánimo de propiciar un mayor entendimiento de los seguros en la población, y así promover la adopción de decisiones informadas a la hora de adquirir un seguro y administrar los riesgos, las Compañías de Seguros, a través de la Federación de Aseguradores Colombianos, FASECOLDA, vienen adelantando el Programa de Educación Financiera Viva Seguro.

Como parte del programa, FASECOLDA presenta la Guía del Seguro de Automóviles, dirigida al público en general y elaborada para explicar de manera sencilla los aspectos fundamentales de este seguro. Esta guía se constituye en una referencia confiable para los propietarios de vehículos, en el momento de asegurar su automotor. Adicionalmente, le permitirá al lector identificar cuáles son sus derechos y deberes como tomador o asegurado, así como los mecanismos dispuestos en la ley para su protección.

FASECOLDA advierte que la información consignada en el presente documento no reemplaza el proceso que las partes interesadas en el aseguramiento del vehículo deben adelantar para la adecuada protección del mismo. Los procesos de suscripción tienen particularidades que son únicas a cada vehículo y a cada compañía, por esta razón, el contenido del presente documento es meramente ilustrativo.

FASECOLDA no se hace responsable por el uso que se realice de esta Guía en el proceso de suscripción y/o reclamación, ni por las consecuencias generadas por su inadecuada utilización. Esta Guía no reemplaza los clausulados de las pólizas de seguros que se ofrecen en el país, ni compromete la opinión de las compañías de seguros.

El presente documento está basado en los estándares técnicos y jurídicos vigentes al momento de su publicación y puede ser consultado y descargado de la página web del Programa de Educación Financiera de Fasescolda www.vivasegurofasescolda.com.

¿Qué es un seguro de automóviles?

Un Seguro de Automóviles es un contrato voluntario mediante el cual el propietario de un vehículo traslada a una compañía de seguros los riesgos asociados a la conducción de un automotor, como los daños por accidentes de tránsito, el hurto del carro, los daños ocasionados a bienes de terceros y la muerte o lesiones ocasionados a terceros como consecuencia de un accidente de tránsito en donde el asegurado resulte responsable.



¿Qué eventos se encuentran excluidos de la póliza de autos?

De conformidad con las normas colombianas, las compañías excluyen de las coberturas las pérdidas o daños que sean consecuencia de eventos catastróficos de la naturaleza como terremotos o los causados por el hombre como por ejemplo actos terroristas. Se excluyen igualmente, eventos como la guerra, los motines, o las asonadas. Para que estos eventos sean cubiertos por la póliza, deben ser contratados de manera expresa mediante un anexo.

Es común que las compañías de seguros otorguen este anexo en las pólizas; sin embargo, es importante que el asegurado verifique que cuenta con la cobertura.

Es importante mencionar que la póliza de automóviles no opera si el vehículo ha ingresado ilegalmente al país y/o cuando su matrícula es fraudulenta, sean estas circunstancias conocidas o no por el asegurado, tomador o beneficiario de la póliza.

¿Qué otras exclusiones comunes tienen las pólizas de autos?

Si bien cada compañía de seguros y cada producto de seguros es diferente, hay ciertas condiciones comunes que generalmente no están cubiertas por las pólizas de autos, algunas de las cuales son:

Exclusiones Generales

- Cuando el accidente es consecuencia de exceso de carga o sobrecupo de pasajeros y esta situación influye en su ocurrencia.
- Cuando el vehículo asegurado es empleado para un uso distinto al señalado en la póliza, por ejemplo, cuando un vehículo particular se alquila a un tercero.





Carrera 7 No. 26 – 20, Pisos 11 y 12
Teléfono: (571) 344 30 80
Bogotá D.C. – Colombia

vivaseguro@fasecolda.com
www.fasecolda.com
www.vivasegurofasecolda.com

Una publicación de:
Cámara Técnica de Automóviles
Dirección de Responsabilidad Social

Derechos Reservados de Autor

GILBERTO TINOCO RAMIREZ

ABOGADO

Bogotá D.C. Abril 12 de 2021

SEÑORES

MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

SALA CIVIL

E. S. D.

Correo

Electronico:"segscatribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co"

Copia."des12ctshta@cendoj.ramajudicial.gov.co"

REF:

RADICACION No 110013199005-2019-2998501

PROCESO: VERBAL

DEMANDANTE: ORGANIZACIÓN SAYCO-ACINPRO

DEMANDADO: EL RAPIDO DUITAMA LTDA

CONOCIMIENTO: DIRECCION NACIONAL DERECHOS DE AUTOR

MAGISTRADA: Dra. MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

ASUNTO: SUSTENTACION APELACION SENTENCIA

GILBERTO TINOCO RAMIREZ, Abogado con Tarjeta Profesional No28.822 del C.S.J. obrando como apoderado de **EL RAPIDO DUITAMA LTDA.** en el proceso de la referencia, dentro del termino previsto por el articulo 14 del Decreto 806 de 2020, a los señores Magistrados respetuosamente manifiesto que **SUSTENTO EL RECURSO DE APELACION** admitido contra la Sentencia de Primera Instancia de fecha Febrero 12 de 2021, así:

.

I-RAZONES SUSTENTO DEL RECURSO

1-La sentencia recurrida es susceptible de apelación conforme al artículo 321 del Código General del Proceso.

2-La sentencia recurrida vulnera el artículo 164 del Código General del Proceso, porque las decisiones contenidas en ella se fundaron en pruebas nulas de pleno derecho, allegadas en forma irregular al proceso por lo siguiente:

A-Las pruebas aportadas por la demandante para demostrar la comunicación pública de obras musicales dentro de los vehículos afiliados a El Rápido Duitama Ltda., fueron seis formatos diligenciados por los señores Rodrigo Meneses y Edison Serrano, presuntamente empleados de Sayco-Acinpro, durante los años 2016 y 2017 (ver páginas 3,4,5 y 6 de la sentencia), inspección realizada por ellos sin la intervención de ninguna autoridad judicial, con desconocimiento total del artículo 183 del Código General del Proceso, por tanto obtenida con violación del debido proceso.

B-Como consecuencia de lo anterior la sentencia recurrida también vulnera el artículo 189 del Código General del proceso, pues la demandante no procedió como lo ordena esta norma, obviando la Intervención de los Jueces de la república para obtener la prueba que utilizaría en este proceso.

3-La sentencia recurrida contiene errores de hecho manifiestos y trascendentes en la apreciación de dos pruebas, así:

A- La llamada “Inspección a 6 vehículos” afiliados a El Rápido Duitama Ltda., porque de ella deduce que los restantes 34 buses simultáneamente ejecutaban en forma permanente comunicación pública de obras musicales, lo cual constituye error de hecho puesto que, con un criterio lapso, únicamente se probaría la comunicación de obras musicales en 6 vehículos.

B- La confesión del hecho tercero de la demanda, contenida según la sentencia en la respuesta a éste, apreciación indebida, pues de la forma como se redactó únicamente puede colegirse que se hizo con lealtad procesal, en forma clara al expresar que El Rápido Duitama Ltda. no solicitó autorización a la Organización Sayco-Acinpro para la comunicación de obras musicales dentro de sus vehículos, precisamente porque no consideraba una obligación

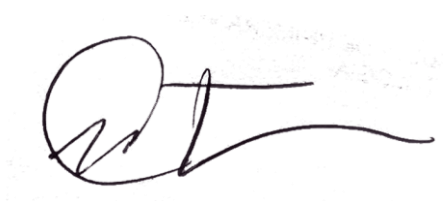
legal hacerlo, lo cual constituye el eje del proceso, más resulta una exageración interpretativa deducir de esta repuesta la confesión al hecho, lo que genero un error manifiesto y trascendente, porque en ella se soportó en parte la sentencia condenatoria.

3-Lo anotado conduce a concluir que la sentencia proferida en éste proceso, fue sin pruebas, por la nulidad de pleno derecho en la producción de la llamada “Inspección a 6 vehículos” y la indebida apreciación de la segunda, sumado al hecho de aplicar indebidamente el artículo 167 del Código General del Proceso, pues en forma insólita traslada la carga de la prueba de los hechos de la demanda a la parte demandada, cuando es obvio que esta carga le corresponde a quien pretende obtener la condena, la demandante, a menos que el Juez la distribuya y asigne al demandado, lo cual no sucedió.

II-PETICION

Respetuosamente solicito revocar la sentencia de primera instancia y negar las pretensiones de la demanda.

Atentamente,

A handwritten signature in dark ink, consisting of a large, stylized 'G' followed by a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

GILBERTO TINOCO RAMIREZ

C.C. No19.238.289 de Bogotá

T.P. No28.822 C.S.J.

Correo Electrónico: gilbertotinoco2020@gmail.com

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
E.S.D.
Ciudad

Referencia: **PROCESO ACCIÓN DE DOMINIO (REIVINDICATORIO)**
MERY SALCEDO CHAPARRO CONTRA ALBERTO CELIS
CHAPARRO. RAD. 110013103020 2017 00600 00

Asunto: **SUSTENTACION APELACION**

WHITMAN DARÍO HERNÁNDEZ DEAZA, obrando como apoderado judicial de la demandante en la acción de dominio, señora MERY SALCEDO CHAPARRO, me permito sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos:

En el recurso de apelación presentado en tiempo ante el a quo, se resaltó de manera breve las situaciones fáctica relevantes para una mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a la instauración de la demanda reivindicatoria, así mismo se señaló el reparo concreto respecto de la decisión de instancia que en resumen se contrae a la indebida valoración de los presupuestos axiológicos de la acción de dominio, que llevó a la Juez de instancia a denegar las pretensiones de la acción reivindicatoria, por cuanto en su sentir, *(postura que no comparto por estar en contra vía a la norma taxativa del art. 954 del Código Civil)* que al probarse que el demandado nunca ha sido un verdadero poseedor, la acción de dominio no era la vía jurídica para lograr dicha pretensión reivindicatoria.

Respecto de lo anterior es importante recordar que la acción de dominio o proceso reivindicatorio es la acción con la que cuenta el titular del derecho de dominio a efectos de recuperar la posesión.

Así mismo es claro, que en principio y de manera general la acción de dominio está dirigida contra el actual poseedor.

Sin embargo, desde el derecho romano posclásico, se introdujeron algunas reformas importantes en el régimen de la reivindicación, entre ellas fue que dicha acción fuera posible dirigirla no solo contra el efectivo poseedor, sino también contra los llamados "poseedores ficticios" (*ficti possesores*). calidad que corresponde al que, sin ser poseedor, se hacía pasar por tal.

En tal sentido el artículo 954 del Código Civil, expresa: <FALSO POSEEDOR>. Si alguien, de mala fe, se da por poseedor de la cosa que se reivindica sin serlo, será condenado a la indemnización de todo perjuicio que de este engaño haya resultado al actor.

Conforme lo anterior es claro que en el presente asunto, la acción de dominio es el camino jurídico a efectos que se amparen las pretensiones de mi poderdante, nótese que respecto de los presupuestos axiológicos de la acción, estos se cumplen a cabalidad, (i) por cuanto mi poderdante es la titular del derecho de dominio tal y como se prueba del certificado de matrícula inmobiliaria del predio objeto de la acción; (ii) la demanda está dirigida en contra de quien sin serlo alegó ser poseedor; (iii) la cuota parte a reivindicar está claramente definida en la prueba consistente en el experticio aportado por el perito nombrado a efecto de la inspección judicial.

En los anteriores términos sustento la apelación y solicito respetuosamente se REVOQUE la decisión de denegar las pretensiones de la demanda principal, acción de dominio instaurada por mi poderdante.

De la Señora Juez, respetuosamente,



W. DARÍO HERNÁNDEZ DEAZA

C.C. No. 79.883.842 de Bogotá

T.P. No. 265.357 del CSJ

Honorables Magistrados

SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Magistrado Ponente: Dra. CLARA INES MARQUEZ BULLA
E. S. D.

REF: APELACION EN PROCESO EJECUTIVO DE BANCO ITAU CORPBANCA S.A. COLOMBIA S.A. CONTRA JACKSON DAZA ARIAS

EXPEDIENTE NO. 2019-0359 JUZGADO DE ORIGEN: 25 CIVIL DEL CIRCUITO.

ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

JUAN FERNANDO PUERTO ROJAS, identificado con C.C. 79.261.094 y T.P. No. 44989 del C. S. de la J., obrando como apoderado de la entidad demandante dentro del proceso de referencia, con base en lo previsto en el artículo 427 del C.G.P. y el artículo 14 de Decreto 806 de 2020, y lo ordenado en auto del 09 de abril de 2021, dentro del término legal y mediante el presente escrito presento la sustentación del recurso de apelación con los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1) *Cumplimiento de los requisitos del pagaré y claridad sobre la existencia del negocio subyacente*

El juez de primera instancia, en la audiencia de fallo, resolvió de oficio revisar la concurrencia de los presupuestos legales del pagaré base de la acción encontrando que el mismo al no haberse llenado los espacios atendiendo las instrucciones dadas por el otorgante, resuelve declarar de oficio la excepción que denomino **"No haberse diligenciado el pagaré base de la ejecución de acuerdo a las instrucciones dadas por el suscriptor"** y consecuentemente ordena cesar la ejecución. Nótese que en su fallo no se refiere a ninguna de las excepciones que prevé la ley comercial en su artículo 784.

El AQUO basó su fallo en un supuesto incumplimiento a lo establecido en el numeral 1 de la carta de instrucciones del pagaré, desconociendo que dicho numeral se refiere a la fecha de emisión del pagaré, el cual no es un requisito esencial para la validez del título. Tanto así, que el inciso final del artículo 621 del Código de Comercio establece la forma subsidiaria para determinar la fecha de emisión de los títulos valores. Y expresamente indica que **"Si no se menciona la fecha y el lugar de creación del título se tendrán como tales la fecha y lugar de entrega"**. Para el caso presente no hay duda que la emisión del mismo el día 21 de marzo de 2013, fecha en la cual se otorgó el crédito No. 213-19620-2 como se evidencia en la liquidación de crédito que se aportó como prueba al contestar las excepciones. Así lo manifestó el representante legal del banco al ser interrogado sobre el particular.

El fallo objeto de censura está alejado de la realidad jurídico-procesal porque el título base de la ejecución para el caso concreto cumple con los requisitos generales establecidos para los títulos valores en el artículo 621 del Código de Comercio y en los esenciales que prevé el artículo 709 de la misma ley.

De igual manera el señor **DAZA ARIAS** en el interrogatorio de parte reconoció haber suscrito en el pagaré y **nunca desconoció** el título valor, tampoco fue tachado de falso, o de contener obligaciones que no debe o que no haya adquirido. Ni controvertió su naturaleza, cuantía o la validez de los negocios subyacentes que dieron origen a la creación del Pagaré No. 10259595. Por el contrario, durante el interrogatorio realizado el 09 de febrero de 2021 en audiencia concentrada, el señor **DAZA ARIAS** reconoció haber mantenido relaciones comerciales con la entidad demandada en las cuales el banco le hacía desembolsos y retanqueos al menos, desde que se realizó la primera operación inserta en el documento cartular, que fue el 21 de marzo de 2013, como está demostrado en el proceso

Como se verá más adelante, al no existir dudas sobre los requisitos esenciales del título valor ni sobre las características de los negocios subyacentes que lo originaron, fijándose el litigio sobre la controversia del valor probatorio del pagaré No. 10259595, el deber del juez de primera instancia era adecuar la fecha de diligenciamiento de este, interpretando lo establecido en el numeral tercero de la carta de instrucciones, sin desconocer el mérito ejecutivo que presta, ni el derecho de crédito en favor de la entidad demandante, según la jurisprudencia ordinaria y constitucional pertinente. Es decir que, el Aquo debió tener en cuenta la fecha de diligenciamiento de los espacios en blanco del pagare, porque así se estableció en el numeral tercero de la carta de instrucciones que al tenor dice: **“La cuantía del pagare será igual al monto de las sumas que conjunta o separadamente por créditos, ..., tanto por capital como por intereses o comisiones. Llegue a deber al banco el día en que sea llenado.”**

Y como quedó demostrado en el proceso el pagare base de la acción fue llenado en sus espacios en blanco el día 31 de mayo de 2019. Así se manifestó en el hecho cuarto de la demanda y así lo ratifico en el interrogatorio de parte el representante legal del banco.

Principios de Incorporación, Autonomía y Literalidad del título valor

En segundo lugar, el juez de primera instancia basó su decisión en la discordancia entre la fecha de emisión del pagaré contenida en el cuerpo del título y la fecha de exigibilidad del mismo. Sin tener en cuenta lo expresado en el hecho 4º. de la demanda.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha establecido que, a partir de los principios de Incorporación, Autonomía y Literalidad de los títulos valores:

[...] Los principios anotados tienen incidencia directa en las particularidades propias de los procesos judiciales de ejecución. En efecto, estos procedimientos parten de la exhibición ante la jurisdicción civil de un título ejecutivo, esto es, la obligación clara, expresa y exigible, contenida en documentos que provengan del deudor o de su causante, y que constituyan plena prueba contra él. **Por ende, los títulos valores, revestidos de las condiciones de incorporación, literalidad, legitimación y autonomía, constituyen títulos ejecutivos por antonomasia, en tanto contienen obligaciones cartulares, que en sí mismas consideradas conforman prueba suficiente de la existencia del derecho de crédito y, en consecuencia, de la exigibilidad judicial del mismo¹.** (subrayado para hacer énfasis).

En el mismo sentido, el Máximo Tribunal Constitucional ha dicho que:

Se tiene entonces, que los títulos valores contienen una declaración unilateral de voluntad, generadora de derechos en favor del beneficiario y a cargo de los obligados, **que en razón del principio de incorporación adquieren un carácter de documento probatorio constitutivo y dispositivo²** [...] (subrayado para hacer énfasis)

Así, para el caso concreto, el juez de primera instancia desconoció los principios citados, aplicables al Pagaré No. 10259595, en tanto que priorizó la discordancia derivada de un error en el diligenciamiento del espacio correspondiente a la fecha de emisión del pagare, sobre el contenido literal del título base de la acción. De igual manera, erró al considerar que la inobservancia parcial de la carta de instrucciones era suficiente para desacreditar el mérito ejecutivo del título valor. No tuvo en cuenta que el demandado no cuestionó jurídicamente los negocios subyacentes que dieron origen a la creación del título o su fecha de exigibilidad, basando su decisión únicamente en un error en la fecha de emisión del título valor. Sobre esto, más adelante se valorarán los efectos de la inobservancia parcial de la carta de instrucciones para los títulos valores firmados en blanco.

¹ Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (30 de abril de 2009) Sentencia T-310 de 2009. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]

² Ibid.

2) Valoración conjunta de la prueba y reglas de la sana crítica

El artículo 176 del C.G.P. establece el deber de los jueces de aplicar el criterio de la sana crítica a la hora de valorar el material probatorio, el cual debe ser valorado en conjunto. Teniendo en cuenta lo resumido previamente sobre el valor probatorio de los títulos valores para demostrar la existencia de un derecho de crédito, se evaluará lo establecido por la Corte Suprema de Justicia sobre la valoración conjunta de la prueba y la aplicación de la sana crítica, con el fin de demostrar que el juez de primera instancia dictó sentencia sin motivar razonablemente su decisión.

El Máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria ha establecido que:

En Colombia, según el principio de valoración racional de la prueba, implantado por mandato del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, hoy 176 del Estatuto Procesal vigente, **es deber del juez, y no mera facultad suya, evaluar en conjunto los elementos de convicción para obtener, de todos ellos, un resultado homogéneo o único, sobre el cual habrá de fundar su decisión final.**

Tal obligación legal -lo sostiene la Corte-, **impeditiva de la desarticulación del acervo probatorio, ha sido la causa de que los falladores de instancia frecuentemente acudan a ese expediente para formar su criterio, sin atender de modo especial o preferente a ninguna de las diversas pruebas practicadas. Mediante ese procedimiento, resulta que su persuasión se forma no por el examen aislado de cada probanza, sino por la estimación global de todas las articuladas, “examinadas todas como un compuesto integrado por elementos disímiles.**

Esa evaluación será correcta si, como lo manda el inciso 2° del citado artículo 176, ibidem, en el estudio conjunto del fallador éste expone **“razonadamente el mérito que le asigna a cada prueba”, pues no actuando así su análisis no sólo resulta ilegal sino también peligroso, “porque arbitrariamente saca una deducción, o por lo menos oculta los fundamentos o razones que le sirvieron para establecer como válida esa conclusión”³. (Subrayado para hacer énfasis)**

En este sentido, sumado a que el juez realizó una valoración errónea sobre los efectos de la inobservancia parcial de la carta de instrucciones, como se verá a continuación, y obviando, además, que los principios de autonomía, literalidad e incorporación revestían al pagaré de un valor probatorio suficiente para demostrar la existencia del derecho de crédito, no valoró en conjunto el material probatorio. **Nótese que al momento de evaluar el acervo probatorio, el juez de instancia ordeno tener en cuenta todas las pruebas documentales aportadas oportunamente por las partes, pero nunca se pronunció sobre las liquidaciones aportadas en la contestación de las excepciones, con las cuales se demostró y ratificó lo manifestado claramente en el hecho cuarto de la demanda sobre la fecha y forma en la que se diligencio el pagare, los valores de capital y las fechas de causación de intereses de las cinco obligaciones incorporadas en el título base de la acción.**

Además, tampoco tuvo en cuenta que el deudor nunca cuestionó dentro del proceso la existencia de los negocios subyacentes, su naturaleza o cuantía. El demandado tampoco tachó como falso el título valor y nunca negó haberlo firmado. Y tampoco desconoció las liquidaciones arrojadas el proceso al contestar las excepciones.

Es más, es necesario recalcar lo dicho por el señor DAZA ARIAZ, dentro del interrogatorio efectuado por el juez de primera instancia:

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (15 de diciembre de 2017) Sentencia STC21575.2017. [M.P. Luis Armando Tolosa Villabona*]

Pregunta el juez de primera instancia: "Pero ¿No se acuerda una época en que lo haya firmado? (el pagaré) Porque aquí dice que usted lo firmó inicialmente a lo que la época era del Grupo Santander ¿Si?"

Responde el demandado: "Si señor ... lo que pasa es que yo tuve varios créditos con el Banco, como usted lo dice, que se llamaba Banco Santander, pero pues luego yo iba pagando algunas deudas o compromisos que tenía y volvían y me, ellos le dicen retanquear, y volvían me prestaban plata pues ... cada que me prestaban dinero yo tenía que firmar lógicamente pagarés ¿no?, pero la fecha exacta no la recuerdo doctor."

Pregunta el juez de primera instancia: ¿No recuerda cuando firmó el pagaré?

Responde el demandado: "No señor"

Como se evidencia en las preguntas transcritas, el señor **DAZA ARIAS** reconoció que mantuvo relaciones comerciales con el BANCO SANTANDER, que actualmente se denomina **ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, y que de ellas derivó la firma del título valor base de la presente ejecución. En este sentido, se configuró el fenómeno de la **CONFESIÓN**, y el juez, en virtud del principio de integralidad del material probatorio, no podía desconocer este reconocimiento por parte del demandado. El juez de instancia tenía todos los elementos probatorios para reconocer el derecho de crédito incorporado en el título ejecutivo a favor de la entidad demandante, lo cual no se realizó por otorgarle, inexplicablemente, una carga mayor a un error de diligenciamiento de la fecha de emisión del pagare y a una valoración errónea, y en contra del derecho sustancial, en lo que respecta a la inobservancia de la carta de instrucciones.

3) Jurisprudencia ordinaria y constitucional sobre la inobservancia de la carta de instrucciones – No implica la pérdida de mérito ejecutivo del título valor.

Ahora bien, se debe reconocer que el AQUO desconoció, injustificadamente, el mérito ejecutivo del título valor, por las razones que se exponen a continuación:

Para el efecto, es necesario hacer un breve recuento sobre la jurisprudencia que ha tratado los efectos de la inobservancia de las cartas de instrucciones para títulos valores firmados en blanco. Así, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado en varias ocasiones que:

[...] la inobservancia de las instrucciones impartidas para llenar los espacios en blanco dejados en un título valor **no acarrea inexorablemente la nulidad o ineficacia del instrumento**, toda vez que de llegar a establecerse que tales autorizaciones no fueron estrictamente acatadas, la solución que se impone es **ajustar el documento a los términos verdadera y originalmente convenidos entre el suscriptor y el tenedor**, como, verbigracia, reduciendo el importe de la obligación cartular al valor acordado o acomodando su exigibilidad a la fecha realmente estipulada.

Luego, ante la eventual inobservancia de las instrucciones otorgadas para completar un título valor con espacios en blanco, y siempre que se encuentre acreditada la existencia de la obligación, **el proceder del juzgador ha de estar orientado por el fin de garantizar la efectividad del derecho sustancial que involucra la controversia**, de ahí que, tal como lo explicó esta Corte, lo procedente sea **ajustar el documento a los términos que real e inicialmente convinieron el suscriptor y el tenedor [...]**

[...] Aunque esta Corporación ha resaltado que los juzgadores cuentan con autonomía para valorar las probanzas que deben soportar su veredicto, **con la misma importancia**

ha destacado que esa labor supone el examen crítico de todos los elementos demostrativos [...]⁴. (Subrayado para hacer énfasis)

De igual manera, la Honorable Corte Constitucional, en sede de revisión de tutela contra providencias judiciales, recordó la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que indicar que:

[...] Para esta Sala de Revisión las razones que tuvieron los jueces constitucionales para conceder el amparo son válidas, por cuanto: (i) la carta de instrucciones no es imprescindible, ya que puede haber instrucciones verbales, o posteriores al acto de creación del título o, incluso implícitas, y, (ii) **la ausencia de instrucciones o la discrepancia entre éstas y la manera como se llenó el título valor, no necesariamente le quitan mérito ejecutivo al mismo, sino que impone la necesidad de adecuarlo a lo que efectivamente las partes acordaron.**

Por lo anterior, el tribunal demandado, al declarar probada una de las excepciones propuestas por la ejecutada y al levantar las medidas cautelares, afectó el derecho del accionante de acceso a la administración de justicia porque, no obstante tener los títulos jurídicos, se ve privado de la posibilidad de hacer efectivo su crédito, por una consideración que es contraria al derecho tal como ha sido afirmado en la jurisprudencia civil relevante⁵. (Subrayado para hacer énfasis)

Así las cosas, el Juez de primera instancia, si bien tenía la facultad de evaluar el título ejecutivo base de la acción de oficio, mas NO LA DE RECONOCER OFICIOSAMENTE UNA EXCEPCION, desconoció que la misma carta de instrucciones prevé en el numeral tercero que los valores que se incorporan al pagare serán los que el otorgante adeude a en la fecha de su DILIGENCIAMIENTO. Es decir que la fecha de exigibilidad del título es la del día siguiente a la de su DILIGENCIAMIENTO.

Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado anteriormente, se entiende que el juez de primera instancia **ERRÓ SU VALORACIÓN** al considerar que la discrepancia entre los numerales 1 y 5 de la Carta de Instrucciones del Pagaré No. 10259595 y lo efectivamente contenido en el título, respecto **EXCLUSIVAMENTE A LA FECHA DE EMISIÓN**, era suficiente para desacreditar el valor probatorio del mismo y su mérito ejecutivo.

Era deber del Aquo dentro de su valoración judicial **adecuar el título a lo que efectivamente las partes acordaron**. Es decir, a que la fecha de exigibilidad del título era la del día siguiente al que el mismo fue llenado o diligenciado. Entonces, debió tener en cuenta la fecha de diligenciamiento de los espacios en blanco del pagare que, como quedó demostrado en el proceso fue el día 31 de mayo de 2019. (Así se manifestó en el hecho cuarto de la demanda y así lo ratifico en representante legal del banco en su interrogatorio.) **para proceder a reconocer la obligación CLARA, EXPRESA Y EXIGIBLE que contiene el pagare base de la acción. Y que por consiguiente la fecha de exigibilidad es el 1º. De junio de 2019 como claramente se indica en el pagare.**

Es claro que el juez de primera instancia debió hacer prevalecer el derecho sustancial, **adecuando la discrepancia sobre la fecha de emisión a lo acordado por las partes en la carta de instrucciones, como quiera que esta no generaba cuestionamiento alguno sobre el negocio subyacente o sobre la suscripción del título valor.**

Así las cosas, al no hacer una valoración de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica y omitir aplicar el precedente jurisprudencial citado, y desconocer los principios de autonomía, incorporación y literalidad de los títulos valores, el fallo de primera instancia afectó

⁴ (CSJ SC, STC 8 Sep. 2005, Rad. 2005-00769-01, reiterado en STC 17 Mar. 2011, Rad. 2011-00456-00).

⁵ Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (16 de diciembre de 2011) Sentencia T-968 de 2011. [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

injustificadamente el derecho a la administración de justicia de ITAU COPRANCA COLOMBIA S.A.

Por las razones anteriormente expuestas, presento las siguientes:

PRETENSIONES

Primera: Que se **REVOQUE** en su totalidad la parte resolutive del fallo dictado en la audiencia con fecha del 15 de febrero de 2021 para el proceso de referencia, proferido por el **JUEZ VEINTICINCO (25) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, en el cual se **RECONOCIÓ UNA EXCEPCIÓN DE OFICIO**, derivada de la inobservancia parcial de la carta de instrucciones, desestimando así la solicitud de seguir adelante la ejecución.

Segunda: Que en su lugar y por no haberse probado la excepción de mérito formulada inadecuadamente por el extremo pasivo se **ORDENE SEGUIR ADELANTE LA EJECUCIÓN**, en los términos establecidos en el **MANDAMIENTO DE PAGO** del 20 de julio de 2019, **INDICANDO QUE LA FECHA DE EMISION DEL PAGARE DEBERÁ AJUSTARSE A LO ESTABLECIDO A LOS NUMERALES 1 Y 5 DE LA CARTA DE INSTRUCCIONES**, es decir que corresponde al 31 de mayo de 2019. Esto teniendo en cuenta los argumentos de derecho y el precedente vertical de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, resumidos en a lo largo del presente escrito.

Tercera: Que se **REVOQUE** la condena en costas en contra de **BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A.** y que, en su lugar, se condene a costas a la parte **DEMANDADA**.

De los honorables magistrados, Atentamente,



JUAN FERNANDO PUERTO ROJAS
T.P. No. 44989 del C.S. de la J.
C.O. No. 79.261.094 de Bogotá D.C.

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL
Ciudad

**Referencia. Verbal instaurado por Maria Elena Reyes Medina y
Claudia Lucero Reyes Medina contra Edificio Cataluña. Rad. No.
110013103026201600716-01**

Magistra Ponente Dra. MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

OSCAR ALBERTO CASTRO VILLARRAGA, identificado civil y profesionalmente como consta al pie de mi firma, obrando en mi condición de apoderado judicial de la copropiedad demandada, procedo a dar SUSTENTAR el recurso Apelación interpuesto en los siguientes términos.

La sentencia atacada se sustenta en una inadecuada aplicación de la normatividad vigente y una deficiente valoración probatoria, al punto que, mediante una desafortunada interpretación de una norma, que considero no requiere interpretación, sin argumentos válidos que sustenten el resultado, establece como cierto un criterio errado a partir del cual construye la motivación de la sentencia a partir de premisas consignadas consideraciones más una deficiente valoración probatoria, que no comparto y que procedo a señalar:

1.- Primera premisa:

"...De conformidad con lo establecido en el párrafo 1º del art. 39 de la ley 675 de 2001 toda convocatoria a asamblea extraordinaria debe reunir unos requisitos específicos, como lo es que la convocatoria se debe hacer mediante comunicación enviada a cada uno de ellos propietarios, en el aviso debe indicarse el orden del día, sin que pueda decidirse temas no previstos en el orden del día..."

"Por ser una norma expresa y especial, puesto que solo se aplica en los eventos que se convoque a una asamblea extraordinaria, sino se presenta el quorum requerido en la ley o en los estatutos no procede convocar a otra reunión extraordinaria aplicando lo establecido en el art. 41 de la ley 675 de 2001..."

"...En efecto lo contemplado en el art. 41 solo es aplicable a las reuniones ordinarias más no para las extraordinarias..."

2.- Segunda premisa:

2.- "...La convocatoria a la reunión extraordinaria del propietarios del edificio CATALUÑA a llevarse a cabo el 11 de agosto de 2016 no reunió los requisitos legales, puesto que como se demuestra en el contenido de la documental reseñada no aparece comunicación enviada a cada uno de los propietarios de los bienes de dominio particular del edificio CATALUÑA, en

el aviso no se insertó el orden del día ni en la convocatoria se hizo contener la relación de los propietarios que adeudaban contribuciones a las expensas comunes..."

Para desvirtuar estas premisas solicito tener en cuenta las siguientes precisiones:

1. El artículo 39 de la ley 675 de 2001 establece el procedimiento que se debe seguir para la convocatoria de todas las asambleas.
2. Define en qué circunstancias se puede convocar a reunión extraordinaria
3. En este sentido es claro que la norma no establece expresamente excepción o diferenciación alguna entre la convocatoria a asamblea ordinaria o extraordinaria.
4. Establece quienes pueden convocar a reunión extraordinaria, para este caso la quinta parte de los coeficientes de copropiedad.
5. Prescribe la forma como se debe hacer la convocatoria.
6. Define que debe contener la convocatoria.

De la documental que obra en el expediente, esto es la aportada por las demandantes con la demanda inicial y la documental aportada por la representante legal el día que absolvió el interrogatorio de parte, que debe ser evaluada objetivamente y tenida en cuenta en la medida en que fue válidamente aportada, aceptada por el juzgado en su oportunidad y no fue objeto de recursos por parte de las demandantes, se puede constatar:

- Que la convocatoria fue realizada por la quinta parte de los coeficientes de copropiedad, requisito de tipo legal y de orden público en ejercicio del derecho contenido en la ley.
- Que la convocatoria contiene el orden del día a tratar.
- Que con la convocatoria se adjuntó la relación de cartera que los convocantes lograron obtener, que fue la que el administrador presentó para la fallida asamblea citada para el día 31 de marzo de 2016.
- Que la convocatoria fue enviada cumpliendo con los requisitos de la Ley 675 de 2001 y a la vez con lo previsto por el reglamento de propiedad horizontal vigente en su artículo 49, que establece que: "...La citación a la asamblea se enviará a cada propietario o se publicará en lugar visible en la entrada del Edificio..."
- Que la convocatoria se envió mediante entrega física de la misma en la portería del Edificio y en complemento, para dar cumplimiento a lo establecido por el reglamento de propiedad horizontal vigente, se fijó cartelera en la entrada del Edificio. Además, se envió por correo a la última dirección registrada por los propietarios que no habitan el Edificio y que figuraban como propietarios al momento de la citación.

Por su parte el artículo 41 de la Ley 675 de 2001 que trata sobre las reuniones de segunda convocatoria establece:

1. Que si convocada la asamblea general no puede sesionar por falta de quorum, se convocará a reunión de segunda convocatoria que sesionara y decidirá válidamente con cualquier quorum.
2. Que en la convocatoria, que debe ser la convocatoria inicial, deberá dejarse constancia de lo establecido respecto de la reunión de segunda convocatoria.
3. Que la norma no establece en ninguna parte, como erróneamente lo afirma el Juez 27 del Circuito, que lo contemplado en el artículo 41 no sea aplicable a las reuniones extraordinarias.
4. Que el requisito de envío de la citación se cumplió con la citación inicial, en la cual se dejó la constancia de aplicación del artículo 41 en el caso de no reunirse el quorum deliberatorio exigido por la ley. Falla en la aplicación de la norma el Juzgado cuando afirma que no podía proceder la asamblea de segunda convocatoria porque ya se había verificado la reunión extraordinaria dado que precisamente la ley dispuso el mecanismo para asegurar que las reuniones se puedan realizar sin más dilaciones, especialmente en materia de reuniones extraordinarias que como la atacada buscaba solucionar un problema urgente y grave para la copropiedad.
5. Como complemento obra en el Acta aportada la constancia de ratificación de la citación a reunión de segunda convocatoria realizada por Paola Arenas.

El haberse contestado la demanda en forma extemporánea efectivamente establece una presunción que admite prueba en contrario y que en ninguna forma cercena el ejercicio del derecho de defensa de la copropiedad demandada, máxime en este tipo de procesos en los que la ocurrencia de la violación de la ley o el reglamento se debe verificar confrontando la norma con la documental aportada por las demandantes y la aportada por la demandada, que este caso se circunscribe a la aportada en desarrollo del interrogatorio de parte que obra en el expediente.

El fallo atacado contiene afirmaciones generales sin señalar objetivamente la debida calificación o valoración probatoria, esto es porque motivo se debe tener en cuenta uno u otro documento o argumento.

No puede además el fallador pretender dar a las normas, que como la ley 675 de 2001 contiene conceptos de orden público, un alcance producto de la interpretación que además brilla por la ausencia de sustento de tipo legal o jurisprudencial, sin analizar las pruebas en el contexto en el que se desarrollaron los hechos atendiendo en últimas a la errónea estrategia de las demandantes de impugnar solo porque no

están de acuerdo con lo decidió válidamente por una copropiedad que en el marco de la ley y el reglamento tomo decisiones para enderezar la ruta de la copropiedad.

Por los argumentos aquí expuestos, ratificando el contenido del escrito mediante el cual fije los reparos y en lo que legalmente puedan los Honorables Magistrados considerar de los documentos aportados por la defensa y solicitando se evalúen en su totalidad los medios probatorios que obran en el expediente, respetuosamente solicito **REVOCAR** la sentencia proferida y condenar en costas y perjuicios a las demandantes.

Atte,



OSAR ALBERTO CASTRO VILLARRAGA

C.C. No. 19.327.798 de Bogotá

T.P. No. 111.432 del C. S. Judicatura

Rosalba Rojas Hernández
A b o g a d a
Calle 11 No. 8-54; Of., 610 tel 3118271185
rosrojas610@yahoo.com

Honorable:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA – Sala Civil-
Magistrada Ponente: Dra MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
E- _____ S. _____ D.

Ref.- Proceso No. 11001310303420100050902

Ordinario de: JOSÉ MILAN MAHECHA MAHECHA

Contra: ANA MARIA y DANIELA TORO ROJAS y Otros

ROSALBA ROJAS HERNÁNDEZ, identificada con la C.C. No. **41.521.471** de Bogotá, con domicilio en la **calle 11 No. 8-54**, de Bogotá, **Of. 610, tel 311-8271185**, abogada inscrita con **T.P. No. 14.644 del C.S.J.**, obrando en nombre y representación de las señoritas: **ANA MARIA TORO ROJAS y DANIELA TORO ROJAS**, como de **ELISEO TORO ARIAS**, en su condición de demandados en el referenciado en forma respetuosa manifiesto a Ud., que **SUSTENTO EL RECURSO DE APELACIÓN**, surtido contra la sentencia de **10 de abril de 2.018**, adicionada el **20 de octubre de 2.020**, por el Juez 49 Civil del Circuito de Bogotá., para que se revoque aquella y se decida favorablemente la excepción propuesta de **“INEXISTENCIA DE NEGOCIO SIMULADO”**, por carencia de sustento fáctico y de derecho, en relación al contrato de compraventa de 1º de septiembre del año 1.994, contenida en la Escritura Pública No. 1452 de esa fecha de la Notaría 49 del Círculo de Bogotá, mediante la cual la demandada señora **GLORIA JANNETH ROJAS**, COMPRA al señor **DANILO PATARROYO GUIO**, también parte pasiva, **UN LOTE DE TERRENO, distinguido con el Número 21, de la manzana 15, denominado “EL MUELLE”**, zona de Engativá, con M.I No.**050C-1070649**, de la Oficina de Registro, respectiva, UBICADO en la calle 64 No. 105C-10 de Bogotá.

MOTIVOS DE MI INCONFORMIDAD

El Juez de conocimiento, 49 Civil del Circuito declaro probada la pretensión primera, que es la misma de la reforma, propuesta por la actora señor **JOSÉ MILAN MAHECHA MAHECHA**, consistente en “...**Que se declare relativamente simulado el contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública No. 1452 del 1º de septiembre de 1994 otorgada por la Notaría Cuarenta y Nueve del Círculo de Bogotá, por medio de la cual el señor DANILO PATARROYO GUIO dijo vender a la señora GLORIA JANNETH ROJAS el inmueble ubicado en la Calles 64 D No. 105C-10 de ésta ciudad**”.

El demandante, señor **JOSÉ MILÁN MAHECHA MAHECHA**, de las condiciones conocidas en autos, afincó su pretensión primera en el hecho de que motivos de índole “personal y familiar”, le impidieron figurar como comprador, en la escritura **1.452 de 1º de septiembre de 1994**, del inmueble citado anteriormente, **autorizando** en consecuencia a la señora, **GLORIA JEANNET ROJAS**, para que firmara dicho acto escriturario.

Sin embargo, Don **JOSÉ MILÁN**, no demostró ni mucho menos probó, sus afirmaciones, concernientes a esos “**problemas de índole personal y familiar**”, QUE LE IMPEDIAN FIRMAR, como comprador la escritura citada, para así de esa forma, se le diera estructura al posible acuerdo previo, el real, el oculto, gestado con la señora **GLORIA JANNETH ROJAS**, la compradora, en relación a dicha compra, y como antecedente de ésta. No hubo acuerdo de voluntades, para este propósito, pues no existió negocio oculto, porque no había necesidad de éste. Tampoco la compradora dio razón. Simplemente **doña GLORIA, NO actuó**, como tampoco **JOSÉ MILAN en un posible “convenio”** o negocio oculto. Actuó solo en representación de **MAHECHA, como compradora, por autorización de éste** como lo confirma igualmente el vendedor **DANILO PATARROYO GUIO**. No hubo en consecuencia como antecedente convenio secreto. Solo una representación en cabeza de la demandada **GLORIA JEANNET ROJAS** como compradora, a favor del demandante **JOSÉ MILÁN MAHECHA**, en la escritura pública, de la que no puede predicarse, que surgió de un acto simulado, sino como una compra pura y simple.

Pese, a que el negocio oculto no existió, simplemente hubo una representación frente al acto de la compraventa de **1º de septiembre de 1.994**, el Juez de conocimiento aprobó la pretensión con fundamento en la prueba indiciaria. Constituida según su criterio por la documental arrimada. Pero de lo que se deduce, es que de los negocios en que fundamenta la simulación, se originaron después de más de dos años de sucedido **el negocio “simulado” de compraventa de 1º de septiembre de 1.994**, confirmando en consecuencia que la SIMULACION, no existió, pues mal podría tener como **fundamento actos a futuro**, como fuente de ella, y así tenemos que presenta toda la prueba documental como el contrato de obra, suscrito entre la parte actora y el señor CRISTANCHO acaeció **el 25 de julio de 1.996. La Hipoteca**, constituida por escritura pública No. 3508, sobre el inmueble de **3 de julio de 1.998, a favor de ANA CECILIA RICO BONILLA. La segunda compraventa de 17 de septiembre de 1.999, No.2562 de la Notaria 49 del Círculo de Bogotá**, suscrita **entre GLORIA JEANNET ROJAS Y MARTHA OLIVA ROJAS. Las** cuales el despacho los tiene como actos dispositivos por parte del actor, y como tal, como huella de la simulación. Además, como el hecho de que el demandante estuvo presente en las Notarías donde se suscribió la hipoteca y de autenticar y actuar como testigo en un posible contrato de permuta entre **MARTHA OLIVA ROJAS** y las señoras: **MARIA JOSEFA y FLOR INÉS TORO ARIAS**. Hasta acudir al banco para que se le entregara el producto del mutuo al señor **ELISIO TORO ARIAS**, compañero de **MARTHA OLIVA** .

Predica lo mismo de los recibos de impuesto predial , como de servicios públicos y de otras obligaciones tributarias , los cuales también fueron aportados en originales por la parte que represento y relacionados convenientemente en la contestación de la demanda y no como lo dice el despacho, solo por la actora, faltando a la verdad, y como en muchas ocasiones hizo aseveraciones ambiguas frente a las pruebas de la pasiva, como también a otra clase de pruebas. Útiles solo, a lo que se pretendió probar.

La ausencia del acto secreto y el allanamiento que hace de la demanda el demandado **DANILO PATARROYO GUIO, vendedor del lote de terreno**, legitiman la realidad negocial de la compraventa. La conducta de la también demandada **GLORIA JEANNET ROJAS,- compradora-**, en el sentido de que solo actuó en representación del demandante, **-como compradora-, en su representación, por autorización de éste**, tal como

lo manifestara en su libelo demandatorio. Se trató, entonces, de una simple representación, en la que también estuvo presente la actora, como en los demás actos dispositivos. Afirmando, que él canceló el valor de la compra con el producto del dinero que como pensionado percibía, al igual que con sus ahorros. Pesé a que tampoco probó su CALIDAD DE **PENSIONADO**, ni mucho menos su capacidad económica con los medios idóneos, como certificaciones laborales, bancarias, extractos etc, que no existen en el proceso, simplemente fue un decir, vuelvo a repetir que no hay pruebas al respecto en el negocio y que por tanto no fueron relacionados en los documentos aportados por la actora, como tampoco la copia de la primera copia de la escritura, sino la copia de la escritura como figura en la demanda y reforma. Aseveraciones que también se tuvieron como un hecho probado, aun cuando hubo declarantes que afirmaron que la parte actora no trabajaba y otros manifestaron que expendía helados.

Vistos los anteriores señalamientos frente a la prueba que reposa en autos, es del caso advertir que no existió prueba alguna anterior a la escritura objeto de la simulación. Y que las pruebas que se tuvieron como indicios no fueron concurrentes con el acto que se pretende simular. Estas se produjeron, como se dijo anteriormente dos años después, a partir de 1.996 a 1.999.

Los demandados **JEANNET ROJAS y DANILO PATARROYO**, concuerdan en sus versiones en el sentido de que el demandante canceló el valor de la escritura y que la compradora intervino por estar autorizada, razón por la cual de éstas conductas no puede predicarse negocio oculto alguno, como antecedente de la compraventa de **1º de septiembre de 1.994.**, Todo lo contrario predicen la realidad del acto escriturario, sin soporte alguno como antecedente, entre la parte actora y los demandados **ROJAS y PATARROYO**, razón por la cual el documento notarial no engendra simulación alguna. Solo hubo un acto de representación ejercida por **JEANNET ROJAS** a quien no le constaba el origen del negocio. En consecuencia, del texto de la escritura de la que se pretende, precede un negocio oculto, no se probó.

Todas las pruebas, que se tuvieron en cuenta, por parte del Despacho, como prueba indiciaria para declarar que hubo un acto oculto, secreto y en consecuencia prevalente sobre el aparente, para declarar la simulación que se reclama, se produjeron posteriormente al contrato

que se pretende simular de **1º de septiembre de 1.994**. Estas no fueron **contemporáneas** con éste. La primera, nació dos años después y la doctrina señala como una de las condiciones para que exista simulación, la **contemporaneidad** de los dos actos: del oculto y del aparente, para contrastar las voluntades y así conocer si hubo o no simulación. Además, las pruebas no se ajustan a lo que se pretende probar. Son inconducentes, por tanto no deben ser tenidas en cuenta para declarar la simulación de la escritura tantas veces citada, ya que los intervinientes en dicho acto, son explícitos, en cuanto a la representación y al pago de la escritura. El Demandante y **PATARROYO**, indican que **GLORIA YANNET**., fue autorizada por la actora, para que ejerciera la representación como compradora. Además, todos ellos afirmaron que el dinero por concepto de la compra era de **MAHECHA**. Los posibles “problemas de índole personal y familiar” que llevaron según el dicho del demandante a solicitar la representación de **GLORIA JEANNET**, **no fueron probados. Solo hubo una afirmación y nada más. No hubo un acto oculto.**

En consecuencia, los hechos no probados, y las pruebas inconducentes, posteriores al acto aparente, nos llevan a colegir que no existió pacto alguno, oculto o secreto, contemporáneo al contrato de compraventa de **1º de septiembre de 1.994**, que pudiera prevalecer sobre éste, razón por la cual la acción de simulación planteada no está llamada a prosperar, en lo que insisto, para que se declare probada mi excepción de inexistencia de negocio simulado. El texto de la escritura No.1452 de 1º de septiembre de 1.994, de la Notaría 49 de Bogotá, es fiel reflejo de la actividad comercial, desarrollada entre el actor y los demandados **JEANNET ROJAS y DANILO PATARROYO** sin que de ese acuerdo de voluntades, se pueda predicar un presunto acto oculto, que pudiera invalidar la escritura.

Atentamente,



ROSALBA ROJAS HERNÁNDEZ
T.P.No. 14.644 del C.S.J.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Revisado el expediente se advierte que, en efecto, en la audiencia llevada a cabo el 20 de enero de 2021, la parte demandada solicitó la suspensión del proceso, petición negada, por lo que interpuso apelación, la que no se concedió, decisión frente a la que esgrimió reposición y queja; la juez desestimó el primero, y concedió el segundo (carpeta “1.Cuaderno-Principal”, video “133AUDIENCIA2014-106_00AM”, mins. 16:00 y 29:00).

Asimismo, presentó nulidad, la cual fue rechazada de plano, determinación apelada por la convocada, recurso concedido en el efecto devolutivo (ibid. Mins. 1:19:40 y 1:28:30).

No obstante, esta Corporación únicamente hizo reparto de la apelación formulada frente a la sentencia. Por consiguiente, procédase por Secretaría al abono de las citadas queja y apelación frente al auto que rechazó de plano la nulidad.

Cúmplase.


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

Magistrada Ponente: Dra. Hilda Gozález Neira

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO DECLARATIVO DE **MARGARITA URREGO BELLO Y JAIMES ANDELFO SANCHEZ CAMARGO** contra **BERTHA DORIS PATIÑO ARANA** y **LIBERTY SEGUROS S.A.**

Número: 110013103037-2.019-0387-00

ASUNTO: **SUSTENTACION ESCRITA DEL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

El suscrito, **FEDERICO FARIAS JARAMILLO**, varón, mayor de edad, identificado con la C. de C., Número 19.238.740 de Bogotá, T.P. Número 20.353 del C.S de la J., obrando en mi calidad de apoderado judicial de **LIBERTY SEGUROS S.A.**, entidad demandada directa y al mismo tiempo llamada en garantía dentro del proceso de la referencia, por intermedio del presente memorial RATFICO EL RECURSO DE APELACIÓN que me permití interponer en contra de la sentencia proferida por el Señor Juez Treinta y Siete Civil del Circuito de Bogotá el pasado 4 de Marzo de 2021 y SUSTENTO de nuevo, de conformidad con lo ordenado por el H. Tribunal Superior de Bogotá en auto del pasado 5 de Abril del año en curso, los motivos de inconformidad en contra de la sentencia proferida, en los siguientes términos:

LA SENTENCIA RECURRIDA

Mediante sentencia proferida el pasado 4 de marzo del año en curso el Señor Juez profirió las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por los demandados.

SEGUNDO: DECLARAR civil y extracontractualmente responsable a la accionada de los daños causados a los demandantes, como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el día 13 de abril de 2015.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **BERTA DORIS PATIÑO ARANA** a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

A título de lucro cesante la cuantía de **\$84'588.635,37**, a favor de **MARGARITA URREGO BELLO**.

Por concepto de perjuicio moral, la suma de \$40'000.000 para MARGARITA URREGO BELLO y \$20'000.000 a favor de JAIMES ANDELFO SÁNCHEZ CAMARO.

Como perjuicio o daño a la vida de relación y la salud, la suma de \$40'000.000 para MARGARITA URREGO BELLO.

Las demás peticiones condenatorias se deniegan.

CUARTO: *La aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A. cubrirá las cantidades mencionadas en el numeral anterior, hasta el límite acordado en la póliza de seguro No. 009476, sin perjuicio del deducible pactado en dicho contrato.*

QUINTO: *Costas a cargo de los demandados y a favor de los accionantes. Por secretaría liquidense, incluyendo la suma de \$5'000.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de los accionados."*

LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR LA ASEGURADORA QUE FUERON DESECHADAS POR EL DESPACHO

No obstante que en la parte Resolutiva de la sentencia se advierte que se declaran no probadas las excepciones de mérito propuestas por los Demandados, en el caso de Liberty Seguros S.A. ello no es del todo cierto, ya que, dentro de las excepciones propuestas se planteó, como excepción SEXTA, la aplicación de los LIMITES DE COBERTURA, manifestándose al respecto que, *"....para el caso que se defina responsabilidad alguna a cargo de mi representada, téngase en cuenta el límite máximo de responsabilidad (valor asegurado, límite por evento, y el deducible pactado en la póliza.)....."*, lo cual fue finalmente acogido por el Despacho cuando dispuso, *"La aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A. cubrirá las cantidades mencionadas en el numeral anterior, hasta el límite acordado en la póliza de seguro No. 009476, sin perjuicio del deducible pactado en dicho contrato. "*

Dicha declaratoria, y el hecho de haber prosperado una de las excepciones planteadas, implica que la sentencia no fue totalmente desfavorable para Liberty Seguros S.A. y ello ha debido tenerse en cuenta para efectos de la condena en costas.

A) PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGUROS.

En la presente acción, y tal y como lo precisó el Señor Juez, la Aseguradora Liberty Seguros S.A., fue vinculada a este proceso con una doble calidad. Una en virtud de la acción directa prevista por el artículo 1133 del C. de Co., y otra en virtud de la formulación por parte del Asegurado de un Llamamiento en Garantía, en contra de la Aseguradora Liberty Seguros.

En ambos casos, al contestar las correspondientes acciones impetradas, el suscrito alegó la prescripción de tales acciones, no solamente las concernientes a la víctima sino también las concernientes al llamamiento en garantía.

Los anterior fue expuesto en los siguientes términos:

a) Frente a la víctima:

“No cabe duda que en el presente caso la prescripción a aplicar será la ordinaria, de dos años, que empezó a correr para la víctima a partir de la fecha en que ocurrió el hecho externo imputable al Asegurado, que no es otro que el accidente ocurrido el 13 de abril de 2.015, mientras que la demanda se radicó el 15 de Agosto de 2.019, cuatro años y cuatro meses después. (La fecha de solicitud de audiencia extrajudicial de que da cuenta la ley 640 de 2001, no aparece en el expediente, pero si hay constancia de la fecha en que se llevó a cabo dicha audiencia en el mes de mayo del año 2019)

Así las cosas, una vez analizada la documentación, es posible evidenciar que la acción se encuentra prescrita, y así le solicito al Señor Juez lo declare mediante sentencia que haga tránsito a Cosa Juzgada.”

b) Frente al Asegurado

“No cabe duda que en el presente caso la prescripción a aplicar será la ordinaria, de dos años, que empezó a correr para la Asegurada Bertha Doris Patiño Arana, a partir de la fecha en que la víctima le hizo la correspondiente reclamación, fecha esta que, en cualquier caso, es anterior al 13 de abril del año 2.015, pues en el propio hecho tercero del llamamiento, se afirma, con mérito de confesión, que desde dicha fecha ya se había hecho reclamo a la Aseguradora para el pago del siniestro y que, adicionalmente, se adelantó un proceso penal por los hecho ocurridos, mientras que el presente llamamiento se radicó el 15 de Octubre de 2.019, cuatro años y seis meses después.

Así las cosas, una vez analizada la documentación, es posible evidenciar que la acción intentada por la llamante en garantía se encuentra prescrita, y así le solicito al Señor Juez lo declare mediante sentencia que haga tránsito a Cosa Juzgada.”

Pues bien, al momento de resolver sobre la excepción de prescripción, el señor Juez, únicamente tuvo en cuenta la prescripción con respecto de la víctima, manifestando que en dicho caso, según jurisprudencia de la Corte Suprema que citó, dicha prescripción era la extraordinaria de 5 años, y por lo tanto la respectiva acción había sido presentada dentro del término establecido por el artículo 1.081 del C. de Co.

Advirtió sin embargo el Señor Juez que *“... pues es que según la posición de quien convoca a la seguradora, víctima o asegurado, pues la clase y el tipo de prescripción será diferente. Si es aquí la víctima es quien está llamado, entonces el plazo a aplicar será el de cinco años. ¿Por qué? Porque esta prescripción extraordinaria quinquenal es aplicable, cubre a toda clase de persona incluidos los incapaces. Si hubiera sido solo con el llamante en garantía, quizás el análisis hubiera sido otro y a la luz de otra clase de norma. Pero es que aquí fue la víctima fue la que llamó. La víctima fue la que*

llamó, y en este sentido pues a ella le debe aplicar entonces la otra prescripción, la extraordinaria, no la ordinaria de dos años.....” (Audio sentencia minuto 31;00).

Dos errores se cometieron en el caso presente: 1) Un primer error en la apreciación del texto del llamamiento en garantía, donde expresamente la Asegurada Bertha Doris Patiño, en su calidad de asegurada, demandó a la Aseguradora para el pago de la indemnización, con cargo a la Póliza Número ATT 009476 0004295 000, que amparaba el vehículo automóvil Nissan, Tipo March, Clase Automóvil, Modelo 2.015, Placa IEO 494. Por lo tanto, no es cierto afirmar, como lo hace el juez en su sentencia, que en el presente proceso la única que convocó a la Aseguradora fue la víctima, la Señora Margarita Urrego, pues el llamamiento es claro y no deja motivo a duda alguna de que quien lo formula es la Asegurada la Señora Bertha Doris Patiño. 2) Un segundo error por no definir el caso según las excepciones planteadas, a la luz de la prescripción que se invocó frente a la Asegurada, con lo cual se violó el principio de la congruencia del fallo, en los términos del artículo 281 del CG. Del P., que reza así:

“Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley” (El subrayado es mio)

Dicha falencia resulta relevante en el presente proceso pues, si aún en gracia de discusión se acepta la tesis de que a la víctima solo se le aplica la prescripción extraordinaria de 5 años, el hecho de que se hubiere desechado por prescripción la acción formulada por el asegurado, como ha debido ocurrir, cambiaba totalmente la forma de interpretar el alcance del presente seguro de responsabilidad civil, ya que la Corte lo que ha señalado es que, cuando hay indemnización, ello repercute directamente en el patrimonio del asegurado, el cual se ve afectado siendo que la Póliza lo protegía, y por lo tanto aún frente a la previsión que expresamente hace el artículo 1.088 del C. de Co., el lucro cesante quedaría cubierto para proteger dicho patrimonio. Sin embargo, si el Asegurado dejó vencer su acción y permitió que la sanción prescriptiva lo comprometiera, su patrimonio ya no estaría cubierto por el Seguro, y por lo tanto el susodicho razonamiento no se aplicaría

2) CAUSA EXONERATIVA DE RESPONSABILIDAD.

En esta excepción el suscrito se permitió transcribir los textos respectivos de las Condiciones Generales del Seguro, que al respecto señalan:

“2.6 EXCLUSIONES APLICABLES A TODOS LOS AMPAROS DE ESTA POLIZA.

"LOS AMPAROS DE ESTA POLIZA NO CUBREN LA RESPONSABILIDAD CIVIL O LAS PERDIDAS O DAÑOS AL VEHICULO ASEGURADO CAUSADOS EN LOS SIGUIENTES CASOS:

PARAGRAFO QUINTO: NO ESTAN CUBIERTOS BAJO EL PRESENTE CONTRATO DE SEGURO, LOS RECOBROS RELACIONADOS CON PAGOS QUE DE CONFORMIDAD CON LAS NORMAS VIGENTES DEBEN SER CUBIERTOS POR LAS ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL, ESTO ES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, DEL SISTEMA DE RIESGOS LABORALES Y DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, COMO CONSECUENCIA DE LOS HECHOS CUBIERTOS POR EL CITADO SEGURO."

(El subrayado es mío)

Pues bien, obran dentro del expediente pruebas de pagos Hechos por la EPS Compensar, relacionados con el accidente de la afiliada a dicha Caja de Compensación, la demandante Margarita Urrego Bello. Así mismo la Señora Urrego manifestó en su interrogatorio de parte que ella ha venido también cotizando para pensión, por estar afiliada al sistema como independiente, lo cual implica que, contando ya con la edad de 57 años, tendría derecho a reclamar sus mesadas, según el sistema al que este afiliada, y en este caso, y para lo concerniente a la indemnización por los ingresos que no podría percibir por su invalidez, el seguro tomado con Liberty Seguros S.A. no tendría cobertura a partir del momento en que la pensión le sea reconocida, ya que se trataría de una indemnización a cargo del sistema de seguridad social en pensiones, por invalidez, o por pensión de vejez. En cuanto al tema de salud, tampoco habría cubrimiento alguno nuevo, pues este ítem está a cargo de Compensar EPS, como ha venido sucediendo.

3) NO HAY CUBRIMIENTO DE LUCRO CESANTE

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.088 del Código de Comercio, *"Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso."* (El subrayado es mío)

En el caso presente, ni en la carátula de la Póliza Número ATT 009476 0004295 000, ni en las Condiciones Generales del Seguro, se incluyó un amparo que cubriese el lucro cesante como consecuencia de un evento de responsabilidad civil.

Sobre el particular, y a pesar de lo manifestado por el Despacho en el sentido de que el lucro cesante se entiende incorporado en los seguros de responsabilidad civil, así no haya manifestación al respecto, en contravía del señalamiento expreso que hace el artículo 1.088 del C. de Co., con todo respeto me permito disentir de dicha interpretación

En efecto:

Según la regla de interpretación de la ley, incorporada en el artículo 27 del Código Civil: *“Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”*,

Es cierto que en caso de cláusulas vagas o ambiguas, su interpretación, por tratarse el contrato de seguros de un contrato de adhesión, siempre debe hacerse a favor del asegurado. Lo anterior, dinembargo, no puede justificar el hecho de que, so pretexto de interpretar una clausula clara y precisa, se pretendan elaborar tesis que desnaturalizan el contrato de seguros.

Al respecto se pronunció nuestra H. Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“.....El postulado de la normatividad de los actos jurídicos (artículo 1.602 del Código Civil) se traduce esencialmente, entonces, en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, quienes por consiguiente quedan obligadas a cumplir las prestaciones acordadas en él (.....) lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se torna innocuo cualquier intento de interpretación - G.J. t. CLXV, pag. 123.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Sentencia del Once de Octubre de 1.995; proceso ordinario de R & R Ltda. contra Compañía Mundial de Seguros.).

Ahora bien, si se llega a la conclusión de que el seguro cubría el lucro cesante de la víctima, son varios los errores que cometió el a quo, para llegar a la suma de \$84.588.635, que decretó a favor de la Señora Margarita Urrego:

1) Teniendo en cuenta que el seguro expedido por Liberty Seguros S.A., solo opera cuando no hay cubrimiento de la indemnización a cargo de los sistemas de seguridad social, el único cálculo posible hubiese sido con referencia al lucro cesante causado en el término de 8 años, desde los 49 años que tenía la víctima para la fecha del accidente, hasta el momento que cumplió los 57 años que la ley prevé para que las mujeres puedan acceder a su pensión de jubilación por vejez, pues a partir de dicho momento sus ingresos van a ser suplidos por la administradora en pensiones pertinente. Por el contrario el juzgado se basa en un cálculo de 29.7 años.

2) En el documento expedido por la Junta Regional de Calificación de Bogotá, tan solo se reporta un 10% por el trauma físico recibido, y en cuanto al cálculo final de la deficiencia ponderada, valoración de rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales, solo da un porcentaje del 14%. Por lo que hace a rol laboral, autodeficiencia económica y edad, el porcentaje únicamente aumenta a 18.5%, siendo el porcentaje total por dicho concepto, del 21.20%. No obstante el a quo se basa, para efectos de determinar el monto del lucro cesante futuro, en una incapacidad total dictaminada por la Junta Regional de Calificación del 35.2%, que involucra aspectos

de tipo psíquico (miedos, angustias, etc.) que no tienen relación alguna con el rol laboral.

3) No especificó el Señor Juez, con base en que tablas se hizo el cálculo de los 29.7 años de expectativa de vida de la Demandante para el computo del lucro cesante, pues, sumándole a su edad actual 29.7 años, ello nos daría una vida probable de 86.7 años, cifra esta que no se encuentra así expresada en las Tablas de Mortalidad que actualmente maneja la Superintendencia Financiera de Colombia a partir de la Resolución 1555 de 2.010, donde, para las mujeres inválidas (como lo acepta el Juzgado que la Señora Margarita Urrego lo es), dicha expectativa de vida, para una mujer inválida de 57 años, es solo de 21.45 años y no de 27.9, que equivale es al término de expectativa de vida para una mujer rentista, que evidentemente no es el caso de la Señora Margarita Urrego.

OTROS MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

Aparte de los motivos de inconformidad antes expuestos y que se refieren a la forma como el a quo entendió y valoró las excepciones presentadas a nombre de la Aseguradora, el suscrito se permitió plantear, una vez proferida la sentencia, serios motivos de inconformidad en cuanto:

A) A las cuantías por las cuales se profirieron las condenas referentes al **DAÑO MORAL**, por considerarlas exorbitantes y distantes de una verdadera valoración, a la luz de las pruebas que obran en el expediente, lo cual condujo al Despacho a una tasación en salarios mínimos de dichos daños, tanto para la demandante, víctima directa del daño, la señora Margarita Urrego Bello, como para su esposo, el señor Jaimes Andelfo Sánchez Camargo, muy superiores a lo que en la realidad podrían haberse decretado si tomamos en cuenta la entidad y alcance de los verdaderos daños presuntamente causados.

En efecto, tal y como lo señaló la Corte suprema de Justicia en providencia del 18 de Diciembre de 2.018:

"Recientemente esta Sala entendió como daño moral, de acuerdo con los lineamientos generales que de este perjuicio se han descrito en doctrina y jurisprudencia, el que "está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, 'que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo' (sentencia de 13 de mayo de 2008), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, desolación, impotencia u otros signos expresivos", que se concretan "en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso". (Sentencia de Casación Civil de 18 de septiembre de 2009. Exp.: 2005-406-01). (SC10297-2014 de 5 ag. 2014, Rad: 11001-31-03-003-2003-00660-01)."

Por tratarse de un daño que se ubica en la esfera interna del individuo y corresponde a su fuero subjetivo, donde solo él puede valorar la intensidad de la pena sufrida, la Jurisprudencia de nuestra H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que, en aras de proceder con una tasación del daño que corresponda a una valoración seria y ponderada, el juez puede acudir al denominado "arbitriu iudicis", done, evidentemente "arbitrium" no equivale a "arbitrariedad", *ni permite "Valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos"* (Corte Suprema de Justicia sentencia del 18 de septiembre de 2.009).

Así mismo, en la sentencia del 18 de septiembre de 2.009 antes citada, la misma Corte, a efectos de determinar cómo debe el Juez alimentar su criterio de valoración sin salirse de las pruebas aportadas al plenario, las cuales, y mas en este punto, es necesario que sean sopesadas en su verdadera dimensión, señaló: *"Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgados".*

(El subrayado es mío)

Pues bien, en el caso presente, si solo se leen los hechos de la demanda y se da credibilidad plena a lo manifestado por los Demandantes en los interrogatorios de parte que se permitieron absolver, parecería que en efecto nos encontramos ante un accidente causado por el atropellamiento de la víctima, la señora Margarita Urrego, por un vehículo automotor conducido por la demandada Bertha Doris Patiño, que habría ocasionado un daño devastador en la salud de la Señora Urrego, y en el ánimo de su esposo Jimes Andelfo Sánchez, y prácticamente conducido a la destrucción de su vida familiar; unido ello a un proceso de deterioro de su patrimonio que los habría llevado, a ella y a su esposo, a una total ruina emocional y económica.

Lo anterior es totalmente alejado de la realidad, y no es lo que demuestran las pruebas allegadas al proceso:

En efecto, si se lee en detalle la Historia Clínica de la Clínica Partenón que atendió a la Señora Margarita Urrego el día de su accidente, tenemos como:

a) Folio 28 (Copia digital) folio 22 del expediente, fecha 14 de abril de 2.015, se lee: "Cabeza: Dolor leve a la palpación en la cabeza; Órganos de los sentidos: Normal clínicamente; Cuello: Dolor leve no limitación; Tórax y Pulmones: Normal clínicamente; Cardiovascular: Normal Clínicamente; Abdomen: Blando depresivo no doloroso; Genitourinario: No se explora; Osteomuscular: Dolor en rodilla y tobillos, edema leve equimosis; Neurológico; normal clínicamente, Piel y faneras: Normal clínicamente; Marcha: Normal Clínicamente; Otros normal." Y finalmente se agrega: "En buenas condiciones médicas sin otras concomitancias".

b) Folio 29 (Copia digital) folio 22 vuelto del expediente, fecha 14 de abril de 2.015, se lee: "Cabeza: Normal clínicamente. Órganos de los sentidos: Normal clínicamente. Cuello: Normal clínicamente; Tórax y pulmones: SIMETRICO EXPANSOIBLE NO TIOAJES PULMONES CON MURMULLO VI; Cardiovascular: RUIDOS CARDIACOS RITMICOS SIN SOPLOS SIN AGREGADOS; Abdomen: BLANDO DEPRESIBLE NO DOLOROSO A LA PLAPACION NO MASAS NI SIGNOS; Genitourinario: NO Osteomuscular: EUTRIFICA SIN EDEMA SIN SPUSLOS PRESERMTES SENSIBILIDAD NORMAL; Neurológico: Normal clínicamente; Piel y faneras: Normal clínicamente Marcha: Normal clínicamente".

c) Folio 30 (Copia digital) folio 23 del expediente, fecha 14 de abril de 2.015, se lee: "RADIOGRAFÍA DE PELVIS No se identifica lesiones óseas de origen traumático, inflamatorio o expansivo. Relaciones articulares sacroilíacas y coxofemorales conservadas. Adecuada densidad ósea. Tejidos blandos sin alteraciones. OPINIÓN: ESTUDIO DENTRO DE LÍMITES NORMALES."

d) Folio 31 (Copia digital) folio 24 del expediente, fecha 14 de abril de 2.015, se lee: "RADIOGRAFIA DE RODILLAS: No se identifica lesiones óseas de origen traumático, inflamatorio o expansivo; Relaciones articulares femorotibiales y patelofemoral conservadas; Adecuada mineralización ósea. Tejidos blandos sin alteraciones. OPINION: ESTUDIO DENTRO DE LÍMITES NORMALES."

e) Folio 32 (Copia digital) folio 25 del expediente, fecha 14 de abril de 2.015, se lee: "RADIOGRAFÍA DE COLUMNA TORACICA: No se identifica lesiones óseas de origen traumático, inflamatorio o expansivo en las columnas anterior, media o posterior. Espacios intervertebrales y neuroforámenes de amplitud conservada. Cuerpos vertebrales de configuración, densidad, altura y alineamiento dentro de límites normales OPINIÓN: ESTUDIO DENTRO DE LÍMITES NORMALES."

f) Folio 33 (Copia digital) folio 26 del expediente, fecha 14 de abril de 2.015, se lee: "EXTREMIDADES INFERIORES, COLUMNA PELVIS: No se identifica lesiones óseas de origen traumático, inflamatorio o expansivo, en las columnas interior, medio o posterior. Espacios intervertebrales y neuroforámenes de amplitud conservada. Cuerpos vertebrales de configuración, densidad, altura y alineamiento dentro de límites normales

Corrección de la lordosis fisiológica."

g) Folio 34 (Copia digital) folio 27 del expediente, fecha 14 de abril de 2.015, se lee: "RADIOGRAFÍA DE COLUMNA LUMBOSACRA; No se identifica lesiones óseas de origen traumático, inflamatorio o expansivo en las columnas anterior, media o posterior. Espacios intervertebrales y neuroforámenes de amplitud conservada. Cuerpos vertebrales de configuración, densidad, altura y alineamiento dentro de límites normales

OPINION: ESTUDIO DENTRO DE LÍMITES NORMALES."

h) Folio 35 (Copia digital) folio 28 del expediente, fecha 14 de abril de 2.015, se lee: TAC "DE CRÁNEO SIMPLE Se realizan cortes axiales simples, sin administración de

medio de contraste endovenoso, hidrosoluble, desde el vertex hasta la base del cráneo, con reconstrucciones multiplanares y los siguientes hallazgos: Coeficientes de atenuación normales del parénquima supra e infratentorial, con adecuada diferenciación cortico subcortical. Estructuras de la línea media conservadas. Sistema ventricular de morfología, posición y volúmenes sin alteraciones. Amplitud conservada del espacio subaracnoideo y de las cisternas perimesencefálicas. No se identifican masas, hematomas ni colecciones extra -axiales compresivas. Tallo y fosa posterior de aspecto usual. Lo visualizado de órbitas, cavidades paranasales y estructuras óseas de la calota y la base del cráneo no muestra alteraciones. OPINION: ESTUDIO DENTRO DE LIMITES NORMALES."

i) Folio 38 (Copia digital) folio 31 del expediente, fecha 14 de abril de 2.015, se lee: "SALIDA CON (Medicamentos); TRAUMATISMOS SUPERFICIALES MULTIPLES NO ESPECIFICADOS....."

j) A Folio 42 (Copia digital) folio 39 del expediente, se da cuenta de un ingreso por Urgencias de la Señora Margarita Urrego, a la Clínica Partenon, el 16 de abril de 2015, donde se lee: "Con transductor Covex multifrecuencia se realiza barrido ecográfico con los siguientes hallazgos: Hígado de forma, tamaño y ecogenicidad normales, sin lesiones focales o difusas en su parénquima. Vesícula y vía biliar sin alteraciones; Riñones, bazo, páncreas y retroperitoneo de aspecto ecográfico normal; viga distendida de paredes delgadas sin lesiones intraluminales, útero de tamaño y configuración normales, no se identifican masas colecciones ni líquido libre en cavidad abdominal; OPINION: ESTUDIO DENTRO DE LIMITES NORMALES."

k. Folio 43 (Copia digital) folio 39 vuelto del expediente, fecha 14 de abril de 2.015, se lee: "RADIOGRAFIA DE TOBILLOS. No se definen lesiones óseas de origen traumático, inflamatorio o expansivo; Relaciones articulares conservadas. Adecuada mineralización ósea. Tejidos blandos sin alteraciones."

(Todos los anteriores subrayados son míos).

l. Folio 43 (Copia digital), folio 39 vuelto del expediente, da cuenta de un ingreso por urgencias de la señora Margarita Urrego, a la Clínica Partenón, manifestando "disetencias en cara lateral de las piernas". No obstante los exámenes no reportan anormalidad alguna

Y continua la Historia Clínica de la Señora Margarita Urrego, tanto la del día del accidente como la de consulta por urgencias, dos días después, el 16 de abril del año 2.015, presentando un cuadro de una casi total normalidad en su estado clínico.

Para la fecha del 29 de abril de 2.015, la Historia Clínica de la paciente en la Clínica Partenón, (folio 56 Copia digital, folio 44 del expediente) da cuenta de una consulta de la Señora Margarita Urrego, por contusión de rodilla, refiriendo que ha persistido el dolor en la pierna derecha y rodilla izquierda que limita su deambulaci3n, así como dolor en brazos y cuello. Como medida terapéutica "se ordena fisioterapia"

Para la fecha del 8 de mayo de 2.015, la Historia Clínica (folio 62 Copia digital, folio 49 del expediente) da cuenta de una nueva evaluación de la rodilla izquierda de la Señora Margarita Urrego, con las siguientes *"Conclusiones: Arrancamiento cortical en el aspecto proximal del peroné con compromiso del área de inserción del ligamento colateral externo propiamente dicho. Focos de contusión ósea en las localizaciones descritas con fractura trabecular en el platillo tibial externo. Edema de tejidos blandos en la esquina postero lateral con probable ruptura del ligamento. Derrame articular."*

La recomendación inicial fue una posible operación de rodilla de la Señora Margarita Urrego, pero posteriormente el procedimiento se descarta y se le prescribió tratamiento con fisioterapia (Folio 67 Copia digital, Folio 84 del expediente) en los siguientes términos: *"SE REMITE PARALA REALIZACION DE TERAPIAS FISICAS DE CARACTER DOMICILIARIO DE ACUERDO A LA SITUACION DE SALUD DE LA PACIENTE"*. Esta recomendación se reitera en consulta del 17 de septiembre de 2.015, donde se lee, *"ANALISIS Y PLAN DE MANEJO. SE INDICAN ANTIINFLAMATORIOS TOPICOS PARA MANEJO DE TENDINITIS PATA DE GANSO, EJERCICIOS EN CASA. CONTUSIONES SIN SECUELAS CON MEJORIA DEL DOLOR. EXAMEN FISICO DE MANO Y RX DE MANOS HOY NORMALES"*. (Folio 87 Copia digital, Folio 69 del expediente)

Obra también en el expediente un dictamen de medicina legal que da cuenta de un estado depresivo crónico, asociado a trastorno de estrés postraumático, patología que había venido siendo atendida por Compensar EPS, pero que la Señora Margarita Urrego abandonó, según lo reconoció en el interrogatorio de parte.

Los anteriores documentos, y en particular la historia clínica en general, no fueron tenidos en cuenta por el Señor Juez, o por lo menos esta importante pieza procesal fue interpretada y valorada en forma equivocada. En efecto, en su sentencia, Acta minuto 21:22, el a quo manifestó: *"primero en cuanto al perjuicio moral no puede desconocerse con base en los dictámenes clínicos, la historia clínica, la misma versión de la propia víctima y del propio cónyuge señor Jaimes, dice que les ha generado una afectación, pero sí como lo dije su versión no basta, tenemos que analizarla en conjunto con otros elementos que nos permiten determinar que si hubo un menoscabo extrapatrimonial anímico en el ámbito interior de la vida familiar....."* Y mas adelante agrega *"Hay que asumirlo así de acuerdo con lo que clínicamente está determinado en el expediente"*. (El subrayado es mio). No obstante, al hacer su valoración con base en los supuestos reportes clínicos, el Señor Juez se basa fundamentalmente en la propia declaración de la víctima, y en el documento expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá.

Este último documento, expedido por la Junta Regional de Calificación de Bogotá, si se analiza en detalle, tan solo reporta un 10% por el trauma físico recibido, y en cuanto al cálculo final de la deficiencia ponderada, valoración de rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales, solo da un porcentaje del 14%. En cuanto a rol laboral, autodeficiencia económica y edad, el porcentaje únicamente aumenta a 18.5%, siendo el porcentaje total por dicho concepto, del 21.20%. No obstante el a quo se basa, para efectos de determinar un posible daño moral y de relación, y lo que es más grave aún, para establecer el monto del lucro cesante futuro, en una

incapacidad total dictaminada por la Junta Regional de Calificación del 35.2%, que involucra aspectos de tipo psíquico (miedos, angustias, etc.) que no tienen relación alguna con el rol laboral.

De cualquier forma, el concepto de la Junta Regional de Calificación, (que obra a folio 149 de la copia digital, 118 del expediente) no es un documento que deba aceptarse sin reparo alguno, y por supuesto resiste prueba en contrario, y en casos como el actual podía y debía haber sido cotejado con otras pruebas y, porqué no, solicitarse la ratificación y las explicaciones de los médicos que lo elaboraron, pues tampoco parece claro el porqué una lesión de rodilla, que no ameritó ni siquiera una operación del miembro afectado, puede producir una incapacidad de 35.2%, a menos que, como parece indicarlo el propio dictamen, se trata, en un porcentaje importante, de un tema psíquico.

Sobre el particular es particularmente ilustrativa la sentencia del Consejo de Estado de fecha 11 de febrero de 2.009, donde el Alto Tribunal manifestó, con el propósito de desechar un dictamen practicado por la Subdirección de Control de Invalidez del entonces Ministerio del Trabajo, lo siguiente: *"Al respecto, se advierte que si bien el dictamen acerca de la disminución o no de la capacidad laboral de una persona no exige formalidad alguna, lo cierto es que el mismo debe emitirse con fundamento no solo en la historia clínica o en los exámenes y procedimientos practicados o en los síntomas que refiera el paciente; también es necesario que se haga una observación y análisis sobre el desarrollo y estado posterior de la lesión, de manera que resulta necesario hacer un reconocimiento directo del paciente, evaluación que en este caso, o bien no se realizó o bien no sirvió de fundamento para proferir el dictamen pericial, pues, como se anota, el mismo no registra los antecedentes que permitieron al Ministerio de Trabajo hacer tal afirmación"*

Y es que, en efecto, resulta por lo menos llamativo que la Junta Regional de Calificación otorgue un porcentaje de pérdida del 35.2%, cuando el Instituto Nacional de Medicina Legal en Informe Pericial de Clínica Forense de fecha 13 de junio de 2.015, que obra a folio 15 de las copias digitales, 11 del expediente, únicamente le otorgó a la Señora Margarita Urrego Bello una incapacidad de 55 días que, hasta donde se conoce, no ha sido prorrogada.

Da por sentado el Juez también, sin haber prueba alguna de ello, mas allá de la propia declaración de parte rendida por la propia demandante Margarita Urrego Bello, que por supuesto y por favorecerle no puede ser aceptada como confesión, que su actividad requería desplazamientos físicos, ya que no hubo ningún testigo que así lo referenciara, ni documentos atendibles de proveedores, u otros elementos demostrativos que así lo corroboraran. ¿Podía la Señora Margarita realizar labores de oficina desde su casa, u otras actividades similares? No lo sabemos, sencillamente porque nunca se demostró a que actividad se dedicaba la Señora Margarita Urrego, y tan solo se pudo presumir, por tratarse de una presunción de hombre, que estaba habilitada para devengar un salario mínimo.

Da por sentado el señor Juez, sin estar probado ello en el expediente, que el señor Jaimes Andelfo Sánchez, se vió obligado a renunciar a sus actividades normales para

dedicarse al cuidado de su esposa, para lo cual hubiese sido del caso contar con, al menos, un testimonio que así lo corroborara, más aún cuando el mismo Señor Jaimes en su interrogatorio de parte manifestó que para la fecha del accidente de su esposa ya había cerrado una empresa que tenía, y, aunque manifestó estar dedicado a otras actividades independientes que tampoco demostró, su estado laboral era el de una persona desempleada, a la cual su esposa lo tenía afiliado a Seguridad en Salud con Compensar EPS.

Todo lo anterior nos lleva a firmar que el Señor Juez, partiendo, o de la pretermisión de varias pruebas (historia clínica e Informe Pericial de Medicina Legal), o la suposición de otras, (las actividades de la víctima y las aficciones que ello le ocasionó a su marido), o basado en un análisis parcial e incompleto del informe de la Junta Regional de Calificación, aceptó que: a) La vida laboral de la señora Margarita Urrego se había afectado pues ya no podía desplazarse como lo venía haciendo antes del accidente, desplazamiento este que era necesario para su trabajo (No hay prueba de ello en el expediente), b) que su marido Jaimes Andelfo Sánchez, debió abandonar todas sus actividades para dedicarse al cuidado de su esposa (No hay prueba de ello en el expediente); y c) que la incapacidad de rol laboral de la Señora Margarita Urrego, era necesariamente del 35.2%, sin apreciar que el dictamen de la Junta de Calificación le otorga a dicho factor, solo un 21.20%, y que el Instituto de Medicina Legal solo le otorgo 55 días de incapacidad, los cuales no han sido prorrogados. Adicionalmente los datos de la historia clínica, solo dan cuenta, después de múltiples exámenes, de una afectación en su rodilla izquierda, que no ameritó operación sino tratamientos por fisioterapia, tratamientos estos que, lo confiesa la demandante, venían siendo prestados por Compensar, pero ella los abandonó, supuestamente por no contar con los dineros para transportarse, prefiriendo acudir a otro tipo de medicina alternativa, para cuyos desplazamientos, curiosamente, no tuvo problema alguno. Algo similar ocurrió con las terapias para tratamiento psíquico.

Adicionalmente tampoco se tuvo en cuenta que no hubo deformación física alguna, ni se reporta una deformación física oculta.

El evidente desatino en el análisis probatorio condujo al Señor Juez a decretar una indemnización totalmente exorbitante y desproporcionada a partir de unos supuestos pero inexistentes daños físicos ocasionados a la Señora Margarita Urrego, de \$40.000.000.00, por concepto de Daño Moral y a una suma de \$20.000.000 para su esposo, que no se compadecen con los parámetros que sobre el particular a fijado la Corte Suprema de Justicia para casos semejantes, como lo es una lesión de rodilla.

B) Los anteriores asertos son aplicables también para la valoración del DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN (hoy en día denominado Daño a la Salud), que en la demanda se pretendieron cobrar dos veces, con las denominaciones de Daño Fisiológico y Daño a La Vida de Relación, ya que este daño, por oposición al Daño Moral puro, si debe probarse, siendo las pruebas pertinentes, por preferencia, los testimonios de amigos y relacionados e incluso la prueba pericial. Ambas pruebas, o cualquier otro medio demostrativo, brillan por su ausencia en el expediente.

Sobre el particular es pertinente citar aquí apartes de la sentencia del Consejo de Estado del 2 de Octubre de 1.997, en la cual la Alta Corporación, manifestó con respecto al daño a la salud: *"Por último, debe precisarse que, como en todos los casos, la existencia e intensidad de este tipo de perjuicio deberá ser demostrada dentro del proceso, por la parte demandante, y a diferencia de lo que sucede en algunos eventos, con el perjuicio moral, la prueba puede resultar relativamente fácil, en la medida en que, sin duda, se trata de un perjuicio que, como se acaba de explicar, se realiza siempre en la vida exterior de los afectados y es, por lo tanto, fácilmente perceptible. Podrá recurrirse entonces, a la práctica de testimonios o dictámenes periciales, entre otros medios probatorios"* (El subrayado es mío).

No se pudo por lo tanto saber cuando, con que frecuencia e intensidad, se llevaban a cabo los juegos de basquet ball que mencionan los demandantes, o sus paseos y otras actividades.

En consecuencia la valoración que hace el señor Juez de una indemnización de \$40.000.000 para la Señora Margarita Urrego, por concepto de daño a la salud, antes llamado daño de relación, se torna antojadiza y desde luego, falta de análisis probatorio.

C) Igual sucede con las cuantías por las cuales se profirieron las condenas referentes al LUCRO CESANTE CONSOLIDADO Y FUTURO.

En efecto, sin necesidad de repetir lo ya expuesto, lo cierto es que no hubo ninguna prueba que permitiera establecer, con mediana claridad, cual era la actividad económica a la cual se dedicaban la Señora Margarita Urrego o su esposo Jaimes Andelfo Sánchez para la época del accidente, pues ningún documento, contrato, declaración de renta, peritaje, certificado ,o anexos y/o comprobantes contables, aparecen en el proceso, que permitieran constatarlo en su entidad y cuantía.

La única forma de establecer una suma probable del ingreso que obtenía la Señora Margarita Urrego, fue acudir a la presunción de derecho que acogió desde hace años nuestra jurisprudencia, en el sentido de que toda persona esta habilitada para procurarse, cuando menos, un salario mínimo, de tal forma que, partiendo de dicha presunción y aplicando en forma incorrecta el porcentaje del 35.2% que aparece en el concepto de la Junta Regional de Calificación, el a quo se limita a aplicarle al salario mínimo, el porcentaje de pérdida de capacidad, y multiplicar el monto así obtenido por el número de años que, según el Juez, le restarían de vida a la Señora Margarita Urrego, a partir de su edad, para la fecha de 57 años, y una expectativa de vida, según el Despacho, de 29.7 años.

No aclaró el Señor Juez, con base en que tablas se hizo el cálculo de los 29.7 años de expectativa de vida de la Demandante, pues, sumándole a su edad actual 29.7 años, ellos nos daría una vida probable de 86.7 años, cifra esta que no se encuentra así expresada en las Tablas de Mortalidad que actualmente maneja la Superintendencia Financiera de Colombia a partir de la Resolución 1555 de 2.010, donde, para las mujeres inválidas (como lo acepta el Juzgado que la Señora Margarita Urrego lo es).

dicha expectativa, para una mujer inválida de 57 años, es solo de 21.45 años y no de 27.9, que equivale es al porcentaje de expectativa de vida para una mujer rentista, que evidentemente no es el caso de la Señora Margarita Urrego.

Adicionalmente, cuando se hacen cálculos de lucro cesante debe descontarse, del valor del monto esperado, el valor de los gastos indispensables para obtenerlo, operación que tampoco hizo el señor Juez, y por lo tanto sus cálculos, para la indemnización por este rubro, están notoriamente desfasados.

Con lo anterior dejo ampliados y ratificados los argumentos conforme a los cuales me permití, en el curso de la Audiencia celebrada el día 4 de Marzo de 2.021, sustentar mi recurso de apelación contra la sentencia en dicho acto proferida, para que la misma sea REVOCADA en su integridad por el Tribunal Superior de Bogotá y en su lugar declare probadas las excepciones presentadas a nombre de Liberty Seguros S.A., o en su defecto se haga un recalcule del monto y conceptos de las indemnizaciones decretadas en favor de la parte Demandante, conforme a lo expresado en este escrito.

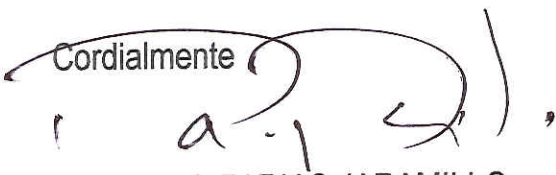
Así mismo solicito se revise el monto de la condena en costas y agencias en derecho en contra de Liberty Seguros S.A., al haber prosperado la excepción de LIMITES DE COBERTURA, planteada en su momento por el suscrito.

Envío copia en PDF del presente memorial a :

javiermendezabogadopenalista@hotmail.com, apoderado parte demandada

victor.caviedes@prevencionesjuridicas.com, apoderado parte demandante

Cordialmente



FEDERICO FARIAS JARAMILLO

C. de C. 19.238.740 de Bogotá

T.P. 20.353 del C.S. de la J.

Bogotá, D.C. 13 abril 2021

Señor Magistrado

DR. LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

Bogotá D.C

Ref.: Proceso: Ejecutivo

Radicado: 11001310304220200002501

Demandante: Muebles Plásticos SA

Demandado: Gastroinnova S.A.S en liquidación.

Asunto: Sustentación Recurso de Apelación interpuesto contra el auto que ordeno seguir adelante con la ejecución.

PAULA NATALIA MOYANO AVILA, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., mayor de edad, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.030.611.218 de Bogotá D.C., abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 301.213 del Honorable Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de abogada adscrita a la firma LITIGAR PUNTO COM SA., persona jurídica que ostenta la calidad de representante judicial de **GASTROINNOVA SAS EN LIQUIDACIÓN NIT.900.986.818-5** y **GASTROINNOVA ZONA FRANCA SAS EN LIQUIDACIÓN NIT.900.939.775-5**; por medio del presente escrito encontrándome dentro del término legal establecido me permito sustentar Recurso de Apelación interpuesto contra el auto notificado por el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá el día 01 de febrero de 2021 el cual ordeno seguir adelante con la ejecución, en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante auto notificado el día 01 de febrero de 2021 el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá dispuso ordenar seguir adelante con la ejecución en contra de GASTROINNOVA S.A.S en liquidación, declarar no probada la excepción presentada por el demandado y ordeno el avalúo de los bienes embargados.
2. GASTROINNOVA S.A.S en liquidación interpuso Recurso de Apelación contra el auto mencionado anteriormente el cual ordeno seguir adelante con la ejecución.

3. Su despacho mediante auto notificado el día 06 de abril de 2021 concedió al recurrente un termino de 5 días para sustentar el recurso de apelación formulado contra el auto que ordeno seguir adelante con la ejecución.

II. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO.

Frente a este acápite, me permito ante su despacho reiterarme en los argumentos esgrimidos por la suscrita ante el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá el día 04 de febrero de 2021 los cuales rezan lo siguiente:

"(...) Como se evidencia, el Despacho procedió a dictar sentencia supeditando la ejecución de esta obligación a la orden de prelación legal de los créditos establecido en el inventario de pasivos de Gastroinnova SAS en liquidación como se puede evidenciar en el numeral 3.3 el cual dispuso lo siguiente:

*"(...) 3.3. Recapitulando, las acreencias contentivas en el título ejecutivo visible a PDF 1 pág. 4 a 6, contiene una obligación clara, expresa y exigible, situación que no fue enervada por la parte pasiva, pues no se incorporó material probatorio alguno, que conlleve a la declaración de algún medio exceptivo, resuelto el planteamiento, se despachara desfavorablemente la defensa planteada y en consecuencia se ordenará seguir adelante con la ejecución en los términos de la orden de apremio, **resaltando que el pago de la obligación queda supeditado a la orden prelación legal de los créditos establecido en el inventario de pasivos de la sociedad en trámite de liquidación (...)**"*
Negrita y cursiva fuera del texto original.

Teniendo en cuenta el proceso de liquidación en el que actualmente se encuentra el ejecutado Gastroinnova S.A.S en liquidación, es claro que la sociedad debe proceder a recurrir de todos sus activos para saldar sus acreencias, en este sentido, y como bien se ha mencionado el pago de estas acreencias dependen del orden de prelación legal de los créditos. Es así como al entrar en liquidación una sociedad todos sus activos deben ser de utilidad dentro del proceso de liquidación.

El Artículo 2494 del Código Civil indica lo siguiente:

"(...) ARTICULO 2494. <CREDITOS PRIVILEGIADOS>. <Ver Notas del Editor> Gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase (...)"

Es así como los activos que posee una Sociedad en liquidación son exclusivos para atender el orden de prelación de créditos, teniendo en cuenta que estos créditos gozan de preferencia conforme a las necesidades establecidas por la

ley.

Conforme a lo anterior, no puede olvidarse que en el caso que nos ocupa no puede priorizarse el derecho del acreedor demandante respecto de aquellos que conforman la masa de acreedores, debido a que no puede estar por encima el interés particular de este, sobre el interés general de los demás acreedores y más si aquellos gozan de los privilegios establecidos en el artículo 2494 del Código Civil.

Es así, como con el decreto de las medidas cautelares se ve perjudicado la conclusión esperada de la liquidación voluntaria que adelanta la sociedad demandada, la cual es proceder conforme a la prelación de créditos y de conformidad con la masa de acreedores.

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta lo manifestado por el despacho en el numeral 3.3 de la sentencia apelada, puede decirse que no debe proceder el despacho a hacer efectivo el decreto de las medidas cautelares ya que estas pueden afectar la intención de la sociedad en liquidación la cual es proceder conforme a la prelación de créditos y de conformidad con la masa de acreedores. Además de ello, se tiene que este procedimiento se debe cumplir con un orden de prelación legal de los créditos y no es correcto que al acreedor al cual se le dio la oportunidad de hacer efectivas unas medidas cautelares pueda tener privilegios en el pago de su acreencia, sin atender este orden de prelación y con ello teniendo en cuenta que todos los acreedores de una sociedad inmersa en un proceso de liquidación, deben tener el mismo trato.

Es con ello, como del numeral 3.3 de la sentencia apelada, se puede evidenciar que el despacho se encuentra de acuerdo en que el ejecutante debe supeditarse al pago de su acreencia conforme al orden de prelación de créditos, pero aun así, ordena el avalúo de los bienes embargados, contradiciéndose así, en lo anteriormente dicho, en el sentido en que si el ejecutante hace efectivas las medidas cautelares no solo no se supedita a este orden de prelación de créditos, si no que le impide a la sociedad demandada hacer uso de la totalidad de sus bienes para hacer efectivo el pago de sus acreencias conforme al orden de prelación de créditos establecidos en el artículo 2494 del Código Civil.

Por otro lado, se tiene que el inciso 5º del artículo 599 del CGP establece lo siguiente:

*"(...) **ARTÍCULO 599. EMBARGO Y SECUESTRO.** Desde la presentación de la demanda el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado.*

Cuando se ejecute por obligaciones de una persona fallecida, antes de liquidarse la sucesión, sólo podrán embargarse y secuestrarse bienes del causante.

El juez, al decretar los embargos y secuestros, podrá limitarlos a lo necesario; el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus

intereses y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garanticen aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad.

En el momento de practicar el secuestro el juez deberá de oficio limitarlo en la forma indicada en el inciso anterior, si el valor de los bienes excede ostensiblemente del límite mencionado, o aparece de las facturas de compra, libros de contabilidad, certificados de catastro o recibos de pago de impuesto predial, o de otros documentos oficiales, siempre que se le exhiban tales pruebas en la diligencia.

En los procesos ejecutivos, el ejecutado que proponga excepciones de mérito o el tercer afectado con la medida cautelar, podrán solicitarle al juez que ordene al ejecutante prestar caución hasta por el diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución para responder por los perjuicios que se causen con su práctica, so pena de levantamiento. La caución deberá prestarse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del auto que la ordene. Contra la providencia anterior, no procede recurso de apelación. Para establecer el monto de la caución, el juez deberá tener en cuenta la clase de bienes sobre los que recae la medida cautelar practicada y la apariencia de buen derecho de las excepciones de mérito.

La caución a que se refiere el artículo anterior, no procede cuando el ejecutante sea una entidad financiera o vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia o una entidad de derecho público.

Cuando se trate de caución expedida por compañía de seguros, su efectividad podrá reclamarse también por el asegurado o beneficiario directamente ante la aseguradora, de acuerdo con las normas del Código de Comercio.

PARÁGRAFO. *El ejecutado podrá solicitar que, de la relación de bienes de su propiedad e ingresos, el juez ordene el embargo y secuestro de los que señale con el fin de evitar que se embarguen otros, salvo cuando el embargo se funde en garantía real. El juez, previo traslado al ejecutante por dos (2) días, accederá a la solicitud siempre que sean suficientes, con sujeción a los criterios establecidos en los dos incisos anteriores (...)" Negrita y subrayado fuera de texto original.*

Conforme se evidencia en la norma en mención, la cual prevé que cuando la parte ejecutada interponga excepciones de mérito, puede solicitarle al Juez que ordene al ejecutante prestar caución con el fin de garantizar el pago de los perjuicios que se puedan causar al ejecutado con la práctica de las medidas cautelares solicitadas por el ejecutante y decretadas por el Despacho.

Frente a esta medida, el día 31 de enero de 2020 Gastroinnova SAS en liquidación mediante apoderada judicial, procedió a radicar solicitud de caución al demandante, solicitud la cual a la fecha su despacho no ha resuelto, no

permitiéndole con ello a mi mandante tener la oportunidad de garantizar el pago de los perjuicios causados o que se puedan causar con el decreto de las medidas cautelares.

Petición principal: Conforme a lo argumentado en este escrito, me permito muy respetuosamente solicitar a su Honorable Despacho se sirva en conceder el Recurso de Apelación para que sea el Tribunal quien se encargue de revocar la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá y así mismo absolver a Gastroinnova SAS en liquidación de lo pretendido en la demanda, así como levantar las medidas cautelares decretadas en contra del ejecutado. Buscando con ello, que el ejecutante espere el pago de esta obligación conforme al orden de prelación legal de los créditos establecido en el inventario de pasivos de Gastroinnova SAS en liquidación, proyecto de calificación y graduación el cual se está elaborando y será allegado al Despacho en su momento.

En el evento en que no prospere la petición principal, solicito se acceda a lo siguiente:

1. Levantar las medidas cautelares decretadas en contra de Gastroinnova SAS en liquidación, teniendo en cuenta que el embargo de estos activos perjudicaría la obligación principal de la liquidación de esta sociedad la cual es el pago a sus acreedores, con ello solicitando al despacho tener en cuenta que existe un orden de prelación legal de créditos, el cual se vería afectado si el ejecutante en este caso procede a hacer efectivas estas medidas cautelares.

2. Se le dé trámite a la solicitud de caución al demandante, allegada al Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito el día 31-01-2020 (...)"

III. DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO.

Sobre el particular, la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso establece qué providencias son susceptibles de apelación y al respecto indica:

*"(...) **ARTÍCULO 321. PROCEDENCIA.** Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad (...)"*

IV. ANEXOS.

Copia de la solicitud de prestar caución allegada al Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá por Gastroinnova SAS en liquidación el día 31 de enero de 2020.

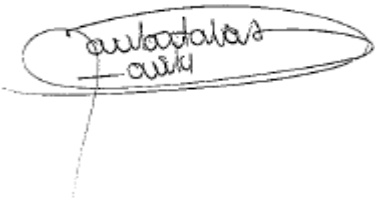
V. SOLICITUD.

De conformidad con lo expuesto me permito solicitarle muy respetuosamente a su honorable despacho, se sirva en revocar la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá y así mismo absolver a Gastroinnova SAS en liquidación de lo pretendido en la demanda, así como levantar las medidas cautelares decretadas en contra del ejecutado y acceder a las peticiones realizadas en el recurso de apelación interpuesto contra el auto que ordeno seguir adelante con la ejecución.

VI. NOTIFICACIÓN.

A la suscrita apoderada en la Calle 19 No. 6 - 68, Piso 11, teléfono 3197286671 de la ciudad de Bogotá D.C. - Correo electrónico: paula.moyano@litigando.com.

Agradezco la atención prestada.

A handwritten signature in dark ink, enclosed within a hand-drawn oval. The signature appears to read "Paula Natalia Moyano Avila". A thin vertical line extends downwards from the bottom of the oval.

PAULA NATALIA MOYANO AVILA,
CC. N°. 1.030.611.218 de Bogotá
TP. N°. 301.213 del consejo superior de la judicatura
ID. 5926600

Señora:

JUEZ 42 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
E.S.D.

JUZGADO 42 CIVIL CTO.

RADICADO: 2020-00025
DEMANDANTE: MUEBLES PLASTICOS S.A.S.
DEMANDADO: GASTROINNOVA S.A.S.
TIPO DE PROCESO: EJECUTIVO

JAN31*2020 12:00 811333

ASUNTO: SOLICITUD CAUCIÓN DEMANDANTE -
PERJUICIOS INCISO 5° - ART. 599 CGP

JENNY ROCIO TORRES VILLANUEVA mayor de edad, vecina de esta ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.015.409.410 de Bogotá, con tarjeta profesional No. 214.985 del C.S.J., obrando en nombre y representación de GASTROINNOVA S.A.S., según poder que me fue conferido y el cual obra en el expediente, dentro de la oportunidad procesal me permito solicitar al Juzgado se ordene al demandante prestar caución para garantizar el pago de los perjuicios que se puedan causar a mi poderdante con la práctica de las medidas cautelares excesivas solicitadas por la parte actora y decretadas por el Juzgado.

Lo anterior, en el porcentaje y término señalado en el inciso 5° del artículo 599 del CGP.

De la señora juez.

Atentamente;


JENNY ROCIO TORRES VILLANUEVA
C.C. 1015409410 de Bogotá
T.P. 214.985 del C.S de la J