



Doctora:

ADRIANA AYALA PULGARIN.

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

E.

S.

D.

Ref.: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Expediente No: 11001310300620180018200 (2018 – 00182).

Clase De proceso: Verbal – Reivindicatorio

Demandantes: -María Clemencia Sossa Gaitán y Otros.

Demandado: Jhon Mauricio Sosa Gaitán e Indeterminados.

1

Respetados Doctores:

ANGELA PATRICIA LA ROTA ESPINOSA, mayor de edad, domiciliada y residente en el Municipio de Tabio - Cundinamarca, abogada titulada y en ejercicio, identificada como aparece al pie de mi firma, obrando en calidad de apoderada judicial de la parte actora, reconocida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en los artículos 320 y subsiguientes del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 y conforme al auto de fecha 5 de agosto de 2021, notificado en el estado electrónico del día 6 de agosto de la misma anualidad, encontrándome dentro del término legal concedido, de manera atenta y respetuosa por medio del presente escrito me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN**, en los siguientes términos:

TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ / DEFECTO FÁCTICO Y SUSTANTIVO / FALTA DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA.

Sea lo primero señalar que la presente acción verbal reivindicatoria, ha sido adelantada por mis poderdantes, dada la renuencia del demandado a no permitir el goce y disfrute de la propiedad común y pro indiviso sobre el bien inmueble ubicado en la Calle 71 A Nro. 78 – 48 e identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 50C-1459118, de la Oficina de registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D.C., – Zona Centro, predio adquirido mediante sucesión.

Hecha esta precisión, es menester señalar que, en el caso bajo examen, se rompió y transgredió de manera flagrante el principio de inmediatez consagrado en el artículo 6º del Código General del Proceso, toda vez, que el funcionario judicial que decreto y practico pruebas, esto es, el que recaudó los interrogatorios de parte a los demandantes, las declaraciones de los testigos y la práctica de manera directa de la diligencia de inspección judicial, **no fue el mismo que dictó la sentencia de primer grado.**

Puesto que como se puede evidenciar en el expediente de la referencia, en el mismo fungieron dos funcionarios distintos en las etapas probatoria y de alegaciones y sentencia, situación que nublo el criterio del juez al momento de decidir, toda vez, que dicha providencia se basó únicamente en la prueba practicada a último momento y consistente en un interrogatorio de parte al demandado, sin que se permitiera a esta defensa, ejercer el derecho de contradicción, puesto que como se evidencia en la videograbación de la diligencia, no se corrió traslado a la parte demandante para que pudiese interrogar al

E-mail: asesoriapreventivaabogados@gmail.com
Carrera 3 Nro. 3 – 36 – Oficina 207 C.C. Casa Berna
Teléfonos: 311 585 79 79 – 319 558 69 62
Tabio – Cundinamarca.

señor Jhon Mauricio Sosa, muy a pesar de haber solicitado esta prueba desde el escrito de demanda.

Nótese, que el funcionario que dictó la sentencia de primera instancia, no conoció el decurso procesal y especialmente, el recaudo y practica de las pruebas y que, dicho funcionario conoció la presente acción verbal, solo hasta el día de la audiencia de alegatos y fallo, fecha en la que recaudó de manera irregular la declaración del demandado, sin permitir conainterrogar a esta defensa, afectando el debido proceso y el derecho a la defensa en igualdad de condiciones para las partes.

2

Es tal la carencia de inmediatez y la falta de congruencia de lo actuado en primera instancia, que el despacho por intermedio del primer funcionario que fungió como titular de esa autoridad, ordenó de oficio una prueba consistente en una experticia en avalúos, con el propósito de tasar los frutos civiles que debe el demandado a los demandantes, pero, es sorprendente como el segundo funcionario judicial, al momento de dictar el fallo, no tuvo en cuenta la prueba ordenada de oficio por ese mismo órgano judicial, lo que denota una flagrante incongruencia entre las pruebas practicadas inicialmente por la primera funcionaria judicial y la decisión final, en la cual ni por asomo se mencionó la experticia ordenada de oficio.

El Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá, inadvirtió que:

- a. El demandado contestó la demanda de manera extemporánea, pero en dicho escrito, alegó una posesión sobre el bien en litigio, hecho totalmente contrario a la decisión de primer grado, en la cual el juzgado sostuvo que el demandado, no ejercía ningún acto de señorío sobre el predio.
- b. El demandado no asistió a la audiencia inicial y por tal razón, se le impuso multa conforme al numeral 4º del artículo 372 del Código General del Proceso.
- c. Muy a pesar de la presunción legal contemplada en el artículo 97 *ibídem*, la cual señala que la falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión, esto es, que efectivamente el señor Jhon Mauricio Sosa, se atribuía una posesión sobre el predio objeto de la *Litis*.
- d. Que se presentó una evidente contradicción entre lo manifestado en la contestación de demanda y lo expresado en el interrogatorio de parte.

Ahora bien, es pertinente resaltar que la sentencia se fundamenta en una supuesta carencia de legitimación de la parte pasiva, porque presuntamente el demandado, señor, Jhon Mauricio Sosa, no ejerce posesión sobre el bien objeto de estudio, y que a su juicio, éste ejerce una administración en beneficio de la comunidad,¹ lo cual es totalmente desacertado y falso, puesto que en el expediente de marras, no existe medio probatorio alguno que permita establecer que los hoy demandantes por cualquier medio verbal o escrito hayan conferido la administración o algún tipo de mandato al demandado; máxime cuando se corrobora en el interrogatorio de parte a los demandantes, que no han conferido ninguna clase de autorización al señor Mauricio Sosa, sobre sus porcentajes de sus cuotas partes, reiterando que el juzgador trajo a colación figuras jurídicas inexistentes

¹ Minuto 3:12:04 de la videgrabación de la audiencia del artículo 373 del C.G.P.

e inaplicables, al caso en concreto, una y otra vez, las cuales carecen de elementos materiales probatorios que la respalden, luego entonces, el funcionario judicial apoya su decisión en pruebas inexistentes y contrarias a lo probado en juicio.

Incorre el *a quo*, en un defecto factico, ya que la decisión carece de apoyo probatorio, del cual pueda aplicar el supuesto legal en el que soporta su sentencia, puesto que como se ha mencionado, en la presente acción verbal no existe un documento u prueba siquiera sumaria, que le permitiese concluir que existiese una administración o mandato entre las partes en controversia.

Desatinadamente señalo el *a quo*, que el demandado “*no ha desconocido los derechos de los coposeedores o comuneros*”, y que del interrogatorio al demandado pudo “*establecer que el demandado no ejerce actos de señor y dueño*”, por ende, no procede la reivindicación, incurriendo así, en defecto sustantivo, al inadvertir e inaplicar lo dispuesto en el artículo 949 del Código Civil, el cual refiere que se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, bajo el débil argumento que presuntamente es inviable restituir un inmueble que no es susceptible de fraccionamiento.

Es inusitado, que el juzgador, le haya bastado la simple afirmación o manifestación del demandado², de su supuesta intención de conciliar y de reconocer los derechos de los demandantes, sin tener en cuenta la realidad material del caso *sub lite*, la cual es básicamente que: **el señor Jhon Mauricio Sosa, NO PERMITE EL USO, GOCE Y DISFRUTE SOBRE EL PORCENTAJE CORRESPONDIENTE AL SETENTA Y TRES PUNTO OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO POR CIENTO (73.885%) DE MIS MANDANTES SOBRE EL BIEN INMUEBLE, asimismo NO HA PERMITIDO LA VENTA DEL MISMO,** y no como erradamente lo refiere el Juez Sexto Civil del Circuito, quien le bastó la afirmación e intención de conciliar del demandado, como un acto que reviste la entidad suficiente, para desdibujar la intención clara y vívida durante más de 5 años, en los cuales el señor Jhon Mauricio, no ha permitido el uso del predio, no ha entregado utilidad alguna a sus hermanos, y mucho menos ha permitido a la señora Luz Dary Sosa, quien es propietaria en igual porcentaje del demandante, residir en el inmueble, a pesar de su difícil situación económica y de salud.

Como se corroboró con los interrogatorios de parte a los demandantes y las declaraciones de los testigos, el hoy demandado:

1. Vive, reside y se domicilia en el inmueble objeto de la Litis,
2. Ha impedido el ingreso de sus hermanos al inmueble, para ejercer actos de señores y dueños,
3. Arrienda gran parte del inmueble, obteniendo un provecho económico derivado del derecho real y de dominio de los demandantes, sin entregarles utilidad alguna,
4. No paga los gastos tributarios del predio,
5. No ejerce el debido cuidado y conservación del predio, (Tal y como quedo registrado en la videograbación de la diligencia de inspección judicial),
6. No es un propietario diligente, conforme lo dispone el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia, puesto que como se observó en la diligencia de inspección

² Minuto 3:07:00 de la videograbación de la audiencia del artículo 373 del C.G.P.

judicial, el inmueble objeto de reivindicación, se encuentra en pésimo estado de conservación e higiene.

Corolario, es imprescindible señalar que el demandado ejerce la tenencia material del predio en mención, pero esta tenencia no deviene de un acto regular, legítimo y legal, esto es, en ningún momento los comuneros, le han cedido la tenencia material sobre sus cuotas partes y, por el contrario, estos, han intentado por todos los medios recuperar dicha tenencia puesto que el demandado, impide cualquier acto de parte de los demandantes sobre el bien inmueble.

4

Es ilógico que el *a quo*, afirme que, el hecho que el demandado no permita el ingreso al inmueble a los demandantes, “no constituye un acto de exclusión”, puesto que como se demostró el señor Jhon Mauricio Sosa, repele a los demandantes, cada vez, que han intentado ingresar al predio, por lo que, **sus actos sí demuestran la alzada del demandado respecto a los derechos de mis poderdantes, cercenándoles su derecho a residir, arrendar o tan siquiera ver el estado del predio.**

A su vez, yerra el juzgador de primer grado, al tomar como base de su decisión, los argumentos expuestos por esta defensa en el traslado de la contestación de la demanda, la cual fue declarada como extemporánea, pero sorprende que no tenga entonces en cuenta, la clara contradicción entre la contestación de demanda y lo expuesto en el interrogatorio de parte del demandado, ya que en la primera, adujo una posesión y por tal razón, esta defensa, argumento en aras de desvirtuar tal fenómeno jurídico, y en la segunda, manifestó de manera somera, que no desconoce los derechos de los comuneros; Y vuelvo y repito, es solo una manifestación del demandado, toda vez, que su accionar ha ido encausado a desconocer el derecho real y de dominio de los demás comuneros, luego entonces, la decisión de instancia se cimienta en actos nulos o inexistentes.

Es tal el exabrupto del juzgador de primer grado, que como quedo registrado en el minuto 3:14:00, refiere que lo procedente en el caso bajo examen, es una demanda de rendición de cuentas³, la cual a todas luces deviene en improcedente, por inexistencia de mandato verbal o escrito entre las partes en litigio.

En igual sentido, el *a quo*, señala reiterada y desacertadamente que no existe legitimación por pasiva del demandado, puesto que a su criterio jurídico, éste ejerce administración sobre el inmueble en favor de los demás comuneros⁴, lo cual no es cierto, no se probó y no tiene asidero material, por el contrario, si se probó en la inspección judicial, que el demandado, ha desconocido el derecho de los demandantes, puesto que no permite participación alguna de los frutos o del inmueble a sus hermanos comuneros.

Sobre este tópico, debo traer a colación el artículo 952 del Código Civil, el cual señala que la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor, nótese que en el predio objeto de la *Litis*, no existe otra persona que se reputa la calidad de dueño y por ende que ejerza la tenencia material y la posesión sobre dicho inmueble, luego entonces, esta defensa dirigió

³ Minuto 3:14:00 de la videgrabación de la audiencia del artículo 373 del C.G.P.

⁴ Minuto 3:15:06 de la videgrabación de la audiencia del artículo 373 del C.G.P.

la demanda reivindicatoria en contra de dicha persona, esto es, el señor Jhon Mauricio Sosa, y no otro, ya que en dicho predio, no reside o existe otra persona que repela los intentos de recuperar la tenencia por parte de los demandantes, reitero, el único que ha limitado el derecho de mis mandantes ha sido el demandado.

Consecuentemente, el poseedor actual del predio ubicado en la Calle 71 A Nro. 78 – 48 e identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 50C-1459118, de la Oficina de registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D.C., – Zona Centro, es el hoy demandado, Jhon Mauricio Sosa, y el hecho que haya manifestado una supuesta intención de conciliar, o que haya afirmado en audiencia que no desconoce los derechos de sus hermanos en la diligencia de interrogatorio de parte, no puede ser óbice para desconocer que sus actos simplemente se han opuesto a los derechos e intereses de los demás comuneros, hecho probado y evidente.

5

Podemos concluir señalando que el reconocer un derecho no se configura con la simple, vaga y llana afirmación de la parte en una diligencia judicial, sino que se materializa día a día, en los actos que permitan el uso, goce y disfrute de ese derecho, por parte de sus comuneros.

Es por ello que el *a quo*, le dio un valor excesivo y desbordado a una manifestación del demandado, en total contravía con la realidad material, en la cual como se ha relatado en el curso de este proceso, es simplemente que uno de los hermanos, herederos y hoy comuneros se ha alzado respecto de los demás, menoscabándoles sus derechos patrimoniales, económicos e incluso dilatando e impidiendo la venta del predio para la repartición entre los comuneros.

Por último, es un deber constitucional de los jueces de la República administrar justicia y dar prevalencia a la realidad material sobre las formas, buscando siempre dar solución al conflicto y evitar sentencias inhibitorias, pero lastimosamente en la sentencia recurrida el juzgador sin base probatoria opto por declarar una excepción de oficio, favoreciendo así al demandado quien abusa de su derecho y haciendo cada vez más gravosa la situación de los demandantes, puesto que han transcurrido más de tres años de curso procesal sin resolución al conflicto, erigiéndose así, una clara denegación de la justicia, acompañada de una violación al derecho a la defensa, a la contradicción de las pruebas y a los principios de inmediación, concentración y confianza legítima que deben predicarse de toda actuación judicial.

Igualmente la actuación del Juez Sexto Civil de Circuito, convalida las actuaciones arbitrarias y desproporcionadas del demandado, favoreciéndole y permitiéndole seguir obteniendo un provecho económico a costa de los derechos de los demandantes, lo que constituye una afrenta al derecho constitucional y a las leyes civiles y en especial al artículo 58 de la Carta Política, el cual establece que la propiedad tiene una función social que implica obligaciones para el propietario, para hacer aún más gravosa la situación de mis mandantes, quienes son personas de la tercera edad, quienes no tienen una vivienda propia, un trabajo constante, ni estabilidad económica debido a sus bajos recursos y quienes llevan luchando por sus derechos herenciales durante más de ocho años, les impone una condena en costas de veinticinco millones de pesos, premiando así el comportamiento abusivo y arbitrario de uno de los comuneros en perjuicio de los demás, situación que debe corregirse por parte de *ad quem*.



Por las anteriores razones y fundamentos de derecho, respetuosamente solicito a la sala se revoque la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá D.C., y en su lugar se ordene la reivindicación del **SETENTA Y TRES PUNTO OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO POR CIENTO (73.885%)** del predio, correspondiente a mis poderdantes y la consecuente condena en frutos civiles.

Agradezco la atención brindada y ruego dar curso positivo a mi solicitud.

6

Atentamente,

ANGELA PATRICIA LA ROTA ESPINOSA.

C. C. No. 1.026.562.111 de Bogotá D.C.

T. P. No. 238.961 del C. S. de la J.

SEÑORES
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA CIVIL
E. S. D.

REF. 11001310302120170050100 PROCESO VERBAL
DEMANDANTE: - AURA MILENA PEÑA ALVARADO y OTRO
DEMANDADO: AURA LETICIA ALVARADO DE PEÑA
ASUNTO: SUSTENTACIÓN SOBRE LA SENTENCIA APELADA

JUAN CAMILO SERNA CÁRDENAS, mayor de edad vecino de esta ciudad, identificado con la C.C. No.80.137.214 de Bogotá, portador de la T.P. No. 250.300 del C.S. de a J., obrando en mi calidad de apoderado judicial de los señores **AURA MILENA PEÑA ALVARADO** y **GIOVANNI RIOS ESCAMILLA**, me permito por medio del presente escrito formular los **SUSTENTAR**, el recurso de apelación, respecto de la **APELACIÓN INTERPUESTA** el día 21 de abril del 2021. Lo anterior conforme al ato de fecha 5 de agosto del año 2021.

I ARGUMENTOS:

PRIMERO: En las consideraciones el Ad Quo, estableció que para la época de la firma de promesa de venta (0:57:42), no se acreditaron las mejoras aducidas por los demandantes en el sentido de ser habitable, ignorando para el efecto las pruebas que obran el plenario, como se pasa a explicar:

Sea lo primero manifestar, que la sentencia no se profirió con base en el principio de la necesidad de la prueba esto es la que fue regular y oportunamente allegada al proceso.

En efecto mediante auto de fecha 23 de julio de 2020, en audiencia se decretaron las pruebas solicitadas por partes, donde se resaltan los documentos que hacen referencia al proceso que llevó en el **JUZGADO 52 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ** bajo el **RADICADO: 2015-901**.

En el presente asunto, es claro que el Ad Quo, decretó las pruebas, para dejarlas inanes, pues durante toda la sentencia brilla por su ausencia que el mismo haya hecho una valoración conforme al artículo 176 de la ley 1564 de 2012.

De la audiencia practicada el día 16 de septiembre de 2016, que obra en el **CD QUE SE APORTÓ**, se pueden observar las siguientes afirmaciones realizadas:

-En la hora con cuarenta y un minutos con cincuenta y ocho segundos (1:40:58), se logra evidenciar que el testimonio del señor **ERNESTO PEÑA**, que claramente nos dice: “nos perjudico porque cuando teníamos el local, y **ella lo rompió**, para meter los dos carros que tenía”

Con esta versión es claro que se confirma con lo dicho por el testimonio, de Claudia Lorena Bravo, quien afirmó, que mis mandantes, transformaron un local en una vivienda, y donde siempre manifestó que antes había un local.

Si el Ad Quo hubiera siquiera abierto el **CD**, en cualquier reproductor hubiese, tenido que dar aplicación a la posesión inicial conforme lo enseña el artículo 780 del código civil.

La corte suprema de justicia, ha establecido en reiterada jurisprudencia que la prueba reina, para demostrar actos de señor y dueño es la prueba testimonial, para determinar el elemento intencional¹.

¹ Corte Suprema de Justicia Sala Civil, 16/06/1982 | HUBERTO MURCIA BALEN | EXTRACTOS DE JURISPRUD, CSJ; MIM; 32 Y 33

A su vez, para su valoración ha establecido, la misma corporación que la prueba testimonial. debe someterse a las reglas de la crítica racional y Sana critica².

Sin embargo, tal como se puede observar el juez Ad Quo, no valoró dichas coincidencias en los testimonios, pues jamás hizo mención al **CD** donde está todo el material probatorio, que demuestra lo dicho sobre las mejoras, como actos positivos: "**Cambio de local Comercial a garaje**", por el contrario, lo único que quedó claro es que el **CD**, nunca fue abierto y mucho menos su material fue visto.

Tal afirmación es así pues en las consideraciones no se hizo mención al contenido de este medio de prueba.

Tal medio de prueba es fundamental para demostrar los actos de señor y dueño como lo indica el artículo 981 del código civil, el cual dice: "Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión."

El Ad Quo, también manifiesta que los recibos de servicios públicos(0:59:10) no acreditan posesión, sin embargo, echa de menos el Ad Quo, que dichos recibos no se aportaron de forma separada, por el contrario si hubiera sido acucioso y hubiera observado las reglas del artículo 176 de la ley 1564, hubiera por lo menos vislumbrado que los mismos se aportaron como complemento y en conjunto con los recibos reconocidos por concepto de mejoras, extractos bancarios, por concepto de materiales de obra, el cambio de local a vivienda, donde se puede evidenciar, que no son pruebas aisladas y que debieron ser valoradas todas en conjunto.

Es claro que, si el Ad Quo hubiera valorado las pruebas en su conjunto, no hubiera llegado a la conclusión a la que llegó y por el contrario hubiera dado por demostrado los presupuestos del artículo 981 del código civil ya citado.

SEGUNDO: El Ad Quo, dentro de todas las consideraciones acepta, que la parte actora estaba ocupando el inmueble, sin embargo, hace caso omiso a la jurisprudencia respecto del elemento intencional animus, el cual pese a ser subjetivo, en principio debe tenerse al que se reputa como dueño mientras otra persona no demuestre serlo.

-En primera medida si el Ad Quo, hubiera valorado las pruebas en su conjunto, hubiera llegado a la siguiente conclusión:

-Con el testimonio del señor **ERNESTO PEÑA**, se intentó por parte del pasivo demostrar un supuesto contrato de arriendo el cual entra en las siguientes contradicciones:

- a) Dice haber estado en la celebración del "**CONTRATO DE ARRIENDO**", sin embargo, en el material probatorio que se anexo (cd de audiencia celebrada el día 16 de septiembre de 2016, se puede observar que adujo otra cosa distinta.
- b) En la hora con cincuenta minutos con cincuenta y cuatro segundos (1:50:54), se logra evidenciar que el testimonio del señor Ernesto Peña, cuando se le pregunta por el contrato de arriendo dice: "esa pregunta se la debe hacer a mi señora". Al ver la respuesta la **JUEZ 52 CIVIL MUNICIPAL**, insiste y pregunta que sí estuvo presente en ese momento del acuerdo y dice: "NO".

² Corte Suprema de Justicia Sala Civil, 02/04/1971 | ERNESTO CEDIEL A. | GACETA JUDICIAL, TOMO CXXXVIII, NOS. 2340 A 2345; 231 | ARTS. 697, 687, 688, 689 C.J. CITA SENT. G.J. LXXIX, 252 | C.S.J. SCC. | | |

- c) En la hora con cuarenta y tres minutos con seis segundos (1:43:06), se logra evidenciar que el testimonio del señor Ernesto Peña, cuando dice: “le pasamos la carta porque no quería incrementar el arriendo”.
- d) En el presente asunto, cambia la versión, y dice que se le paso la carta por que lleva a dos años sin pagar.

Con estas pruebas contradictorias, se logra evidenciar que mis mandantes no estaban en calidad de tenedores, y así debe tenerse.

Si el despacho hubiera siquiera revisado el **CD QUE SE DECRETÓ** como prueba hubiera observado dichas contradicciones, con las vertidas en el presente proceso.

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ha establecido que el elemento animus, se demuestra en la mayoría de los casos con el elemento objetivo pues la posesión en la mayoría de los casos se presume³.

Lo anterior está en consonancia con el artículo 780 del código civil, el cual dice: “Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega.”. A su vez el artículo 762, dice que el poseedor es reputado dueño mientras alguien no justifique serlo, lo que es evidente que en este caso no ocurrió.

Dicho inicio de la posesión, se inició en virtud de una promesa de venta que no fue tachada, y por el contrario se complementó, con el **cambio de local comercial a vivienda** y por ende la presunción del artículo 780 del código civil, no fue desvirtuada por parte de la pasiva.

En este punto debe tenerse que el Ad quo, debió tener claro que a mis mandantes solo les bastaba demostrar la posesión inicial, como se indicó en virtud del artículo 780 del código civil.

Tal acto de posesión inicial, se demostró con dos medios de prueba: contrato de promesa de compraventa, que analizando en conjunto con el cambio de local comercial a vivienda se logra demostrar el primer acto de señor y dueño, y por ende el resto de la posesión se presume.

En efecto el artículo 780 del código civil, dice: “**Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega...**”

TERCERO: El Ad Quo, decreta la imparcialidad del testimonio de la señora **OLGA LUCIA OCHOA**, (1:00:01) pues en sentir del ad quo, su dicho que sus familiares todos le colaboran afecta su imparcialidad. Aduce también el ad quo, que la testigo “cae en contradicción con lo afirmado por el señor Jairo Vargas”, ignorando que existe un **CD**, que nunca abrió ni observó y muchos menos valoro en donde se demuestra que su dicho no cae en contradicción con las pruebas testimoniales allí recogidas.

CUARTO: Omite valorar también el Ad Quo, que el testimonio **ERNESTO PEÑA**, dice al final de sus intervenciones que mis mandantes nunca le entregaron la casa, demostrando así que mis mandantes, no tenían que entregar algo de ellos (1:38:01), con lo que se demuestra el *animus de dueños*.

³ Corte Suprema de Justicia Sala Civil, CSJ SC, 25 de Nov. 1938, Extraída del libro jurisprudencia civil, comercial y de familia, segundo semestre 2014, Editorial librería jurídica Sánchez, pag 247

QUINTO: Aduce el Ad Quo, que el suscrito había desistido del documento aportado en copia de tenerlo como prueba (1:03:34), acá está claro que el Ad Quo **faltó a la verdad**, por la siguiente razón:

Si se observa la audiencia del día 23 de febrero de 2021(2:07:40), el que desistió fue la **contra parte de la tacha de falsedad**, el suscrito siempre solicitó conforme al artículo 270(prueba testimonial que conforme el desistimiento de la tacha **se desistió del testimonio no del documento**), pues la tal como se puede observar el ad quo en esa situación manifestó, **se acepta el desistimiento de la tacha nunca del documento, que debió tenerlo como prueba.**

Otra situación que se puede observar es que el Ad Quo, **no tenía idea exactamente qué era lo que se tachaba**, en primera medida, dijo: “no se por que que se dio la tacha” (2:03:03), a su vez después dijo que no se había tachado la firma si no el contenido (2:07:30), con lo que se demuestra que el Ad Quo, nunca realmente quiso valorar dicho documento ni mucho menos despejar dudas citando el testimonio del señor Miguel Armando Ruiz.

Es importante resaltar que el señor Miguel Armando Ruiz, no solo aparece en documento de recibo de pago, sino en el contrato de promesa de compraventa.

Con lo anterior, se vislumbra que el Ad Quo, también faltó a su deber constitucional de buscar la verdad de los hechos conforme con la sentencia T 074 de 2018, donde en su numeral 5.2.1, la corte deja claro que: **“El decreto oficioso de pruebas constituye un deber funcional, de conformidad con la legislación civil y la jurisprudencia constitucional”**

II SOLICITUD:

Por lo anterior ruego honorables magistrados, se revoque la sentencia proferida por el juzgado 21 civil del circuito dentro del presente asunto, y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda.

Se firma el presente memorial de forma digital conforme con la ley 527 de 1999, en concordancia con el decreto 2364 de 2012.

De los señores magistrados con distinción y respeto,

**JUAN
CAMILO
SERNA
CARDENAS**

Firmado
digitalmente por
JUAN CAMILO
SERNA
CARDENAS
Fecha: 2021.08.12
10:24:42 -05'00'

JUAN CAMILO SERNA CARDENAS
C.C. N°.80.137.214 de Bogotá D. C.
T.P. N° 250.300 del C. S. de la J.
3184570573 – juanc233@yahoo.com

Honorables Magistrados:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL

M.P. Dra. Adriana Ayala Pulgarín

Ref.: Demandante: JORGE SAFFON SALAZAR Y OTROS

Demandado: BANCO COMERCIAL AV VILLAS

Radicación: 11001310302520010045702

Clase: EJECUTIVO

Asunto: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION SENTENCIA

Obrando en mi condición de apoderado de la parte ejecutante y en virtud de lo previsto por artículo 14 del decreto 806 de 2020, sustento el RECURSO DE APELACION contra la sentencia del 31 de enero de 2020.

SUSTENTACION DEL RECURSO

El presente proceso ejecutivo tuvo su origen en la sentencia sustitutiva emitida por la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se estableció una condena en contra de la ejecutada, fallo judicial sobre el cual el a quo señaló que se había ordenado el pago por \$15'459.388.35 sobre los cuales se debían pagar intereses corrientes entre 1997 y hasta la ejecutoria de la sentencia sustitutiva, con posterioridad a esa fecha, se causarían intereses moratorios.

Así mismo, el juez de primera instancia señaló que sobre la suma ordenada no se podían realizar "*elucubraciones adicionales*" o entender que se hubieran autorizado la capitalización de réditos, agregando que si bien es cierto el artículo 886 del Código de Comercio permitía el pacto de esos réditos, para el presente asunto no se configuraba esa circunstancia.

Sobre tales consideraciones, ésta parte encuentra que si bien es cierto, la sentencia sustitutiva de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ordenó el pago de intereses corrientes durante los periodos de tiempo que allí se determinaron, también lo es que esa manifestación "intereses corrientes", no es otra cosa distinta a la tasa que debe aplicarse, es decir, la que conforme a las resoluciones que expide la Superintendencia Financiera, rige para los intereses corrientes.

En lo que respecta a la forma o formulación que debe utilizarse para practicar esa liquidación de intereses corrientes, es claro que debe existir **concordancia con aquellas reglas que se pactaron en el contrato de mutuo celebrado por las partes** y que dio origen al proceso ordinario que precedió a la presente ejecución, para lo cual debe acudir al contenido de los pagarés suscritos en virtud del préstamo otorgado a mi representada, documentos donde se consignó que:

Pago que haré(mos) en moneda legal colombiana, liquidado a la equivalencia de la misma en Unidades de Poder Adquisitivo Constante (UPAC) en la fecha de pago. **TERCERO:** Sobre la deuda anterior pagaré(mos) intereses efectivos, liquidados en Unidades de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), a la tasa de DIEZ Y OCHO POR CIENTO***** (18%) anual de conformidad a lo ordenado por el artículo 7o. del mismo Decreto 1.229 de 1972. Esta tasa de interés la pagaré(mos) por TRIMESTRE ANTICIPADO.

Los intereses se liquidarán siempre sobre el saldo de la deuda reajustada de acuerdo con las modificaciones en el valor de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC) y se pagarán en moneda legal. En caso de mora en el pago del capital o de los intereses corrientes, pagaré(mos) intereses, liquidados en Unidades de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), sobre la totalidad del saldo insoluto reajustado de acuerdo con la variación de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), a la tasa del TREINTA Y SEIS POR CIENTO.***** (36%) por año, sin perjuicio de las acciones legales del acreedor. Es entendido que en el evento de que por cualquier nueva disposición legal o reglamentaria se autorice cobrar intereses superiores a los previstos en este pagaré, sean ellos corrientes o moratorios, acepto (aceptamos) desde ahora el reajuste que haga la CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA LAS VILLAS y me (nos) obligo (obligamos) a pagar la diferencia que resultare a mi (nuestro) cargo en virtud de lo anterior. **CUARTO:** Todos los

Al respecto me permito citar una sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, de fecha 9 de febrero de 2010, M.P. Alvaro Fernando García Restrepo, proferida dentro de un proceso donde una entidad financiera también fue condenada a pagar un monto de dinero que había cobrado de más al deudor, señaló:

“Sobre la cantidad obtenida como resultado se reconocerán intereses teniendo en cuenta que las sumas de dinero fueron descontadas indebidamente a los deudores y que de haberlas tenido en su poder, las hubieran podido usufructuar o que al

*menos habrían percibido intereses sobre las mismas, de ahí que acogiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la temática planteada es necesario reconocer réditos sobre el dinero señalado, **empleándose la misma tasa pactada en el pagaré No.para la mora**”*

Frente a este aspecto, sostuvo el fallador de primera instancia que no podía tener en cuenta lo pactado en los pagarés, porque el pacto de capitalización de intereses no se previó de manera general, salvo en el caso de los intereses de mora, frente a los que sí se deberían intereses sobre “la totalidad del saldo insoluto”.

Sin embargo, encontramos que el convenio de que trata el artículo 886 del Código de Comercio sí existió, y se encuentra consagrado en cada uno de los pagarés que conformaron la obligación que fue objeto de análisis por parte de la Corte Suprema de Justicia y donde se deriva la presente ejecución, y que, el Banco aplicó ese mismo rasero al momento de liquidar el crédito, tal como lo explicó el perito Jorge Hernando Díaz Valdiri.

En efecto, resulta oportuno recordar que en desarrollo del recurso de casación que dio origen a la presente acción ejecutiva, se decretó una experticia dentro de la cual se revisó el comportamiento del crédito hipotecario, para ello se designó al Economista y Calculista Actuarial Jorge Hernando Díaz Valdiri, quien estableció que habiéndose revisado la forma en que se produjo la aplicación de los intereses, encontró que tanto los intereses corrientes como los vencidos dentro del recorrido del crédito fueron liquidados siempre por AV Villas **APLICANDO Ó IMPUTANDO LOS MONTOS DE INTERESES RESULTANTES (POR CADA MOVIMIENTO) al SALDO INSOLUTO REAJUSTADO DE CAPITAL SUBSIGUIENTE, GENERANDO UN NUEVO SALDO INSOLUTO SOBRE EL CUAL SE LIQUIDARON LOS INTERESES DEL PERIODO SUBSIGUIENTE,** de conformidad con lo establecido en la Cláusula Tercera de los pagarés que ordenaba que **LOS INTERESES SE DEBEN LIQUIDAR SIEMPRE SOBRE LA TOTALIDAD DEL SALDO INSOLUTO.**

Al respecto señaló el perito:

*“(...) de la revisión y aplicación de los intereses (anticipados y moratorios) que le **genera a favor del demandante un saldo insoluto o menor valor que debieron haberle imputado,** genera además otro efecto adicional derivado de aplicar o*

imputar esos montos de intereses resultantes (por cada movimiento) al saldo de capital subsiguiente, generando un menor saldo insoluto en UPACS sobre el cual se liquidan los intereses (anticipados y moratorios) del periodo subsiguiente (...)"¹

De acuerdo con lo anterior, se tiene que:

Primero: Que en el crédito No. 7-515, origen de este proceso, se pactó en todos los pagarés que los intereses se deben liquidar siempre sobre la totalidad del saldo insoluto.

Segundo: Que en el crédito No. 7-515 el Banco liquidó siempre los intereses aplicando o imputando los montos de intereses resultantes por cada movimiento al saldo insoluto reajustado de capital subsiguiente, generando un nuevo saldo insoluto sobre cual se liquidan los intereses del periodo siguiente.

Tercero: Que es manifiestamente claro que al convertirse tales intereses en capital no existe conflicto alguno puesto que se está cobrando intereses sobre capital.

Cuarto: Que el Juez 50 Civil del Circuito libró acertadamente el mandamiento de pago liquidando los intereses corrientes ordenados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en idéntica forma que los liquidó el Banco en el crédito No. 7-515, aplicando ó imputando los montos de intereses resultantes por cada movimiento al saldo insoluto reajustado de capital subsiguiente, generando un nuevo saldo insoluto sobre cual se liquidan los intereses del periodo siguiente, desde el 15 de julio de 1997 y hasta la ejecutoria de la sentencia de casación, esto es, el 07 de julio de 2015.

Quinto: Que el Juez 50 Civil del Circuito al liquidar los intereses corrientes ordenados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en idéntica forma que los liquidó el Banco en el crédito No. 7-515, respetó el equilibrio contractual y el principio de igualdad que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional se exige un trato idéntico para supuestos iguales o análogos dado que las discriminaciones que se establecen frente a hipótesis análogas o iguales quiebran el principio constitucional a la igualdad, cuando carecen de justificación, máxime si se tiene en

¹ Página 70 del dictamen pericial rendido por Jorge Hernando Díaz Valdiri.

cuenta que la obligación que se persigue se deriva de la orden de restituir dineros por unos cobros excesivos, que realizó el banco en un contrato de mutuo con la aquí demandante.

Por ello, atendiendo criterios justicia, equidad e igualdad, la suma de dinero que fue indebidamente cobrada a mi representado, debe ser reembolsada liquidando los intereses corrientes, atendiendo los mismos criterios previstos en los pagarés, procedimiento que fue adoptado por AV VILLAS cuando hizo el cobro indebido de los 15'459.388.35, es decir, para el cálculo de la liquidación del crédito, se ha debido utilizar la misma fórmula de interés compuesto usada por el banco para el cobro de los intereses **anticipados y moratorios** sobre saldos insolutos de capital.

Lo anterior por cuanto si la entidad financiera utilizó una formula mediante la cual se produjo una capitalización de intereses en desarrollo del contrato de mutuo, no existe justificación alguna para que ese mismo criterio no pueda ser utilizado para la formulación de los intereses que debe pagar la entidad financiera a favor de los ejecutantes para reintegrar una suma de dinero que fue indebidamente cobrada por la demandada en ejecución del mismo contrato.

En suma, para la liquidación de la obligación que ordenó pagar la Corte Suprema de Justicia, no podría aplicarse un criterio diferente que la fórmula de interés compuesto que utilizó la entidad financiera al momento de cobrar las sumas de dinero que le prestó a mis representados.

Así mismo, el a quo sostuvo que si accediera a lo pretendido sería *“materialmente como imponer interés tres veces, esto es, convertir en capital los intereses pagados en exceso, liquidar intereses de plazo sobre los mismos y, a su vez, capitalizar éstos últimos e imponerle los frutos perseguidos”*

Respecto a esa afirmación, debo señalar que no le asiste razón al juez de primera instancia, toda vez que lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia, fue el reconocimiento de una suma de dinero por valor de \$15'459.388.35, correspondiente a un CAPITAL que debe ser pagado a mi representada por habersele cobrado indebidamente, sobre el cual procede el cobro de los intereses corrientes y moratorios por unos periodos de tiempo que no son concordantes, realizando la capitalización de intereses, porque esa fue la forma en que la entidad

financiera concretó el cobro indebido de las sumas cuya devolución se reclama, lo cual está permitido y de hecho es la manera en que liquidan sus créditos los bancos.

No sobra recordar que cuando el suscrito interrogó al perito de parte de la sociedad demandada, sobre la forma en que debían ser liquidados los intereses sobre sumas de dinero indebidamente cobradas por entidades financieras, éste acertó en señalar que debían aplicarse los mismos criterios que se habían utilizado al momento de su cobro.

Por otra parte, la sentencia contraviene lo dispuesto en el mandamiento de pago dentro del cual se ordenó que la demandada pagara por concepto de intereses corrientes la suma de \$424'329.170.24, decisión judicial que se encuentra en firme luego de que se resolviera el recurso de reposición interpuesto por la demandada.

En ese orden de ideas, la declaratoria de prosperidad de la excepción de pago total de la obligación, cuando éste se hizo por una suma infinitamente menor a la ordenada en el mandamiento de pago, constituye un pronunciamiento a través del cual se decide nuevamente sobre los requisitos formales del título.

En efecto, nótese que los requisitos formales del título fueron objeto de análisis cuando se libró el mandamiento de pago y luego cuando se resolvió el recurso de reposición contra esa decisión, es decir, pese a que en 2 providencias judiciales el a quo revisó la forma en que se habían liquidado los intereses corrientes, resolviendo librar orden de pago y mantener incólume esa decisión, en la sentencia nuevamente hizo un juicio de valor sobre el monto por el cual se libró la orden de pago por concepto de intereses corrientes, para señalar que la tasación de los mismos era excesiva porque no se acompañaba a lo ordenado en la sentencia de la Corte, circunstancia que corresponde una nueva valoración de los requisitos formales del título, misma que resultaba improcedente en éste punto del proceso, conforme a lo señalado en el inciso segundo del artículo 430 del Código General del Proceso:

“Los requisitos formales del título ejecutivo *sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso.* En consecuencia, los defectos formales

del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso.”

Para el presente caso se tiene que habiéndose notificado la orden de pago, la entidad financiera interpuso recurso de reposición en su contra, oportunidad dentro de la cual invocó la falta de requisitos formales del título sosteniendo que éste no se ajustaba a la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia y argumentó que no habría título ejecutivo para librar la orden de pago por “unos intereses jamás ordenados en la referida sentencia y aclaración”.

El mencionado recurso de reposición fue resuelto por el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, mediante auto del 28 de julio de 2016, mediante el cual se decidió NO REPONER el auto del 21 de abril de 2016. Esta decisión cobró ejecutoria sin que la parte ejecutada presentara alguna solicitud de adición o aclaración respecto de la decisión adoptada por el Juzgado.

Posteriormente, al proponer excepciones, la ejecutada incluyó aspectos que nuevamente correspondían a un ataque relativo a los requisitos formales del título ejecutivo, aún cuando la presente ejecución tuvo su origen en una sentencia judicial proferida por la Corte Suprema de Justicia, por ello, las excepciones que pueden ser invocadas se encuentran limitadas a aquellas referidas por el numeral 2º del artículo 442 del Código General del Proceso que establece:

*“Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, **sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia,** la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento o la pérdida de la cosa debida.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe recordar que el profesor Hernán Fabio López Blanco, al referirse sobre el ataque a los requisitos formales del título ha explicado:

“7.1. Forma de hacer valer la ausencia de requisitos formales del título ejecutivo

Se trata de punto de especial interés debido a que de forma precisa se delimitan dos campos de acción en lo que con la defensa del ejecutado concierne; el primero de ellos se refiere a los requisitos formales del título ejecutivo, es decir, todo lo que atañe con la observancia de las exigencias previstas en el art. 422 del CGP. El segundo, es el atinente con la defensa de fondo del demandado, o sea el cuestionamiento de la existencia total o parcial de la obligación por la cual se le ejecuta, lo que en la práctica es usual confundir y no es extraño observar que el abogado de la parte ejecutada emplea la excepción “perentoria” de inexistencia de los requisitos formales del título, ejemplo, porque la obligación no es clara, no proviene del demandado o no es exigible, lo que es un error debido a que no se cuestiona la obligación en sí, sino la idoneidad del título ejecutivo.

Para diferenciar el tratamiento procesal de tales aspectos, el inciso segundo del art. 430 del CGP dispone que: (...) con lo cual queda determinado que si no se emplea la reposición y el mandamiento queda en firme, no es posible replantear el tema de la carencia de dichos requisitos por vía de excepciones perentorias, ni tampoco alegar causal de nulidad por trámite inadecuado debido a que la misma desapareció en el Código General del Proceso, tal como se comprueba del análisis del art. 133 de dicho estatuto y deberá afrontarse la ejecución empleando, de ser el caso excepciones perentorias.

Evidencia la disposición que comento, el cuidado que deben tener los ejecutados para aprestarse a la defensa de sus intereses una vez se les notifique el mandamiento ejecutivo, por cuanto el plazo de ejecutoria de tres días, de modo que si el juez profirió el mandamiento ejecutivo únicamente dentro de los tres días siguientes a la notificación al ejecutado es que este puede discutir lo atinente a carencia de los requisitos formales del título ejecutivo, es decir que no es clase o expresa la obligación, que no es exigible la misma o que el documento como tal no es idóneo por emplearse una copia cuando la ley dispone que para ese evento debe ser solo el original.

Y es que el objeto de esta disposición fue el cortar de raíz una errada y difundida interpretación judicial que pregonaba que al ir a dictar sentencia el juez podía de nuevo revisar los requisitos formales del título ejecutivo, la que generaba graves incongruencias procesales, que se erradican con esta norma, pues queda claro que todo debate en torno a la suficiencia o no del título ejecutivo, se agota en ésta inicial

etapa, de modo que ya no serán de recibo supuestas excepciones perentorias basadas en carencia de esos requisitos.”²

En fallo del 17 de noviembre de 2016, la Corte Suprema de Justicia, señaló:

*“En consecuencia, la advertencia contenida en el artículo 430 del Código General del Proceso, en cuanto a que «[N]o se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada» a través del recurso de reposición, y que las deficiencias del título ejecutivo «no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso», **aplica en la medida en que los vicios correspondan a los denominados «formales», es decir, aquellos que debe contener el título base de recaudo y la demanda que lo postula (...)**”³*

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez de primera instancia se equivocó al pronunciarse nuevamente sobre los requisitos formales del título en la sentencia, toda vez que dicho control de legalidad fue impartido cuando se resolvió el recurso de reposición que la entidad financiera propuso contra la orden de pago.

En los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida el 31 de enero de 2020.

Cordialmente,

JAIME KLAHR GINZBURG

C.C. 79'146.352 de Usaquén

T.P. 49.842

² LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Código General del Proceso, Parte Especial, año 2017, editorial Drupré, páginas 536 y 537.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, M.P. Luis Alonso Rico Puerta, sentencia del 17 de noviembre de 2016, expediente STC15927-2016

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – Sala Civil-

secscribsubpta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co

La Ciudad.

Referencia: DECLARATIVO DE MAYOR CUANTÍA
Radicado: 11001310303720190003101
Demandante: FUNDACIÓN UNYDOS
Demandado: JAVIER FANDIÑO GONZÁLEZ, MIREYA CONSTANZA BASTO TRIANA y
Sociedad PARQUE INDUSTRIAL RIO DE LA MAGDALENA y Cia Ltda.

Magistrada: Dra., MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA.

Asunto: **SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA.**

GERMAN ROJAS OLARTE, obrando en calidad de apoderado judicial de MIREYA CONSTANZA BASTO TRIANA y del PARQUE INDUSTRIAL RIO DE LA MAGDALENA reconocido en autos, comedidamente me dirijo a su Despacho con el propósito de allegar el escrito de **sustentación del recurso de apelación** que fue interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá el pasado 21 de abril de 2021, recurso que fuera admitido por este Honorable Tribunal conforme el estado E-135 del 6 de agosto de 2021 y que sustentó en los siguientes términos:

LA SENTENCIA ATACADA:

La sentencia atacada objeto del reparo es la siguiente:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por los demandados CONSTANZA BASTO TRIANA Y PARQUE INDUSTRIAL RÍO DE LA MAGDALENA S.A.

DECLARAR PROBADA la excepción propuesta por Liberty Seguros S.A. denominada “*exclusión de cláusulas penales*” frente al llamamiento en garantía.

SEGUNDO: ACOGER PARCIALMENTE las pretensiones principales de la demanda. En consecuencia, se declara RESUELTO el contrato de obra denominado “*contrato de diseños, estudios técnicos, trámites, licencias y construcción del Centro Cultural Juan Rey*”, suscrito inicialmente entre la Fundación Confraternidad y Constanza Basto Triana el día 13 de abril de 2013, que fue objeto de cesiones de posición contractual detalladas en los otros sí enunciados en las consideraciones y que de acuerdo con las últimas modificaciones hechas en documentos fechados el 20 de octubre y 30 de noviembre de 2015, figuró como contratante la FUNDACIÓN UNYDOS y contratista la empresa PARQUE INDUSTRIAL RIO DE LA MAGDALENA & CÍA LTDA., siendo garante solidaria de esta última la sociedad la demandada CONSTANZA BASTO TRIANA.

TERCERO: CONDENAR en forma solidaria a PARQUE INDUSTRIAL RÍO DE LA MAGDALENA & CIA LTDA y CONSTANZA BASTO TRIANA, a pagar a favor de la FUNDACION UNYDOS la suma de \$68'190.000 a título de sanción por incumplimiento. Monto frente al cual se causarán intereses moratorios a la tasa del 6% anual, a partir de la ejecutoria de esta sentencia y hasta que se verifique el pago.

(...)

CUARTO: Costas de esta instancia a cargo de los demandados PARQUE INDUSTRIAL RÍO DE LA MAGDALENA & CIA LTDA y CONSTANZA BASTO TRIANA a favor del demandante y la llamada en garantía. Inclúyase la suma de \$4'000.000 frente al primero y respecto del segundo la cuantía de \$3'000.000, como agencias en derecho.

PRETENSIONES DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados que resolverán el RECURSO DE APELACIÓN, que se REVOQUE en su totalidad el RESUELVE contenido en la Sentencia de 1ª instancia proferida por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá dentro del Radicado No 11001310303720190003100 y en su lugar se ABSUELVA de todas las pretensiones endilgadas por parte de la FUNDACIÓN UNIDOS en contra los demandados JAVIER FANDIÑO GONZÁLEZ, MIREYA CONSTANZA BASTO TRIANA y PARQUE INDUSTRIAL RIO DE LA MAGDALENA

MOTIVOS DE LA INCONFORMIDAD:

El señor Juez 37 Civil del Circuito de Bogotá en su fallo de 1ª instancia recurrido, VALORÓ INDEBIDAMENTE las pruebas allegadas al expediente, igualmente los testimonios deprecados y la documental allegada al expediente.

1. Inconformidad respecto del literal PRIMERO del RESUELVE de la Sentencia, en el que se declararon no probadas las excepciones de mérito propuestas por los demandados CONSTANZA BASTO TRIANA y PARQUE INDUSTRIAL RIO DE LA MAGDALENA S.A.
2. Inconformidad respecto del literal SEGUNDO del RESUELVE de la Sentencia, se haya acogido parcialmente las pretensiones principales de la demanda respecto que se declarara RESUELTO el contrato de obra denominado *“contrato de diseños, estudios técnicos, tramites, licencias y construcción del Centro Cultural Juan Rey”*
3. Inconformidad respecto del literal TERCERO del RESUELVE de la Sentencia, en el que se condenó de forma solidaria al PARQUE INDUSTRIAL RIO DE LA MAGDALENA S.A. y a la señora CONSTANZA BASTO TRIANA al pago de la suma de \$ 68'190.000 a título de sanción por incumplimiento.
4. Inconformidad respecto del literal CUARTO del RESUELVE de la Sentencia, en la que se condenó en costas a cargo de los demandados PARQUE INDUSTRIAL RIO DE LA MAGDALENA S.A. y a la señora CONSTANZA BASTO TRIANA agencias en derecho en favor del demandante en \$4'000.000 y en favor del llamado en garantía por la suma de \$ 3'000.000.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Presentamos un análisis de los diferentes HECHOS y de unas pruebas que fueron allegadas al expediente en el transcurso del proceso ordinario las que fueron mal o indebidamente valoradas por el Despacho, las que llegaron a determinar al fallador negar las excepciones de mérito formuladas por las pasivas y a acoger parcialmente las pretensiones de la demandante:

Sustento mi inconformidad en la Sentencia de Primera instancia en que el Despacho aprecio de manera parcial o indebida las pruebas allegadas, no examinó con detenimiento el caso de la evidente fuerza mayor que se presentó en el transcurso del contrato; el fallador tomó por cierto que la demandante había cumplido a cabalidad todas sus obligaciones con los demandantes cuando efectivamente está demostrado que las fundaciones FUNCOFRA y UNYDOS no cumplieron con todas las obligaciones a las que se comprometió, por lo que la parte actora también debe ser declarada incumplida dentro del contrato firmado entre las partes; respecto de los testimonios arrojados al expediente se tiene que varios de estos tenían mucho interés personal y comercial en que la obra fuera demolida, pero no fue revisado con detenimiento a pesar de la tacha que se presentó contra un testigo se realizó sin pronunciamiento de fondo por este Juzgado, (solamente se extendió a un renglón); el señor juez manifiesta que hubo incumplimiento por cuanto otros testigos señalan que existían problemas en la edificación porque faltaban templetes, porque no tenía ventanas en la fachada ni muros laterales, porque estaba ocupando una zona de cesión vial, pero de todo esto NO SE APORTÓ PRUEBA, no existe evidencia que el inmueble estuviera ocupando espacio de una cesión vial, definitivamente no lo hay, pero el Juzgado prejuzgó que los demandantes y sus testigos por su confesión religiosa o moral no mentaban y por ello se dictó el fallo en su favor desechando las manifestaciones de la defensa quien si probó que la obra estaba dentro de los parámetros de la Licencia de Construcción, y resultan falsas las afirmaciones en contrario, ninguna autoridad sancionó a los demandados por haber construido el inmueble en una zona de reserva vial, tampoco porque no existían muros, ni porque no habían ventanas, ni por falta de soldaduras, tampoco por falta de templetes, ni por el inexistente muro medianero, ni por la falta de planos eléctricos, tampoco por la falta de planos sanitarios, no existe reclamación de autoridad competente porque la obra estaba sin concluir, no se aportó prueba escrita alguna que indicara que el certificado de ocupación iba a ser negado,

Frente a la siguiente norma del Código Civil, considero que fue erróneamente interpretada por el Fallador, que debió estudiarse con detenimiento antes de proferir el fallo:

Artículo 64 del Código Civil: se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a los que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercido por un funcionario público, etc...

Resulta paradójico que los aquí demandantes hubiesen realizado de manera unilateral la demolición o desmonte de la obra sin realizar un reclamo formal al constructor, en sentido común era que si existía alguna inconformidad respecto de la calidad, estado o terminados de la obra contratada se requiriera al constructor para que realizara descargos correspondientes, **pero no los hubo**, los contratantes siempre estuvieron conformes y de acuerdo con la forma en que se adelantaba la construcción, veían los adelantos de la obra, se les rendían informes, se compraban materiales, se recibían visitas del interventor, se pagaban trabajadores etc, y a la fecha, NO HAY LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO, tampoco hay constitución en mora a los aquí demandados, y resulta evidente que la decisión de cambiar el diseño de la obra fue de manera unilateral por parte de la fundación UNYDOS, quienes tenían arquitecto y presupuesto para modificar sustancialmente la obra inicialmente contratada, quienes como dueños de la obra y del terreno tenían esa facultad, actos que realizaron de manera autónoma y unilateral sin contar con la opinión de los aquí demandados, quedando un saldo por pagar a los constructores por la obra ejecutada.

Su señoría manifestó que el primer incumplimiento de los demandados fue que no subsanó dentro del término los reparos que había realizado la Curaduría Urbana, pero el despacho no se determinó en analizar que la corrección de las planchas catastrales no se realizarían en 30 días hábiles, la labor la ejecutó la Secretaría de Catastro Distrital quien tardó un (1) año en realizar los correspondientes ajustes, pero este Juzgado de primera instancia aduce que fue un incumplimiento de los demandados cuanto el acto administrativo que realizó el ajuste no dependía de ellos; aunado a lo anterior los demandantes, respecto del muro medianero a que hace alusión el Juzgado, respetuosamente señalo que NO EXISTE MURO MEDIANERO, de pronto en otro proceso pero no en este, tampoco evaluó que la demandada había realizado una conciliación respecto de un muro que no es medianero, pero que de todas maneras este hecho no es un incumplimiento de los demandados,

Respecto del testimonio de JUAN CARLOS FANDIÑO, el despacho creo de manera artificiosa un velo de sospecha porque este es hijo de un demandado, porque es socio de la empresa constructora, porque participo como residente de la obra, porque es hijo del representante legal, y si, este testigo es culpable de todos los cargos que se le indilgan como es de ser hijo del Javier Fandiño representante legal de la empresa, por ser arquitecto residente de la obra, porque es socio de la empresa constructora, y muchas cosas más, pero no es culpable que los fieles testigos de la IGLESIA CONTRATERNIDAD y que las fundaciones FUNCONFRA y UNYDOS falten a la verdad respecto de la obra, los testigos fueron firmes en afirmar que no existían planos eléctricos, que tampoco existían planos sanitarios, que no tenía agua, es claro que aquí faltaron todos a la verdad porque toda la documentación estaba en la obra, era necesaria e indispensable que existieran para aprobar la licencia de construcción, adicionalmente la valla que estaba fijada en la obra indicaba que toda la documentación estaba en la Curaduría y que si existiera alguna falta de documentación, simplemente no se otorgaría la licencia respectiva, es pura lógica que los demandantes y sus consejeros conocieron la totalidad de la documentación con que se tramitó y expidió la Licencia emitida a nombre de Javier Fandiño, tanto es que lo acusan de haberla levantado sobre una zona de reserva vial, por lo tanto si accedieron a todos los planos y la documentación necesaria antes de solicitar que entregaran la obra en el estado en que se encontraba, por lo anterior y con todo respeto, estos testigos faltaron a la verdad, sus testimonios son evidentemente contrarios a las pruebas aportadas, se evidencia la falta de credibilidad de los testimonios y sobresale un injusto e indebido interés en atacar las actuaciones de los demandados para buscar una sentencia que favorezca a la demandada, por lo que la sentencia proferida por este Despacho debe ser REVOCADA en su totalidad.

Respecto de la prueba documental aportada en la audiencia por el señor JUAN CARLOS FANDIÑO este despacho no se pronunció al respecto, pero su contenido es importante para demostrar que las faltas a la verdad de los demandantes y de sus testigos.

Respecto del contrato 040413 del 15 de abril de 2013.

1. El citado contrato en la cláusula primera, hace referencia al OBJETO del contrato en la que se presenta de manera **genérica e indeterminada**, a que parte (contratante o contratista) le corresponde realizar las actividades de diseño arquitectónico, los estudios técnicos, los tramites, , las licencias urbanísticas o de cualquier otra naturaleza se requieran y la construcción.

Tenemos que los propietarios de terreno quienes debieron tener listos y la día toda la documentación necesaria para iniciar la obra, fallaron e incumplieron con los contratistas puesto que esta evidenciado que las áreas privadas y las colindancias no correspondieron a las que CATASTRO DISTRITAL tenía en su archivo, motivo por el cual se presentó un atraso superior al año para la obtención de la Licencia de Construcción, hecho que fue debatido en el proceso con pruebas que demuestran el retardo en la obra, pero que si el A-quo hubiese

valorado con sana crítica, indudablemente en el fallo se declararía NEGANDO las pretensiones de la demanda.

2. Tenemos que el citado contrato civil elaborado por la FUNDACIÓN CONFRATERNIDAD hace referencia al inmueble de la “**TV 14 ESTE # 71-25**” que **es inexistente**, que fue anunciado en la contestación del HECHO 1 de la demanda indicando que esa dirección correspondería al sector de ROSALES en el norte de Bogotá, por lo que en estricto derecho debería ser declarado ineficaz por cuanto no se identificó de manera cierta y contundente el inmueble objeto del contrato, situación que no fue valorada por el A-Quo, que de haberlo analizado en su oportunidad no generaría ninguna obligación para las partes contratantes.
3. Las partes pactaron en la Cláusula octava: “*causales de terminación anticipada del contrato*” entre ellos el MUTUO ACUERDO, y que el contratista tendría derecho a la liquidación y pago de los honorarios que se hayan causado, que a la fecha de presentación del presente escrito, la FUNDACIÓN UNYDOS no ha liquidado, el contrato fue terminado de mutuo acuerdo por las partes, quedando pendiente la liquidación del mismo.

Si bien este contrato inicial fue firmado con la FUNDACIÓN CONFRATERNIDAD, donde asistió, aprobó y autorizó el señor JULIO CESAR QUINTERO OLIVEROS, nunca se realizó algún reclamo serio sobre el mismo, solo hay conjeturas.

4. La FUNDACIÓN CONFRATERNIDAD y el señor JULIO CESAR QUINTERO OLIVEROS, quienes recibieron las pólizas de seguros no realizaron oportuna y en debida forma las presuntas reclamaciones respecto del citado contrato.
5. Por lo anterior, el contratante incumplió con el contratista porque no aportó en su oportunidad la documentación completa, adecuada y requerida por las autoridades competentes, que para el caso es la Curaduría y CATASTRO DISTRITAL.
6. A folio 11 tenemos que la contratante INCUMPLIÓ el contrato inicial, pero que el Juez no dio el alcance de dicha prueba en favor de los demandantes.
7. Dos meses después (folio 14), el 24 de enero de 2014 la FUNDACIÓN CONFRATERNIDAD realiza ante la ASEGURADORA LIBERTY un siniestro por el presunto incumplimiento del contratista, lo que deviene como una prueba anticipada de las intenciones de la contratante para terminar el contrato con los aquí demandados, prueba que no fue valorada en debida forma por el señor Juez de primera instancia.

Respecto del contrato 040413 del 20 de octubre de 2015. / (folio 20)

8. A folio 20 del expediente, tenemos un **nuevo contrato**, que sirvió de soporte al señor Juez para condenar a mis mandatos dentro del presente proceso, pero tenemos que en él se realizan manifestaciones respecto de las obligaciones para cada parte, las que hay son genéricas e indeterminadas:
 - a. No se indica con precisión, determinación y certeza cuantas y cuáles son las obligaciones del contratante.
 - b. No se indica con precisión determinación y certeza cuantas y cuáles son las obligaciones del contratista.
 - c. No se indica a que parte le corresponde la obligación de tramitar la LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN.

- d. La parte actora no aportó en su demanda los siguientes anexos: **anexo uno (1)** diseño y especificaciones. **Anexo dos (2)**: cronograma de avance de obra y desembolsos.
- e. Entonces tenemos que el nuevo contrato carece de los diseños arquitectónicos que fueron pactados entre el contratante y el contratista, igualmente carece del cronograma del avance de obra y desembolso
- f. Ahora, el A-quo no se estudió el caso de FUERZA MAYOR presentado por la defensa y que se vio involucrada la obra en construcción por el sellamiento que realizó la Alcaldía Local, pero queda indeterminada a responsabilidad por cuanto no se determinó con precisión en el primer contrato ni en el segundo contrato a que parte el corresponde el trámite de la Licencia de Construcción, tenemos que el Arquitecto Javier Fandiño lo realizó y firmo como tal, pero me pregunto: ¿es él el obligado y es él el responsable del referido trámite? ¿Qué responsabilidad tiene la FUNDACIÓN CONFRATERNIDAD o la FUNDACIÓN UNYDOS en el trámite y la consecución de la Licencia de Construcción?
- g. Respecto de la RESERVA VIAL que presuntamente se tomó el contratista y que sirvió de caballito de batalla para desacreditar la labor de los demandados, nunca se probó que ello fuera cierto, y hoy tenemos que la construcción diseñada inicialmente está en pie pero con las modificaciones realizadas a gusto del propietario JULIO CESAR QUINTERO OLIVEROS.

Tanto la parte demandante al OMITIR la presentación de los dos (2) anexos antes relacionados y el señor Juez de Primera instancia al presumir la existencia, el contenido y las obligaciones pactadas de tales documentos, indujeron al Despacho a emitir una decisión soportada sobre supuestos que no tienen sustentos facticos ni jurídicos, por lo que esa decisión debe ser REVOCADA en su totalidad.

CONCLUSION:

Es claro que la parte demandante FUNDACIÓN UNYDOS no estaba conforme con el diseño arquitectónico que fue aprobado tanto por el contratante inicial FUNDACIÓN CONFRATERNIDAD, como por parte del señor JAVIER FANDIÑO GONZÁLEZ, por lo cual el señor JULIO CESAR QUINTERO OLIVEROS pidió al contratista que le entregara la obra en el estado que se encontraba, y así lo hizo el contratista entregando todos los materiales, las construcciones levantadas, los planos, la licencia y toda la documentación que poseía, la que fue recibida sin objeción alguna.

Tenemos que a JULIO CESAR QUINTERO OLIVEROS no gusto del diseño que fue aprobado en su oportunidad (anexo 1) y por ello posiblemente sea la causa para omitir aportarlo o mencionarlo en la demanda, y la mejor salida que encontró fue solicitar al contratista que le entregara el inmueble en el estado en que se encontraba.

También es absolutamente claro, que JULIO CESAR QUINTERO OLIVEROS después de recibir la obra a petición suya, inicio los trámites para modificar, el diseño, desmotar los construido, tramitar nueva licencia de construcción y buscar un culpable para justificar ante los donantes extranjeros y su propia comunidad el cambio radical de la construcción actual que se erige en el citado lote.

Lo anterior exonera de cualquier responsabilidad contractual, extracontractual y moral a todos los demandados, entre otras cosas porque JAVIER FANDIÑO GONZÁLEZ, MIREYA CONSTANZA BASTO TRIANA y la sociedad PARQUE INDUSTRIAL RIO DE LA MAGDALENA y Cia Ltda. ya nunca fueron citados por las fundaciones CONFRATERNIDAD ni UNYDOS para realizar reclamos sobre lo construido, tampoco para rendir descargos y aun menso para elaborar la liquidación de los contratos, los cuales a la fecha no se ha realizado.

PETICIÓN ESPECIAL:

Respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados, que se REVOQUE en su totalidad el fallo de 1ª instancia proferido el 21 de abril de 2021 por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá dentro del Radicado No 11001310303720190003100, y en su lugar se declaren probadas las excepciones formuladas por las demandadas, exonerando de cualquier responsabilidad a los demandados JAVIER FANDIÑO GONZÁLEZ, MIREYA CONSTANZA BASTO TRIANA y la sociedad PARQUE INDUSTRIAL RIO DE LA MAGDALENA y Cia Ltda.

Atentamente,



GERMAN ROJAS OLARTE
C.C. No 19'306.005 de Bogotá.
T.P. 175.353 del C.S. de la J.

Bogotá D.C., julio de 2021

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA – SALA CIVIL.

MAGISTRADO PONENTE - HENRY DE JESUS CALDERON RAUDALES.

E.S.D.

REF: ACCION DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO DE MARIA CATALINA BOHORQUEZ VILLEGAS CONTRA SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Número de Radicación: 11001319900320200215002

SUSTENTACION AL RECURSO DE APELACION

CLAUDIA MARCELA MOSOS LOZANO, actuando en calidad de apoderada de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, por medio del presente escrito me permito sustentar dentro del término legal otorgado, el recurso de apelación interpuesto frente al fallo proferido el 17 de junio de 2021, toda vez que se considera que el mismo, se basó en una indebida interpretación de las pruebas recaudadas en el expediente, declarando no probadas las excepciones planteadas por la suscrita a saber:

NO REALIZACION DEL RIESGO ASEGURADO

El riesgo está definido legalmente como un suceso incierto, que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador.

Es por ello que mi poderdante mediante comunicaciones de fechas 11 de septiembre, 22 de noviembre y 26 de diciembre de 2019 manifestó lo siguiente:

“El asegurado debe cumplir con la demostración de la ocurrencia y la cuantía y debe allegar medios de convicción idóneos que conduzcan a la certeza ineludible acerca de la ocurrencia de los hechos de forma tal que no se evidencien situaciones vagas de la ocurrencia de los mismos, ... En el caso bajo análisis al no haberse acreditado la ocurrencia del siniestro esta circunstancia exime de responsabilidad a Seguros Generales Suramericana S.A. de atender la reclamación presentada. Con base en las anteriores consideraciones y al no estar demostrados los hechos que rodearon la caída al precipicio del vehículo de placa CXT-427”.

Conforme a la anterior transcripción de las objeciones remitidas a la señora **María Camila Bohórquez** por parte de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, mi poderdante considera que la ocurrencia del siniestro **no se encuentra probada de manera clara conforme a la definición contractual.**

- Respecto del testimonio que le fue realizado a la señora Martha Villegas (conductora del vehículo asegurado al momento del accidente), se puede llegar a deducir varias cosas tales como son:
 1. Que es una persona con experiencia de conducción por mas de 40 años con ningún percance en su vida según lo dijo a segundo 0:56 de dicho interrogatorio.

2. Que su narración es totalmente contradictoria con los pues a minuto 0:58, aseguró haber puesto el freno de mano antes de bajarse del vehículo asegurado, confirmando que el freno no tenía ninguna falla a minuto 60 con 20 segundos, indicando adicionalmente que la técnica mecánica esta reciente y que como consecuencia de ello el freno no tenía fallas.
 3. Que el vehículo estaba prendido, siendo esta una actuación contraria al querer “refrigerar” el vehículo o bajar la temperatura del motor del mismo.
 4. En el Informe de Investigación OTIC pagina 56, indico que el capo del vehículo, lo abrió su esposo siendo contradictorio pues en el Testimonio de los Expertos de Casa Toro, expertos en la marca, indicó que el capo se debía abrir de adentro, es decir, que lo debió aperturar la misma señora Martha Villegas. Contradictorio lo anterior y acorde con el dictamen realizado por CESVI COLOMBIA.
 5. La señora Villegas también indico que, al momento del parqueo del vehículo asegurado, lo había hecho de manera paralela a la vía, Manifestaciones que rechazamos pues confirme a los estudios físicos aportados al expediente, se evidencia que el vehículo quedo en un sentido perpendicular.
- Del dictamen pericial aportado por la parte demandante de la empresa OIC SAS:
1. Se observa que no es una reconstrucción técnica del accidente, sino que es una investigación que no tiene el nivel de reconstrucción, que ni siquiera se establece la velocidad como mínima del impacto del vehículo asegurado, para ellos no existe huella de derrape, pero contradictoriamente en la conclusión segunda de su dictamen manifiestan que si existe esta huella.
 2. En la versión de este dictamen se indica que no existe un choque frontal, pero en la conclusión No. 3 se dice que, si lo hay, por lo tanto, se solicitó se desestimara esta prueba ya que solamente se refiere a documental para refutar los dictámenes aportados por la suscrita, pues no tiene un sustento valido físico como tal.
- Respectó del dictamen pericial aportado por la suscrita, emitido por la empresa Valuative se concluye que:
1. El vehículo no se volcó por la posición de la salida del mismo, conforme a lo manifestó la señora Martha Villegas, pues en este dictamen se evidencia claramente una huella recta, coincidiendo con la teoría de que no se volcó por la posición del vehículo, adicionalmente se refleja en el informe que fue un choque frontal.
 2. Conforme al testimonio del experto de Casa Toro, se puede concluir claramente que el capo se abre desde adentro y desde afuera contradiendo la versión que manifestó la señora Martha Villegas.
 3. El vehículo se debe apagar para que se enfríe pues esta era la intención de la conductora, y no lo hizo.
 4. Es casi que imposible que el freno de mano se destrabe cuando estaba en buen estado a menos de que se haya presionado fuertemente este freno y según el informe aportado por la suscrita expedido por CESVI COLOMBIA S.A en su hoja 9, se refleja que el grado de inclinación es de solamente 3°, conforme a este mismo informe técnico de reconstrucción se concluye que **“la trayectoria del vehículo no concuerda con la posición final del vehículo”.**

5. Del anterior acervo probatorio se evidencia que la conductora y su acompañante conocían perfectamente la vía en donde se realizaba un muro de contención, también se puede concluir que no existieron testigos que indiquen como ocurrieron los hechos. Pues si el testimonio de la señora Martha Villegas y de su acompañante, no puede ser el único medio probatorio que se puede tomar como base para el fallo emitido por el delgado en primera instancia.
6. Ella debió prever que si parqueaba en ese sitio (caída de bancada) la consecuencia obvia era la caída del vehículo al barranco.
7. Con base en el dictamen técnico Pericial emitido por **CESVI COLOMBIA**, que si es una reconstrucción técnica del accidente y con base en el testimonio contradictorio de la conductora.

Conforme a la definición contractual del amparo otorgado, no fue un hecho imprevisto y no fue independiente de la voluntad de la conductora, por el contrario, fue un hecho cierto, no había incertidumbre sobre lo que iba a suceder, ya que al comprobar físicamente que el vehículo no fue dejado como se indicó por parte de la conductora sino de frente, se tenía una consecuencia obvia que era generar que el vehículo bajara al barranco, **siendo esto meramente potestativo de la conductora.**

Luego de las anteriores consideraciones, se observa que la Delegatura no le dio la verdadera y correcta interpretación al “suficiente y amplio acervo probatorio” arrojado por **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., QUE SIRVIÓ TAMBIEN PARA SUSTENTAR SU OBJECION AL PAGO.**

Desconoció en su fallo, todas las pruebas técnicas arrojadas al expediente, dándole únicamente importancia al Informe de accidente de tránsito realizado por el policía de carreteras, olvidando que éste es una mera suposición, una versión de la posible situación ocurrida en un accidente, pero no basado en cálculos físicos como los dictámenes técnicos aportados al expediente.

Partió el fallo de un supuesto errado al considerar que la versión (contradictoria) de la asegurada era la misma, coincidía y por lo tanto era “real” a la plasmada en el Informe de Accidente de Tránsito, olvidando que este documento plasma UNICAMENTE LA VERSION DEL MENCIONADO POLICIA DE TRANSITO SOBRE LA POSIBLE CAUSA DEL ACCIDENTE, ILUSTRADO CON LA VERSION DE LA PROPIA CONDUCTORA DEL VEHICULO.

Echó al traste toda la prueba técnica, realizada por expertos peritos donde se demostró no solo que la versión de la conductora no era la que plasmaba la realidad del accidente sino adicionalmente, sino que era imposible (físicamente hablando) que el vehículo tuviera la posición de salida del barranco y quedar en la posición final.

Adicionalmente a lo anterior, el fallador se basó en la falta de existencia de prueba que indique la voluntad de la conductora, como pretendiendo que existiera material fílmico donde se observara a la conductora “botar el vehículo por el barranco”; En el amplio material probatorio recaudado, se tienen actos inequívocos de parte de la demandante, que concluyen su acto potestativo para la ocurrencia del siniestro.

Partió de un supuesto errado que debía probarse la mala fe de la asegurada, situación ésta que no se obliga en la póliza pues como se observa del tenor del clausulado general de la misma, Lo único que se pide es que sea SUBITO E IMPREVISTO, esto es, algo que no está previsto, o no pudo ser visto detectado o conocido con antelación. Para el caso, parquear al lado de una caída de bancada, será previsible sus consecuencias, esto es, que el vehículo se accidente (caiga al barranco), máxime para una persona (como la conductora) de más de 40 años de experiencia en conducción.

Partió únicamente el fallo del supuesto narrado por OTIC donde concluye que el sitio de ubicación de salida del vehículo era el paralelo a la vía, olvidando no solo que este informe **no era sino un informe investigativo que no tenía grado de reconstrucción** del accidente **ni fue realizado por un FISICO.** Sino adicionalmente y deliberadamente no incluye dentro de sus conclusiones, el

informe técnico de reconstrucción del accidente el cual daba, desde los golpes y daños del vehículo, la conclusión de la realidad de como ocurrió el accidente.

MANIFESTACION ESPECIAL

Conforme a las anteriores consideraciones solicito al Despacho, REVOCAR la sentencia proferida por la Superintendencia Delegatura para Asuntos Judiciales, la cual no declaró probada las Excepciones, en especial la denominada **NO REALIZACION DEL RIESGO ASEGURADO NI LA DENOMINADA INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA LEGAL DEL ARTICULO 1077 DEL CODIGO DE COMERCIO**, profiriendo sentencia en favor de mi poderdante.

Atentamente,



CLAUDIA MARCELA MOSOS LOZANO

C.C. No. 52.024.002 DE BOGOTA

T.P. No. 79.504 DEL C.S. de la J.



GABRIEL JAIME FRANCO.

ABOGADO

Medellín 19 de agosto de 2021

SEÑORES:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA- SALA CIVIL
SALA 17 DE DECISIONES CIVILES
M.P ADRIANA AYALA PULGARIN.

REFERENCIA: DEMANDANTE: THOMAS SPIEGEL

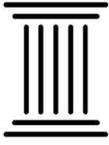
DEMANDADO: SBS SEGUROS COLOMBIA S.A

RADICADO: SFC: 2020213575

RADICADO INTERNO EN EL TRIBUNAL: 11001319900320200221601.

GABRIEL JAIME FRANCO CALLE, mayor de edad y domiciliado en la ciudad de Medellín, identificado con cedula de ciudadanía número 71.618.433 y T.P 203556 del C de la S de la J. obrando como apoderado del señor THOMAS SPIEGEL, soporta el recurso interpuesto dentro de la audiencia bajo el radicado anterior.

1. Se observa con mucha suspicacia a la aseguradora que cuando fue requerida la vendedora de la Póliza la señora LUZ MARINA ACOSTA, para que rindiera dentro de la audiencia interrogatorio, toda vez que ella fue la parte que implico el contrato con el señor THOMAS SPIEGEL, con el fin de darle la claridad requerida toda vez que fue la asesora y por tal indujo al error al tomador de dicha Póliza señor Thomas, la aseguradora manifestó que fue imposible localizarla pero con mas extrañeza observamos que dicha intermediaria apareció después de la audiencia visitando a nuestro cliente al ser localizada en el mismo número de celular 315 412 02 67.
2. No entendemos cómo se pretende abrogar la responsabilidad de inventario al tomador de la Póliza, toda vez que este fue insistente s varias veces sobre la toma de dicho inventario el cual fue desestimado infructuosamente por la vendedora señora Luz Marina Acosta .
3. Si bien el contrato de adquisición de la Póliza de Seguro Hogar está sujeto a algunas condiciones no se puede eximir la responsabilidad



GABRIEL JAIME FRANCO.

ABOGADO

del cumplimiento sobre el inventario de los bienes que cae única y exclusivamente sobre la aseguradora, los cuales son los especialistas en el tema y pretender que dicha responsabilidad radique en cabeza del tomador de dicha Póliza el cual es una persona neófita en las minucias del tema de estos contratos, y es cuando se espera responsablemente que la aseguradora con su conocimiento, asesore y soporte sobre la toma del contrato de póliza indefectiblemente e inexorablemente está a cargo la agencia aseguradora o sus agentes, por ello se induce en un error al

4. tomador y por tal se estaría casi tipificando una estafa, o peor se estaría legitimando una estafa por parte de la Aseguradora ante el sistema legal, generando posiblemente inseguridad jurídica en el concierto nacional ante este tipo de contratos y agencias de seguros.

Atentamente,

GABRIEL JAIME FRANCO CALLE

CC 71.618.433

T.P 203556 del CS de la J.

CELULAR: 301 634 50 63

EMAIL: gabrieljaimefranco@hotmail.com

DIRECCIÓN: Cra 74 # 30B-116

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

MAGISTRADA MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA

E. S. D.

RAD. 2014-00800-03

REF. SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

RAFAEL PUERTO CÁRDENAS, mayor de edad, abogado titulado e inscrito, identificado con cedula de ciudadanía No. 79141065 y tarjeta profesional No. 73.181, en mi calidad de apoderados de la sociedad demandada **INCOPAV SAS**, por medio del presente documento presento conforme a lo preceptuado por el artículo 14 del decreto 806 de 2020, **la sustentación al recurso de apelación interpuesto en audiencia**, el cual realizare en diferentes acápite expresando cada uno de los planteamientos realizados por el juzgado y fundamentando posteriormente las razones por las cuales cada planteamiento es erróneo y carece de sustento legal y factico, para posteriormente concluir que la sentencia de primera instancia debe ser revocada y en su lugar debe revocarse el mandamiento de pago, lo cual se fundamenta de la siguiente manera:

RESPECTO DEL PRIMER PLANTEAMIENTO DEL JUZGADO REFERENTE A LA EXIGIBILIDAD DE LOS TITULOS.

El juez de primera instancia aduce que la vía de alzada dejó ciertas puntualidades jurídicas determinantes para la suerte jurídico procesal del caso, las cuales aduce en ningún momento pueden ser desconocidas por el juez de primera instancia. Aduce que en su momento el superior trazó lineamientos acerca de los principios de literalidad, autonomía e incorporación del título, que según él ,no pueden ser susceptibles de atarse a una condición para su exigibilidad como según él se pretendía con el otro sí adjunto al proceso.

Aduce que el tribunal ya dijo que decir que el cobro esta sujeto a una condición, desnaturalizaría la conformación jurídica de los títulos báculo de acción, que para el superior se encuentran puntualmente acatantes de los requisitos tanto generales como especiales, presupuestos de los artículos 422 C.G.P y artículo 621 y 709 del Código del comercio; y que por tanto le queda vedado extender su estudio en lo definido por el superior, y que por esta razón, el juzgado tomo los títulos como tales, viéndolos desde su punto de vista de autonomía, literalidad e incorporación. Razón por la cual el juez de primera instancia consideró que las excepciones de falta de exigibilidad del titulo valor por ausencia de requisito formal, y falta de un documento que ostente calidad de titulo ejecutivo no están llamadas a prosperar.

Sobre este primer planteamiento realizado por el juzgado se presentan los siguientes fundamentos conforme a los cuales se considera, erró el juez de primera instancia y su sentencia debe ser revocada:

1. Se violaron los principios de autonomía judicial, objetividad, neutralidad, imparcialidad y justicia material que debe revestir las decisiones judiciales. Violación directa a la constitución.

La jurisprudencia de la corte constitucional ha sido clara al decir que el juez goza de una autonomía funcional, que es además reconocida por la carta política, y en tal sentido es derecho fundamental de las partes.

En el presente caso es claro que el juez de primera instancia no fue imparcial, no fue autónomo, su voluntad y criterio se vieron totalmente influenciados por el juez de segunda instancia que revocó la sentencia anticipada dictada dentro del mismo proceso. Es tan así, que el mismo juez reconoce en la parte considerativa de su sentencia, que esta es así proferida, en la medida en que el juez de alzada dejó ciertas puntualidades jurídicas determinantes para la suerte jurídico procesal del caso. Lo cual es vulneratorio de los derechos fundamentales al debido proceso.

En este sentido consideró importante citar jurisprudencia de la corte constitucional, respecto a la autonomía judicial funcional del juez y el efecto de esta en los derechos fundamentales de las partes, los cuales fueron abiertamente violados en la sentencia de primera instancia.

“Ahora bien, como correlato necesario de la independencia y autonomía de los jueces, surge el deber de estos últimos de materializar el derecho al debido proceso de los administrados, mediante la motivación de sus decisiones y la garantía de que las mismas sean el resultado exclusivo de la aplicación de la ley al caso particular. Esto significa que la validez y la legitimidad de las providencias judiciales está mediada, entre otras cosas, por la garantía de que las mismas obedecen únicamente a la aplicación del derecho positivo al caso concreto que se somete a consideración del operador, y de que, por consiguiente, este será ajeno a cualquier interés de las partes involucradas en la controversia de que se trate, a las demás instancias internas dentro de la propia organización judicial y, en general, frente a todo sistema de poderes. Ello, sin duda alguna, deviene en una garantía vital para la materialización de la objetividad, neutralidad, imparcialidad y justicia material que debe revestir las decisiones judiciales”¹

Es claro conforme a lo dicho por la corte constitucional que las demás instancias internas dentro de la propia organización judicial no pueden inferir en la decisión del juez, pues esta debe ser basada únicamente en el derecho positivo aplicado al caso concreto. En el caso bajo estudio, es claro que el juez de primera instancia violó principios y derechos constitucionales

¹ Sentencia T-450 de 2018. MP. LUIS GUILLEROMO GUERRERO PEREZ.

al haber basado su decisión en un supuesto prejuzgamiento del tribunal al revocar la sentencia anticipada, lo que a todas luces es violatorio del debido proceso y los derechos de las partes a recibir una sentencia imparcial.

Así mismo dice también la corte constitucional *“El principio democrático de la autonomía funcional del juez, hoy expresamente reconocido en la Carta Política, busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos o presiones sobre el funcionario que las adopta. Aún cuando el superior jerárquico debe efectuar el estudio de una sentencia apelada o consultada (artículo 31 de la Constitución), aquél no está autorizado por las disposiciones sobre competencia funcional para impartir órdenes a su inferior respecto al sentido del fallo, sino que, en la hipótesis de hallar motivos suficientes para su revocatoria, debe sustituir la providencia dictada por la que estima se ajusta a las prescripciones legales pero sin imponer su criterio personal en relación con el asunto controvertido.”*²

Es claro conforme a la jurisprudencia previamente citada que el juez de segunda instancia en ningún momento puede presionar o ejercer mandatos sobre el juez de primera instancia y mucho menos impartir órdenes a su inferior respecto del sentido del fallo. El hecho de que el juez de primera instancia haya basado su sentencia en como él lo dice *“la vía de alzada dejó ciertas puntualidades jurídicas determinantes para la suerte jurídico procesal del caso”* es totalmente contrario a derecho, vulnera derechos fundamentales y viola principios constitucionales y procesales, tales como el acceso a la administración de justicia (art 229 de la Constitución Política), autonomía funcional de los jueces (art. 228 y 230 de la Constitución Política), debido proceso (art. 29 de la Constitución Política y 14 del C.G. del P), el principio de la igualdad de las partes (art. 4 del C.G. del P.), el principio de legalidad (art. 7 del C.G. del P.).

La sentencia de segunda instancia respecto de la sentencia anticipada proferida por el juez de segunda instancia, revoco dicha sentencia, lo que significa que el juez de primera instancia debía continuar el proceso, practicar las pruebas faltantes y con total autonomía e imparcialidad dictar una nueva sentencia basándose en dichas pruebas. El juez de primera instancia contrario a los derechos fundamentales y principios constitucionales y procesales citados previamente, vulnerando los derechos de las partes, dicta una sentencia parcializada, y prejuzgada según él, por el alto tribunal. Omite valorar la totalidad de las pruebas y desarrolla la parte considerativa de su sentencia ateniéndose a lo que el considera fue una orden del tribunal, lo cual no es cierto y es vulneratorio de los derechos de las partes, razón por la cual dicha sentencia debe ser revocada, pues no está basada en normas jurídicas sino en un supuesto prejuzgamiento del juez de alzada.

2. Existencia de defecto factico, defecto material y error inducido

El defecto Factico se da en el momento en que el juez decide omitir la imparcialidad que debe revestir las decisiones del juez y basar toda su decisión en un supuesto prejuzgamiento

² C-543 de 1992. MP. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

del superior jerárquico, el juez está incurriendo en un defecto fáctico en la medida en que la decisión no está soportada en las pruebas objeto del proceso sino en un supuesto prejuzgamiento que según el juez de primera instancia se configura y como tal, él tiene que adoptar, lo cual es violatorio del derecho al debido proceso.

El defecto material se da en el momento en que el juez toma su decisión en fundamento a normas inexistentes o inconstitucionales, es inconstitucional que las decisiones del juez no sean autónomas, es inconstitucional y antijurídico que el juez en vez de basar su decisión en el derecho positivo y las pruebas aportadas al proceso, decida basarla en un supuesto prejuzgamiento que además debido al principio de autonomía judicial funcional, no se configura y es inconstitucional hacerlo.

El juez omite darle valor probatorio a la cláusula quinta del contrato de compraventa y a la cláusula segunda del otro si suscrito por las partes, documentos que junto con los pagarés configuran título ejecutivo complejo. Los pagarés son documentos que garantizan un contrato de compraventa y como tal son accesorios al mismo y están sujetos a su cumplimiento, si el contrato de compraventa, el contrato principal, en su cláusula quinta aduce que el pago no es exigible hasta tanto no se entregue el bien inmueble, la misma suerte corre el contrato de mutuo que lo garantiza, es decir los pagarés.

Por último el error inducido proviene del demandante quien en un presunto delito de fraude procesal, por el cual ya está imputado, engaña al juez al mostrar el título ejecutivo como simple cuando es claro que el título ejecutivo base de la acción es un título complejo supeditado a una condición contemplada tanto en el contrato de compraventa aportado al proceso como en el otro si.

En este sentido, es claro el error del juez de primera instancia, que está omitiendo valorar la totalidad de las pruebas del proceso, omitiendo valorar lo estipulado por las partes, en el contrato de compraventa garantizado por los pagarés y en el otro sí, conforme a los cuales el pagaré claramente NO ES EXIGIBLE. Por esta razón la sentencia debe ser revocada en su integridad, y en su lugar determinar que al no ser exigible el título base de la ejecución, no hay título ejecutivo y como tal revocar el mandamiento de pago.

3. El juez decidió no valorar el otrosí aportado al proceso por las partes, ni el contrato de compraventa, los cuales hacen parte del título complejo objeto de la acción ejecutiva. Omisión que realizó el juez basándose en el hecho de que según él, así lo dictó el superior jerárquico.

El juez decidió que la excepción de no exigibilidad de los pagarés propuesta por la parte demandada no podía prosperar en la medida en que el juez de alzada ya había dictado lineamientos para el fallo, los cuales el juez de primera instancia interpretó de tal manera, que el sustento de su sentencia es que el tribunal dijo que decir que el cobro está sujeto a una condición, desnaturalizaría la conformación jurídica de los títulos báculo de acción, que para

el superior se encuentran puntualmente acatantes de los requisitos tanto generales como especiales, presupuestos de los artículos 422 C.G.P y artículo 621 y 709 del Código del comercio; y que por tanto le queda vedado extender su estudio en lo definido por el superior, y que por esta razón, el juzgado tomo los títulos como tales, viéndolos desde su punto de vista de autonomía, literalidad e incorporación.

Es claro que el juez de primera instancia se baso en un supuesto prejuzgamiento y no en lo que realmente dicta el derecho sustancial y positivo. Si bien el artículo 422 del C.G. del P. tal y como lo dice el juez de primera instancia en su sentencia dice que “Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él” la jurisprudencia es clara al decir que dichos títulos ejecutivos pueden ser simples o complejos lo que define de la siguiente manera:

*“Desde esta perspectiva, el título ejecutivo puede ser singular, esto es, estar contenido o constituido en un solo documento, o complejo, cuando la obligación está contenida en varios documentos. Las segundas, exigen que el título ejecutivo contenga una prestación en beneficio de una persona. Es decir, que establezca que el obligado debe observar a favor de su acreedor una conducta de hacer, de dar, o de no hacer, que debe ser clara, expresa y exigible.”*³

*“El título ejecutivo bien puede ser singular, es decir, estar contenido o constituido por un solo documento, por ejemplo un título valor, o bien puede ser complejo, esto es, cuando se encuentra integrado por un conjunto de documentos, como por ejemplo por un contrato, más las constancias de cumplimiento o recibo de las obras, servicios o bienes contratados, el reconocimiento del deudor respecto del precio pendiente de pago, el acta de liquidación, etc.”*⁴.

El título ejecutivo base de la ejecución era un título ejecutivo complejo, lo que conlleva a determinar que para analizar su exigibilidad el juez debía atenerse a todos los documentos que lo componen, esto es: 1) Contrato de compraventa y 2) Otrosi firmado entre las partes.

El contrato de compraventa es claro al decir en su cláusula quinta: *“las partes acuerdan que, en la poco probable pero eventual circunstancia, de no lograrse la expulsión del invasor Hemel Perez Lizarazo de la zona noroccidental en febrero de 2011 y de no solucionarse el problema del registro para esa fecha, debe arreglar esto Joaquín Sánchez antes del vencimiento del primer pagaré, o sino, estos no serán exigibles y la fecha de los pagos se correrían un tiempo igual al transcurrido desde el vencimiento del primero en julio del 2011 y el desalojo y/o la solución del impasse en el registro”*

³ Corte Constitucional. Sentencia T-747/2013. MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

⁴ Consejo de Estado. Subsección Tercera. CP. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO. RAD 68001-23-33-000-2014-00652-01(53819).

Así mismo el otro si suscrito por las partes en su clausula segunda dice *“el promitente vendedor, manifiestan que no obstante lo dicho, en la cláusula quinta del contrato de compraventa celebrado el 21 de diciembre de 2010, harán la entrega real y material para su total disfrute y posesión todo el lote denominado 50N1146473, a más tardar el día 1 de mayo del año 2013. De no poder cumplir con la entrega programada para esta fecha, las partes acuerdan que los pagarés que tienen vencimiento los días 1 de julio 2013 y 1 de enero 2014, cada uno por valor de 625 millones de pesos, no serán exigibles y la fecha de pago se correrían un tiempo igual transcurrido desde la fecha de la entrega programada, es decir 1 de mayo de 2013 y hasta la fecha en que se haga la entrega real y material del inmueble.”*

Conforme a las dos clausula citadas previamente es claro que tanto el pagare 6/7 como el 7/7 no son títulos simples, su pago esta condicionado a una obligación de entrega real y material de un inmueble, contenido en un contrato de compraventa y su respectivo otro si. Es claro entonces, que ambos pagares, junto con el contrato de compraventa y el otrosí, configuran un titulo ejecutivo complejo que no es exigible. Incluso conforme a lo estipulado en el contrato de compraventa, ninguno de los pagarés era exigible hasta tanto no se entregaran los bienes inmuebles.

El juez al basarse en un supuesto prejuzgamiento y en como él mismo lo dice *“ciertas puntualidades jurídicas determinantes para la suerte jurídico procesal del caso que dejó la vía de alzada”* omite darle valor probatorio a la clausula quinta del contrato de compraventa y a la clausula segunda del otro si suscrito por las partes, documentos que fueron reconocidos por ambas partes, no fueron tachados de falsos. Es más la misma parte demandante, en el interrogatorio de parte, acepta la existencia de los mismos, acepta la existencia de titulo valor complejo y el hecho de que la exigibilidad e los pagares objeto de la acción ejecutiva, esta supeditada a la realización de una condición, la entrega de los bienes inmuebles. Así mismo acepta que estos no se entregaron sino hasta 2015, y que por tanto los pagares base de la acción, esto es los pagares 6/7 y 7/7, no son exigibles.

En este sentido el juez incurre como se ha mencionado antes en un defecto factico, y como tal debe ser revocada la sentencia y en su lugar revocar el mandamiento de pago y determinar que no existe titulo ejecutivo.

4. El juez decidió no valorar las confesiones hechas por el demandante respecto de la exigibilidad del titulo.

En el interrogatorio de parte realizado al demandante, el cual fue absuelto por su apoderado general con plenas facultades para confesar, confiesa que el titulo valor NO es exigible conforme a lo siguiente:

- a. El suscrito apoderado de la sociedad INCOPAV pregunta: *¿Cuándo son exigibles los pagares?*, a lo que el apoderado general del demandante con facultades para confesar responde: *me atengo a la literalidad del otro si, me*

*voy a permitir simplemente leer, esas fechas es simplemente lo que dice el otro si, que supongo que será la clausula tercera dice, la segunda, el promitente vendedor manifiesta que no obstante lo dicho en la clausula quinta del contrato de compraventa celebrado el 21 de diciembre de 2010, harán la entrega real y material para su total disfrute y posesión de todo el lote denominado 50n- 1146473 a mas tardar el día 1 de mayo de 2013, de no poder cumplir con la entrega programada para esta fecha las partes acuerdan que los pagares que tienen vencimiento el 1 de julio de 2013 y 1 de enero de 2014 cada uno por valor de 625 millones de pesos, no serán exigibles y la fecha de pago se correría a un tiempo igual al transcurrido desde la fecha de la entrega programada, es decir el 1 de mayo de 2013 y hasta la fecha en que se haga la entrega real y material del inmueble. **Es clara la confesión del apoderado respecto a la fecha de exigibilidad de los pagares.***

- b. De acuerdo a la respuesta, el mismo juez interrumpe el interrogatorio y pregunta directamente él al apoderado general del demandante con facultades para confesar *¿se atiene entonces a esta literalidad?* y el apoderado general del demandante con facultades para confesar contesta **sí. confesando una vez que la exigibilidad de los pagarés se da de acuerdo al otro si.**

Es clara la confesión y reconocimiento de documentos realizada por el apoderado de la exigibilidad de los pagarés.

5. **El señor juez omite que la exigibilidad de los pagares no estaba determinada unicamente por el otro si sino que tambien estaba contemplada en el contrato de compraventa. Lo que determina sin lugar a dudas la mala fe del demandante y el fraude procesal, delito por el cual ya esta imputado.**

La pregunta 5 realizada por el suscrito, fue la siguiente *“Explíqueme al señor juez con base en la respuesta que usted acaba de dar porque en el hecho 1 de la demanda manifiestan que los pagares vencen 1 de julio de 2013 y enero de 2014 si de acuerdo a ese otro si esta no era la fecha”* a lo que el apoderado general del demandante con facultades para confesar contesta *“porque conforme lo manifiesta mi poderdante, digamos que esas eran las fechas que están consignadas en los pagares y la suscripción del otro si lo hizo bajo constreñimiento en razón a la necesidad de obtener recursos para poder cumplir todas las obligaciones que derivaban de poder entregar el lote completamente liberado que como se ha manifestado aquí el lote era de BICONAL.”*

Olvida el apoderado general y comete un presunto delito de falso testimonio al decir esta asceveración, pues la realidad es que dicha exigibilidad tambien se encontraba suscrita por las partes en el contrato de compraventa, en la clausula quinta, en donde se determina tambien que la exigibilidad de los pagarés esta supeditada a la entrega de los lotes. Con lo cual cualquier argumento de un supuesto constreñimiento que no existió se cae de su propio peso.

RESPECTO DEL SEGUNDO PLANTEAMIENTO DEL JUZGADO REFERENTE AL PAGO DEL PAGARÉ 6/7

Hace el juzgado referencia al pago del pagaré 6/7, nuevamente basándose según él en la supuesta directriz del tribunal. Lo que nuevamente repito es violatorio de los derechos fundamentales al debido proceso, y a los principios de autonomía judicial, objetividad, neutralidad, imparcialidad y justicia material que debe revestir las decisiones judiciales. Violación directa a la constitución.

Dice el juzgado que conforme al párrafo del artículo 777 del código de comercio “*Los pagos parciales se harán constar en la factura original y en las dos copias de la factura, indicando así mismo, la fecha en que fueren hechos y el tenedor extenderá al deudor los recibos parciales correspondientes.*”. Dice el juez que la norma es razonable al facultar al deudor acudir ante la justicia para que la autoridad judicial así lo disponga, y aduce que no debe olvidarse un principio vital en materia de pruebas y más en los créditos, aquel previsto en el artículo 1757 del código civil, según el cual “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.*”

Dice que todos estos postulados sirven para aterrizar al caso que nos ocupa, que en la exhibición de documentos realizada por la revisora fiscal de una de las entidades demandadas, donde se logra percatar la existencia de unos pagares antecedentes, aduciendo que para el estrado llama la atención, que hay una trayectoria comercial de tiempo atrás, aduciendo que el testigo FERNANDO MARCELO y las partes dan cuenta de esas tratativas mercantiles. Concluyendo que la exhibición enseñó que hay otros pagares que van del 1 al 7, lo cuales del 2 al 7 aparecen presentados en esa exhibición en original y con la anotación de haber sido cancelados, pero aduce que los pagares 6/7 y 7/7 no aparecen, concluyendo que de estar pago el pagaré 6/7 debería estar dicho pagare en original. El estrado concluye que esto se aleja de la costumbre en que las partes trataban las obligaciones, dice que la legislación dice que los pagos deben estar contenidos en el título y que contra ese presupuesto de literalidad e incorporación, el demandante se circunscribe a lo dispuesto en el título. Si en el pagare 6/7 no estaba anotado el pago parcial, esto debía ser demostrado por la parte demandada. Y que la anotación a la copia del pagaré 6/7 al no ser el original no hace prueba de esto.

El criterio del juzgado es que no tiene un elemento que permita atar la anotación al número de pagare particular, cuando nótese que el pagare 1/7 tampoco está en original cancelado, lo cual según el juzgado siembra suficiente duda probatoria a la parte demandada, según el juzgado, no hay forma de saber que los pagos de 200 millones fueran de ese pagaré determinado.

Dice también el juzgado que se pretende presentar como prueba una serie de extractos y certificados de egreso que son de la contabilidad de la misma demandada, aduciendo que si se quiere demostrar el pago lo recibió el acreedor, esto ha debido demostrarse y que en ningún momento del expediente milita un ocultamiento de la contabilidad de la parte acreedora,

como para indicar que esos dineros efectivamente ingresaron a ese patrimonio. El juzgado concluye que las probanzas de contabilidad de la misma deudora no pueden hacer fuerza por si sola para determinar un pago.

Por otro lado hace referencia a un cheque que la parte demandante alega que supuestamente fue devuelto al descorrer las excepciones, con lo cual para el juzgado la prueba ha debido ser aportado por la parte a quien le fuera mas fácil hacerlo en función del principio de la carga dinámica de la prueba, en este caso el titular de la cuenta. El juzgado concluye que no hay prueba suficiente de que efectivamente se hizo el pago, que si esto se quería probar se ha debido allegar una certificación bancaria

Dice el juzgado que no hay suficientes pruebas que den cuenta del pago y que por tal razón no prospera la excepción de no exigibilidad por pago de la obligación.

Sobre este segundo planteamiento realizado por el juzgado se presentan los siguientes motivos de inconformidad:

1. Una vez mas, en el análisis realizado por el juzgado para determinar la exigibilidad de los pagares 6/7 y 7/7 el juzgado se atiene a una supuesta directriz del tribunal, lo cual repito es violatorio de los derechos fundamentales al debido proceso, y a los principios de autonomía judicial, objetividad, neutralidad, imparcialidad y justicia material que debe revestir las decisiones judiciales. Violación directa a la constitución. Y configura defecto factico y defecto material.
2. El juez dice que era costumbre entre las partes devolver el original del pagaré pagado, y que como el 6/7 no esta en original y no fue devuelto se presume que no fue pagado, ignorando todas las pruebas del expediente que dan cuenta que dicho pagaré si fue pagado e incluso la misma condición del demandado de que si fue pagado.
3. El juez esta premiando la mala fe del demandante quien se negó a devolver un titulo valor ya pagado, para luego ante un juez solicitar y cobrarlo doble. Aduciendo una supuesta costumbre entre las partes, y conjeturando que porque el pagare no fue devuelto el original, entonces se debe, lo cual es una suposición del juez que no tiene sustento fáctico no jurídico.
4. El juez decide no darle valor probatorio a la copia del pagaré 6/7 aportada por la demanda en donde claramente consta a puño y letra del señor JOAQUIN SANCHEZ, representante legal de la demandante un recibo del dinero, si existe recibo del dinero entregado de la siguiente forma, al anverso de la copia del pagare 6/7 dice:

“recibí sobre este pagaré 3 abonos de 200 millones así :

- *En 2013 diciembre \$200.000.000*
- *En 2014 enero \$200.000.000*

- *En 2014 cheque banco Occidente entregado en mi apartamento cheque #5332 \$200.000.000.*

Recibí

Firma el señor JOAQUIN SANCHEZ'

5. Cada uno de los pagos señalados en el anverso de la copia del pagare 6/7, previamente transcritos, corresponden sus fecha y valores a los comprobantes de egreso números 12246, pagado con el cheque No. 4883; egreso No. 18498, pagado con el cheque No. 5075; egreso No. 18938, pagado con el cheque No. 5332, documentos de los asientos contables presentados en la exhibición por parte del Revisor Fiscal.
6. El juez decide que no hay forma de saber que la anotación referida anteriormente, efectivamente correspondía al pagaré 6/7 y que no obra prueba en el expediente que así lo verifique. Es claro conforme a la anotación realizada en dicha copia que el señor recibió ese dinero y que correspondía a dicho pagare, pues la anotación realizada de su puño y letra así lo dice, además del hecho de que relaciona el numero de cheque al mismo pagaré.
7. La indebida interpretación de la norma por parte del juez, es necesario mostrar que el juez desconoce que el mismo acreedor demandante, suscribió de su puño y letra un recibo indicando que sobre el pagare 6/7 recibió la suma de \$600 millones de pesos, prueba que además se debe atender de forma integral con los demás elementos probatorios del proceso, como fue la exhibición del contabilidad del demandado, prueba que además fue solicitada por el demandante para que se demostrara como se habían realizado los pagos al contrato de diciembre 21 de 2010 y otrosí de febrero 27 de 2013.
8. El juez considera que no se apporto prueba que de cuenta de que los cheques efectivamente fueron desembolsados, y que no se aportó certificación bancaria del desembolso de los mismos. La certificación bancaria del desembolso de los mismos, son los mismo extractos bancarios que fueron aportados al proceso en la exhibición de documentos realizada por la revisora fiscal de la entidad que represento y efectivamente dan cuenta que dichos cheques fueron debidamente debitados. El juez esta incurriendo en un exceso ritual manifiesto al solicitar como prueba del debito de los cheques una certificación bancaria independiente a los extractos bancarios que dan cuenta de esto.
9. El juez aduce que el demandado ha debido aportar prueba de oscultamiento a la contabilidad del acreedor, que la contabilidad del deudor no es prueba suficiente para demostrar un pago. En este sentido, es mi deber referirme a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 264 del Código General del Proceso, conforme al cual "*En las*

demás cuestiones, aun entre comerciantes, solamente harán fe contra quien los lleva, en lo que en ellos conste de manera clara y completa, y siempre que su contraparte no los rechace en lo que le sea desfavorable.” Lo exhibido en la exhibición de documento no fue tachado de falso ni rechazado por la parte demandante, con lo cual es claro que es plena prueba del pago de los cheques. Si el demandante quería rechazar o desconocer dichos documentos, ha debido hacerlo en la medida en que tiene calidad de comerciante, exhibiendo sus propios libros y conforme al mismo artículo citado previamente numeral 5 *“Si una de las partes lleva libros ajustados a la ley y la otra no los lleva, los oculta o no los presenta, se decidirá conforme a los de aquella, sin admitir prueba en contrario.”* Con lo cual es claro que la exhibición de documentos contables realizada por mi poderdante es plena prueba del pago del pagaré 6/7, además de la confesión realizada por el demandante en su interrogatorio de parte, quien reconoció que la anotación al anverso de la copia del pagaré 6/7 y su contenido es verdadera, y la firma también.

En este sentido, es claro que el juez de primera instancia, desconoció lo exigido por el art. 264 del CGP, en cuanto a norma especial de prueba documental LIBROS DE COMERCIO, norma procesal de orden público y de obligatorio cumplimiento (art.13 CGP), que enseña que los libros y papeles de comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles, a menos que los mismos los rechace la contraparte o sean tachados o sujetos a cuestionamiento frente a sus asientos o normas contables.

Al no estar rechazados por la contraparte, ni desconocidas las firmas de recibo en lo comprobantes de egreso, ni lo contenido en los extractos bancarios, los mismos son plena prueba de lo que se acredita con ellos., es decir que se hicieron los pagos a los pagares del 1 al 6 inclusive, tal como fue acreditado y certificado por el Revisor Fiscal, y el perito contable de la Fiscalía General de la Nación.

10. En este sentido es claro que se exhibió los extractos bancarios donde consta que los cheques fueron cobrados y pagados por el banco girado. Este hecho además de estar demostrado con los extractos bancarios sobre la cuenta corriente No.210-066494 del Banco de Occidente, no fue desconocida ni tachada esta prueba por parte de los demandantes, es mas ellos aceptaron el recibo del dinero.
11. El juez de primera instancia de forma arbitraria y contraria a derecho falla ultra y extra petita. Pues el juez falla sobre materia que no concernían al proceso como lo es el pago del pagaré 1/7, aduciendo que por el simple hecho de que este no fue presentado en original por el deudor significa que no esta pago e ignorando los extractos bancarios y certificados de egresos que se presentaron que determinan el pago efectivo del pagare 1/7. Ignorando que dichos extractos y cheques fueron reconocidos por el extremo demandante y que no fueron tachados de falso ni objetados. El juez se inventa que el pagaré 1/7 no esta pago, pues este es un argumento

que ni siquiera fue alegado por el demandado quien en la misma demanda acepta y confiesa que este fue debidamente pagado.

12. El juez usa el alcance de su fallo extra y ultra petita respecto del pago del pagaré 1/7 para concluir que contrario a lo dicho por ambas partes, él considera que no está pago y por tanto deduce que eso es suficiente inferencia razonable para concluir que el pagaré 6/7 tampoco está pago. Lo cual es arbitrario y no tiene sustento probatorio ni jurídico ni fáctico.

Esta presunción del señor Juez, desborda la aplicación de valoración probatoria e incurre en falso juicio por violación indirecta de la ley, error de derecho (falso juicio de convicción) y error de hecho por falso juicio de identidad de la prueba, además de falso juicio de raciocinio, al violar elementos de la sana crítica y regla de la lógica en su interpretación y argumentación de la sentencia.

13. El juez omite darle valor probatorio al dictamen forense realizado por el perito contable de la Fiscalía General de la Nación, por la Contadora Dra. NIDIAN BERNAL TOVAR, en informe No. 717833 de fecha Marzo 12 de 2018 y ratificado en informe No. 1-884139 de agosto 5 de 2020, informes dentro de la causa criminal No. 110016000049-2015-05526, concluyendo dichos informes, que los pagares del 1 al 6, estaban pagados y recibidos su pago por el demandante.

Peritaje que da plena prueba del pago del pagaré 6/7.

14. Omite el señor juez valorar la declaración de parte de cada uno de los representantes legales de los demandados, estos también señalaron haber realizado los pagos respectivos a estos pagares, y no haber recibido ningún requerimiento que señalara el cobro de alguna cifra por conceptos diferentes derivados del pago y/o giro de cheques para el pago de los pagares del 1 al 7.

15. ***Incurre el señor Juez en violación directa de la ley por aplicación e interpretación errada del derecho.***

La prosperidad o no de la excepción de pago y que según el señor Juez no prospera por no constar el mismo en el cuerpo del título, si se lee aisladamente y se interpreta de forma literal, es posible que no tenga cabida de acuerdo al numeral 7º del artículo 784 del Código de Comercio, por no constar el pago parcial en el respectivo título, sin embargo su procedencia deviene de lo normado en la regla 13 ibídem, al señalar que podrán oponerse contra la acción cambiaria *“Las demás personales que pudiere oponer el demandado contra el actor”*.

Sobre este aspecto ha expresado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de septiembre de 2011, MP. Dr. Pedro Octavio Munar, que :

“ a) Atendiendo que los títulos valores son, en línea de principio, medios de pago, susceptibles de ser transferidos por endoso, el artículo 624 ibidem impone a quienes en éstos intervienen que todo aquello que concierna con el crédito, debe ser incorporado en el cuerpo del instrumento, entre otras razones, para que el adquirente sepa a ciencia cierta qué derecho le están transmitiendo y, a la vez, el deudor tenga conocimiento de cuál es la prestación a la que está obligado.

Esta circunstancia es, precisamente, fundamental ante una eventual acción judicial para forzar el pago, especialmente en lo relacionado con las excepciones que se puedan proponer y su viabilidad ya sea frente al acreedor inicial o a los sucesores, escenario que, a la par, coloca en situación diferente al acreedor y deudor originarios, dependiendo si el título ha circulado o no, pues en la medida que intervengan personas extrañas a las partes iniciales, surge la necesidad de cumplir formalismos adicionales.

*Tan cierto es lo anterior, que el citado artículo 784, a propósito de la acción cambiaria, autoriza proponer excepciones que doctrinariamente se han agrupado en absolutas (oponibles por cualquier deudor), relativas (sólo pueden proponerse por el deudor interesado en forma directa), reales u objetivas (cabén frente a cualquier tenedor) y las personales (solamente por el deudor primigenio contra el tenedor inicial). b) Bien cierto es que “[l]as que se funden en quitas o pago total o parcial, siempre que consten en el título” –artículo 784, numeral 7º- (subrayado fuera del texto) puede formularla el obligado frente a cualquier tenedor del título, pues se trata de una “excepción real absoluta”; no es menos cierto, que esto no puede significar que si no se ha dejado literalmente consignado en el documento aquéllas no puedan oponerse en ningún caso, 7 toda vez que, itérase, depende de la posición que tenga quien pagó frente al acreedor. Y, en ese sentido suele suceder que ese pago configure una excepción personal admisible entre las partes. **c) En el presente asunto, la acción cambiaria la ejerció directamente el acreedor frente al deudor cambiario (ejecutado), por consiguiente, si el pago alegado no quedó estipulado en el título, la defensa propuesta, a no dudarlo, fue la “excepción personal” consagrada en el numeral 13 del citado artículo 784, caso en el cual el obligado puede demostrar la solución de la deuda con cualquier otro medio de prueba”** *negrillas es mía.**

De esta forma, no es cierto lo manifestado por el señor Juez como sustento de su negativa a conceder la excepción de pago propuesta.

16. Contrario a lo dicho por el señor juez si hay suficientes pruebas, tanto documentales, como testimoniales (testigo Fernando Marcelo), como de confesión (interrogatorio al demandado) donde queda claro que dicho pagaré si esta pago y conforme a las cuales si ha debido prosperar la excepción de no exigibilidad por pago.
17. **Carga dinámica de la prueba.** La regla general, en materia probatoria, es que la parte que alega unos hechos materia de debate debe probarlos, para así lograr la consecución de un derecho.

El CGP con respecto a la carga dinámica de la prueba en el inciso segundo del artículo 167, de acuerdo con el cual, “(...) 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.

El tercer inciso del mencionado artículo abre la posibilidad de recurrir la decisión del juez al determinar la parte que debe probar, lo que necesariamente permite entender que deberá hacerlo a partir de una providencia motivada, explicando las razones por las que considera que debe probar un hecho y, adicionalmente, como es apenas lógico, un término para cumplir con esa carga procesal. Al no proferir un auto en ese sentido y pese a ello avocar dicho criterio en el fallo de primera instancia, incurre en violación directa de la ley por desconocer el debido proceso.

Este postulado procesal invocado por el Señor Juez y con el su valoración probatoria, desconoce el principio del debido proceso y sorprende a la parte demanda, por cuanto la aplicación de dicho precepto procesal, no se anunció en su momento procesal oportuno, esto es en el decreto probatorio, luego tenerlo como principio de valoración probatoria al momento de anunciar el fallo de primera instancia, no permitió la debida defensa, ni permitió la igualdad de armas procesales, al ser sorprendidos en el fallo.

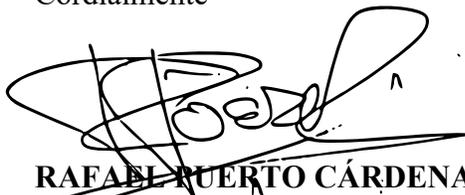
Incurre el señor juez en violación directa de la ley por violación al debido proceso, al desconocer una garantía procesal de lealtad y conocimiento previo de aplicación de las reglas procesales y valoración probatoria.

En ningún momento, ni en el decreto de las pruebas en audiencia del art.372 del CGP (Julio 29 de 2019) , ni en el tiempo que transcurrió hasta la celebración de audiencia del art.373 del CGP, marzo 12 de 2021, desconoció el postulado del art. 167, inciso 2 del CGP, de anunciar de oficio o a petición de parte, la invocación del principio procesal de la CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA, connotación que trae una consecuencia interpretativa diferente al momento de valorar dichas pruebas.

Y fue precisamente esa interpretación la que valoro el señor Juez en su sentencia, desligando de esta responsabilidad procesal el principio de la norma **“incumbe a la parte probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico que persigue”**, esto es, que el demandante debía probar que no recibió el pago o probar que los pagos recibidos se aplicaron a otros conceptos. En cambio de ello, sanciono al demandado quien probó el supuesto de hecho de la norma, esto es el pago realizado al demandante, al no exigir la contabilidad del demandado, y dar mayor credibilidad a la manifestación del demandante sobre devolución de un cheque por fondos sin que este hubiese señalado a que cheque hace referencia o la fecha de devolución, o el cobro de la supuesta sanción etc, para lo cual no aportó ninguna prueba, y en cambio la demandada probó con el documento idóneo (extractos bancarios), que no hubo cheque devueltos por fondos, que siempre hubo en la cuenta de banco del demandado fondos suficientes para cubrir los cheques, que nunca recibió ningún requerimiento de pago por concepto de sanciones u otros conceptos, que el demandante lo único que hizo fue hacer una manifestación incoherente de haber aplicado los pagos a otros conceptos, una vez dice que se aplican a sanciones por cheques devueltos, otra vez dice que se aplica a saldos de obligaciones por la venta en el 2006 de cuotas y/o acciones de Biconal, otra vez dice que se debe aplicar a cuentas de socios, otra vez dice que a intereses y pese a todas sus contradicciones, el señor Juez de primera instancia le da, bajo el criterio de carga dinámica de la prueba plena validez sin aceptar ninguna prueba en contrario.

De acuerdo a lo anterior es claro que la sentencia de primera instancia debe ser revocada y en su lugar, aceptar las excepciones propuestas y revocar el mandamiento de pago conforme a los argumentos expuestos anteriormente, pues existen varios defectos facticos y jurídicos que violan los derechos fundamentales al debido proceso y la defensa, esto aunado a que esta demostrado la no exigibilidad del titulo valor base de la acción, con lo cual es claro que no hay lugar a la existencia de un titulo ejecutivo.

Cordialmente



RAFAEL PUERTO CÁRDENAS
C.C. 79.141.065 de Bogotá
T.P. 73.181 del C.S. de la J.

OSCAR NORBERTO REYES PLA
Abogado
Universidad Externado de Colombia – 1.972

Honorable Magistrada
DRA. MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
SALA CIVIL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co
La ciudad.

REFERENCIA.- RADICADO 037 2019 00031 01 – PROCESO DECLARATIVO VERBAL
DEMANDANTE.- FUNDACION UNYDOS
DEMANDADOS.- PARQUE INDUSTRIAL RIO DE LA MAGDALENA Y CIA LTDA - CONSTANZA MIREYA BASTO TRIANA - JAVIER ALFREDO FANDIÑO GONZALEZ.
ASUNTO.- APELACION SENTENCIA SUSTENTACION DEL RECURSO.

OSCAR NORBERTO REYES PLA, apoderado de la demandante en el proceso de la referencia, manifiesto que de conformidad con lo anunciado en el escrito por el cual se interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y se sustentó inicialmente, integro en el presente escrito la argumentación inicial, con las ampliaciones y precisiones pertinentes, quedando la sustentación del recurso en los siguientes términos:

El recurso tiene por objeto concretamente la modificación y/o adición de la sentencia de primera instancia, así:

PRIMERO. – Se modifique el numeral tercero para incrementar el valor de la sanción por incumplimiento, a la suma de **CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$184.500.000)** correspondientes al treinta por ciento (30%) del valor del contrato estipulado como pena o sanción económica por el incumplimiento.

SEGUNDO. - Se reconozca el pago de la suma de **CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$ 124.134.054)** por concepto del valor que excede la pena, por los perjuicios causados a la parte demandante por el incumplimiento del contrato por la contratista y el arquitecto **JAVIER FANDIÑO GONZALEZ**, como arquitecto responsable y representante legal de la contratista.

TERCERO. - Se condene a las personas que conforman la parte demanda a pagar solidariamente a la parte demandante la suma de **QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES TRECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CATORCE PESOS (\$ 537.394.814)**, por concepto de reintegro de la totalidad de los dineros recibidos en la ejecución del contrato, como consecuencia de la declaratoria de la resolución del contrato por incumplimiento total del contrato por parte de la contratista demandada.

CUARTO.- Se ordene el pago de las sumas anteriores con la respectiva corrección monetaria así:

4.1. De los dineros a restituir recibidos por la contratista demandada, desde la fecha en que los recibió hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

4.2. De la sanción por incumplimiento, desde la fecha en que incurrió en el incumplimiento hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

4.3. Se eleve la tasa de interés moratorio del 6% al año, al 150% del interés Bancario Corriente de conformidad como lo preceptúa el artículo 884 del Código de Comercio. 4.4.

QUINTO.- Se profiera condena en contra del demandado JAVIER FANDIÑO GONZALEZ en la forma pedida en el numeral 4º de las declaraciones de las pretensiones principales de la demanda, por responsabilidad profesional como arquitecto responsable de la obra y como representante legal de la sociedad contratista demandada, por el ejercicio indebido y negligente de la profesión de arquitecto y de la representación legal y administración de la sociedad contratista, con actos y omisiones que conllevaron inicialmente el sellamiento de la obra por haberse adelantado sin licencia de construcción y luego el desmonte de la estructura por haberse construido sin sujeción a la licencia de construcción; y además, por la disposición de parte de los recursos del contrato a objetivos diferentes de la construcción del edificio.

SEXTO. - Se incremente el valor de las agencias en derecho de las costas a que se condena a los demandados PARQUE INDUSTRIAL RÍO DE LA MAGDALENA & CIA LTDA y CONSTANZA BASTO TRIANA a favor del demandante, considerando que el valor del contrato cuya resolución se declara por incumplimiento de la parte demandada, es de **QUINIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$591.000.000)** y los cuatro millones de pesos y tres millones de pesos que se asignan para cada uno de los condenados no es siquiera el 1.5% de este valor.

ARGUMENTACION FINAL.- La modificación y/o adición de la sentencia de primera instancia queda sustentada en los siguientes términos:

PRIMERO. – Se modifique el numeral tercero para incrementar el valor de la sanción por incumplimiento, a la suma de **CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$184.500.000)** correspondientes al treinta por ciento (30%) del valor del contrato estipulado como pena o sanción económica por el incumplimiento.

En la sentencia de primera instancia acogiendo las pretensiones principales de la demanda en este sentido se reconoce que el contrato denominado CONTRATO DE DISEÑOS, ESTUDIOS TECNICOS, TRAMITES, LICENCIAS Y CONSTRUCCION DEL CENTRO CULTURAL JUAN REY, para el que se pide la resolución por incumplimiento de la parte demandada es uno solo, originado en el acuerdo que recoge el documento suscrito el 13 de abril de 2013, cedido por la PARTE CONTRATISTA a la sociedad PARQUE INDUSTRIAL RÍO DE LA MAGDALENA Y CIA. LTDA, de conformidad con documento suscrito el 12 de septiembre de 2013, y por la PARTE CONTRATANTE a la FUNDACION UNYDOS el 30 de diciembre de 2014; y modificado por documento el veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015).

En estos términos el valor del contrato es la suma de **QUINIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$591.000.000)** a que se refiere el primer documento suscrito en el que se determinan el objeto y el precio, ya que este valor no fue modificado posteriormente y el valor señalado en la última modificación del 20 de octubre de 2015, no es un cambio del mismo sino solo el señalamiento del saldo del valor pactado que quedaba por cancelar.

No es coherente en la sentencia la consideración inicial de que se trata de un solo contrato, con la conclusión final de que “ También se entiende acorde con el documento del 20 de octubre de 2015, que el precio final del contrato es de \$227'300.000 incluido el AIU y el IVA “. Y considerar solo este valor para la liquidación de la pena.

Al revisar los documentos fundamentales del contrato, el inicial del 13 de abril de 2013 y el de terminación de la obra del 20 de octubre de 2015, se tiene que en el primero se establece el costo total de la obra por \$ 591.000.000 y en el segundo el valor del saldo final por \$ 227.300.000 considerando que ya se habían hecho abonos al contratista por más de \$ 300.0000.000, como se refleja en el cuadro de pagos referido en los hechos de la demanda.

La cláusula novena del documento del 20 de octubre de 2015 hace referencia a la “aplicación de una pena del valor del treinta por ciento (30%) **del contrato . . .**” no dice del valor del saldo del contrato. Además, “ La pena será aplicada plena si hubiere incumplimiento total y en forma proporcional a la **parte del contrato** que resulte incumplida”

Luego para la aplicación de la pena o sanción económica por el incumplimiento debe considerarse como base de liquidación el valor pactado al inicio del contrato y que corresponde al valor total del contrato, no solo el del saldo; en el documento del 20 de octubre de 2015, simplemente se varió el porcentaje de liquidación del 20 al 30%, pero no la base de liquidación.

De no ser de recibo este planteamiento, entonces al menos debe tenerse en cuenta que es un contrato que se desarrollo en dos fases una hasta el sellamiento de la obra y otra de la reactivación a partir de la consecución de la licencia de construcción, y que el incumplimiento fue reiterativo durante las dos etapas, de tal manera que para la primera debe aplicarse la pena prevista en el documento inicial del 13 de abril de 2013 y para la segunda la del documento suscrito el 20 de octubre de 2015, así: en la primera fase del 20% del valor total del contrato, y en la segunda el 30% del valor del saldo declarado en el documento.

En este caso se acogerían la declaración 5 y condena 3 de las pretensiones subsidiarias de la demanda, en los siguientes términos:

DECLARACION 5.- Se declare que las personas que conforman la parte demandada están obligadas en forma solidaria a pagar el valor de la pena o sanción económica pactada por el incumplimiento en el veinte por ciento (20%) del valor del contrato celebrado el 15 de abril de 2013 y el treinta por ciento (30%) del valor del contrato celebrado el 20 de octubre de 2015; y el valor que exceda de estas sumas, como indemnización de los perjuicios causados a la parte demandante por el incumplimiento de la sociedad **PARQUE INDUSTRIAL RIO DE LA MAGDALENA Y CIA. LTDA**, como contratista y del arquitecto **JAVIER FANDIÑO GONZALEZ**, como arquitecto responsable y representante legal de la contratista.

CONDENA 3. La suma de **SETENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$77.540.000)** correspondientes al veinte por ciento (20%) del valor del contrato celebrado el 15 de abril de 2013 estipulado como pena o sanción económica por el incumplimiento del contrato, la suma de **SESENTA Y OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA MIL PESOS (\$68.190.000)** correspondientes al treinta por ciento (30%) del valor del contrato celebrado el 20 de octubre de 2015, estipulado como pena o sanción económica por el incumplimiento.

SEGUNDO. - Se reconozca el pago de la suma de **CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$ 124.134.054)** por concepto del valor que excede la pena, por los perjuicios causados a la parte demandante por el incumplimiento del contrato por la contratista y el arquitecto JAVIER FANDIÑO GONZALEZ, como arquitecto responsable y representante legal de la contratista.

Sobre el monto de los perjuicios que se causaron sobre el valor estimado como sanción por incumplimiento por las partes, procede porque así lo pactaron las partes en contrato que es ley para ellas: Clausula 9ª del documento suscrito el 13 de abril de 2013 (folio 8) y 20 de octubre de 2015 (folio 26).

Este valor quedó debidamente probado porque fue estimado bajo juramento en los términos preceptuados por el artículo 206 del C.G.P. cuya cuantía no fue objetada por la parte contraria especificando razonadamente la inexactitud que se le atribuye a la estimación.

TERCERO.- Se condene a las personas que conforman la parte demanda a pagar solidariamente a la parte demandante la suma de **QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES TRECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CATORCE PESOS (\$ 537.394.814)**, por concepto de reintegro de la totalidad de los dineros recibidos en la ejecución del contrato, como consecuencia de la declaratoria de la resolución del contrato por incumplimiento total del contrato por parte de la contratista demandada.

El señor Juez de primera instancia, declarara la resolución del contrato por el incumplimiento de la contratista demandada, y considera probados los pagos en razón de la confesión del representante legal de la compañía demandada que aceptó haber recibido los dineros correspondientes a la remuneración pactada y todas las cantidades referidas en la demanda por ese concepto; pero al mismo tiempo resuelve no imponer la condena al pago de los dineros desembolsados al constructor, a favor de la parte actora, por no ser claro para el juzgado quien los haya desembolsado.

Fundamentando esta determinación en las siguientes pruebas:

1.- la declaración del representante legal de la demandante que refiere que él era una especie de ordenador de los gastos, de los pagos a transferir al constructor, pero que eran sumas que estaban en custodia de una entidad religiosa diferente, debido a que se trataba de dineros provenientes de personas de nacionalidad extranjera, con miras a hacer realidad el proyecto del centro cultural en la zona de Juan Rey de esta capital.

2.- El testimonio de Elsa Victoria Wolf, quien manifestó en su declaración que los dineros llegaban de parte de los ciudadanos extranjeros (irlandeses más exactamente), entregaban el dinero a una Iglesia quien los tenía en custodia y ésta los giraba al constructor por

autorización del contratante, que en un principio fue la Fundación Confraternidad y después la Fundación Unydos a través de su representante legal.

Considera que esos dineros no ingresaron directamente a las arcas, bien de la Fundación Confraternidad o de la institución que ahora está demandando, sino que estaban a cargo de otro ente tras su giro por parte de esos extranjeros y, el contratante era quien daba la orden para entregar los dineros al constructor según sus requerimientos y el avance de la obra.

Concluye que las aseveraciones conllevan a deducir que los dineros pagados a la constructora no provinieron de ninguna de las fundaciones contratantes, sino de terceros que aportaron los dineros para la obra y recibían el aval o visto bueno del representante legal de las fundaciones para entregarle al contratista a fin de que realizara sus trabajos, según los requerimientos del beneficiario de los trabajos encargados.

Consideramos que los presupuestos del juzgado para negar la pretensión no están ajustados a derecho por las siguientes razones:

1.- Declarada la resolución del contrato por el incumplimiento total del contratista, el efecto jurídico necesario para la coherencia del fallo es que es que restituya lo que recibió para la ejecución del contrato; permitirle que los mantenga es propiciar un enriquecimiento indebido.

2.- Al ser interrogado sobre los pagos recibidos, el representante legal de la constructora demandada reconoció expresamente haberlos recibido en la forma como se dice en la demanda.

3.- En la demanda se dice que los pagos los pagos se efectuaron a través de la Iglesia Cristiana Confraternidad Unicentro, que administró los recursos recibidos del exterior para la realización de la obra; luego es claro que el pago lo realizó la Iglesia Cristiana Confraternidad Unicentro, por cuenta de la contratante y atendiendo las instrucciones de pago de su representante legal. Inicialmente la Fundación Confraternidad y posteriormente la Fundación Unydos.

4.- En su declaración la señora Elsa Victoria Wolff al ser preguntada por la Fundación Confraternidad, manifestó que era una entidad de la iglesia Cristiana Confraternidad Unicentro a través de la cual esta realizaba su obra social.

Luego la conclusión correcta es que la entidad religiosa estaba aportando a su entidad sin ánimo de lucro recursos para realizar su obra social y por tanto estaba transfiriéndole la propiedad de esos recursos con los que se efectuaba el pago a la contratista.

Ahora bien, si se considera que el pago no fue hecho por el contratante deudor de la prestación a su contraparte contractual de acuerdo a lo convenido en el contrato, sino que lo hizo un tercero, entonces estaremos frente al evento del pago de un tercero por el deudor previsto en el artículo 1630 del Código Civil, que preceptúa que puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor.

Igualmente debe considerarse y aplicarse los efectos jurídicos del pago en estas condiciones, así: Este como todo pago produce los efectos de la extinción de la obligación (artículo 1625.1 del C.C); y por razón de la subrogación del crédito entre quien realiza el pago y el acreedor, genera una obligación entre el beneficiario del pago y quien lo realiza, que es la de reembolsarle el valor pagado; efecto jurídico previsto y regulado en el artículo 1666 ídem, que consiste en la transmisión de los derechos del acreedor al tercero que le paga, y opera como fuente de la obligación de reembolso para el deudor.

Esto es, que se genera para el beneficiario del pago la obligación de reembolsar al tercero lo pagado por él. Luego para el contrato el pago produce el mismo efecto que si lo hubiera hecho directamente el deudor.

La obligación pagada por el tercero queda extinguida frente al acreedor al que le paga y surge a la vida jurídica la obligación generada en la subrogación entre el deudor para el que se hizo el pago y el tercero que pago. Como este proceso trata de la resolución del contrato y no de la resolución del pago, produce efectos entre las partes y no frente al tercero; de tal manera que su crédito por la subrogación queda inmutable.

Al resolver el contrato las prestaciones resultantes de tal resolución se dan entre las partes mas no respecto del tercero; luego el derecho al reembolso de los recursos recibidos por el contratista que no cumplió le debe ser reconocido al contratante que cumplió no importando la forma como se haya realizado el pago.

La decisión que ha tomado el juzgado en la providencia recurrida respecto de esta pretensión de la demanda, conlleva por una parte el efecto jurídico de un enriquecimiento indebido para el contratante incumplido y por la otra para el contratante cumplido, un empobrecimiento adicional a los perjuicios sufridos, porque además de perder el dinero pagado, permanece la obligación de reembolsarle al tercero subrogatario lo pagado por el, resultado a todas luces antijurídico e inequitativo.

Es el absurdo jurídico de sancionar con la resolución del contrato el incumplimiento, pero permitiendo que el incumplido retenga en su patrimonio la prestación recibida como contraprestación por la obligación que no cumplió.

Se presenta además la situación de que al exigir el tercero al deudor beneficiado con el pago, el reembolso de lo pagado, este no podría proponer excepción alguna porque la subrogación que por ministerio de la Ley operó en razón del pago, no sufrió afectación alguna con la sentencia por la cual se declara la resolución del contrato.

Ahora bien, si lo anterior no fuere procedente, y al juez de primera instancia le quedaban dudas en relación con la realización del pago para resolver sobre su devolución por el contratante incumplido al contratante afectado, como corresponde en la resolución de un contrato, tenía la obligación de esclarecerlas mediante el ejercicio de sus atribuciones de practica de pruebas de oficio; pero no podía simplemente obviar el tema, dejando plasmadas sus dudas para tomar una decisión que inequívocamente constituye no solo una inequidad e injusticia, sino el patrocinio de un enriquecimiento indebido del contratante incumplido en detrimento del que si cumplió, y de contera la violación abrupta de su derecho fundamental al debido proceso, por una vía de hecho.

CUARTO.- Se ordene el pago de las sumas anteriores con la respectiva corrección monetaria y de los intereses a la tasa pactada por los contratantes. así:

4.1. De los dineros a restituir recibidos por la contratista demandada, desde la fecha en que los recibió hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

4.2. De la sanción por incumplimiento, desde la fecha en que incurrió en el incumplimiento hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

En relación con esto, tenemos que la Jurisprudencia reiteradamente ha sostenido que la indexación o corrección monetaria tiene por objeto que la prestación del pago de sumas de dinero conlleve la actualización del valor del dinero; y no es el efecto de la decisión judicial, sino de la aplicación del principio jurídico de que el pago debe hacerse completo y el acreedor no tiene porque asumir el costo del deprecio de la moneda.

En este orden de ideas y para el cumplimiento real de este propósito la indexación debe comprender todo el lapso que transcurra entre la fecha en que el obligado a restituir o reembolsar recibió el dinero, hasta la fecha en que haga efectivo el reembolso o hasta cuando se empiecen a causar sobre el dinero debido, los intereses que incluyan en su tasa el factor de la indexación a corrección monetaria como ocurre con los intereses comerciales moratorios.

Luego si la sentencia acoge la tesis del pago de intereses a partir de su ejecutoria, la corrección debe aplicarse a todo el lapso anterior.

4.3. Se eleve la tasa de interés moratorio del 6% al año, a la tasa del interés comercial moratorio de conformidad como lo preceptúa el artículo 884 del Código de Comercio.

En cuanto a los intereses, además de tratarse el contrato de un acto u operación comercial, por ser parte en un comerciante y obrar en desarrollo de su objeto comercial, las partes en el contrato pactaron el pago de intereses comerciales moratorios sobre las sumas de dinero que resultaren a deberse. (clausulas 9 de los documentos del 13 de abril de 2013 y 20 de octubre de 2015)

QUINTO.- Se profiera condena en contra del demandado JAVIER FANDIÑO GONZALÉZ en la forma pedida en el numeral 4° de las declaraciones de las pretensiones principales de la demanda por responsabilidad profesional como arquitecto responsable de la obra y como representante legal de la sociedad contratista demandada, por el ejercicio indebido y negligente de la profesión de arquitecto y de la representación legal y administración de la sociedad contratista, con actos y omisiones que conllevaron inicialmente el sellamiento de la obra por haberse adelantado sin licencia de construcción y luego el desmonte de la estructura por haberse construido sin sujeción a la licencia de construcción.

Además, por la disposición de parte de los recursos del contrato que debían ser para la ejecución de la obra, empleándolos para objetivos diferentes de la construcción del edificio.

La pretensión de la demanda se sustenta por una parte, en la responsabilidad profesional que tiene el demandado como arquitecto responsable de la obra y como administrador de la sociedad contratista; y por otra, que una buena parte de los dineros recibidos no fueron empleados en la obra, como quedó demostrado no solo con el informe presentado por el arquitecto Jose Escobar quien recibió la obra de la contratista, sino también avalado por el perito de la parte demandante en su dictamen pericial. Conforme al testigo y al perito, cuando el contratista entregó la obra, estaba avanzada en solo un 60% y de acuerdo con el cuadro de pagos de los hechos de la demanda, aceptado por el representante legal de la demanda en su interrogatorio de parte, había recibido más del 90% del valor total del precio pactado. Luego hubo un 30% que no se invirtió en la obra.

Las acciones y omisiones que resultaron probadas en el proceso con los documentos, testimonios y el dictamen del perito, presentados por la parte demandante, que dieron fundamento a la decisión del Juez a quo de declarar la resolución del contrato por incumplimiento total de la contratista demandada, son atribuibles a su representante legal, que obro igualmente como director de la obra; y cuyas responsabilidades a título personal devienen no solo del contrato sino de las normas que regulan con carácter imperativo las actividades de las construcción y establecen las responsabilidades de los profesionales que tienen relación con ella, como se verá de las normas que se analizan a continuación.

Ni los argumentos jurídicos esbozados en la demanda y que no se pudieron exponer en la audiencia en la primera instancia, porque el señor juez cortó abruptamente mi intervención al concluir los 20 minutos, sin darme lugar a solicitar una ampliación del término de exposición, sino simplemente me suprimió el micrófono y continuo con la audiencia, ni las normas que sustentan la pretensión fueron siquiera mencionados en la sentencia recurrida; sino que de plano se rechazó la pretensión sin ningún análisis argumental.

CONSIDERACIONES QUE SUSTENTAN ESTE PUNTO DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL REPRESENTANTE LEGAL Y DIRECTOR DE LA OBRA.

RESPONSABILIDAD COMO ADMINISTRADOR.- Desde el punto de vista de la representación legal basta con señalar que el artículo 200 del Código de Comercio, establece las reglas relativas a la responsabilidad de los administradores respecto de la sociedad, sus accionistas y terceros.

- (i) Los administradores responden solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros, salvo que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión, o hayan votado en contra, y exista evidencia probatoria de tal hecho, y siempre y cuando no la ejecuten;
- (ii) La responsabilidad del administrador se presume, cuando incumple sus funciones, se extralimita en el ejercicio de ellas, e igualmente cuando infringe la ley o los estatutos.
- (iii) En el evento en que el administrador de la sociedad sea una persona jurídica, la responsabilidad recaerá sobre ella y sobre quien actúe como representante legal de la misma;

RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE DEBERES LEGALES EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ARQUITECTO.- Desde el punto de vista del ejercicio de la profesión de arquitecto y sus responsabilidades legales, se tiene lo siguiente:

El objeto de este contrato subjudice es una de las denominadas actividades peligrosas que esta específicamente regulada por normas de orden público de obligatorio cumplimiento y sobre los cuales no son válidos los pactos de las partes. Es lo que se conoce como el derecho urbanístico.

Es más, estas son actividades cuyo desconocimiento por el arquitecto puede generar temas de responsabilidad civil extracontractual para el contratante o el propietario de la obra.

La argumentación que sustenta esta pretensión está ampliamente expuesta en los argumentos jurídicos de la demanda de los cuales relevaremos algunas de las normas que

regulan específicamente esta materia y forman parte del cuerpo normativo citado y vigente para la época de los hechos:

LEY 400 de 1997, por la cual se adoptan normas sobre Construcciones Sismo Resistentes, que mantiene su vigencia desde su expedición, con algunas modificaciones introducidas por la Ley 1796 de 2016.

Establece medidas enfocadas a la protección del comprador, el incremento de la seguridad de las edificaciones y el fortalecimiento de la Función Pública que ejercen los curadores urbanos, entre otras.

Esta información puede ser verificada en el Link: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0400_1997.html que corresponde a la página web de la secretaria del Senado de la república.

En su artículo 2º modificado por el artículo 183 del Decreto 19 de 2012 esta ley fija para el territorio nacional las condiciones de realización de las construcciones a que deberán sujetarse estrictamente el proyecto y los planos aprobados y textualmente preceptúa:

“ Las construcciones que se adelanten en el territorio de la República deberán sujetarse a las normas establecidas en la presente Ley y en las disposiciones que la reglamenten.

Corresponde a las oficinas o dependencias distritales o municipales encargadas de conceder las licencias de construcción, la exigencia y vigilancia de su cumplimiento. Estas se abstendrán de aprobar los proyectos o planos de construcciones que no cumplan con las normas señaladas en esta Ley o sus reglamentos.

La construcción deberá sujetarse **estrictamente** al correspondiente proyecto o planos aprobados.”

En su artículo 6º fija la **responsabilidad de los diseñadores** por los diseños de los diferentes elementos que componen la edificación, así como la **adopción de todas las medidas necesarias para el cumplimiento en ellos**, del objetivo de las normas de esta ley y sus reglamentos, y la hace recaer en los profesionales bajo cuya dirección se elaboran los diferentes diseños particulares. Textualmente preceptúa:

“ La responsabilidad de los diseños de los diferentes elementos que componen la edificación, así como la adopción de todas las medidas necesarias para el cumplimiento en ellos del objetivo de las normas de esta ley y sus reglamentos, recae en los profesionales bajo cuya dirección se elaboran los diferentes diseños particulares.

En su artículo 7º establece la obligación de sujeción de la obra a los planos arquitectónicos y estructurales que se presenten para la obtención de la licencia de construcción preceptuando que deben ser iguales a los utilizados en la construcción de la obra. Textualmente preceptúa:

“ Los planos arquitectónicos y estructurales que se presenten para la obtención de la licencia de construcción deben ser iguales a los utilizados en la construcción de la obra. Por lo menos una copia de éstos debe permanecer en el archivo del departamento

administrativo o dependencia distrital o municipal a cargo de la expedición de la licencia de construcción.

En su artículo 19 que trata de las obras exentas de supervisión técnica por ser construcciones de menos de 3.000 metros cuadrados originalmente y 2000 después de la reforma de la ley 1796 de 2016, establece textualmente:

“ En aquellas edificaciones que de conformidad con el artículo anterior, están exentas de supervisión técnica independiente, **el constructor tiene la obligación de realizar los controles mínimos de calidad que esta ley y sus reglamentos exigen para garantizar que la edificación se ejecute de conformidad con los planos, diseños y especificaciones técnicas aprobadas en la respectiva licencia. . . .** “

PARÁGRAFO 3o. La supervisión de que trata este artículo se exigirá sin perjuicio de la obligación que tiene el constructor de realizar todos los controles de calidad que esta ley y sus reglamentos exigen para garantizar que la edificación se ejecute de conformidad con los planos, diseños y especificaciones técnicas aprobados en la respectiva licencia.

Finalmente en los artículos 50 a 52 establece las responsabilidades de los profesionales y funcionarios que adelanten o permitan la realización de obras de construcción sin sujetarse a las prescripciones, normas y disposiciones previstas en la Ley y sus reglamentos, preceptuando que incurrirán en violación del Código de Ética Profesional y podrán ser sancionados por el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Arquitectura, o los Colegios Profesionales correspondientes, o aquél del cual dependan, con la suspensión o la cancelación de la matrícula profesional, según sea el caso, en la forma prevista en la Ley, **sin perjuicio de las demás acciones civiles y penales a que haya lugar. (Artículo 50).**

Los constructores o propietarios que adelanten o autoricen la realización de obras de construcción sin sujetarse a las prescripciones, normas y disposiciones de esta ley y sus reglamentos, serán sancionados con multas de un (1) salario mínimo mensual por cada 200 metros cuadrados de área construida de la edificación, por cada mes o fracción de él, **que transcurra sin que se hayan tomado las medidas correctivas o la demolición de la construcción o la porción de ella que viole lo establecido en la presente ley y sus reglamentos. . (Artículo 51).**

Además, que las alcaldías, o las secretarías o departamentos administrativos correspondientes, podrán ordenar la demolición de las construcciones que se adelanten sin cumplimiento de las prescripciones, normas y disposiciones que esta ley y sus reglamentos establecen, sin perjuicio de las demás sanciones que prevean las disposiciones legales o reglamentarias. (Artículo 52).

DECRETO 1469 de 2010: Reglamenta lo relacionado con la licencia de construcción definiéndola como la **autorización previa** que expide el curador urbano o la autoridad municipal competente, **para desarrollar edificaciones**, áreas de circulación y zonas comunales en uno o varios predios, en la que se concretarán de manera específica los usos, edificabilidad, volumetría, accesibilidad y demás aspectos técnicos aprobados para la respectiva edificación. (Artículo 7).

Este ordenamiento igualmente reglamenta lo relacionado con el estado de ruina, señalando *que* cuando una edificación o parte de ella se encuentre en estado ruinoso y atente contra la seguridad de la comunidad, el alcalde o por conducto de sus agentes, de oficio o a petición de parte, declarará el estado de ruina de la edificación y ordenará su demolición parcial o total. **(Artículo 8).**

El artículo 39 establece dentro de las obligaciones del titular de la licencia, las de ejecutar las obras de forma tal que se garantice la salubridad y seguridad de las personas, así como la estabilidad de los terrenos y edificaciones vecinas y de los elementos constitutivos del espacio público (numeral 1); y solicitar el Certificado de Permiso de Ocupación al concluir las obras de edificación en los términos que establece el artículo 53 (numeral 5).

A su vez, el artículo 53 define lo que es el certificado de permiso de ocupación, como el acto mediante el cual la autoridad competente para ejercer el control urbano y posterior de obra, certifica mediante acta detallada el cabal cumplimiento de la obligación de que las obras estén construidas de conformidad con la licencia de construcción en la modalidad de obra nueva otorgada por el curador urbano o la autoridad competente para expedir licencias; y traza el procedimiento para obtenerlo, así:

Una vez concluidas las obras aprobadas en la respectiva licencia de construcción, el titular o el constructor responsable, solicitará el certificado de permiso de ocupación a la autoridad que ejerza el control urbano y posterior de obra.

Para este efecto, la autoridad competente realizará una inspección al sitio donde se desarrolló el proyecto, dejando constancia de la misma mediante acta, en la que se describirán las obras ejecutadas. Si estas se adelantaron de conformidad con lo aprobado en la licencia, la autoridad expedirá el Certificado de Permiso de Ocupación del inmueble.

En el evento de verificarse incumplimiento de lo autorizado en la licencia o en el acto de reconocimiento de la edificación, la autoridad competente se abstendrá de expedir el certificado correspondiente e iniciará el trámite para la imposición de las sanciones a que haya lugar.

LEY 388 de 1997.

Este ordenamiento en su artículo 103, modificado por el artículo 1º de la ley 810 de 2003, vigente hasta la entrada vigencia de la ley 1801 de 2016, preceptúa que toda actuación de construcción, ampliación, modificación, adecuación y demolición de edificaciones, respecto de las cuales no se acredite la existencia de la licencia correspondiente o que no se ajuste a ella, el alcalde o su delegado, de oficio o a petición de parte, dispondrá la medida policiva de suspensión inmediata de todas las obras respectivas, hasta cuando se acredite plenamente que han cesado las causas que hubieren dado lugar a la medida; y el artículo 104 que modifica el artículo 66 de la Ley 9 de 1989, impone sanciones urbanísticas de multas sucesivas que oscilarán entre cincuenta (50) y trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales, para quienes construyan en terrenos aptos para estas actuaciones, en contravención a lo preceptuado en la licencia, o cuando ésta haya caducado, además de la orden policiva de suspensión y sellamiento de la obra y la suspensión de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo señalado por la Ley 142 de 1994; y la demolición total

o parcial de las obras desarrolladas sin licencia o de la parte de las mismas no autorizada o ejecutada en contravención a la licencia.

PARAGRAFO 1o. Si dentro de los plazos señalados al efecto los infractores no se adecuan a las normas, ya sea demoliendo las obras realizadas solicitando la licencia correspondiente cuando a ello hubiere lugar o ajustando las obras a la licencia, se procederá por la autoridad competente a la imposición de nuevas multas sucesivas, en la cuantía que corresponda teniendo en cuenta la reincidencia o reiteración de la conducta infractora, sin perjuicio de la orden de demolición, cuando a ello hubiere lugar y la ratificación de la suspensión de los servicios públicos domiciliarios.

2o. Multas sucesivas que oscilarán entre setenta (70) y cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales, para quienes parcelen, urbanicen o construyan en terrenos aptos para estas actuaciones, sin licencia, además de la orden policiva de suspensión y sellamiento de la obra y la suspensión de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo señalado por la Ley 142 de 1994.

3o. Multas sucesivas que oscilarán entre cincuenta (50) y trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales, para quienes parcelen, urbanicen o construyan en terrenos aptos para estas actuaciones, en contravención a lo preceptuado en la licencia, o cuando ésta haya caducado, además de la orden policiva de suspensión y sellamiento de la obra y la suspensión de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo señalado por la Ley 142 de 1994.

Establecido así el marco normativo específico que debe considerarse teniendo en cuenta que el objeto del contrato es una actividad regulada por el Estado, con normas imperativas, se relleva para la contratista, que no solo tiene las obligaciones contractuales de la realización de una obra hasta su terminación, satisfaciendo todos los requisitos para su legitimidad; sino también las obligaciones legales que provienen de la normatividad analizada, que no solo le impone la obligación de cumplir las normas sino además de velar porque esta normatividad se cumpla y la responsabilidad civil que resulta del incumplimiento de estos deberes profesionales.

En este orden de ideas, el constructor no puede exculparse afirmando que la contratante le requirió que adelantaría la construcción sin el cumplimiento de los requisitos legales de normas imperativas de orden público, ni las partes por acuerdos privados o de ninguna clase pueden obviar o contravenir la aplicación de las normas, pues resultan ser ilegales y completamente ineficaces.

Partiendo de este postulado sobre las responsabilidades contractuales y legales del constructor y el arquitecto responsable de la construcción, entramos a analizar su cumplimiento.

De toda la documentación recaudada en el proceso, los testimonios rendidos y el dictamen pericial presentado por la parte demandante y que no fue objetado por la parte demandada, es evidente el incumplimiento sistemático del constructor, que no solo empezó la obra sin siquiera radicar la solicitud de licencia de construcción, sino que la adelantó en esta condición, con cimentación y levantamiento de parte de la estructura, hasta cuando la Alcaldía de San Cristóbal ordenó su sellamiento.

El 16 de septiembre de 2013, los constructores provocan la suscripción de una acta en la que manifiestan en el numeral 2º que “ de conformidad con los planos arquitectónicos que identifican la primera etapa de la obra, y el registro fotográfico que se anexa, esta se encuentra realizada en el 100%.” ; declarando cumplida la primera etapa, provocando el pago del saldo a su favor de esta primera etapa y el anticipo de la segunda etapa, de una obra sin licencia.

Para esta fecha la licencia se encontraba apenas radicada y el 8 de octubre de 2013 recibió de la Curaduría 4, 39 observaciones a la documentación técnica presentada, así: ARQUITECTÓNICAS Y URBANÍSTICAS: 26 observaciones generales, 2 a las escaleras, 2 a las salidas protegidas, 2 a puertas y una al número de salidas y ocupación. OBSERVACIONES DE INGENIERIA: Una general de garantía de concordancia una vez realizadas los ajustes por las observaciones arquitectónicas; 5 al estudio de suelos, 4 a los planos estructurales, y 3 a las memorias de cálculo.

Ahora bien, como se estaba adelantando la obra a niveles de cimentación y levantamiento de estructura la lógica es que la documentación acompañada a la solicitud tendiera a amparar lo diseñado y construido, lo que nos lleva a concluir forzosamente que la obra tenía las falencias anotadas por la curaduría; y dentro de las cuales está que en tratamiento integral no se permite sótano, razón por la cual todos los espacios bajo el nivel 0.00 se consideran como tal y se le exhorta al solicitante a ajustar lo pertinente.

Indudablemente el constructor pretendía legalizar el sótano que ya tenía proyectado y en construcción y la curaduría le observó que no lo podía realizar.

Efectivamente, a folio 110 del expediente digital se observa la resolución 13-4 1753 del 27 de diciembre de 2013, en la cual se señala lo siguiente:

Que la solicitud de la licencia de construcción fue radicada por la constructora en la Curaduría Cuarta de Bogotá el 4 de julio de 2013 con número de radicación 13 4 1327.

Que el 8 de octubre de 2013 la Curaduría 4 le hizo 39 observaciones a la documentación técnica presentada, así: ARQUITECTÓNICAS Y URBANÍSTICAS: 26 observaciones generales, 2 a las escaleras, 2 a las salidas protegidas, 2 a puertas y una a número de salidas y ocupación. OBSERVACIONES DE INGENIERIA: Una general de garantía de concordancia una vez realizadas los ajustes por las observaciones arquitectónicas; 5 al estudio de suelos, 4 a los planos estructurales, y 3 a las memorias de cálculo.

Dentro de las observaciones arquitectónicas están las de presentar el formulario debidamente diligenciado en su totalidad en tinta y que los linderos del proyecto deben coincidir tanto en planos, formulario y documentos jurídicos y cartográficos; y que en caso de no corresponder, linderos y cabida deben estar certificados por catastro.

Que el constructor tenía un máximo de 45 días para subsanar las observaciones hechas por la Curaduría.

Como el constructor no satisfizo los requerimientos de la curaduría, la solicitud se declaró desistida.

El constructor responsable arquitecto Javier Fandiño, se disculpa en cuanto a que no pudo cumplir los requerimientos dado que tuvo que adelantar procedimiento administrativo en Catastro Distrital de cabida y linderos que le demoro 6 meses en el trámite.

Esta disculpa no es aceptable dado que siendo el mismo el responsable del diseño, como podía diseñar un proyecto adecuadamente sin primero verificar el área y linderos del inmueble que pretendía intervenir; los mismos documentos que llevaron a la Curaduría a hacer la observación, los tuvo para presentarlos el constructor y no los analizó siquiera.

Si los hubiera revisado antes de radicarlos en la curaduría, habría podido adelantar las diligencias de cabida y linderos y tener esta documentación lista para cuando le formularan las observaciones en el mes de octubre o antes de que se venciera el plazo para la presentación de la documentación; habiéndose así evitado la suspensión de la obra por más de 18 meses entre la fecha de sellamiento de la obra en el mes de enero de 2014 y la fecha de la expedición de la licencia de construcción el 13 de julio de 2015; es decir dos años después de la primera solicitud que le declararon desistida.

Indudablemente esta fue una grave negligencia de la constructora y del arquitecto responsable, no solo a sus deberes contractuales, sino a los deberes legales como profesional de la arquitectura y la construcción; y más dada la vasta experiencia que el mismo argumenta en su interrogatorio.

Por su parte la contratante, como lo declararon los representantes legales Elsa Victoria Wolf y Julio Cesar Quintero, y se acredita con la relación de pagos que se acredita en la demanda y quedó demostrada con la misma confesión del representante legal de la sociedad demandada, cumplió con sus obligaciones de pago, sustentada en la confianza que tenían de que la obra se llevara a feliz término y la lealtad que demandaba la amistad entre la arquitecta Constanza Basto y la señora Elsa Victoria Wolf, representante legal de la Contratante Fundación Confraternidad, sustentada en lazos de filialidad y hermandad espiritual como lo relatan ellas mismas en sus respectivos interrogatorios.

De acuerdo con la relación de pagos aceptada por el representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte, a la fecha de sellamiento de la obra en el mes de enero de 2014 por falta de la licencia de construcción, el representante legal de la contratista y arquitecto responsable, ya había obtenido que le hicieran desembolsos por la suma de \$ 388.500.000 sobre un valor total pactado por la obra terminada de \$ 591.000.000, lo que equivale al 65.74%

Es decir, que desde antes del cumplimiento de la obligación contractual de consecución de la licencia de construcción para poder iniciar la obra, ya le había logrado que le desembolsaran más del 65% del valor del contrato, bajo el engaño que relata la señora Elsa Victoria Wolf en su declaración como testigo de la parte demandante, que la valla de radicación de la solicitud de licencia les fue presentada como válida para iniciar la construcción.

Trascurridos, los 18 meses de suspensión de la obra se obtiene la licencia y se continua con la ejecución de la obra como la había iniciado sin la licencia, obteniendo que se le sigan haciendo los pagos al valor del contrato hasta lograr la suma de \$537.394.814 sobre un valor total pactado por la obra terminada de \$ 591.000.000, lo que equivale al 91%

En todo este proceso igualmente se presentó el incidente del muro que dio origen a una querrela promovida por una vecina colindante por el costado posterior del lote en el que se ejecutaba la obra, que da origen a una visita de IDEGER entidad distrital encargada de la gestión de riesgos, que origina el concepto técnico que obra de los folios 49 a 55 del expediente digital, al que la constructora no prestó ninguna atención, dio lugar a la indemnización que tuvo que serle reconocida a la señora Rosa Helena Galvis la vecina afectada y a que una vez recibida la construcción la contratante tuviera que realizar los estudios y las obras necesarias para la mitigación del riesgo de ruina observado por el IDEGER.

Finalmente, reiterando su sistemático incumplimiento pretendió el representante legal y arquitecto responsable, que se le recibiera la estructura levantada, como condición para continuar la ejecución de la obra, como lo reconocen los arquitectos Javier y Juan Carlos Fandiño en sus respectivos interrogatorio y declaración respectivamente, y ante tan insólita propuesta de recibir la estructura de una obra que se había contratado para entregar terminada, la contratante optó más bien por requerir la entrega de la obra en el estado que se encontraba para no seguir perjudicándose y dejando naturalmente la correspondiente reserva de derechos a reclamar por el incumplimiento como se lee en el acta que obra a los folios 33 y 34 del expediente digital.

Recibida la obra, la contratante se da a la tarea de terminarla, para lo cual se asesora de un comité técnico conformado por 4 profesionales de basta experiencia en la rama de la construcción los arquitectos Carlos Isaacs y Jose Escobar y los ingenieros Miguel Ramirez y Salvador Moyano, con más de 20 años de experiencia cada uno, como quedo registrado en las declaraciones de los 3 primeros, y quienes al hacer una evaluación de la obra encontraron serias e insubsanables falencias que obligaban el desmonte de la estructura y la perdida de la cimentación por cuanto el volumen del edificio no estaba ubicado en el lugar que le correspondía de acuerdo con lo aprobado en la Licencia de Construcción y además había desviaciones en cuando a la sujeción estricta a construir conforme a lo aprobado en la licencia, como lo señalan las normas que se expusieron al principio de este alegato.

De las declaraciones de los testigos que suscribieron los conceptos técnicos que obran a los folios 35 a 48 del expediente digital, que fueron ratificados y explicados debidamente por el ingeniero Miguel Ramirez y los arquitectos Jose Escobar y Carlos Isaacs, este ultimo con una presentación en la que se puede observar gráfica y claramente los fundamentos de su declaración y basta documentación técnica, un levantamiento topográfico y fotográfica tomada de diferentes fuentes como Google Earth, Google Maps y los expedientes de las querrelas policivas por infracciones urbanísticas por obra sin Licencia y perturbación por amenaza de Ruina tramitadas en la Alcaldía local de San Cristóbal; y que además fueron avalados por el perito Juan Pablo Ramirez en dictamen que fue debidamente explicado en la audiencia de pruebas y no fue objetado por la parte demandada.

Todo el acervo probatorio recaudado, del cual se ha tomado en este alegato la pruebas más relevantes por las limitación de tiempo que se tiene para sustentar, quedan suficientemente probados los hechos del literal C del acápite de hechos de la demanda, relativos al incumplimiento del contrato, que llevaron a la contratante a pedir la resolución del contrato con la restitución de los dineros recibidos, ya que los incumplimientos fueron de tal magnitud que al obligar al desmonte de la obra realizada por el constructor infringiendo la normatividad urbanística y su compromiso contractual, resultaron en que tuvo que

deshacerse todo lo indebidamente hecho por el constructor y su arquitecto responsable de la obra, teniendo la contratante que realizar nuevamente la construcción partiendo de cero.

De la misma manera todas estas pruebas llevan a evidenciar la responsabilidad de quien representara a la contratista como representante legal y arquitecto responsable de la obra; y por ende a deprecarle la responsabilidad económica que le corresponde por razón de las obligaciones que le imponen las normas específicas sobre la materia de acuerdo con el análisis jurídico precedente.

Es claro igualmente que al encontrar la contratante todas estas fallas que de haberse seguido la construcción sobre ellas hubiera conllevado a una situación de negarse el permiso de ocupación y más bien sujeto a las sanciones previstas en las normas analizadas, de todas maneras la demolición de lo indebidamente construido, como ya se vio en el análisis de normas precedente.

En los claros términos de estas normas, el propietario de la obra no solo podía sino estaba obligado a demoler o deshacer lo ilegalmente hecho por el constructor para evitar los perjuicios que le provendrían de la aplicación de las mismas normas por la autoridad y que de todas maneras concluirían igualmente con la demolición de lo indebidamente construido, además de las sanciones económicas por la infracción. .

Desde el marco jurídico contractual es evidente que el representante legal de la constructora y arquitecto responsable de la obra no obro con la buena fe requerida en la ejecución de los contratos e incurrió en incuestionables faltas a su deberes contractuales y a los deberes profesionales como arquitecto, que le conllevan no solo la responsabilidad que se pide para la contratista sino la responsabilidad personal del arquitecto responsable Javier Fandiño González quien por su falta de diligencia y sujeción a las normas imperativas que lo determinaban no solo como sujeto a su cumplimiento sino guardián frente a la sociedad, solo a cumplirlas sino a velar porque se cumplan.

SEXTO. - Se incremente el valor de las agencias en derecho de las costas a que se condena a los demandados PARQUE INDUSTRIAL RÍO DE LA MAGDALENA & CIA LTDA y CONSTANZA BASTO TRIANA a favor del demandante, considerando que el valor del contrato cuya resolución se declara por incumplimiento de la parte demandada, es de **QUINIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$591.000.000)** y los cuatro millones de pesos y tres millones de pesos que se asignan para cada uno de los demandados, no es siquiera el 1.5% de este valor.

En sentencia de Tutela STC3869 – 2020 del 16 de junio de 2020 la honorable Corte Suprema de Justicia - Sala Civil con ponencia del Honorable Magistrado Luis Armando Tolosa, doctrinó: "(...) 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas (...)".

De conformidad con la resolución que fija las tarifas para la liquidación de agencia en derecho para procesos de la naturaleza del que nos ocupa, los límites están entre el 5 y el 15% del valor de las pretensiones.

Atentamente.



OSCAR NORBERTO REYES PLA

C.C. # 19.086.250

T.P. # 10.969

BOGOTA D.C. Carrera 51 A # 127-49 interior 3 apartamento 304

E.Mail: oreyes@colomsat.net.co

Teléfonos: 7035971 – Móvil 315 312 3014

C.C. amparodeza@hotmail.com; bufete.colombia@gmail.com; jtorres@tfdc.com;
jfelipetorresv@tfdc.co; jfelipetorresv@lexia.co; 'bufete.colombia abogados'
bufete.colombia@gmail.com; condominiolamansion@hotmail.com; fandino@me.com;
connie0132@hotmail.com

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

M.P. Dr. Henry de Jesús Calderón Raudales

Proceso: Acción de protección al consumidor
Demandante: Cristina Eugenia Lombana Velásquez
Demandado: Compañía de Seguros Bolívar S.A. y otro.
Radicado: 11001-3199-003-2020-02792-01
Asunto: Sustentación apelación

ANTONIO PABÓN SANTANDER, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderado especial de **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**, me dirijo respetuosamente a ustedes con el fin de sustentar el recurso de apelación, en los siguientes términos:

I. PETICIÓN

Solicito respetuosamente se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se exonere a la Compañía de Seguros Bolívar S.A.

II. FUNDAMENTOS

Los reparos que en este escrito se atribuyen a la sentencia impugnada, son los siguientes:

1. La reticencia de la demandante, así como la relevancia de la información omitida están probadas, y con ello la nulidad del contrato

de seguro

Como los señores Magistrados podrán observar la discusión que se presenta en este proceso consiste en establecer si la demandante ocasionó con su conducta reticente un vicio en el consentimiento de la aseguradora que generó la nulidad del contrato de seguro, en los términos del artículo 1058 del Código de Comercio.

La situación fáctica que sustenta la defensa de la aseguradora se sintetiza de manera muy sencilla en el hecho de que la señora Cristina Lombana, al momento de contratar la póliza, omitió información relevante respecto del estado del riesgo y que consistió en dejar de informar (i) que ya había sido diagnosticada con una incapacidad parcial permanente de un 15,5%, como consecuencia de una artrosis de rodilla, que le generaba varias limitaciones físicas tales como subir y bajar escaleras, montar en bicicleta, trotar y levantar peso de más de 30 kilos, y (ii) que estaba en estudio por un hallazgo de ASCU en una citología. No se requiere ser experto, por lo menos en cuanto a la disminución de capacidad laboral, para concluir por simple valoración lógica que resultaba totalmente relevante toda vez que una de las coberturas que en su momento otorgó la aseguradora fue la de incapacidad total y permanente.

En efecto, no es lo mismo asegurar el riesgo de incapacidad de una persona que no tiene ninguna limitante física que le genere incapacidades permanentes parciales, que asegurar a alguien que ya tiene diagnosticado un 15,5% de pérdida de capacidad laboral. Esa conducta, valorada con las reglas de la experiencia y la sana crítica, sería suficiente para concluir que el ocultamiento de esa información vició el consentimiento de la

Aseguradora, quien expidió la póliza y cobró la prima sobre la base de un riesgo que no era el real.

Sin embargo, el Juez de primera instancia, a pesar de que reconoció que la demandante había faltado a la verdad y había omitido informar esas circunstancias, en una equivocada valoración de las pruebas y una errónea interpretación de la ley, consideró que la Compañía Aseguradora no demostró que ello era relevante para el riesgo, y no obstante tener por demostrado el ocultamiento de la verdad por parte de la demandante, le restó cualquier efecto condenando a la Compañía demandada con fundamento en esa supuesta falta de prueba de la “relevancia de los hechos”.

En efecto, la Delegatura de la Superintendencia Financiera concluyó lo siguiente:

“en el presente caso se encuentra que desde el mes de abril del año 2019 ya existía una orden médica con diagnóstico de ASCUS de conocimiento de la actora ya que de otra forma no se hubiere realizado los exámenes allí ordenados (...), a su vez con la pérdida de capacidad laboral que reposa en el plenario la calificación otorgada mediante el acta de junta medico laboral N°79689 del 7 de julio de 2015, en donde le fuera otorgado una pérdida de capacidad laboral con el 15.5% (...) con la siguiente nota: ‘Se recomienda no realizar actividades de alto impacto, no debe trotar, no montar en bicicleta ascenso o ascenso de escalera, no levantar peso muerto más de 30kg, según concepto de ortopedia N°0074650 dado por el doctor Delgado’, (...)”, en donde se reconoce como elementos relevantes de una visión médica cuyas condiciones y tratamientos se enmarca dentro de lo consultado en la declaración del estado del riesgo, sin que las mismas fueran informadas al ser suscrita la declaración sin ninguna salvedad como ya se refiriere. **Lo que no solo permite acreditar los padecimientos de salud, sino el conocimiento que la asegurada**

tuviera de los mismos al momento de anterioridad al diligenciamiento del seguro por lo que encuentra la Delegatura acreditada la existencia de una reticencia en la información suministrada en su oportunidad en relación con las citadas condiciones de salud”¹.

No existe entonces discusión ni reparo por ninguna de las partes en el hecho de que la demandante faltó a la verdad, pues así lo consideró la sentencia impugnada, la demandante no apeló, y la aseguradora tampoco discute esa conclusión. Pero el error con el que el Juez de primera instancia termina dejando sin efecto alguno la mala fe contractual de la actora, consiste en considerar que, a pesar de que la demandante hubiera ocultado información, la Aseguradora no probó que ella era relevante del estado del riesgo lo cual, contrario a lo concluido por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, sí se realizó con creces como se explica a continuación:

- En la declaración de asegurabilidad que la demandante confiesa firmó sin haber leído, reconoció que no se encontraba en estudio médico y no tenía ninguna limitante física, contrariando la verdad. Cabe entonces preguntarse si ¿el hecho de haberse solicitado una tal manifestación en la declaración de asegurabilidad por parte de la Compañía Aseguradora no es una prueba clara de que la información sobre limitaciones físicas es un hecho relevante para consentir en el contrato?

¡Evidentemente no! Y así ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia de 1 de septiembre de 2010, proferida dentro del proceso con número de radicación

¹ Minuto 44:40 a 47:21 de la sentencia

05001-3103-001-2003-00400-01 cuyo magistrado ponente fue el doctor Edgardo Villamil Portilla, señaló:

*“Y para averiguar la importancia que tenía para la aseguradora indagar por los antecedentes penales del tomador y asegurado, sólo es menester resaltar que en el formulario reposa la pregunta por dicho pasado judicial, circunstancia por sí reveladora de que esa información era absolutamente relevante. El curso natural de las cosas indica que si la aseguradora inquiría por los antecedentes judiciales de ambas partes, es porque la suerte de la concesión del amparo también dependía de ese dato. **En suma, el profesional del seguro no indaga por datos irrelevantes, ni tiene la carga de probar que lo eran, como razonó equivocadamente el Tribunal.** // Entonces, la información suministrada en los cuestionarios que se responden en el umbral de la relación aseguraticia, permite que la aseguradora conozca “la extensión de riesgos que va a asumir en virtud del contrato, [los cuales] tienen importancia jurídica porque determinan o precisan el límite de las obligaciones recíprocas de los contratantes. Cuando el asegurador, en esos cuestionarios, hace una pregunta, ésta tiene el sentido de que el hecho a que se refiere es considerado por él como esencial para determinar su consentimiento en el contrato, en cambio, otros hechos que el asegurador pasa en silencio deben considerarse como que no tiene importancia para él, según experiencia en la materia de los riesgos sobre que versa el seguro”²*

La declaración de asegurabilidad obra, entre otros en el derivado 13, folio 38 del archivo denominado “5.2. Copia de los documentos que hicieron parte de la solicitud de credito (sic) terminado en 5844” y que para facilidad del Despacho puede ser consultado en el siguiente enlace:

<https://www.dropbox.com/s/1rr9mwymik61lqa/5.2.%20Copia%20de%20los%20documentos%20que%20hicieron%20parte%20de%20la%20solicitud%20de%20credito%20terminado%20en%205844.pdf?dl=0>

² Esta sentencia ha sido citada en reiterados fallos, entre los que se encuentra el de 25 de mayo de 2012, proferido dentro del expediente 05001-3103-001-2006-00038-01, con ponencia de la doctora Ruth Marina Díaz Rueda.

- Pero a pesar de que lo anterior es suficiente, pues es claro que la aseguradora no solicita declaraciones caprichosas o al azar, se citó a declarar como testigo al médico Fabián Arias quien señaló que tales circunstancias eran relevantes del estado del riesgo.

En efecto, al minuto 15:50 del archivo de audio visible en el derivado 66 del expediente el cual, para facilidad del Despacho, puede ser consultado en el siguiente enlace <https://www.dropbox.com/s/hdfdrv7cfsbmsda/Audiencia%209%20de%20marzo%202021%20Fabi%C3%A1n%20Arias.mp4?dl=0> se escucha lo siguiente:

“en el que se le otorga a la clienta una ^{pérdida} de capacidad laboral superior al 50% por los diagnósticos que mencioné, que fueron los de displasia cervical leve, síndrome del túnel del carpo, artrosis de hombro, artrosis de cadera. Dentro de ese mismo dictamen de pérdida de capacidad laboral, se mencionan como antecedentes, un dictamen de junta médica laboral de las Fuerzas Militares de fecha 7 de julio de 2015 con una DCL, es decir, con una disminución de capacidad laboral del 15,5%. Adicionalmente, dentro del desarrollo de dicho dictamen de pérdida de capacidad laboral, los conceptos de ginecología y oncología mencionan que de abril de 2019, es decir, de antes de la firma de la declaración de asegurabilidad, la asegurada tenía una citología cervicovaginal de tamizaje la cual se encontraba alterada con un resultado de ASCUS, (...). Estos antecedentes médicos eran, obvio, previos al ingreso a la póliza, no declarados en la declaración de asegurabilidad, que estaban pues en total contravía con el numeral 1 de la declaración de asegurabilidad para el estudio médico en ese momento, que establece ese numeral que ‘no me encuentre en estudio por afecciones de mi estado de salud’.

Y al minuto 21:17 señala:

“Posteriormente como reconsideración la clienta aporta el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la junta médica laboral de 7 de julio de 2015 en donde le habían otorgado un pérdida de capacidad laboral del 15,5% por el diagnóstico de un dolor asociado a una artrosis precoz que fue secundaria a un trauma en la rodilla derecha en ejercicio de sus actividades y en donde le hacen una nota de recomendación específica que no puede trotar, no puede correr, no puede levantar más de 30 kilos de peso, en recomendación del ortopedista que emite la historia clínica que evalúan para realizar dicho dictamen, que lo mencionan como el doctor Delgado, (...)

Más adelante, en el minuto 25:28 a la pregunta ¿qué precedentes son relevantes para el diagnóstico? señala:

*“Para ese dictamen de pérdida de capacidad laboral le otorgan una pérdida de capacidad laboral del 84,5% para ese momento del 3 de abril de 2020 con las enfermedades que se mencionaban en ese dictamen de pérdida de capacidad laboral se le otorgaba a la clienta una pérdida de capacidad laboral del 84,5% y así se le sumaba la pérdida de capacidad laboral que tenía del acta de junta médica laboral anterior de julio de 2015 de 15,5% para darle una pérdida de capacidad laboral total de 100%. **Entonces, dentro de ese dictamen de pérdida de capacidad laboral de las fuerzas militares que reitero fue de 3 de abril de 2020 se menciona que la asegurada ya venía con una pérdida de capacidad laboral del 15,5% por acta de junta médica laboral del 2015. Ese es uno de los antecedentes médicos relevantes que menciona.** (...) Adicional de una citología anormal con ASCUS que es hallazgos indeterminados”*

Y en el minuto 28:48 mencionó:

“Posteriormente aporta el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la Junta de julio de 2015 en donde se le había otorgado la pérdida de capacidad laboral del 15,5% por la alteración de la rodilla que dejaba como secuela una artrosis de rodilla y adicionalmente aportaba el chequeo ejecutivo en la

fundación Cardio infantil el 12 de abril de 2019 (...). (29:50) Entonces, estas condiciones médicas asociadas a las condiciones médicas antes mencionadas agravaban aún más el estado del riesgo y reitero, iban en contravía de lo declarado en los numerales 1, 4 y 5 de la declaración de asegurabilidad en donde se menciona que 'mi estado de salud es normal' que 'no me encuentro en estudio por alteraciones de mi estado de salud o por dolencias crónicas' que 'no tengo limitación física o mental alguna'”

Posteriormente al minuto 59:03 se le formula la pregunta “Si la Compañía de Seguros hubiera conocido la pérdida de capacidad laboral del 15% (sic) teniendo en cuenta que esta es una póliza que también cubre la incapacidad, ¿la hubiera asegurado?” Y contesta (minuto 59:16) “**Se hubiera declinado el amparo de incapacidad total y permanente.**”

Finalmente, en el minuto 1:0058 se le pregunta

“Desde el punto de vista médico, una incapacidad laboral del 15% es igual que una persona que no tiene pérdida de capacidad laboral?” y responde “no es igual la caracterización de la enfermedad por la cual se le otorga la pérdida de capacidad laboral del 15,5% en el 2015 es de una artrosis precoz de la rodilla que es una condición médica crónica, que efectivamente tiende a empeora con el tiempo, no es susceptible de curación y por la cual se le hacen unas recomendaciones específicas (...) en donde se le recomendaba no trotar, no bajar escaleras, no hacer cargas mayores a 30 kilos, precisamente porque es una condición médica que es crónica y usualmente tiende a empeorar en el tiempo”

- Coincide lo anterior con el concepto médico elaborado por la doctora Luz Marina Campo con ocasión del reclamo y que obra en el derivado 57³, en el cual en el numeral 3E se le preguntó expresamente

³ Documento 1.19. Concepto médico LMCAMPO 2 que para facilidad del despacho puede ser consultado en

a la médico si “¿DE CONOCER ESTOS ANTECEDENTES ¿SE HUBIERA EXTRAPRIMADO DESDE EL PUNTO DE VISTA MEDICO?” a lo cual contestó “DESDE EL PUNTO DE VISTA MÉDICO, CON UN ANTECEDENTE ASI TAL COMO SE PRESENTA EN LA DOCUMENTACIÓN APORTADA; UNA SOLICITUD DE INGRESO A UNA PÓLIZA SE HABRÍA DECLINADO”. Inexplicablemente para la Delegatura ese documento elaborado por un experto médico, no fue tenido en cuenta para demostrar la relevancia que las patologías ocultadas tenían para el riesgo asegurable.

- Y adicionalmente, dejó totalmente de lado la Delegatura la aplicación de la sana crítica como ya se manifestó, pues es apenas obvio, en un caso como este, que asegurar una persona con una incapacidad permanente del 15,5% comporta un mayor riesgo que asegurar a quien no tiene incapacidad o limitante alguna.

Con esos cuatro medios de prueba es claro que la Aseguradora demostró la relevancia de la información omitida por la demandante, lo cual era suficiente para haber declarado probada la excepción de nulidad del contrato.

No se entiende entonces qué tipo de prueba esperaba la Delegatura que se aportara, pues sino fueron suficientes dos documentos, un testimonio técnico, y unos indicios, la parte que represento desconoce cuál habría sido el medio de prueba idóneo para que el Juzgador de primer grado hubiera concluido que el hecho sí era relevante para la aseguradora. Recordemos

el siguiente enlace: <https://www.dropbox.com/s/5lhea3ckv21ofsw/1.9.Comunicaci%C3%B3n%20OIV-258%20expedida%20el%2030%20de%20junio%20de%202020%20a%20trav%C3%A9s%20de%20la%20cual%20se%20da%20respuest a%20al%20Requerimiento%20de%20la%20Sup.pdf?dl=0>

que la ley en punto de este tipo de defensas no contempla una tarifa legal probatoria y por ello los medios de prueba que fundamentaron la defensa son perfectamente idóneos y coincidentes para demostrar el hecho que en concepto del Juez nunca se acreditó.

Pero los errores de la sentencia no se quedan ahí, sino que se van a una interpretación revaluada hace muchísimos años por la Corte Suprema de Justicia y que resulta por lo demás violatoria del derecho de defensa, que consiste en concluir que si la aseguradora no invocó en la objeción el hecho que alega en el proceso para exonerarse de responsabilidad se tiene que concluir que esa circunstancia no fue relevante y que ya no puede ser invocado en sede judicial.

Con todo respeto señores Magistrados, es una argumentación no solamente ilegal, sino anacrónica que desconoce la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular.

Debe recordarse además en este punto, que el literal e) del numeral 5 del artículo 58 de la ley 1480 de 2011 que disponía que "*Las pretensiones, hechos y las pruebas del reclamo y la respuesta del productor o proveedor, delimitarán la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio, a excepción de los hechos que sucedan con posterioridad*" fue derogado por la ley 1563 de 2012 por lo que resulta claro que el proveedor, en este caso la aseguradora, puede fundamentar su defensa en hechos distintos a aquellos que fueron indicados al dar respuesta al reclamo.

En efecto, concluir, como se hace en la sentencia, que para la aseguradora era irrelevante la incapacidad del 15,5% de la demandante porque no lo

alegó en la carta de objeción, es considerar que la carta de objeción misma se convierte en la única herramienta de defensa judicial de la aseguradora y que lo que no se diga en ella no es relevante ni puede ser alegado en un proceso. Es inexplicable como la autoridad de vigilancia del sector asegurador en su sede jurisdiccional desconozca el contenido de la declaración de asegurabilidad y un testimonio de un experto médico, y le dé plena y total validez al hecho de que en su momento, al objetar el reclamo, no se alegó la incapacidad como si la objeción se convirtiera en una instancia con la que precluye la posibilidad de defensa en un posterior proceso judicial.

En otras palabras señores Magistrados, el único fundamento que tuvo el juez de primera instancia para concluir que las condiciones físicas de la asegurada "eran irrelevantes" tiene como fundamento que ello no se alegó en la carta de objeción; pero no tuvo para el Juez ninguna validez jurídica el hecho de que se le haya solicitado expresamente a la demandante, al momento de contratar la póliza, informar si tenía limitaciones físicas y se haya llevado un testigo médico que informara de la importancia de esa situación para prestar el consentimiento.

En síntesis, el primer error de la sentencia consiste en concluir, a partir de una actuación inexistente, que para la aseguradora era irrelevante la incapacidad de la asegurada, dejando totalmente de lado la prueba documental, testimonial e indiciaria, esas sí existentes, que demuestran que el hecho sí era relevante para efectos de valorar el riesgo, de cobrar la prima y de prestar el consentimiento en la póliza.

Se sigue de lo anterior, que sí se encuentra probada la reticencia, sí se

encuentra probado que los hechos ocultados eran relevantes para el riesgo, y que por lo tanto se debe revocar la sentencia y declarar probada la nulidad del contrato de seguro por reticencia de la demandante.

2. Se equivocó la Delegatura al condenar al pago de intereses de mora por cuanto ellos no fueron pedidos en la demanda.

Como podrán observar los señores Magistrados, la pretensión contenida en la demanda es solamente una y consiste en que se ordene pagar a Seguros Bolívar el crédito número 5900005004875844 por valor de \$122.093.844.

Se trata de una única pretensión en la que se pide que la Aseguradora pague directamente al Banco el crédito, sin que en ella se reclame el pago de intereses moratorios.

No se entiende entonces cómo en desarrollo del principio de congruencia podía el Juez de primera instancia condenar al pago de intereses moratorios en favor de la demandante si ellos no fueron solicitados.

Y si bien el estatuto del consumidor permite al Juez fallar ultra y extra petita no significa que esa facultad se extienda a reconocer perjuicios no reclamados, como ocurre en este caso. El correcto entendimiento de las facultades que la ley otorga en materia de consumo al Juez debe estar relacionado con el derecho en disputa y su efectiva protección, pero no resulta admisible que esa facultad se convierta en una hoja en blanco para que el Juez proceda a condenar por perjuicios que por error o por olvido o por decisión consciente el demandante optó por no reclamar y por lo tanto no fue objeto del litigio ni de la defensa que hubiera podido esgrimir Seguros

Bolívar.

Al haberse condenado a la aseguradora al pago de intereses moratorios no reclamados por la actora, se desconoció el principio de congruencia y por ello la sentencia debe ser revocada.

3. Se equivocó la sentencia al condenar al pago de intereses de mora desde el 6 de julio de 2020 y hasta la fecha de presentación de la demanda por cuanto dichos réditos no fueron estimados bajo la gravedad de juramento.

Pero independientemente de la discusión sobre las facultades de fallar más allá de lo pedido, incurrió la sentencia en un error adicional consistente en desconocer el juramento estimatorio que no fue objetado por la aseguradora, y que en los términos del artículo 206 del CGP se convierte en el límite máximo por el cual el Juez puede condenar.

Recordemos que el inciso quinto de la referida norma dispone que *“el juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete.”*

Obsérvese que en la demanda la actora juramentó el valor del proceso en la suma de \$122.093.844, valor que, se reitera, no fue objetado por mi mandante. No podía el Juez exceder ese límite legal pues las facultades de ir más allá de lo pedido tienen que ser interpretadas en concordancia con los límites legales que se imponen para la cuantía, por lo cual el correcto entendimiento del juramento efectuado en la demanda es que la suma allí

indicada contenía tanto capital como intereses. Inexplicablemente en la sentencia se pasa por alto ese límite legal y se condena a la suma reclamada más los intereses moratorios, sin tener en cuenta el Juzgador (i) que la ley no le permite ir más allá y (ii) que esa suma contiene todos los perjuicios que la actora considera con derecho a reclamar, por lo cual bien pudo haberse condenado al pago de intereses sobre intereses, circunstancias que jamás tuvo en cuenta la sentencia.

Constituye esta entonces una razón adicional para que en relación con el tema de intereses también se revoque la sentencia y se exonere a la parte que represento.

III. CONCLUSIÓN

Las consideraciones que anteceden permiten entonces concluir lo siguiente:

- (i) Se equivocó la sentencia al concluir que la aseguradora no demostró que la incapacidad parcial permanente de la demandante y las limitaciones físicas que ella implican eran hechos relevantes del riesgo, pues están acreditados con dos documentos, un testimonio técnico y un indicio.
- (ii) Como consecuencia de ese error se condenó a la aseguradora, pero lo cierto es que al haberse demostrado la relevancia de los hechos ocultados al momento de contratar el seguro y al haberse reconocido por el Juez de primera instancia que la demandante faltó a la verdad, se debía haber declarado probada la excepción

de nulidad del contrato por reticencia de la actora.

- (iii) Se violó el principio de congruencia por haberse reconocido un daño no reclamado.
- (iv) Se violó el artículo 206 del Código General del Proceso al haber sobrepasado el juzgador el límite máximo que esa norma le impone para proferir condena en los casos de no objeción al juramento estimatorio, como ocurrió en este proceso.
- (v) Por todo lo anterior, la sentencia debe ser revocada.

IV. DIRECCIÓN DE NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

Para los fines previstos en los artículos 3, 6 y 7 del Decreto 806 de 2020, manifiesto al Despacho que los canales digitales elegidos son el correo electrónico pabonabogados@gmail.com y aps@pabonabogados.com

Igualmente autorizo a mi dependiente para radicar memoriales desde el correo electrónico dependientejudicial@pabonabogados.com

Atentamente,



ANTONIO PABÓN SANTANDER
C.C. 80.409.653 de Usaquén
T.P. 59.343 del C.S.J.

Señores

HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

SALA CIVIL

Dra. MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co.

CIUDAD

Referencia: Proceso Ejecutivo No. 110013103002-2014-00800-03

Como apoderado judicial del demandada Constructora Primar SA, por el presente escrito y tal como fue anunciado en la audiencia del pasado 12 de marzo en la cual se profirió sentencia negando las excepciones de los demandados, decisión sobre la cual se presento y fue aceptado recurso de APELACIÓN, habiendo señalado los reparos concretos a dicha decisión, por el presente escrito doy cumplimiento al auto del pasado 5 de agosto proferido por el Honorable Tribunal, Sala Civil, auto notificado en el estado del 6 de agosto y encontrándome dentro del término legal señalado en el art. 14, inciso 3 del Decreto 806 de 2020, sustento el recurso de alzada de acuerdo a lo siguiente .

El juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de primera instancia realizada el pasado 12 de marzo de 2021, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y para ello decidió plantear el análisis del proceso en cuatro puntos a saber: 1) Legalidad y pago del pagare 6/7; 2) Exigibilidad del pagare 7/7; 3) prescripción; 4) actuaciones de tipo penal.

En este orden y para efectos de plantear la sustentación del recurso de apelación, plantearé y desarrollaré cada uno de los puntos de inconformidad a la decisión proferida por el juzgado 48 Civil del Circuito así.

A. AUTONOMIA JUDICIAL.

Lo primero que se cuestiona al señor Juez de primera instancia, es la ausencia y/o renuncia a la autonomía judicial que se erige como principio fundamental del ejercicio de administrar justicia, y es que de entrada señala en su sentencia, que el Tribunal ya había trazado los lineamientos sobre literalidad, autonomía e incorporación que no pueden ser susceptibles de atarse a una condición como se hizo por la defensa con el Otro Sí y que atarlo a una condición desnaturalizaría la conformación jurídica del pagaré, y en consecuencia señala, le queda vedado extender su estudio contra lo que ya definió el superior. En este orden de ideas desatiende el tenor que le impone la ley, de estudiar de forma conjunta los elementos de prueba que se le han expuesto, analizarlos en su conjunto, trazar su razonamiento de acuerdo a la jurisprudencia y doctrina vigente, y de forma juiciosa y de acuerdo a su criterio y autonomía judicial, tomar una decisión en derecho que se ajuste a lo debatido y probado en juicio.

Cuando el Tribunal Superior de Bogotá, decide el recurso de apelación contra la sentencia previa proferida por el juzgado 48 CC, el Honorable Tribunal no contaba con las pruebas que se evacuaron en la audiencia del art. 373 del CGP, tales como testimoniales, exhibición de documentos a través del Revisor Fiscal de la demandada, **prueba solicitada por la demandante**, pruebas que dan una visión mas amplia y que demuestra sin ninguna duda la procedencia de las excepciones presentadas por las demandadas.

El señor Juez en su sentencia, aborda las excepciones y justifica su no procedencia en el siguiente orden.

B. NO EXIGIBILIDAD DEL TITULO VALOR DE PAGO DE LA OBLIGACIÓN.

Este reparo y/o inconformidad se presenta de acuerdo a los ítems señalados por el Señor Juez y lo desglosa en los siguientes puntos:

1. Recoge 5 pagares en original.

Señala el señor Juez, que entre las partes existe de antaño una relación comercial y tratos jurídicos negociales, tratativas negociales, y que hay oros pagares relacionados del 1 al 7 y que aparecen los pagares 2 de 7 a 5 de 7, y aclaración de haberse pagado de acuerdo al art. 887 del Co.Co. Declara el señor Juez bajo este supuesto, que aún se debe el pagare # 1, por no estar el original en poder del deudor. Este hecho no es parte del proceso ejecutivo y desborda su función al convertir el ejecutivo en un proceso declarativo.

Bajo esta premisa, señala existir serias dudas sobre si los demás pagares aún se adeudan, generando duda probatoria que indique prueba fehaciente de unos pagos.

Señala el señor Juez, que prueba de no haberse pagado el pagare 6, es que los originales no han sido recogidos por el demandado y luego, se presume que si no los tiene en su poder es porque aún los debe, además que los abonos y/o pagos parciales han debido figurar en el mismo título y que de acuerdo al art.624 del Co Co, el tenedor expedirá al deudor los recibos correspondientes.

Esta presunción del señor Juez, desborda la aplicación de valoración probatoria e incurre en falso juicio por violación indirecta de la ley, error de derecho (falso juicio de convicción) y error de hecho por falso juicio de identidad de la prueba, además de falso juicio de raciocinio, al violar elementos de la sana crítica y regla de la lógica en su interpretación y argumentación de la sentencia.

Parte del hecho equivocado como máxima de la experiencia, que, si el deudor no recoge los títulos valores, es porque aún los debe y contra ello no existe forma legal de probar lo contrario. Ignora que la norma citada deja al arbitrio del acreedor hacer las anotaciones del abono recibido y el deber de expedir los recibos, hecho que puede ser desvirtuado mediante elementos de prueba que demuestren que aún sin haber hecho las anotaciones de abono y/o devolver el original del pagaré y/o expedir recibos, estos hechos pueden ser probaos por el deudor mediante pruebas idóneas que demuestren los pagos parciales y/o totales de título, sin que sea presunción de derecho lo contrario.

2. Anotación en el anverso del pagare, y los pagos deben estar anotados en el título.

Continúa el señor Juez señalando que esta excepción de pago de la obligación de acuerdo al # 7 del art. 784 del CoCo, prospera siempre y cuando los abonos se hayan anotado en el título.

Frente a la anterior indebida interpretación de la norma, desconoce lo que ya está probado en el expediente, esto es, la copia del pagaré 6/7 donde es el mismo acreedor demandante, quien suscribe de su puño y letra un recibo de pago indicando que sobre el pagare 6/7 recibió la suma de \$600 millones de pesos, prueba que además se debe atender de forma integral con los demás elementos probatorio del proceso, como fue la exhibición del contabilidad del

demandado, prueba que además fue solicitada por el demandante para que se demostrara como se habían realizado los pagos al contrato de diciembre 21 de 2010 y otrosí de febrero 27 de 2013.

El recibo expedido por el acreedor demandante Señor JOAQUIN ARMANDO BLANCO, en el anverso de la copia del pagare dice:

“ Recibí sobre este pagaré, tres abonos de \$200.000.000.oo así:

En 2013 Diciembre \$200.000.000.oo

En 2014 Enero \$200.000.000.oo

En 2014 Enero \$200.000.000.oo

En 2014 cheque Banco de Occidente entregado en mi apartamento Cheque # 5332 \$200.000.000.oo.”

Luego el Señor Joaquín Sánchez firma el documento en señal de recibido, con lo que siendo plenamente capaz, acepta que el pagaré 6/7 ya le fue pagado en su totalidad.

Sin embargo, el señor Juez, echa de menos recibos de pago expedidos por el acreedor y se niega a valorar esta prueba como manifestación inequívoca del acreedor, que nunca fue desconocida y/o tachada por el demandante, luego es plena prueba de su contenido.

EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS, esta prueba fue decretada por el juzgado por petición de la misma demandante, y fue practicada en audiencia del art. 373 del pasado 12 de marzo de 2021. Sin embargo señala el señor Juez, que para él la prueba contable exhibida y presentada por el revisor fiscal, junto con los extractos bancarios que dan cuenta del pago de cada uno de los cheques girados al demandante y/o autorizados por el a otras personas y los comprobantes de egreso, no cumplen las exigencias de demostración probatoria, incurriendo con ello en error de derecho y de hecho por falso juicio de legalidad e identidad y existencia de la prueba.

Esta prueba de exhibición de documentos contables, fue presentada por el Revisor Fiscal de la demandada, Dra. OLGA LUCIA ROMERO REY, quien certifica que los documentos son tomados de los libros contables, y nunca fue rechazada, objetada y/o tachada de sospecha, y en su práctica actuó la demandante pidiendo aclaraciones, además del Juez quien fue activo preguntando y aclarando conceptos al Revisor Fiscal. Fue sometida a contradicción por las partes.

La exhibición muestra mediante comprobantes de egreso el pago de cada uno de los 6 pagares cuyo pago fue cuestionado por la demandante, uno a uno se probó mediante comprobantes de egreso que hacen parte de la contabilidad debidamente registrada, los pagos realizados, y además fueron corroborados con los extractos bancarios donde se identificó en audiencia la fecha en que cada cheque fue cobrado y la existencia de fondos suficientes en la cuanta bancaria del demandado.

Se exhibió además como parte de la contabilidad, el dictamen realizado por el perito forense de la Fiscalía General de la Nación, **Dra. NIDIA BERNAL TOVAR**, quien como elemento de prueba requerida por la Fiscalía 130 Seccional, se ordenó y practico en debida forma, revisando absolutamente todo el histórico de la contabilidad y conceptuando que, en efecto, cada uno de los 6 pagares de 7 fueron pagados en su totalidad. Este informe fue incorporado a la contabilidad de la demandada y hace parte de la misma.

Sin embargo, señala el Señor Juez, que la contabilidad exhibida, los comprobantes de egreso, los extractos bancarios, la certificación del Revisor Fiscal, el dictamen forense, no hacen prueba para el y no hace fuerza de demostrar el pago del deudor.

Es ahí donde el Señor Juez, cambia el estándar probatorio y **concluye** que en el expediente no milita un auscultamiento de la contabilidad de la acreedora que demuestre que estos dineros entraron en las cuentas de la acreedora. Concluye el Juez, que la contabilidad del deudor no hace fuerza de pago.

Frente a la valoración de las pruebas aportadas en la Exhibición de documentos, cuestiona el señor Juez, que la demandada debió aportar una certificación del banco girado donde conste los saldos en cuenta, y que los extractos bancarios y el informe del Revisor Fiscal, no es prueba suficiente, como si lo hubiera sido la certificación Bancaria que diera cuenta de la existencia de fondos de la cuenta, lo que para el Juez, genera duda probatoria sobre los pagos y no tiene suficiente estructura suasoria del pago de la obligación.

De esta forma, incurre el señor Juez en valoración no ajustada a derecho de las pruebas documentales, máxime cuando señala que lo que le hubiera servido como prueba es una certificación del banco que de cuenta de los saldos en cuenta, convicción que fue acreditada con los extractos bancarios del mismo banco, donde se lee para las fechas cuestionadas, que si bien hubo una devolución de un cheque, no fue por fondos pues al preguntarse a la Revisor Fiscal, esta lee del extracto la fecha exacta de devolución del cheque y la existencia de más de \$550 millones de pesos en la cuenta, así como el pago del mismo cheque tres días después. Sin embargo la demandada en su demanda, nunca señaló de manera concreta ni aportó ningún elemento suasorio que diera cuenta que esta devolución le hubiera causado algún perjuicio, y es más en interrogatorio a la misma demandante, esta señaló que no hizo ningún requerimiento de cobro por concepto de perjuicios debido a la devolución de algún cheque, información que fue ratificada por FERNANDO MARCELO en su testimonio, cuando se pregunta por el mismo hecho, señala NUNCA RECIBÍ ALGÚN REQUERIMIENTO DE LA DEMANDANTE COBRANDO ALGÚN PERJUICIO POR DEVOLUCIÓN DE CHEQUES.

De esta forma, el señor Juez desconoció lo exigido por el art. 264 del CGP, en cuanto a norma especial de prueba documental LIBROS DE COMERCIO, norma procesal de orden público y de obligatorio cumplimiento (art.13 CGP), que enseña que los libros y papeles de comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles, **a menos que los mismos los rechace la contraparte o sean tachados o sujetos a cuestionamiento frente a sus asientos o normas contables.**

Al no estar rechazados por la contraparte, ni desconocidas las firmas de recibo en los comprobantes de egreso, ni lo contenido en los extractos bancarios, los mismos son plena prueba de lo que se acreditó con ellos., es decir que se hicieron los pagos a los pagares del 1 al 6 inclusive, tal como fue acreditado y certificado por el Revisor Fiscal, y el perito contable de la Fiscalía General de la Nación.

Queda probada la excepción de pago del pagare 6/7 de acuerdo a las pruebas aportadas y practicadas en juicio, sin que la demandante haya aportado algún documento o haya probado algún indicio en contrario.

3. No hay elementos que ate los pagos al pagare No. 6

Siguiendo la argumentación del señor Juez, incurre en violación indirecta de la ley por error de hecho, al desconocer la existencia de la prueba, al no tener en cuenta la prueba existente que demuestra el pago del pagare 6/7, en principio por la misma confesión del demandante que **se traduce en el escrito realizado por el en el anverso de la copia del pagare 6/7**, donde de su puño y letra extiende recibido de haberle sido pagado la suma de \$600 millones de pesos, a ese pagaré, es decir al 6, prueba que se corrobora además con los comprobantes de egreso y los extractos bancarios que dan cuenta que la anotación que hace el acreedor en el anverso de la copia del pagare 6, coincide en las fechas de pago, montos pagados y medios de pago utilizado.

Es así como en la exhibición de documentos contables, se exhibe el comprobante de egreso y pago así:

1. Al informe de exhibición presentado por la Dra. **OLGA LUCIA ROMERO REY**, a folio 58 y 59 se lee el recibo expedido por el acreedor con la escritura de haber recibido \$600 millones de pesos, escrita de su puño y letra sobre el anverso del pagare 6/7.
2. A continuación, y a folio 60 del informe, se exhibe el comprobante de Egreso 18246 del cheque No. 4883 girado del Banco de Occidente por valor de \$150 millones de pesos, y se observa la firma de JOAQUIN SANCHEZ en el comprobante. El extracto bancario de la cuenta 210-06619-4 sobre la cual se giró el cheque No. 4883, muestra que fue pagado.
3. A folio 62 se exhibe el comprobante de egreso 18498 del cheque No. 5065 girado del banco de Occidente por valor de \$200 millones de pesos, y se observa la firma de JOAQUIN SANCHEZ en el comprobante. El extracto bancario de la cuenta 210-06619-4 sobre la cual se giró el cheque No. 5065, muestra que fue pagado y se exhibe a folio 63.
4. A folio 64 se exhibe el comprobante de egreso 18938 del cheque No. 5332 girado del banco de Occidente por valor de \$200 millones de pesos, y se observa la firma de JOAQUIN SANCHEZ en el comprobante, con la anotación además de su puño y **letra que dice 6/7 y firma en señal de aceptación**. El extracto bancario de la cuenta 210-06619-4 sobre la cual se giró el cheque No. 5332, muestra que fue pagado y se exhibe a folio 65.
5. A folio 67 del informe de exhibición de documentos, se observa el Otrosí firmado por la demandante en su calidad de persona natural y como representante de la persona jurídica, documento de fecha 27 de febrero de 2013 en el cual acepta y reconoce que sólo esta pendiente el pagare 6/7 y el 7/7, y liquida el mismo los intereses que se le adeudan, esto es la suma de \$223.125.000.00, la clausula del contrato es:

TERCERO: Las partes acuerdan que, debido a las circunstancias que han rodeado la entrega del bien inmueble y que pese a los esfuerzos por lograr la entrega, los vendedores no lo han podido lograr, INCOPAV S.A., cancelara el

pagaré que tiene fecha de vencimiento el 1 de Enero de 2013, el día 27 de Febrero de 2013, así como también los intereses que se han causado hasta la cancelación de este pagaré, intereses que se pactan en la suma de \$223.125.000.00 (DOSCIENTOS VEINTITRES MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL PESOS M/CTE), intereses liquidados hasta Enero 31 de 2013{ intereses que se pagarán el día 1 de Mayo de 2013.

PARAGRAFO ÚNICO: Canceladas las sumas anteriores, el saldo pendiente de pago a favor de los promitentes vendedores, corresponde a los pagarés números 6/7 y 7/7, cada uno por valor de \$625.000.000.00, cuyos vencimientos se indicaron en la CLAUSULA SEGUNDA de este OTROSI.

6. Este valor, aplicando las deducciones fiscales, arroja un valor neto a pagar de \$205.042.950.00 se paga de acuerdo a lo comprobantes exhibidos y aportados así.
7. A folio 70, se exhibe el comprobante de egreso 17205 del cheque 4122 del Banco de Occidente, por valor de \$75.000.000.00 recibido por la demandante según consta con su firma en el comprobante. A folio 71 el extracto bancario donde se observa que el cheque 4122 fue pagado.
8. A folio 72 se observa un cuadro de liquidación del pago de intereses, arrojando valor neto a girar \$205.042.950.0
9. A folio 73, se exhibe el comprobante de egreso 17204 del cheque 4121 del Banco de Occidente, por valor de \$130.042.950.00 recibido por la demandante según consta con su firma en el comprobante. A folio 71 el extracto bancario donde se observa que el cheque 4121 fue pagado.

Como se anoto, cada uno de los pagos señalados en el anverso de la copia del pagare 6/7, corresponden sus fecha y valores a los comprobantes de egreso números 12246, pagado con el cheque No. 4883; egreso No. 18498, pagado con el cheque No. 5075; egreso No. 18938, pagado con el cheque No. 5332, documentos de los asientos contables presentados en la exhibición por parte del Revisor Fiscal, asientos contables que dan plena prueba de lo allí registrado de acuerdo al art.264 del CGP, exhibición que no fue objetada por el demandante.

Nótese Honorable Magistrado, que estos documentos no fueron desconocidos ni tachados por parte de la demandante, luego ingresa como plena prueba de lo que con el se pretende demostrar y se debe dar el valor probatorio del art. 624 del CGP.

Pero además honorables magistrados, desconoce el Señor Juez como elemento de comprobación de pago, se exhibió los extractos bancarios donde consta que los cheques fueron cobrados por el demandante de forma directa y/o indirecta por otras personas con su aprobación y autorización, y pagados por el banco girado.

Otro elemento probatorio del hecho alegado de pago sobre el pagare 6/7, se aportó copia de el dictamen forense realizado por el perito contable de la Fiscalía General de la Nación, por la Contadora Dra. NIDIAN BERNAL TOVAR, en informe No. 717833 de fecha Marzo 12 de 2018 y ratificado en informe No. 1-884139 de agosto 5 de 2020, informes dentro de la

causa criminal No. 110016000049-2015-05526, concluyendo dichos informes, que los pagares del 1 al 6, estaban pagados y recibidos su pago por el demandante.

En declaración de cada uno de los representantes legales de los demandados, estos también señalaron haber realizado los pagos respectivos a estos pagares, y no haber recibido ningún requerimiento que señalara el cobro de alguna cifra por conceptos diferentes derivados del pago y/o giro de cheques para el pago de los pagares del 1 al 7.

La demandante en interrogatorio de parte en la audiencia del art.372 CGP, **a minuto 26:18**, señala haber recibido además el pago de los intereses liquidados a enero 31 de 2013 por valor de \$223.125.000.00, lo que indica que no existían pagos pendientes anteriores a dicha fecha, y es mas en el mismo otros si de fecha febrero 27 de 2013, es el mismo interrogado demandante quien da lectura a la clausula segunda (**minuto 17:40**) y en el parágrafo único de dicha clausura, el demandante reconoce y firma en señal de aceptación, que solo quedan pendientes los pagares 6/7, con lo que acepta expresamente que de los anteriores pagares no hay nada pendiente por recoger, ni sanciones, ni intereses etc.

Nótese honorables magistrados, que no es sólo un elemento de prueba el que demuestra el pago alegado por la demandada, son mas de 10, y aunque no existe tarifa legal, los mismos si deben ser objeto de sana critica y deben ser valorados en su conjunto.

4. Cuestiona a la contabilidad del demandado como prueba idónea, no acoge los extractos bancarios como prueba idónea.

Al desconocer el señor Juez, el valor probatorio de la contabilidad del demandado, incurre en violación indirecta de la ley por falso juicio de convicción, al desconocer lo señalado en el art. 264 del CGP, desconociendo la tarifa valorativa como plena prueba de la contabilidad, y error de hecho por desconocer la existencia de la prueba que obra en el expediente.

Esta prueba fue presentada en la oportunidad legal y procesal pertinente, fue objeto de contradicción por las partes, fue objeto de exposición en diligencia de exhibición de documentos por parte del Revisor Fiscal, quien en audiencia ante el Juez, la demandante y las demás partes, expuso y ubico en el extracto bancario cada uno de los pagos realizados, evidenciando que todos ellos fueron pagados por el banco librado y que ninguno fue devuelto y/o rechazado como en principio lo sostuvo la demandante.

Los extractos bancarios son documentos que hacen parte de la contabilidad del demandado y con ello y los demás documentos contables (comprobantes de egreso que identifican el cheque girado etc) se probaron cada uno de los pagos realizados al demandante.

5. Carga dinámica de la prueba.

La regla general, en materia probatoria, es que la parte que alega unos hechos materia de debate debe probarlos, para así lograr la consecución de un derecho.

El CGP con respecto a la carga dinámica de la prueba en el inciso segundo del artículo 167, de acuerdo con el cual, “(...) 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.

El tercer inciso del mencionado artículo abre la posibilidad de recurrir la decisión del juez al determinar la parte que debe probar, lo que necesariamente permite entender que deberá hacerlo a partir de una providencia motivada, explicando las razones por las que considera que debe probar un hecho y, adicionalmente, como es apenas lógico, un término para cumplir con esa carga procesal. **Al no proferir un auto en ese sentido y pese a ello avocar dicho criterio en el fallo de primera instancia, incurre en violación directa de la ley por desconocer el debido proceso.**

Este postulado procesal invocado por el Señor Juez y con el su valoración probatoria, desconoce el principio del debido proceso y sorprende a la parte demandada, por cuanto la aplicación de dicho precepto procesal, no se anunció en su momento procesal oportuno, esto es en el decreto probatorio, **luego tenerlo como principio de valoración probatoria al momento de anunciar el fallo de primera instancia**, no permitió la debida defensa, ni permitió la igualdad de armas procesales, al ser sorprendidos en el fallo.

Incurre el señor juez en violación directa de la ley por violación al debido proceso, al desconocer una garantía procesal de lealtad y conocimiento previo de aplicación de las reglas procesales y valoración probatoria.

En ningún momento, ni en el decreto de las pruebas en audiencia del art.372 del CGP (Julio 29 de 2019) , ni en el tiempo que transcurrió hasta la celebración de audiencia del art.373 del CGP, marzo 12 de 2021, señaló la invocación de la CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA, por lo que desconoció el postulado del art. 167, inciso 2 del CGP, de anunciar de oficio o a petición de parte, la invocación del principio procesal de la CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA, connotación que trae una consecuencia interpretativa diferente al momento de valorar dichas pruebas y en contra de quien se le impone.

Y fue precisamente esa interpretación la que valoró el señor Juez en su sentencia de primera instancia, desligando de esta responsabilidad procesal el principio de la norma que señala **“incumbe a la parte probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico que persigue”**, esto es, que el demandante debía probar que no recibió el pago o probar que los pagos recibidos se aplicaron a otros conceptos. En cambio de ello, sancionó al demandado quien probó el supuesto de hecho de la norma, esto es el pago realizado al demandante. Al no exigir la contabilidad del demandado, y dar mayor credibilidad a la manifestación del demandante sobre devolución de un cheque por fondos sin que este hubiese señalado a que cheque hace referencia o la fecha de devolución, o el cobro de la supuesta sanción etc, para lo cual no aportó ninguna prueba, y en cambio la demandada probó con el documento idóneo (extractos bancarios, comprobantes de egreso), que no hubo cheque devueltos por fondos, que siempre hubo en la cuenta de banco del demandado fondos suficientes para cubrir los cheques, que nunca recibió ningún requerimiento de pago por concepto de sanciones u otros conceptos, que el demandante lo único que hizo fue hacer una manifestación incoherente de haber aplicado los pagos a otros conceptos, una vez dice que se aplican a sanciones por cheques devueltos, otra vez dice que se aplica a saldos de obligaciones por la venta en el 2006 de cuotas y/o acciones de Biconal, otra vez dice que se debe aplicar a cuentas de socios, otra vez dice que a intereses y pese a todas sus contradicciones, el señor Juez de primera instancia le da, bajo el criterio de carga dinámica de la prueba plena validez sin aceptar ninguna prueba en contrario.

C. NO EXIGIBILIDAD DEL TÍTULO POR ESTAR SOMETIDO A UNA CONDICIÓN. EXCEPCIÓN DE NO EXIGIBILIDAD DEL TÍTULO VALOR.

Señala el señor Juez en su fallo de primera instancia, que acoge lo ordenado por el Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto a que el título valor no puede estar sometido a condición para su exigibilidad, pues de aceptarlo desnaturaliza la conformación jurídica del pagaré.

Sin embargo, es la misma norma comercial, art.673 del Co.Co, quien refiriéndose a la letra de cambio señala la posibilidad de ser girada a un día cierto, sea determinado o no.

La promesa incondicional de pago como definición del pagaré, cede ante la voluntad de las mismas partes que crean la obligación, cuando ellas mismas deciden de forma voluntaria y de común acuerdo, someter la presentación para el pago de dicho pagare a una condición de cumplimiento y vencimiento de plazo, a la ocurrencia de una obligación cierta y determinada como fue la entrega de un bien inmueble, entrega que como en este caso se verificó el 15 de octubre de 2015, esto es 13 meses después de haberse radicado la demanda ante el juzgado 2 CC de Bogotá (47 y luego 48 CC). Significa que el pagaré no era exigible para cuando se radicó la demanda.

Tanto el contrato primigenio celebrado el 21 de diciembre de 2010 como su ratificación a través de un otrosí de fecha febrero 27 de 2013, de manera clara, sin mayor interpretación del clausulado, deciden que los pagares en principio todos, y luego en el otrosí, el número 6 y 7, quedaba sujeta su exigibilidad al cumplimiento de un plazo determinado para su vencimiento, esto es la entrega de un inmueble, plazo que se cumplió en octubre 15 de 2015, esto es 13 meses y 15 días después de haberse radicado la demanda ejecutiva.

Señala dicho contrato que:

SEGUNDO: LE PROMITENTE VENDEDOR, manifiestan que no obstante lo dicho, en la **CLAUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE CONPRA-VENTA celebrado el 21 de Diciembre de 2010,** harán la entrega real y material para su total disfrute y posesión todo el lote denominado 50N1146473, a más tardar el día 1 de Mayo del año 2013. De no poder cumplir con la entrega programada para esta fecha, Las partes acuerdan que los pagarés que tienen vencimiento los días 1 de julio de 2013 y 1 de Enero de 2014, cada uno por valor de SEISCIENTOS VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$625.000.000.00), no serán exigibles y la fecha de pago se correrían un tiempo igual al transcurrido desde la fecha de la entrega programada, es decir el 1 de Mayo de 2013 y hasta la fecha en que se haga la entrega real y material del inmueble.

En el interrogatorio de parte en audiencia del art.372 del CGP (Julio de 2019), es el mismo juez de primera instancia quien pregunta al interrogado, su conformidad con la clausula segunda del otrosí que fue leída por el mismo interrogado, y este manifiesta su conformidad con lo que allí dice, **esto es que el plazo de exigibilidad de los pagares aún no se ha cumplido.**

La prosperidad o no de la excepción de exigibilidad, no tiene en cuenta la regla y/o excepciones que se pueden presentar y que según el señor Juez no prospera por no constar el mismo en el cuerpo del título, si se lee aisladamente y se interpreta de forma literal, es posible que no tenga cabida de acuerdo al numeral 13ª del artículo 784 del Código de Comercio, al señalar que podrán oponerse contra la acción cambiaria ***“Las demás personales que pudiere oponer el demandado contra el actor”***.

Sobre este aspecto ha expresado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de septiembre de 2011, MP. Dr. Pedro Octavio Munar, que :

“ a) Atendiendo que los títulos valores son, en línea de principio, medios de pago, susceptibles de ser transferidos por endoso, el artículo 624 *ibídem* impone a quienes en éstos intervienen que todo aquello que concierna con el crédito, debe ser incorporado en el cuerpo del instrumento, entre otras razones, para que el adquirente sepa a ciencia cierta qué derecho le están transmitiendo y, a la vez, el deudor tenga conocimiento de cuál es la prestación a la que está obligado.

Esta circunstancia es, precisamente, fundamental ante una eventual acción judicial para forzar el pago, especialmente en lo relacionado con las excepciones que se puedan proponer y su viabilidad ya sea frente al acreedor inicial o a los sucesores, escenario que, a la par, coloca en situación diferente al acreedor y deudor originarios, dependiendo si el título ha circulado o no, pues en la medida que intervengan personas extrañas a las partes iniciales, surge la necesidad de cumplir formalismos adicionales.

Tan cierto es lo anterior, que el citado artículo 784, a propósito de la acción cambiaria, autoriza proponer excepciones que doctrinariamente se han agrupado en absolutas (oponibles por cualquier deudor), relativas (sólo pueden proponerse por el deudor interesado en forma directa), reales u objetivas (cabén frente a cualquier tenedor) y las personales (solamente por el deudor primigenio contra el tenedor inicial). b) Bien cierto es que “[l]as que se funden en quitas o pago total o parcial, siempre que consten en el título” –artículo 784, numeral 7º- (subrayado fuera del texto) puede formularla el obligado frente a cualquier tenedor del título, pues se trata de una “excepción real absoluta”; no es menos cierto, que esto no puede significar que si no se ha dejado literalmente consignado en el documento aquéllas no puedan oponerse en ningún caso, 7 toda vez que, itérase, depende de la posición que tenga quien pagó frente al acreedor. Y, en ese sentido suele suceder que ese pago configure una excepción personal admisible entre las partes. **c) En el presente asunto, la acción cambiaria la ejerció directamente el acreedor frente al deudor cambiario (ejecutado), por consiguiente, si el pago alegado no quedó estipulado en el título, la defensa propuesta, a no dudarlo, fue la “excepción personal” consagrada en el numeral 13 del citado artículo 784, caso en el cual el obligado puede demostrar la solución de la deuda con cualquier otro medio de prueba”** *negrillas es mía.*

Así mismo, ha señalado la Corte Suprema de Justicia, que:

“ 4.4.1 Sobre la procedencia de la interposición de las excepciones derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia de un título valor, la Corte Constitucional, reseñando pronunciamientos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al respectó, esbozó los lineamientos de su prosperidad y carga probatoria en los siguientes términos:

“La incorporación significa que el título valor incorpora en el documento que lo contiene un derecho de crédito, exigible al deudor cambiario por el tenedor legítimo del título y conforme a la ley de circulación que se predique del título en razón de su naturaleza (al portador, nominativo o a la orden). En otras palabras, la incorporación es una manifestación de la convención legal, de acuerdo con la cual existe un vínculo inescindible entre el crédito y el documento constitutivo de título valor. Esto implica que la transferencia, circulación y exigibilidad de ese derecho de crédito exija, en todos los casos, la tenencia material del documento que constituye título cambiario.

Es por esto que la doctrina especializada sostiene que el derecho de crédito incorporado al título valor tiene naturaleza cartular, pues no puede desprenderse del documento correspondiente.

La literalidad, en cambio, está relacionada con la condición que tiene el título valor para enmarcar el contenido y alcance del derecho de crédito en él incorporado. Por ende, serán esas condiciones literales las que definan el contenido crediticio del título valor, sin que resulten oponibles aquellas declaraciones extracartulares, que no consten en el cuerpo del mismo.

Esta característica responde a la índole negociable que el ordenamiento jurídico mercantil confiere a los títulos valores. Así, lo que pretende la normatividad es que esos títulos, en sí mismos considerados, expresen a plenitud el derecho de crédito en ellos incorporados, de forma tal que en condiciones de seguridad y certeza jurídica, sirvan de instrumentos para transferir tales obligaciones, con absoluta prescindencia de otros documentos o convenciones distintos al título mismo.

En consonancia con esta afirmación, el artículo 626 del Código de Comercio sostiene que el “suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia”. Ello implica que el contenido de la obligación crediticia corresponde a la delimitación que de la misma haya previsto el título valor que la incorpora.”¹

De igual manera, dicha Corporación sostuvo en la misma providencia que, cuando el deudor formula una excepción personal derivada de las condiciones del acto jurídico subyacente -defensa que solo es dable enervar contra el tenedor primigenio-, aquel corre con la ineludible carga de acreditar suficientemente los términos de la negociación, y su vinculación al título, so pena de que haya que acogerse a su tenor literal, así:

“...las características y condiciones del negocio subyacente no afectan el contenido del derecho de crédito incorporado al título valor. Ello, por supuesto, sin perjuicio de la posibilidad de que entre el titular del mismo y el deudor –y solamente entre esas partes, lo que excluye a los demás tenedores de buena fe– puedan alegarse las excepciones personales o derivadas del negocio causal..”

Empero, esto no conlleva que las consideraciones propias de ese tipo de contratos o convenciones incidan en la literalidad del crédito que contiene el título valor. A este respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, intérprete judicial autorizado de las normas legales del derecho mercantil, enseña que “[l]a literalidad, en particular, determina la dimensión de los derechos y las obligaciones contenidas en el título valor, permitiéndole al tenedor atenerse a los términos del documento, sin que, por regla general, puedan oponérsele excepciones distintas a las que de él surjan. Es de ver, con todo, que por cuanto la consagración de la literalidad es una garantía para quien desconoce los motivos que indujeron la creación o la emisión del título, o ignora los convenios extracartulares entre quienes tomaron parte antes que él en su circulación, es obvio que ella está consagrada exclusivamente en beneficio de los terceros tenedores de buena fe, pues este principio no pretende propiciar el fraude en las relaciones cambiarias.”² subrayado es mío.

“...” ...”

Para el asunto de la referencia, es importante recabar en la causal de oposición a la acción cambiaria derivada del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del

título. Este mecanismo de defensa del deudor cambiario se aplica de forma excepcional, puesto que afecta las condiciones de literalidad, incorporación y autonomía del título valor, basada en la existencia de convenciones extracartulares entre el titular y el deudor, las cuales enervan la posibilidad de exigir la obligación, en los términos del artículo 782 del Código de Comercio. Subrayado es mío.

Siendo esta la línea jurisprudencial en materia de títulos valores y excepciones que pueden presentarse contra la acción cambiaria como la señalada en el numeral 13 del art. 784 del Co Co, se debe también dar otra interpretación y análisis a los robados en el proceso, tales como que la literalidad y autonomía del título valor aplica en protección de terceros que hagan parte de cadena de endosos y aparezcan con terceros de buena fe, contra quienes no aplican las condiciones extracartulares aceptadas y suscritas por el deudor y acreedor primigenios.

Quien excepciona de acuerdo al #13 del art. 784 del Co Co, es precisamente el deudor y lo hace directamente contra el acreedor, luego la excepción de no pago por no exigible, y la excepción genérica esta llamada a prosperar.

Quedo probado en el proceso Honorables Magistrados, que entre las partes (acreedor y deudor) hubo acuerdos extracartulares que afectan la exigibilidad del título, y fue precisamente que el pagare 7/7 no podía exigirse hasta tanto el acreedor hoy demandante, entregara libre de gravámenes los bienes inmuebles que en esencia dieron origen a la creación de los títulos valores. No podemos dejarnos perder en la argumentación que la venta y/o negocio causal fue la cesión de derechos en una sociedad, si bien ese fue el vehículo utilizado, la verdad es que se hizo para transferir los bienes inmuebles que hacían parte de los activos de dicha sociedad.

La clausula segunda del Otrosí firmado el 27 de febrero de 2013, es clara y así fue redactada por el demandante, firmada y aceptada por el, donde limita de forma expresa la exigibilidad de los pagares 6/7 y 7/7 a la entrega de los bienes inmuebles, y es el quien señala que si pude entregar los inmuebles en las fechas pactadas, la exigibilidad de los pagares se corre hasta tanto haga la entrega real y material del 100% de los predios.

Aún así y con pleno conocimiento, el Sr. JOAQUIN SANCHEZ inicia una demanda ejecutiva, radicada en el mes de agosto de 2014, cuando el predio objeto de compraventa y al que hace referencia la clausula segunda del Otros i, sólo fue **desalojado en octubre de 2015 y hasta el mes de mayo de 2016 se libera el desbloqueo del folio de matricula.**

En interrogatorio de parte, a minuto 17:40, 21:24 y 22:00 la demandante reconoce y confiesa que el predio se entrego en octubre de 2015, que hubo un bloqueo en el folio de matricula.

Pese a que en octubre de 2015 finalmente el Sr. JOAQUIN SANCHEZ logró el lanzamiento de quienes venían ocupando ilegalmente el inmueble y haberse entregado materialmente el inmueble, el mismo quedo bloqueado en el folio de matricula inmobiliaria 50N-1146473, debido al mismo inconveniente por el que JOAQUIN SANCHEZ condicionó el cobro y pago de los dos últimos pagares.

De esta forma, no es cierto lo manifestado por el señor Juez como sustento de su negativa a conceder la excepción de pago propuesta, ya que como se ha señalado, está probado de acuerdo a las pruebas legal y oportunamente aportadas, que entre las mismas partes hubo un acuerdo para la exigibilidad de pagare 6/7 y 7/7, que no sería oponible ante terceros, pero que si se predica de quienes hicieron parte de la negociación causal que origino la creación de los títulos, esto es demandante y demandado. Debe

entonces prosperar la excepción del #13 del art. 784 del Co Co, por cuanto la ley permite las excepciones que pueda oponer el demandado contra el demandante, como es, los compromisos del negocio causal que dio origen al pagaré.

De esta manera presento la sustentación al recurso de apelación contra la decisión proferida por el señor juez 48 Civil del Circuito el pasado 12 de marzo de 2021, y en consecuencia solicito al Honorable Tribunal, revocar dicha decisión para declarar probadas las excepciones de pago de la obligación , no exigibilidad del titulo valor por no cumplir el requisito del art. 488 y declarar probada la excepción de incumplimiento del negocio causal #13 art.784 del CoCo.

Atentamente.



LUIS ENRIQUE ROMERO P.

C.C.17.342.285 de Vio.

T.P.97.171 del C.S.J

Calle 115 No. 47 A-59 Bogotá.

Luisromero72@hotmail.com

Luis.romero@lerabogados.com.co

Tel. 314-2715436

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala 17 de Decisión Civil
M.P. Adriana Ayala Pulgarín
E. S. D.

Referencia: Acción de Protección al Consumidor Financiero de THOMAS SPIEGEL contra SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. Rad SFC: 2020213575. Exp: 110013199003 2020 0221601

SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL

Quien suscribe, **RICARDO VÉLEZ OCHOA**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.470.042 expedida en Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 67.706 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A., en adelante SBS SEGUROS**, de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, por medio del presente escrito, y dentro del término legal concedido para tal efecto, me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL** interpuesto por mi representada contra la sentencia proferida en primera instancia el día 18 de junio de 2021 por la Delegatura de Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, en los siguientes términos:

**I. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL
INTERPUESTO POR SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**

Sea lo primero manifestar que se reiteran los argumentos expuestos en audiencia del 18 de junio de 2021 ante la Delegatura de Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, sin perjuicio de lo cual, para efectos de dar cumplimiento al auto proferido por el Honorable Tribunal de fecha 5 de agosto de 2021 y notificado por estado del día 6 del mismo mes y año, procedo a sustentar el recurso de apelación presentado y a esbozar los argumentos e inconformidades contra la sentencia proferida en primera instancia, así:

- 1. Se equivocó el fallador de primera instancia al declarar probada parcialmente y no de manera total la excepción denominada *“SBS SEGUROS NO ESTÁ OBLIGADA A ACCEDER A LAS PRETENSIONES DEL ACCIONANTE EN LA MEDIDA EN QUE ÉSTE NO HA ACREDITADO LA OCURRENCIA Y LA CUANTÍA DEL SINIESTRO EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO”***

En efecto, si bien en la sentencia de primera instancia se accedió parcialmente a la excepción mencionada como quiera que el demandante no demostró la ocurrencia y la cuantía del siniestro en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio y del artículo 167 del Código General del Proceso, la inconformidad radica en que debió declararse probada de manera total y no parcial, como paso a explicar.

En primer lugar, llamo la atención del Honorable Tribunal en el escaso, sino nulo, despliegue probatorio de la parte actora, cuando lo cierto es que la carga de demostrar los hechos y pretensiones que dieron origen a la demanda de la referencia para efectos de obtener la indemnización solicitada estaban a su cargo, al igual que la demostración de la ocurrencia del siniestro a la luz de la Póliza y la cuantía de la pérdida; circunstancia que ocurrió del mismo

modo en el trámite de reclamación ante la Aseguradora que represento, como ampliamente se manifestó en los alegatos de conclusión presentados en nombre de SBS SEGUROS.

Al respecto, reitero que la Aseguradora directamente y mediante las firmas investigadoras SYNTHESIS y FGR-SIS solicitaron en sendas oportunidades al demandante aportar información que soportara su reclamación, fotografías, facturas, comprobantes de transacción, partes de los elementos como cargadores, cajas, instructivos, peticiones que no fueron atendidas por el demandante y tampoco por su apoderado. De hecho, tampoco lo hizo dentro del presente proceso en las oportunidades probatorias pertinentes como lo fueron la presentación de la demanda, con la cual no se aportan pruebas que permitan acceder a las pretensiones en los términos solicitados, y el momento en el cual se le corrió traslado de las excepciones de mérito propuestas por la Aseguradora.

Contrario a lo señalado por el fallador de primera instancia, el demandante no satisfizo su carga de demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía, no demostró la ocurrencia de los hechos descritos en la demanda, de modo que no se habría configurado el siniestro amparado por la Póliza No. 1111781 y, en consecuencia, la obligación indemnizatoria a cargo de la Aseguradora no habría nacido a la vida jurídica.

En la sentencia de primera instancia se declaró contractualmente responsable a SBS SEGUROS y se ordenó el pago de la suma de \$16.655.000 a favor del demandante al tenerse como prueba de lo anterior un pagaré que fue aportado con la demanda. No obstante, como expondré, dicho documento no satisface los requisitos de los artículos 167 del Código General del Proceso y del artículo 1077 del Código de Comercio.

En el mencionado pagaré se encuentran incorporados una serie de bienes muebles por valor de \$30.370.000. No obstante, resulta particular que el mismo esté diligenciado con la misma letra, la cual también se usa en los datos y nombre del señor SPIEGEL; que no se aporte ninguna

constancia de entrega de los bienes y/o de sus facturas de compra; que no se encuentre firmado por el deudor; que no se haga referencia a los motivos que dieron origen al mismo, y que, si la supuesta obligación tuvo origen en el año 2016, y sería pagada en el año 2017, la realización de la presentación personal ante la misma notaría en la cual se han diligenciado los documentos aportados a este proceso se haya realizado sólo hasta el 21 de julio de 2020, días antes de la presentación de la demanda, sin soporte alguno del cumplimiento de la obligación allí contenido.

Frente a lo anterior, saltan a la luz ciertos cuestionamientos: ¿quién diligenció el pagaré?, ¿por qué todo se encuentra en la misma letra?, ¿por qué quien supuestamente vendió los bienes no lo firma?, ¿cuál fue la fecha real de diligenciamiento?, ¿por qué el mismo fue elevado a escritura pública después de tanto tiempo?, ¿por qué expedir un pagaré y no una factura para este caso si se trataba de la compraventa de ciertos bienes determinados?, ¿por qué al mismo no se adjuntaron facturas o documentos en virtud de los cuales se tuviera certeza de quién era el propietario de los bienes y de las calidades de los mismos?, ¿por qué no se adjunta constancia de entrega de los bienes?, entre otros.

Además, entre la fecha del supuesto diligenciamiento del pagaré habrían transcurrido más de cuatro (4) años. Entonces, valdría la pena preguntarse: ¿cómo tuvo certeza el fallador de primera instancia que los bienes sí fueron entregados? ¿cómo pudo establecer que al momento de la ocurrencia del hurto los bienes se encontraban en el inmueble del señor SPIEGEL? ¿cómo constató que el valor allí introducido correspondía al de los bienes descritos? ¿cómo podía determinar que el valor era ese y no otro, o que el mismo era inferior con ocasión de la depreciación por el paso del tiempo?

Las circunstancias anteriormente mencionadas debieron ser tenidas en cuenta por el fallador de primera instancia al momento de valorar el documento aportado denominado “pagaré”, pues un análisis riguroso del mismo habría impedido que esta fuera la única prueba utilizada para

establecer que el señor SPIEGEL era propietario de una serie de bienes, que al momento de la ocurrencia del hurto descrito en la demanda todavía se encontraban en su poder y en esta medida, establecer la cuantía de los mismos, teniendo como ciertos los valores allí incluidos mediante manuscrito.

Es claro entonces que el demandante no demostró la existencia de los elementos supuestamente hurtados, que los mismos eran de su propiedad, que su valor ascendía a las sumas que reclama y que efectivamente fueron hurtados, estando en posibilidad de hacerlo.

En consecuencia, un análisis riguroso de dicho documento habría llevado a una conclusión diferente a la expuesta en la sentencia de primera instancia, la cual no sería otra que exonerar a mi representada de toda responsabilidad y declarar probada de manera total la excepción formulada en la contestación a la demanda que se denominó *“SBS SEGUROS NO ESTÁ OBLIGADA A ACCEDER A LAS PRETENSIONES DEL ACCIONANTE EN LA MEDIDA EN QUE ÉSTE NO HA ACREDITADO LA OCURRENCIA Y LA CUANTÍA DEL SINIESTRO EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO”*.

2. Quedo demostrado que el inmueble no se utilizaba por el señor SPIEGEL exclusivamente como vivienda de uso familiar o personal y en virtud de esta circunstancia se debió exonerar a SBS SEGUROS de toda responsabilidad

Como procederé a explicar, quedó demostrado dentro del proceso que el inmueble no se utilizaba por el demandante exclusivamente como vivienda de uso familiar o personal y, si esta circunstancia hubiera sido reconocida por el fallador de primera instancia, se habría exonerado a mi representada de toda responsabilidad.

Resulta entonces absurdo concluir, como se hizo en la sentencia de primera instancia, que el inmueble no tenía una destinación diferente a la vivienda familiar, y para ello tener única y exclusivamente lo manifestado por el demandante al rendir su interrogatorio de parte, el cual como se explicará fue contradictorio con las demás pruebas obrantes en el expediente emanadas de él mismo, y además, tuvo la particularidad de que su apoderado intervenía en el mismo y sugería las respuestas a las preguntas que él debía contestar. Por el contrario, al haberse demostrado plenamente que el inmueble no tenía como destinación exclusiva la vivienda del señor SPEIGEL, SBS SEGUROS debió haber sido exonerada de la totalidad de las pretensiones reclamadas en la demanda.

SBS SEGUROS amparó determinados riesgos que podrían acaecer en el inmueble descrito en el condicionado particular de la Póliza bajo el entendido y el compromiso del demandante de que el inmueble sería utilizado como residencia o vivienda familiar.

En concordancia con lo anterior, el artículo 1056 del Código de Comercio, dispone que *“Con las restricciones legales, 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”*, estableciéndose entonces que la Aseguradora podrá delimitar el riesgo que se compromete asumir y, en efecto, el riesgo que se asumió bajo la Póliza de Seguro Hogareña fue amparar los perjuicios que en el hogar del señor SPEIGEL se pudieran presentar, los cuales están delimitados en la Póliza No. 1111781, entendiéndose que su residencia ubicada en la Diagonal 74B Transversal 32D- 76 tenía uso exclusivamente familiar y/o personal.

En efecto, y contrario a lo que se sostuvo por el fallador de primera instancia, quedó plenamente demostrado que el bien inmueble mencionado tenía una destinación completamente diferente a la de habitación y/o vivienda familiar, como procedo a exponer:

a. Investigación realizada por SYNTHESIS CONSULTING S.A.S.

De la investigación realizada por la sociedad SYNTHESIS (prueba 9 de la contestación a la demanda), se pudo concluir que el señor THOMAS SPEIGEL permitía que personas particulares pasaran la noche en el inmueble de manera constante. En este documento, en la misma forma en la que ocurrió a lo largo de las audiencias surtidas en la primera instancia del proceso, se hacen evidentes las contradicciones, la falta de veracidad en las declaraciones del señor SPIEGEL y la constante intervención de su apoderado para alterar la versión de los relatos.

En cuanto a la entrevista realizada al demandante por parte de SYNTHESIS, se pone de presente que el mismo demandante afirmó en dicha visita que arrendaba su inmueble para habitación de terceros. En esa medida, quedó consignado en el informe de la entrevista que *“El señor Thomas dice que anteriormente arrendaba habitaciones en su casa a las personas que trabajaban en su restaurante, menciona al señor Diego y Gilberto, no aporta apellidos ni teléfonos de estos argumentando no recordarlos.”*

Adicionalmente, durante la visita a la vivienda del demandante, se hizo evidente la presencia de varias mujeres de nacionalidad venezolana quienes, según dijeron, habitaban en el inmueble, acerca de las cuales el señor SPIEGEL afirmó que se trataba de amigas. No obstante, tras preguntarle sobre estas mujeres, no conocía mayor información acerca de ellas. Lo anterior quedó consignado en el informe de la siguiente manera:

“Durante el recorrido al interior de la vivienda su evidenció la presencia de varias mujeres de nacionalidad venezolana, en las habitaciones se encontraron las pertenencias de estas, como maletas, ropa, el señor Thomas dice que son amigas, pero al parecer no cuenta con mucha información de ellas. Se dialoga con una de ellas, la cual informa que están en el lugar ya que llegaron en busca de trabajo por feria de flores”.

Sobre la presencia de estas mujeres venezolanas, resulta interesante lo ocurrido durante la visita y la entrevista en la cual participaron el aquí demandante, junto con su apoderado, quien tras ver la respuesta brindada por el señor SPIEGEL acerca del tiempo que llevaban habitando estas personas en su vivienda, intervino, corrigiéndolo, convenientemente indicando que habitaban desde el día anterior a la visita, tal y como lo hizo también en la audiencia cuando el señor THOMAS SPEIGEL rendía su interrogatorio de parte. De ello se da cuenta en el informe, el cual relató los hechos en la siguiente forma:

“En repetidas ocasiones se le pregunta al asegurado sobre desde cuando están las mujeres en su casa, este da información diferente en todos los casos, una vez dice que hace 10 meses, luego dice que hace 3 días, y el abogado lo corrige diciendo que, desde el día de ayer, es decir 16 de julio de 2019.”

También quedó registrado fotográficamente en el informe la presencia de estas personas y sus pertenencias; zapatos, maletas y cobijas.

Adicionalmente, entre otros de los aspectos del informe que no fueron valorados por el juzgador de primera instancia, se encuentra la entrevista realizada a uno de los vecinos del señor SPIEGEL, el señor JAIME ANDRÉS RUIZ, quien, conociendo que al aquí demandante hace más de dos (2) años, afirmó que le constaba que él regularmente hospedaba personas en su vivienda. Esto quedó consignado de la siguiente manera:

*“El señor Jaime tiene un negocio comercial cerca de la vivienda del asegurado, indica que lo conoce hace 2 años, afirma que este era propietario del restaurante ubicado en la esquina, **igualmente menciona que este acostumbra hospedar personas en su casa.**” (Resaltado fuera de texto)*

De lo anterior se concluye que, de haber sido valoradas por el Delegado en la primera instancia las pruebas aportadas y practicadas en su conjunto, la decisión de primera instancia habría sido diametralmente diferente. Particularmente, del informe mencionado se concluye que desde el proceso de reclamación a la Aseguradora, el señor SPIEGEL y su apoderado fueron inconsistentes con sus versiones y se contradijeron constantemente, y que, sin lugar a dudas, la vivienda asegurada no estaba siendo destinada a la vivienda familiar o personal por parte del asegurado.

En esta medida, contrario a lo indicado por el fallador de primera instancia estas pruebas anteriormente sí son concluyentes para efectos de determinar y verificar que el inmueble no se destinaba únicamente a la vivienda familiar o personal del señor SEPIGEL.

b. Testimonio de la señora FRANCY YULIETH VALENCIA MARÍN (Gerente SYNTHESIS CONSULTING S.A.S.)

La validez del informe presentado por SYNTHESIS CONSULTING se reafirma si se tiene en cuenta que, como testigo, fue citada la señora FRANCY YULIETH VALENCIA MARÍN, gerente de la compañía quien, sujeto a la contradicción del demandante, expuso el informe presentado y respondió con claridad a las preguntas que le fueron formuladas.

Dentro de las respuestas dadas por la testigo, se destaca la que se dio a la pregunta acerca de las conclusiones del informe. Frente a esta, la señora VALENCIA MARÍN manifestó al Despacho, el resultado del informe, haciendo especial énfasis en lo referente a la destinación del inmueble asegurado. Frente al particular, puso de presente la testigo que en las entrevistas intervenían muchas personas y no dejaban hablar al señor THOMAS SPIEGEL, y que en cuanto a las mujeres venezolanas que habitaban el inmueble, si bien en un principio el señor SPIEGEL afirmó que llevaban diez (10) meses, luego se contradijo diciendo que llevaban tres (3) días y después su abogado lo interrumpió mencionado que había sido el día anterior.

Del mismo modo, la testigo afirmó que al momento de la visita observaron muchas mujeres que entraban y salían de la casa y que en las habitaciones había maletas. Puso de presente a la Delegatura, aunque esta lo omitió, que, si bien las mujeres a las que se hace referencia dijeron ser amigas, en diálogos anteriores con el apoderado del demandante se había afirmado que este alquilaba habitaciones y el mismo demandante, en las conversaciones iniciales afirmó lo mismo. Finalmente, puso de presente que, en el proceso de investigación, al dialogar con los vecinos del señor SPIEGEL, estos indicaron que efectivamente tenían conocimiento de que, en efecto, el asegurado arrendaba habitaciones.

Habiendo sido interrogada la testigo por la parte actora, ninguna de sus afirmaciones fue desvirtuada, ni incurrió en contradicción alguna. De la misma manera, el contenido del informe no fue objeto de debate por la parte demandante. En esa medida, al guardar coherencia lo declarado por la testigo con el informe rendido, sus contenidos cobran certeza a la hora de la valoración probatoria, a fin de demostrar que el inmueble asegurado no estaba destinado al uso personal o familia, lo cual deja sin explicación el por qué la Delegatura, sin motivo alguno, decidió pretermitir el análisis y valoración de este material probatorio, del cual se derivaba un desenlace distinto al presente proceso, en el cual, sin la menor duda, se hubiera exonerado a la Aseguradora que represento, como en derecho correspondía.

c. Pruebas documentales emanadas del señor THOMAS SPIEGEL

De igual forma, el documento suscrito por el señor SPIEGEL de fecha del 8 de agosto de 2019, contentivo de la respuesta al requerimiento de información efectuado por mi representada al demandante (prueba 8 aportada con la contestación a la demanda, pág. 2, numeral 6), da cuenta de la **confesión** efectuada por él en el sentido de manifestar que efectivamente arrendaba el inmueble a terceros.

Dicho documento, fue exhibido al señor SPIEGEL en su interrogatorio de parte, acto procesal en el cual reconoció expresamente que la firma contenida en el documento era suya. La referida declaración se dio en los siguientes términos:

6- No se tiene conocimiento exacto ni soporte de las personas que habían habitado el inmueble (a los cuales se le alquilaban los cuartos) ya que eran trabajadores del señor Thomas en la época que el era dueño de un restaurante cercano

De dicho documento se sigue, una vez más, de forma inequívoca, que, en efecto, el señor SPIEGEL no destinaba el inmueble asegurado a su uso personal o familiar, circunstancia que, de haber sido apreciada por el juzgador de primera instancia, habría llevado el presente proceso a la inexorable conclusión de que no existía responsabilidad alguna en cabeza de la aseguradora que represento.

Si no hubiera sido así, es decir, si el señor SPIEGEL no hubiera alquilado cuartos a terceros o no hubiera permitido que constantemente se alojaran, vivieran o durmieran allí personas, aun sin el cobro de una prestación a cambio, ¿por qué habría mentado a la Aseguradora en el trámite de reclamación? De hecho, la versión la cambió el demandante, es decir, indicó que no cobraba dinero, que se trataba de amigos o que se habían alojado allí poco tiempo, cuando SBS SEGUROS, directamente o a través de las empresas investigadoras que contratan empezaron a indagar por esta circunstancia y posteriormente fue objetada la reclamación por tal motivo, como se ha esbozado en este escrito.

d. Interrogatorio de parte del señor THOMAS SPIEGEL

Del interrogatorio de parte rendido por el señor THOMAS SPIEGEL salta a la vista que el abogado intervino en el mismo, sugiriéndole constantemente las respuestas a las preguntas que se le formulaban. Particularmente, cuando se le cuestionó por parte del Delegado y por la apoderada sustituta de SBS SEGUROS acerca la destinación del inmueble, si era alquilado, si personas pernoctaban allí, el demandante manifestó que no era cierto, no obstante, esta

versión no coincide con lo manifestado por él mismo en la documentación que fue aportada a la Aseguradora en la cual expresamente reconoció alquilar habitaciones a personas de nacionalidad extranjera ni con lo indicado por el mismo señor SPIEGEL a los funcionarios de FGR-SIS y de SYNTHESIS CONSULTING S.A.S. en las entrevistas que realizaron.

De hecho, al exhibir el documento al que se hizo mención en el literal anterior, reconoció su firma en él; pero, acto seguido, cuando se le preguntó por el contenido de lo allí indicado, evadió dar respuesta concreta y pretendió desconocer el mismo, alterándose, e incluso usando términos soeces en inglés. Luego, cuando se le preguntó por la visita realizada por SYNTHESIS, y lo por él manifestado a las personas que realizaron la inspección, presentó versiones contradictorias y desconoció este hecho, cuando, con anterioridad, ya había reconocido que él mismo atendió la vista.

De lo anterior, se debe tener en cuenta, adicionalmente el valor probatorio de la prueba indiciaria derivada de la conducta de las partes dentro del proceso, ignorada por el *a quo*. Frente al particular, pongo de presente al Honorable Tribunal que, como se dijo anteriormente, el apoderado del demandante mantuvo, durante el curso de las audiencias, una conducta absolutamente reprochable, aún en contra de las advertencias y prevenciones que le hacía el Delegado, consistente en indicar al señor SPIEGEL las respuestas que debía dar a las preguntas del interrogatorio de parte y corrigiéndolo e interrumpiéndolo cuando el señor SPIEGEL declaraba algo que podía perjudicar sus intereses jurídicos, dando respuestas convenientemente adaptadas a los supuestos de hecho que pretendían demostrar, justificándose en el bajo dominio del idioma español del accionante, cuando es claro que entiende y habla muy bien el idioma.

En esta medida, erró el fallador de primera instancia al atribuirle total validez a dicha manifestación efectuada e incluso, permitir que dicha prueba prevaleciera frente a las demás

que fueron aportadas y recaudadas en el curso del proceso que sugerían lo contrario y confirmaban que el inmueble no se utilizaba exclusivamente como vivienda familiar o personal.

De lo anterior es claro que si el *a quo* hubiera valorado en su conjunto la totalidad de las pruebas aportadas y practicadas dentro del proceso, habría concluido, sin lugar a dudas, que en efecto la destinación del inmueble no era exclusivamente para vivienda familiar o personal del señor THOMAS SPIEGEL pues como se demostró, permitía que diferentes personas habitaran, pernoctaran o ingresaran al inmueble periódicamente, sin que fuera cierto que se trataba de amistades del demandante que lo visitaban y se quedaban allí por unos días, y del mismo modo, habría cuestionado la declaración rendida en audiencia por el señor SPIEGEL, pues como se manifestó, equivocadamente se dio mayor valor a esta prueba que a todas las demás aportadas y practicadas, a pesar lo cuestionable que resultó dicho interrogatorio de parte.

En efecto, el mismo demandante reconoció alquilar habitaciones a personas de nacionalidad venezolana y, en las diferentes oportunidades que funcionarios de las investigadoras SYNTHESIS y FGR-SIS visitaron el inmueble, se pudo constatar que, en efecto, en el inmueble no estaba siendo destinado a vivienda familiar o personal del señor SPIEGEL. En estas visitas se tomaron fotografías que obran en el expediente, se tomó la declaración del señor SPIEGEL y se entrevistó a las personas que allí se encontraban, y todas coinciden en que el demandante permitía el ingreso periódico de personas, independientemente de si se recibía o no contraprestación, para pernoctar allí.

Quedó entonces demostrado en el proceso que SBS SEGUROS emitió la Póliza No. 1111781 partiendo de la buena fe del demandante, bajo el entendido de que el inmueble estaba y seguiría siendo utilizado para su vivienda familiar o personal y desconociendo por completo que dicho inmueble sería utilizado para alquilar habitaciones a personas o permitir su ingreso

sin ningún tipo de registro o control. De haber conocido esta circunstancia, es claro que SBS SEGUROS no habría expedido la Póliza de Seguro Hogareña No. 1111781 pues el producto ofrecido no permitía asegurar bienes inmuebles con destinación diferente y tampoco estaba dispuesta a asumir riesgos tan altos como los que se asemejarían a un hotel, hostel, pensión u otra modalidad de negocio en el que se alquila habitación a cambio de una contraprestación o cuando se permite el ingreso permanente de diferentes personas; circunstancias que sólo fueron conocidas con posterioridad a las inspecciones e informes realizados por las investigadoras. Incluso, tan claro era el uso que debía tener la vivienda para efectos de la aplicación del contrato de seguro, que se pactó y exigió por parte del señor SPIEGEL el cumplimiento de la garantía anteriormente mencionada aplicable a toda la Póliza en este mismo sentido y en el condicionado general se incluyó del mismo modo esta circunstancia como una exclusión aplicable al contrato de seguro.

Es claro entonces que los riesgos amparados versus las circunstancias en las cuales se utilizaba el inmueble eran diametralmente diferentes porque el alquiler de habitaciones a personas o la permanencia de las mismas en el inmueble, además sin ningún tipo de registro, implicaba la entrada y salida de las personas de manera constante, la existencia de diferentes llaves y de acceso por parte de estas al inmueble, la posibilidad de que las mismas hurten contenidos, muebles o enseres del lugar, entre otros, que como se ha explicado y, mi representada no estaba dispuesta a asumir esos riesgos que no le son intrínsecos al uso de una vivienda de manera personal o familiar, sin dejar de lado que no podrían ser cubiertos bajo una Póliza de Hogar. Incluso, el mismo nombre del producto sugiere en qué consiste la cobertura, y se entiende que todo aquello ajeno al hogar no estaría cubierto.

Del mismo modo, el contrato fue celebrado con observancia del principio de buena fe como principio rector y el hecho de que no se haya realizado un cuestionario de declaración del riesgo o una inspección previa al inmueble, el cual no es exigido por ley, en ningún momento supuso que haya aceptado asegurar un riesgo diferente a lo ofrecido o cualquier riesgo

diferente al seguro ofrecido que tenía como naturaleza la protección de las viviendas familiares de los asegurados.

Por su parte, y adicional al argumento anterior, en la sentencia de primera instancia se incurre en un grave error al afirmar que no se configuró un incumplimiento de la garantía pactada consistente en utilizar el inmueble única y exclusivamente como vivienda de uso familiar, cuando por el contrato se demostró plenamente la configuración de la misma. Lo que debió haber sucedido es que, al advertirse el incumplimiento de la misma por parte del demandante, quien alquilaba habitaciones a personas de diferente nacionalidad para que pasaran la noche en su casa o incluso, no cobrando una contraprestación a cambio, permitía que diferentes personas en diferentes momentos pernoctaran allí, se debió haber absuelto a SBS SEGUROS de toda responsabilidad como quiera que, al haber incumplido los términos y condiciones del contrato de seguros, no estaba mi representada en obligación de acceder al pago de una indemnización en esas condiciones.

El señor THOMAS SPIEGEL no dio cumplimiento estricto a una de las garantías pactadas dentro del contrato de seguro, que exigía de su parte un compromiso, y, sin su cumplimiento, no se podía exigir el pago de una indemnización por parte de la aseguradora que represento. Mucho menos en vista de esta situación podía imponerse una sentencia parcial en su contra.

En el condicionado particular de la Póliza de Seguro Hogareña No. 1111781 se estableció como garantía lo siguiente:

“2 CLÁUSULA DE GARANTÍA APLICABLE A TODA LA PÓLIZA.

*Queda expresamente convenido que este seguro se realiza en virtud de la garantía dada por el asegurado de que **durante su vigencia se compromete a utilizar la edificación asegurada o dentro de las cuales se encuentren los contenidos amparados,***

única y exclusivamente como residencia o vivienda familiar sin ubicar en ella ningún tipo de negocio comercial, industrial o de oficina". (Resaltado fuera de texto).

En esta medida, al tratarse de una garantía de promesa aquella asumida por el señor SPIEGEL, debía cumplirse durante el término de ejecución del contrato, es decir, durante la ejecución del mismo el inmueble debía ser utilizado como vivienda familiar, circunstancia que no ocurrió. De lo contrario, sin su cumplimiento no podría pretenderse el pago de una indemnización ni podría exigirse el cumplimiento por parte de la aseguradora de las obligaciones asumidas.

Lo ha dicho así la Honorable Corte Suprema de Justicia: “(...) *incumplida la garantía, desde luego, se incumple el contrato, y esta conducta genera consecuencias a la parte incumplida, según entendió con acierto el ad quem. En particular, no puede pretenderse indemnización alguna por el siniestro ocurrido durante o por causa del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud del seguro* (...)”¹ (Resaltado fuera de texto).

En consecuencia, ante el incumplimiento de esta obligación por parte del asegurado, no podía haber lugar al pago de la obligación indemnizatoria a cargo de mi representada de conformidad con la posición de la Corte Suprema de Justicia al respecto. En esta medida, no tendría sentido que, aun cuando el demandante hubiere incumplido sus obligaciones derivadas del contrato de seguro, pudiera pretender y recibir satisfactoriamente la indemnización solicitada, como equivocadamente lo argumentó el fallador de primera instancia.

Como complemento de lo anterior, deberá tenerse en cuenta que en el condicionado general de la Póliza, el cual resulta aplicable, como quiera que sí le fue informado al señor SPEIGEL al

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de febrero de 2012M.P. William Namén Vargas. Exp: 2003-14027-01.

estar expresamente indicado en la Póliza el condicionado general aplicable² y él podía conocerlo accediendo a la página web de la aseguradora, buscándolo en la web o preguntándole a su intermediaria con quien en el interrogatorio manifestó tener una relación estrecha, en cumplimiento del deber de información que le asiste³, esta circunstancia también fue excluida de manera expresa en la Condición 3.2. literal o) en el cual se lee: *“inmuebles que no sean exclusivamente utilizados como residencia o vivienda familiar (...)”*

En conclusión, lo anterior irrefutablemente lleva a proferir una sentencia de segunda instancia en la cual se absuelva de toda responsabilidad a SBS SEGUROS como quiera que se demostró plenamente en el proceso que: i) los riesgos amparados única y exclusivamente se circunscribieron a la vivienda familiar o personal del señor SPIEGEL, ii) la destinación del inmueble no era únicamente como vivienda familiar o personal, alterándose o modificándose el riesgo amparado, circunstancia que impide a toda costa que la aseguradora sea condenada al pago de una indemnización cuando se configuran riesgos que no se ampararon, iii) asimismo, al no destinarse el inmueble de manera exclusiva a vivienda de uso personal o familiar, la garantía otorgada por el demandante se habría incumplido y, ante el incumplimiento de dicha promesa a favor de la aseguradora, mi representada no estaría en la obligación de acceder a la solicitud indemnizatoria efectuada por el demandante y iv) como complemento de lo anterior, se trataría también de un evento expresamente excluido; circunstancias que de manera equivocada no fueron tenidas en cuenta por el fallador de primera instancia y que sin lugar a dudas suponían la exoneración de SBS SEGUROS del pago de las pretensiones reclamadas en la demanda.

²

Esta póliza se rige bajo las condiciones establecidas en el clausulado - Póliza Hogareña No. 16022018-1322-P-25-PÓLIZAKOQAREÑA, IS-D001

³ Código de Comercio, artículo 1047 párrafo, Ley 1328 de 2008 artículo 6 y Ley 1480 de 2011, artículo 3, numeral 2.1.

3. Se equivocó el fallador de primera instancia al interpretar las coberturas y amparos de la Póliza de Seguro de Hogareña No. 1111781 expedida por SBS SEGUROS

En subsidio de los argumentos expuestos anteriormente en virtud de los cuales se indicó que a mi representada no le asiste responsabilidad alguna frente a las pretensiones de la demanda y que en esta medida, no está obligada al pago de una indemnización en favor del demandante, y, en el remoto evento en que el este Honorable Tribunal no acceda a los argumentos planteados, deberá tenerse en cuenta que el fallador de primera instancia erró al interpretar las coberturas y amparos de la Póliza de Seguro de Hogareña No. 1111781 expedida por SBS SEGUROS como procedo a explicar.

En la sentencia de primera instancia se entendió que el mobiliario indicado en el pagaré, además del equipo eléctrico y electrónico, se encontraba cubierto, ignorando que la Póliza tiene unas coberturas expresas en las cuales no se encontraba el hurto de bienes muebles, así como el testimonio de la funcionaria DIANA GONZÁLEZ quien del mismo modo explicó que los riesgos relacionados con muebles y enseres tales como mesas, camas, colchones, entre otros, no estaban amparados por la Póliza.

En este caso, la única cobertura que eventualmente podría llegarse a afectar es la de “Sustracción con o sin violencia de equipo eléctrico y electrónico”, quedando fuera de una eventual indemnización los demás bienes muebles o enseres que hubieren sido hurtados y se encontraran dentro del inmueble tales como colchones, poltronas, camas, al no existir un amparo opcional contratado de hurto simple o calificado de bienes muebles diferentes a equipo eléctrico y electrónico, o general que permitiera entender que cualquier tipo de mueble estaría amparado si fuera hurtado.

Se equivocó entonces al entender el fallador de primera instancia que los bienes muebles o enseres que supuestamente fueron hurtados al señor SPIEGEL estaban cubiertos por la Póliza, aun cuando no se contrató un amparo opcional en este sentido relacionado con el hurto y la única opción que encontró fue indicar que bajo la definición de contenidos, estos corresponden a todo aquello que se encuentre dentro de un inmueble y forzosamente indicar que entonces sería indemnizado el valor de \$13.780.000 por este concepto.

En consecuencia, si eventualmente la decisión del Despacho consiste en confirmar la sentencia de primera instancia, solicito respetuosamente que se excluya de la indemnización a cargo de mi representa la suma de \$13.780.000 como quiera que la Póliza expedida por mi representada no ampara los riesgos de hurto de bienes muebles tales como sofás, mesas, sillas, comedor, entre otros.

4. El fallador de primera instancia valoró equivocadamente el antecedente similar que se puso en consideración, por tratarse de un caso idéntico fallado por la Superintendencia Financiera de Colombia

El caso que fue puesto a consideración del Despacho fue la sentencia de única instancia proferida dentro de la acción de protección al consumidor financiero iniciada por JOSÉ LUIS HERRERA TORRENEGRA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.720.523 contra SBS SEGUROS cuyo radicado es 2020057480 y el número de expediente 2020-933⁴, mediante la cual se resolvió una controversia que se asemejó a la que dio origen al presente proceso.

Este caso también tuvo como origen la reclamación con ocasión de una Póliza Hogareña y la Delegatura de Funciones Jurisdiccionales lo resolvió declarando probadas las excepciones de

⁴ Para acceder a la sentencia mencionada se ingresa a través del siguiente enlace <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/10083571> y para acceder se ingresa el número de cédula del demandante y el número de radicado del proceso.

inexistencia de perjuicios y de incumplimiento de la garantía propuestas por SBS SEGUROS, y en consecuencia, se negaron las pretensiones de la demanda.

En efecto, los hechos que dieron origen al proceso mencionado consistieron en un hurto en la vivienda del demandante, no obstante, como también ocurrió en este caso, SBS SEGUROS al realizar el estudio de la reclamación encontró que el inmueble no estaba destinado únicamente a vivienda familiar o personal. Esto se pudo verificar como quiera que las mismas firmas ajustadoras que intervinieron en el presente proceso, realizaron una visita al inmueble del demandante y encontraron que este almacenaba allí objetos que posteriormente vendía, dándosele una destinación al inmueble diferente a la vivienda familiar o personal.

Del mismo modo, el demandante no demostró la ocurrencia y cuantía del siniestro, ni probó la cuantía de las pretensiones indicadas en la demanda. Para la funcionaria que profirió la sentencia en este proceso la información aportada con la demanda no tenía la fuerza jurídica para acreditar la propiedad de los bienes supuestamente hurtados ni que tributariamente se hubiere realizado una compraventa por parte del actor, así como tampoco se conoció un valor real de los mismas, desconociéndose la carga probatoria que estaba a su cargo como demandante. Se aclara que los medios de prueba aportados con la demanda fueron fotos de los bienes, “facturas” que en realidad no cumplían con los requisitos establecidos por el estatuto tributario para denominarse como tal y cotizaciones de los bienes supuestamente hurtados.

De hecho, la presentación de cotizaciones, fotografías o “facturas” dentro del trámite iniciado por THOMAS SPIEGEL habrían sido documentos a valorar por parte del funcionario judicial que profirió la decisión de primera instancia, si es que se hubieran aportado, pero resulta inverosímil que la condena impuesta en primera instancia a mi representada dentro del presente trámite verse sobre un supuesto pagaré con los yerros a los que ya hice mención y el propio dicho del demandante, quien no puede fabricar su propia prueba, y que, teniendo

antecedentes similares a este dentro de la misma Delegatura de Funciones Jurisdiccionales, hayan sido completamente desconocidos.

De igual forma, en el trámite que traigo a colación también existía una garantía y exclusión en el sentido de que la vivienda se utilizaría para uso propio y no para uso mixto. En la sentencia se reconoció que la Aseguradora no tenía previsto asegurar un inmueble de este tipo, es decir, mixto, que se componía de locales, residencias y bodega, pues al no utilizarse el inmueble para uso residencial era una circunstancia que aumentaba el riesgo asumido por la Aseguradora indicándose que esto debió haber sido informado a la Aseguradora para que ésta determinara si lo aseguraba o no. Finalmente, al comprobarse que el inmueble tenía uso mixto, y valiéndose de las fotografías aportadas en los informes realizados por las firmas SYNTHESIS y FGR-SIS y el contenido de los mismos, se exoneró de responsabilidad a SBS SEGUROS al encontrarse verificado el incumplimiento de la garantía pactada.

En esta medida, se cuestiona el hecho en virtud del cual, incluso teniéndose un caso que tuvo como origen las mismas circunstancias fácticas, una Póliza Hogareña expedida por mi representada, un destinación del inmueble diferente a la pactada en el contrato de seguro y la inclusión de una garantía en el sentido de utilizar el inmueble únicamente como vivienda familiar o personal, el fallador de primera instancia no lo haya tenido en cuenta, así como tampoco haya tenido en cuenta las manifestaciones efectuadas por la funcionaria que resultaban de gran relevancia para la resolución de este proceso.

Esto demuestra que fueron varios los medios de prueba utilizados, y no solamente un certificado de Cámara de Comercio el cual fue mencionado por el fallador de primera instancia para asumir que no se trataba de un evento similar y que en esa medida, no era un antecedente que resultara relevante para la resolución del trámite de la referencia.

De haberse tenido en cuenta este valioso antecedente, inequívocamente se habría concluido que i) el demandante no satisfizo la carga probatoria consagrada en los artículos 1077 del Código de Comercio y 167 del Código General del Proceso y ii) que SBS SEGUROS estaba llamada a ser exonerada de responsabilidad, y en esa medida, las pretensiones de la demanda serían negadas, al haberse comprobado que el inmueble no tenía la destinación de vivienda familiar o personal, lo que aumentaba y alteraba el riesgo inicialmente asumido por la Aseguradora y adicionalmente, al haberse incumplido la garantía pactada por el señor SPEIGEL, no estaba obligada mi representada a realizar el pago de una indemnización a su favor.

II. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL INTERPUESTO POR LA PARTE ACTORA

Considero importante mencionar que frente al recurso de apelación parcial interpuesto por la parte demandante me pronunciaré en la oportunidad procesal pertinente, es decir, una vez la sustentación de la apelación haya sido efectuada por su apoderado dentro del término conferido para el efecto; circunstancia que hasta el momento no ha ocurrido.

No obstante, desde ya solicito a este Honorable Tribunal que rechace el recurso de apelación parcial interpuesto por la parte demandante y en esta medida, se deniegue la totalidad de las pretensiones de la demanda.

III. SOLICITUD

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se solicita respetuosamente al Honorable Tribunal que revoque la sentencia proferida el 18 de junio de 2021 por la Delegatura de Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, únicamente en lo apelado por

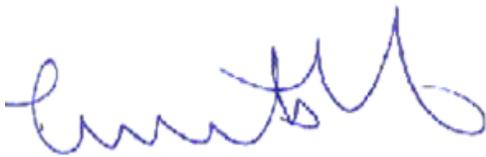
mi representada y en consecuencia, se proceda a exonerar a SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. de toda responsabilidad con fundamento en los argumentos anteriormente expuestos.

A su vez, solicito respetuosamente que rechace el recurso de apelación parcial interpuesto por la parte demandante y en esta medida, se denieguen la totalidad de las pretensiones de la demanda.

IV. NOTIFICACIONES

Solicito a este Honorable Tribunal que todos los documentos, notificaciones y comunicaciones que se profieran dentro del proceso de la referencia me sean remitidas a todos y cada uno de los siguientes correos electrónicos: mjimenez@velezgutierrez.com, gmaldonado@velezgutierrez.com, y notificaciones@velezgutierrez.com

De los Honorables Magistrados, respetuosamente,



RICARDO VÉLEZ OCHOA

C.C. 79.470.042 de Bogotá.

T.P. 67.706 del C. S. de la J