

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL – SALA CIVIL
BOGOTA D.C.

REFERENCIA: SUSTENTACIÓN DE APELACIÓN
DEMANDANTE: MARTHA ISABEL LOPEZ RODRIGUEZ
DEMANDADA: ZURICH S.A.
RADICACIÓN No. 1100310303220200027100

G. CRISTIAN NIÑO C., abogado en ejercicio, identificado al firmar, actuando dentro de la presente demanda en calidad de apoderado de la señora, **MARTHA ISABEL LOPEZ RODRIGUEZ y demás demandantes**, por medio del presente escrito, me permito SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA EMITIDA POR EL JUZGADO 32 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. el pasado 4 de mayo del 2021, lo anterior de acuerdo con el auto notificado en fecha 13 de septiembre de 2021, en los siguientes términos:

- Se probó dentro del proceso de la referencia como existe un perjuicio que debe ser tasado de acuerdo a lo probado y no como lo hiciera el señor Juez de primera instancia quien en su fallo no explicó cuál fue el cálculo aritmético, el cual le sirvió de base para tasar los perjuicios reconocidos, téngase en cuenta cómo para el caso del lucro cesante, se pudo establecer como la demandante LOPEZ RODRIGUEZ, debió ampliar sus gastos para poder pagar mayor y mejor atención para sus hijas pagándole a la señora Gladys Cruz una suma de dinero que antes no debía erogar, por lo que se objeta la suma planteada por el despacho en este sentido, debiendo ser re liquidada por el despacho de usted señor Magistrado, reconociendo todos y cada uno de los gastos adicionales a este respecto como es el valor de DIECIOCHO MILLONES SEISIENTOS TREINTA MIL PESOS \$ 18.630.000, este valor indexado a fecha presente como quiera que como se dijo en la demanda el valor fue liquidado a mayo del año 2019.
- Por otra parte, se encuentra objeción en la manera de la tasación llevada a cabo por el aquo, con respecto al daño en la salud como quiera que se considera que el valor tasado no se compadece con el detrimento en la salud al que se ha visto confrontada mi poderdante, quien en varias manifestaciones hechas en su interrogatorio de parte, así como en los demás testimonios y el dictamen de medico forense experticia técnico aportado se evidencia como existe una lesión de carácter degenerativo en la columna, lo que no es poco al ser un órgano nervioso que conecta la parte superior e inferior del ser humano, lo cual, afecta la movilidad,

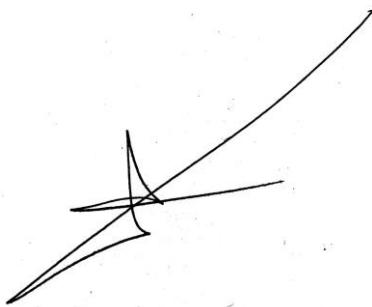
aumento del dolor, mala postura, restricción en actividades básicas del ser humano e incluso trastornando su interacción con su medio familiar, social y laboral, de manera DEGENERATIVA, como lo explicara el Dr. Navarro medico forense que en concordancia con la Historia Clínica abundante de tratamientos de dolor y afecciones relacionadas se establece como es posible que a causa del consumo de medicamentos potentes para el dolor, especificados en el mismo, la tasación no podría ser menor a la presentada con la demanda lo que hace referencia a 100 s.m.l.m.v. traídos a valor presente y liquidados de manera indexada.

- En igual sentido se solicita evaluar las manifestaciones realizadas por los testigos en concordancia con las documentales a fin de modificar la tasación de las indemnizaciones para las hijas menores teniendo en cuenta que las mismas tienen una vida probable de mayor extensión y su afectación moral de la misma o mayor magnitud que la de la madre y la abuela, por lo que se solicita revocar la sentencia para conceder lo referente a 100 s.m.l.m.v. y así satisfacer el resarcimiento del daño.

En estos términos se deja sustentado el recurso de apelación interpuesto en termino para que se revoque la sentencia de primera instancia emitida dentro del proceso de la referencia y en consecuencia se re liquiden los perjuicios planteados por el Juez de Primera instancia.

Del presente escrito se corre traslado a la parte demandada y a su apoderado judicial a través de los emails: hernandezchavarroasociados@gmail.com y notificaciones.co@zurich.com

Atentamente,



G. CRISTIAN NIÑO C.
T.P. No. 254.371

H. MAGISTRADOS
H. SALA CIVIL
H. TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
Ponente: Dr. JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA
E. S. D.

Ref. Proceso verbal de LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. frente a
AEROLÍNEAS LLANERAS ARALL LTDA. y OTROS

Radicado: 10013103009-2015-00500-01

GUILLERMO GARCÍA BETANCUR, abogado titulado, identificado con la Tarjeta Profesional número 39.731 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de la parte demandante, en forma respetuosa y dentro de la oportunidad legal manifiesto que presento escrito de sustentación y alegación frente al recurso de apelación que fuera interpuesto contra la sentencia proferida por el a quo en este asunto.

La sustentación y alegación que se presentan se encuentran en línea con las consideraciones planteadas al momento de interponer el recurso de apelación y que refiere los siguientes elementos:

1. La sentencia recurrida desconoce el principio constitucional establecido en el artículo 230 Superior que señala que los Jueces en las providencias solo están sometidos al imperio de la ley, y que la jurisprudencia es solo criterio auxiliar de la actividad judicial.
2. La sentencia impugnada desconoce el contenido del artículo 12 del Decreto 1771 de 1994 que expresamente consagra la subrogación en favor de las administradoras de riesgos profesionales y que opera por ministerio de la ley, para privilegiar un único precedente jurisprudencial, que no representa la posición unificada y reiterada de la jurisprudencia en torno a la subrogación.
3. La sentencia desconoce la naturaleza del sistema de riesgos laborales.

Paso ahora a desarrollar las siguientes consideraciones en torno a estos elementos:

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

(4) 4489511

gerencia@guillermogarcia.co

Calle 5A #43B -25 Medellín Antioquia

www.guillermogarcia.co



GUILLERMO GARCÍA
& ASOCIADOS

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

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

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

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

Igualmente en sentencia C-336 de 2012 reiteró:

...

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

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

...

(4) 4489511

gerencia@guillermogarcia.co

Calle 5A #43B -25 Medellín Antioquia

www.guillermogarcia.co



GUILLERMO GARCÍA

& ASOCIADOS

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

En ese orden, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional la concepción misma del sistema "implica que las entidades aseguradoras asumen el riesgo objetivo que en principio tendrían los empleadores pero que por virtud de la ley y en aras de otorgar una mayor protección a los trabajadores, se les traslada a ellas, mediando, una cotización que se encuentra a cargo del patrono. La función que cumplen es entonces prevenir, atender y proteger a la población trabajadora de los efectos causados por accidentes y enfermedades que les puedan ocurrir con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan." Específicamente, en la sentencia C-453 de 2002, esta Corporación se refirió a la teoría del riesgo creado que el legislador adoptó en esta materia.

...

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

Así las cosas, el generador del riesgo laboral es el empleador y no la administradora de riesgos laborales y es el empleador el responsable de la ocurrencia de las eventualidades laborales (accidente o enfermedad laboral), pues es a este a quien conforme el Art. 56 del Código Sustantivo del Trabajo le incumben los deberes de protección y seguridad de sus trabajadores y en tal virtud es el empleador quien asegura su responsabilidad derivada de estas eventualidades, y en calidad de tomador y asegurado de esta responsabilidad, traslada estos riesgos a la administradora de riesgos laborales.

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

(4) 4489511

gerencia@guillermogarcia.co

Calle 5A #43B -25 Medellín Antioquia

www.guillermogarcia.co



GUILLERMO GARCÍA

& ASOCIADOS

aseguramiento, asumen el reconocimiento de los perjuicios tarifados que tal responsabilidad se establece en la ley.

Así entonces, es el daño o perjuicio sufrido por el trabajador y la responsabilidad objetiva del empleador las causas o fuentes de las prestaciones del sistema de riesgos laborales, y en tal virtud el sistema de riesgos profesionales, como asegurador, ante el acaecimiento del riesgo asegurado, asume las prestaciones tarifadas previstas en la Ley y reconoce por cuenta del empleador las prestaciones correspondientes.

La administradora de riesgos laborales no es ni la autora, ni partícipe, ni la responsable del infortunio laboral, ni a ella le está asignada la obligación de brindar protección y seguridad a los trabajadores pues ella es impuesta, conforme el Art. 56 del Código Sustantivo del Trabajo, al empleador; así pues, en principio el responsable del evento laboral es el empleador. La administradora de riesgos laborales no es la responsable de tal evento sino un garante del pago de las prestaciones derivadas del infortunio laboral, por tanto con el reconocimiento y pago de las prestaciones no está solucionando o reparando su propia responsabilidad en la ocurrencia del accidente, sino la de su asegurado, el empleador, y el pago que recibe el trabajador víctima de la adversidad laboral o sus beneficiarios, lo recibe como reparación o indemnización tarifada del daño que la ley presume le fue irrogado por el empleador.

La parte recurrente se aparta del criterio contenido en la sentencia, sobre la falta de legitimación en la causa que le atribuye a la demandante, pues le resta, sin fundamento jurídico alguno, efectos al artículo 12 del Decreto 1771 de 1994, que expresamente le otorga la facultad de subrogación en favor de las administradoras de riesgos laborales, norma esta que se encuentra vigente y que su aplicación no sea optativa sino obligatoria para el operador judicial.

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

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

(4) 4489511

gerencia@guillermogarcia.co

Calle 5A #43B -25 Medellín Antioquia

www.guillermogarcia.co



GUILLERMO GARCÍA

& ASOCIADOS

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

Artículo 1

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

Artículo 5

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

Artículo 8

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

Artículo 11

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

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

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

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

ARTÍCULO 2.

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

ARTÍCULO 5

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

(4) 4489511

gerencia@guillermogarcia.co

Calle 5A #43B -25 Medellín Antioquia

www.guillermogarcia.co



GUILLERMO GARCÍA

& ASOCIADOS

- a) Incapacidad temporal, cuando la lesión o perturbación es pasajera y se termina por la curación completa.
- b) Incapacidad permanente parcial, cuando la víctima queda con una disminución definitiva de la capacidad obrera que no tenía al tiempo del accidente. Se clasifica en este grupo, por ejemplo, la pérdida anatómica de un miembro o de un segmento de miembro; la pérdida funcional (por lesión orgánica) o la disminución de validez (funcional) de un miembro o de un segmento de miembro; la pérdida de un ojo; la pérdida de la audición, bien sea completa o incompleta; una enfermedad traumática que no condene a la inacción total, etc.
- c) Incapacidad permanente total, cuando la invalidez deja al obrero definitivamente impotente para todo trabajo industrial útil.
- d) Se consideran de esta clase, como ejemplo, las perturbaciones mentales incurables; la pérdida de dos miembros por parálisis o amputaciones; la pérdida de ambos ojos, de ambas manos o de ambos pies; las enfermedades traumáticas graves de las vísceras abdominales o torácicas.
- e) muerte del trabajador.

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

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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 7

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

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

(4) 4489511

gerencia@guillermogarcia.co

Calle 5A #43B -25 Medellín Antioquia

www.guillermogarcia.co



GUILLERMO GARCÍA

& ASOCIADOS

Las normas recientes sobre riesgos profesionales, Decreto 1295 de 1994, ley 776 de 2002 y la más reciente ley 1562 de 2012, mantienen el carácter resarcitorio de las prestaciones por enfermedad o accidente laboral del sistema de riesgos laborales como componente indemnizatorio de un perjuicio o daño patrimonial sufrido por el trabajador.

Como consecuencia del infortunio laboral que sufre en desarrollo de una actividad laboral dependiente de la cual se deriva un beneficio para el empleador y por mandato legal se presume causado por el empleador.

La jurisprudencia invocada en la sentencia impugnada, es decir la providencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 14 de enero de 2015 dictada por la Magistrada Margarita Cabello Blanco, dentro del expediente SC1749-2014, cita dentro de sus consideraciones 3 anteriores decisiones de la misma Corte en las que admite la procedencia de la subrogación de las administradoras de riesgos laborales a condición de norma que así lo autoriza e invoca una cuarta jurisprudencia en la cual se decidía un asunto originado en un evento de origen común, ajeno al sistema de riesgos laborales, y para el cual no se encuentra consagrada normativamente la subrogación, caso este en que cita normas del Acuerdo 049 de 1990 del ISS referido específica y concretamente a eventos originados en accidentes comunes. Situación diferente a la que se presenta en el sistema de riesgos laborales en que como ya quedó anotado por la Corte Constitucional, su naturaleza es fundamentalmente asegurativa y surge del riesgo creado por el empleador que expone al trabajador a un accidente o enfermedad de carácter laboral. En virtud de tal carácter asegurativo es el empleador quien asume de manera exclusiva el pago de los aportes por la cobertura del riesgo que crea y mediante el pago de esta cotización o prima traslada a la aseguradora estos riesgos. De manera tal que cuando se presenta el evento de la enfermedad o el accidente laboral, es la responsabilidad presunta del empleador la que resulta cubierta y no, como equivocadamente refiere la sentencia y la jurisprudencia, la responsabilidad de la administradora de riesgos laborales quien solo cumple el papel de aseguradora del riesgo creado por el empleador y no está asumiendo responsabilidad alguna por su propio riesgo creado.

4. La sentencia recurrida, sin explicación o fundamentación alguna, se revela contra la propia jurisprudencia que cita como apoyo de su decisión, pues desconoce y desatiende el alcance de este fallo de la Sala Civil en el que expresamente se reconoce el carácter indemnizatorio a los pagos y reconocimientos de **prestaciones asistenciales, incapacidades temporales e indemnización por incapacidad permanente parcial**. En aplicación de la sentencia que fue invocada, el fallador de primera instancia cuando menos debió haber accedido a las pretensiones de la demanda referidas al pago de prestaciones asistenciales, incapacidades temporales y la indemnización por incapacidad permanente parcial, los intereses moratorios e indexación de estas sumas.

La sentencia memorada en la sentencia que se impugna señala:

En ese contexto, la expresión inserta en el artículo memorado (12 del Decreto 1771 de 1994), alusiva a que la *'administradora de riesgos profesionales podrá repetir, con sujeción a las normas pertinentes'*, no describen otro condicionamiento distinto a que, en primer lugar, la subrogación debe ser posible atendiendo la naturaleza de la contingencia o prestación que liberaría el recobro;

(4) 4489511

gerencia@guillermogarcia.co

Calle 5A #43B -25 Medellín Antioquia

www.guillermogarcia.co



GUILLERMO GARCÍA

& ASOCIADOS

luego, superada esa exigencia, el procedimiento pertinente con miras a la repetición debe responder a la normatividad respectiva que involucra, vr. gr., la acreditación de las constancias de pago, que el mismo se haya realizado a su destinatario natural o el diputado para receptorlo, etc.

En el presente asunto resulta claramente evidenciado en el expediente que la parte actora atendió el pago de prestaciones asistenciales por \$265.245.312, incapacidades temporales por \$209.056.276, y \$43.970.560 por indemnización por incapacidad permanente parcial, las que conforme el aparte de la providencia que se cita, procede atender las pretensiones de la demanda, pues ellas no encajan dentro del rubro pensional, y se enmarcan dentro de los conceptos de daño emergente y lucro cesante que la misma providencia de la Corte reconoce como subrogables.

La sentencia impugnada yerra al interpretar el sentido de la norma que faculta la indemnización, realiza una tergiversación entre el hecho dañoso y el perjuicio, desconoce los principios de la responsabilidad por actividades peligrosas, restando efectos al artículo 12 del Decreto 1771 de 1994, que expresamente le otorga la facultad de subrogación en favor de las administradoras de riesgos laborales, norma esta que se encuentra vigente y es válida y su aplicación no es optativa sino obligatoria para el operador judicial. La interpretación y alcance dado este fallo que se apela a la norma del Art.2 del Decreto 1771 de 1994 es contraria a las disposiciones sobre interpretación de la ley previstas en los Arts. 25 y siguientes del Código Civil y ley 153 de 1887, resulta contraria al alcance y validez que le dio a la citada norma la reciente sentencia SC295-2021 del 15 de febrero de 2021 de la Sala Civil de la Corte con ponencia del magistrado ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.

Por las razones indicadas, de manera respetuosa solicito a esa H. Corporación se revoque la sentencia impugnada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, aun de manera parcial respecto de las pretensiones de reembolso de prestaciones asistenciales por \$265.245.312, incapacidades temporales por \$209.056.276, y \$43.970.560 por indemnización por incapacidad permanente parcial, las que tienen un indiscutido carácter indemnizatorio aun en aplicación del precedente jurisprudencial contenido en la sentencia del 14 de enero de 2015 de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, dentro del expediente SC1749-2014, la que de manera expresa acepta el este carácter indemnizatorio a estas prestaciones.

Respetuosamente,



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

(4) 4489511

gerencia@guillermogarcia.co

Calle 5A #43B -25 Medellín Antioquia

www.guillermogarcia.co

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

MAGISTRADO: Dr. LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

E.

S.

D.

REF: PROCESO VERBAL N°2018 - 126

ALLIANZ SEGUROS S.A. VS. URIEL MORA URREA

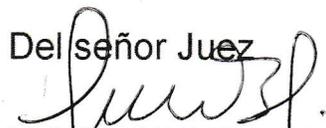
JORGE HUMBERTO MARTÍNEZ LUNA, con personería reconocida dentro del proceso de la referencia, como apoderado judicial de la activa, **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, acudo a su Despacho, Señor Magistrado, a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN**, interpuesto contra la sentencia proferida por el Señor Juez Quince Civil del Circuito de Bogotá, en la Audiencia celebrada el día 12 de agosto de 2021, dentro del proceso en asunto, en los siguientes términos.

Dentro de las Consideraciones de la sentencia, encontramos, entre otras cosas, que, se hace una mención a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sin citar a que sentencia se refieren, y tan solo manifiestan lo siguiente: "Frente a la reticencia, la jurisprudencia constitucional ha señalado que no basta con identificar el hecho preexistente para afirmar la existencia de la reticencia. Al contrario, en todos los casos la aseguradora deberá demostrar la mala fe del suscriptor. Esa carga tan sustancial existe pues, como se explicó anteriormente, la reticencia implica la existencia de dolo del tomador."

Lo cual es totalmente contrario a lo regulado por el artículo 1058 del Código de Comercio, en donde se establece una obligación en cabeza del tomador, como es la de declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, y a su vez, también

establece la sanción por el incumplimiento de esta obligación, como lo es la nulidad relativa, en beneficio del asegurador, para protegerlo del incumplimiento de la obligación del tomador. En esta norma, no se exige la demostración de la mala fe, tan solo se exige la demostración del incumplimiento del tomador en la declaración sincera de los hechos que determinan el estado del riesgo, y como en este caso, ese incumplimiento se probó, con la simple comparación de lo declarado por el tomador en el formulario, propuesto por el asegurador, y lo establecido en los boletines de la Fiscalía General de la Nación, y demás documentos que se aportaron como prueba documental, con la contestación de la demanda. Y ahora, solo se tiene por probado que al señor Uriel Mora Urrea se le revocó la medida de aseguramiento, pero no aparece probado que se hubiera terminado la investigación penal que contra él se adelanta, la cual continua, y esto significa, que son ciertos los fundamentos de la investigación.

Así las cosas, y con base en los motivos de inconformidad y su fundamento, sustentados en este recurso, expresamente solicitamos la revocación del fallo y en su lugar, un nuevo fallo en el cual se conceda la prosperidad de las pretensiones de la demanda, se nieguen las excepciones de mérito, y la condena en costas proceda contra el demandado.

Del señor Juez


JORGE HUMBERTO MARTÍNEZ LUNA

C.C. 19'426.179 de Bogotá

T.P. 73.987 del C. S. de la J.

Calle 141 N°7B – 25 Interior 7.

Teléfono Celular: 3102234304

Correo Electrónico: martiluabog@cable.net.co

**DOCTOR
RICARDO ACOSTA BUITRAGO
MAGISTRADO PONENTE
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL –
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
BOGOTÁ.**

**(RADICACIÓN INTERNA: 5882)
CÓDIGO ÚNICO DE RADICACIÓN: 11001-31-03- 035-2019-00301-02**

**REFERENCIA: PROCESO VERBAL REIVINDICATORIO.
DEMANDANTE: FLOR MARINA CRUZ PIRANEQUE.
DEMANDADO: ARMANDO BUITRAGO MORA.**

ASUNTO

**SUSTENTACIÓN RECURSO APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DEL 5-AGO-
2021.**

MARIO ALBERTO ROMERO GONZALEZ, en mi condición de apoderado judicial del demandado, señor ARMANDO BUITRAGO MORA, procedo ante Su Honorable Despacho a SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá el 5 de agosto de 2021 en los siguientes términos:

MOTIVOS DE DISENSO

1.- Se sirvan en esta sustentación de apelación, tener en cuenta todos los fundamentos desplegados en los alegatos de conclusión, lo fundamentado en el recurso de apelación cuando me fue notificado por estrados la sentencia de primera instancia que dispuso atender varias de las pretensiones de la demanda.

i.-) La contestación de la demanda con aceptación y confesión de varios de los hechos alegados por la parte demandante y aceptados por la parte demandada;

ii.-) Las excepciones de mérito propuestas por la parte que represento;

iii.-) La indebida valoración probatoria de las documentales aportadas al expediente y los derechos de posesión que mi representado ha ejercido desde el año 2003 data desde la cual, la parte demandante lo alegó con relación a que el demandado ocupó el inmueble de forma quieta, pacífica e ininterrumpida, con ánimo de señor y dueño, sin ninguna clandestinidad ni violencia alguna.

2.- El Juzgado de primera instancia desconoció lo dispuesto en el artículo 509 del C.G.P. y artículo 12 del Decreto Ley 960 de 1970, porque no tuvo en cuenta la solemnidad de los actos de protocolización de las sucesiones cuando son de competencia de la justicia ordinaria, no notarial, ya que la parte demandante en este asunto no protocolizó por escritura pública el trabajo de partición, ni lo puso en conocimiento del Juzgado que conoció de dicha sucesión por lo siguiente:

2.1.- El artículo 509 del C.G.P. prevé:

“Una vez presentada la partición, se procederá así:

1.

7. La sentencia que verse sobre bienes sometidos a registro será inscrita, lo mismo que las hijuelas, en las oficinas respectivas, en copia que se agregará luego al expediente.

La partición y la sentencia que la aprueba serán protocolizadas en una notaría del lugar que el juez determine, de lo cual se dejará constancia en el expediente.”

A su turno el artículo 12 del Decreto Ley 960 de 1970 indica:

“ACTOS QUE REQUIEREN SOLEMNIDAD. Deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquellos para los cuales la Ley exija esta solemnidad.” (Subrayado fuera de texto).

2.2.- No puede el juez a quo interpretar que, con el registro inmobiliario de la sucesión se prueba el derecho de dominio, puesto que debe formalizarse conforme a lo previsto en las normas que imperan esas solemnidades, esto es, que al no protocolizarse por escritura pública la *“partición judicial”*, carecería del derecho de publicidad de documentos públicos que fueron objeto de obligación legal de registro en el protocolo notarial; de ser así no se pueden obtener copias de dichas actuaciones judiciales de la sucesión, porque no es la oficina de registro de instrumentos públicos la competente para expedir copias de tal talante, vulnerando y desatendiendo los postulados normativos de publicidad mencionados en las normas precedentes, por eso la obligatoriedad prevista en el numeral 1º del artículo 509 del C.G.P. citado.

2.3.- Bajo estos postulados el Juez de primera instancia desatendió lo impuesto en el artículo 13 del C.G.P. que dice:

“Artículo 13. Observancia de normas procesales. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley...”

2.4.- El Juzgado de primera instancia no exigió a la parte demandante acreditar las exigencias del protocolo notarial del otorgamiento de la escritura pública del trabajo de partición judicial de la sucesión en el cual se encuentra relacionado el inmueble que es objeto de este litigio, razones por las cuales carece de requisitos sustanciales para tramitar esta acción judicial.

3.- El a quo, sostuvo en su sentencia que la excepción de mérito de prescripción extintiva de la acción no tiene prosperidad, fundado en que: *“NO DEBE CONTABILIZARSE EL TÉRMINO EN QUE SE MANTUVO INSCRITA EN EL FOLIO DE MATRÍCULA INMOBILIARIA LA MEDIDA CAUTELAR DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN”*, pues el inmueble motivo de litis fue objeto de una denuncia penal por estafa interpuesta por el demandado BUITRAGO MORA contra la heredera ANA SILVIA PIRANEQUE DE CRUZ (Q.E.P.D.), lo que a entender del juez de instancia significó que por esa inscripción de medida cautelar se le generó al demandado *“interrupción o suspensión de la posesión del inmueble a él entregado”*, durante el tiempo en que se inscribió dicha cautela hasta la cancelación de la misma,

argumentación judicial que no fue fundada en ninguna norma sustancial, ni procesal, ni soporte jurisprudencial como tampoco doctrinal, razón por la cual debe ser objeto de revocatoria tanto en la fundamentación como en la parte resolutive.

3.1.- Evidente es que en los hechos de la demanda se hace alusión a esa medida cautelar de naturaleza penal, al igual de la denuncia que por estafa interpuso el señor BUITRAGO MORA contra la heredera ANA SILVIA PIRANEQUE DE CRUZ (Q.E.P.D.), persona esta que en vida, en condición de heredera de su causante SANTOS CRUZ PIRANEQUE entregó la posesión real y material del inmueble por ocasión de una promesa de compraventa realizada en el mes de marzo de 2003 entre demandado y la señora heredera ANA SILVIA PIRANEQUE DE CRUZ (Q.E.P.D.), quien haría la escritura de venta una vez culminado el proceso de sucesión testada de su fallecido hijo el causante SANTOS CRUZ PIRANEQUE que cursó en el Juzgado 5 de Familia de Bogotá.

3.2.- Mi poderdante con relación a la posesión que de buena fe obtuvo de la heredera señora ANA SILVIA PIRANEQUE DE CRUZ (Q.E.P.D.), fue a partir de su entrega real y material ocurrida en marzo de 2003 de manera continua e ininterrumpida hasta esta fecha de sustentación, pero el *a quo* soportado en la prueba documental del folio de matrícula inmobiliaria desbordó su argumento en el sentido que el demandado BUITRAGO MORA no tuvo, ni ostentó la posesión del inmueble objeto de litigio entre el año 2008 hasta el año 2011, fechas en las cuales el inmueble, según anotación N°.009 del 20-12-2007 fue objeto de una medida cautelar por ocasión a la precitada denuncia penal y conforme a la Anotación N°.011 del 25-08-2011 que acredita la CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN N°.009 no se le puede tener como poseedor, sino a partir del año 2011, según criterio judicial argumentativo descrito por el juez de primera instancia, que considero desacertado en su valoración probatoria documental, por cuanto la posesión con ánimo de señor y dueño no deviene del registro inmobiliario como se dijo en la sentencia, sino de actos positivos, reales, materiales, permanentes, con ánimo de señor y dueño.

3.4.- Se hace la siguiente pregunta: ¿Según la sentencia de primera instancia, con el registro de una medida cautelar por denuncia penal en el folio de matrícula inmobiliaria, a mi poderdante se le interrumpió la posesión real,

material y continua desde el año 2003 hasta la data que se presenta esta apelación?. NO ES ACERTADO LO INDICADO POR EL A QUO, puesto que cuando se sienta el registro de una medida cautelar sea cual sea su origen, esos registros en manera alguna nunca interrumpen, ni interrumpieron los actos de posesión con ánimo de señor y dueño ostentado por el aquí demandado, pues desde el mismo momento en que se le entregó real y materialmente, lo ocupó de buena fe y nunca ha sido repelido, ni despojado de él, por ninguna autoridad judicial, ni administrativa, ni policiva, adicionando que el inmueble tampoco fue secuestrado por ninguna autoridad judicial, ni administrativa, ni por justicia penal, ni penal militar, ni policiva.

4.- Otra de las formas en que la señora demandante y demás herederos hubiesen querido ejercer sus derechos herenciales lo era en el mismo proceso de sucesión del causante SANTOS CRUZ PIRANEQUE que cursó en el Juzgado 5 de Familia de Bogotá, pero jamás solicitaron el embargo y secuestro del inmueble motivo de esta litis, tampoco solicitaron la entrega del inmueble de conformidad con los artículos 614 y 615 del Código de Procedimiento Civil vigente para esa época, situación última que reconoce la parte demandante en el libelo factico demandatorio.

5.- La sentencia de primera instancia desconoció el postulado sustancial previsto en el art. 762 del Código Civil que prevé:

“Artículo 762. Definición de posesión La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo....”

5.1.- El juzgado de primera instancia no interpretó, pues literalmente socaba el sentido absoluto de ese ingrediente sustancial “POSESIÓN” sin ninguna consideración, ni soporte jurisprudencial, ni doctrinario alguno que irrumpa a destrozarse las excepciones de mérito expuestas en la contestación de la demanda.

5.2.- Desde el mismo momento que ocupó el demandado el inmueble motivo de esta acción, le fue entregado de forma material y real por la señora ANA SILVIA PIRANEQUE DE CRUZ (Q.E.P.D.), heredera testamentaria de su hijo el

causante SANTOS CRUS PIRANEQUE, en la sucesión que cursó en el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, de manera tal que ella no era una tenedora, era una heredera testamentaria con derecho a administrar la herencia y fue por eso que le entregó el inmueble a mi poderdante, por eso operó el fenómeno jurídico sustancial de la buena fe predicada en el artículo 786 del Código Civil, que impone:

“Artículo 768. Buena fe en la posesión La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio.”

5.3.- Es así que la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad legal de enajenarla o entregarla, de no haber existido fraude, ni otro vicio cuando le fue entregada la posesión en cabeza del demandado ARMANDO BUITRAGO MORA quien la ha ocupado en forma, quieta, pública, pacífica e ininterrumpida conforme al hecho CONFESADO y declarado probado.

6.- No puede desconocer el a quo otro de los fundamentos normativos sustanciales, como es el artículo 780 también del Estatuto Civil que dispone:

“Artículo 780. Presunciones en la posesión. Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega. Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas. Si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio.” (Subrayado mío).

6.1.- Efectivamente para pedir la reivindicación, la parte demandante en el hecho 1.5.- cual es una confesión de parte y además aceptado y confesado por la parte demandada, infiere probatoriamente en entenderse que la “posesión”, como uno de los requisitos para reivindicar es un “hecho probado”, en consecuencia NO ES POSIBLE que con la sentencia de primera instancia se accedan a las pretensiones con una insubstancial apreciación en la prueba documental del folio de matrícula inmobiliaria para deducir fútilmente que se interrumpió la posesión con el registro de una medida cautelar de naturaleza penal, lo cual deforma la armonía jurídica-sustancial,

procesal probatoria y jurisprudencial, toda vez que los derechos y actos de posesión con ánimo de señor y dueño ocurrieron desde comienzos del año 2003 por parte del señor ARMANDO BUITRAGO MORA y hasta esta data de sustentación del recurso nunca se ha interrumpido por ninguna de las causales jurídicas legales.

7.- Se reitera la sentencia de primera instancia no analizó detenidamente lo relacionado con el medio de prueba de “LA CONFESIÓN”, pues debe darse por probado lo alegado en EL HECHO 1.5.- DE LA DEMANDA, toda vez que fue ACEPTADO POR LA PARTE PASIVA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, más exactamente con lo referido al tiempo de “posesión” que el demandado ARMANDO BUITRAGO MORA ha ejercido sobre el inmueble en litigio en forma quieta, pública, pacífica e ininterrumpida desde marzo de 2003 y aún hasta la fecha de presentación de este recurso. (Artículo 193 C.G.P.).

7.1.- Pero además debe tener en cuenta que la parte demandante alegó en la demanda actos de posesión por parte de mi poderdante fueron desde el año 2002, quien por vía de confesión LO ACEPTÓ, pero además es pertinente indicar que la parte demandante en sus alegatos confesó y aceptó que esa posesión desde esa data, cuando manifestó que estaban probadas las tradiciones anteriores continuas e ininterrumpidas de los antecesores propietarios, lo que hace inferir lo alegado en los hechos de la demanda, que la posesión la ha ejercido el demandado BUITRAGO MORA desde el año 2002, aceptadas y probadas las tradiciones de los antecesores propietarios para legitimar su acción.

7.2.- Al darse por la figura procesal probatoria de la CONFESIÓN FICTA resultó PROBADO EL HECHO 1.5. de la demanda, en cuanto al tiempo que el demandado ejerce y ha ejercido de buena fe la posesión por más de quince (15) años cuando se contestó la demanda, luego no puede, ni podía el a quo a su capricho desconocer los postulados normativos sustanciales del derecho de posesión, al no estudiar y analizar bajo el principio de la sana crítica probatoria e interpretación legal probatoria y precedentes jurisprudenciales, que los derechos de posesión surgen desde el momento mismo de la aprehensión, entrega real y material de la cosa con ánimo de señor y dueño desplegado por mi poderdante desde el año 2003, tal como se contestó en la demanda, situación que NO fue objeto de estudio minucioso por parte del juez de primera instancia, pero que de todas maneras jurídicamente a mi

poderdante nunca le fue ininterrumpido los derechos de posesión sobre el inmueble objeto de litis.

8.- Con relación a las excepciones de mérito de *“prejudicialidad penal y civil”* peticionadas ante el Juez de primera instancia, manifiesto que me sostengo en el escrito presentado en el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá para que conforme al artículo 161 del Código General del Proceso, sean objeto de estudio ante el Honorable Tribunal en virtud de su competencia funcional, la cual deviene de las resultas que provengan de esas autoridades judiciales, al igual de la *“falta de legitimación en causa por activa”*, pues respecto a las dos (2) solicitudes de prejudicialidad, al cancelarse el segundo registro civil de nacimiento que ostenta la aquí *“presunta”* demandante, deja sin piso las aspiraciones emanadas en estas diligencias por la parte demandante porque no dicha persona no tiene ni tenía vocación hereditaria.

Con base en todo lo anterior, presento las siguientes,

PETICIONES

- 1.- REVOCAR la totalidad la sentencia proferida por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, por las razones antes anotadas.
- 2.- Declarar probadas todas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada.
- 3.- NEGAR TODAS las pretensiones de la demanda.
- 4.- Condenar en costas y perjuicios a la parte demandante.

ATENTAMENTE

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'H. L. L.', enclosed within a circular scribble.

MARIO ALBERTO ROMERO GONZÁLEZ

C.C. N. 79.307.279 DE BTA.

T.P 99.994 DEL C. S. DE LA JUDICATURA.

TEL: 314 428 06 43 - EMAIL: mariolitigio@gmail.com

DIRECCIÓN: CALLE 19 N°. 5-51 OFICINA 405 BOGOTÁ

PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 035-2011-00079-01 DR ZULUAGA RAMIREZ

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 23/09/2021 13:17

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 2 archivos adjuntos (305 KB)

7420.pdf; 110013103035201100079 01.pdf;

Me permito informarle que el presente proceso se recibió en el correo de reparto el día 22 de septiembre de 2021, para CORRER TRALADO

Nota: La carátula como el acta se encuentran en archivo adjunto en formato PDF.

Atentamente,

Laura Victoria Zuluaga Hoyos

De: Correspondencia - Seccional Bogota <correspondenciabta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: miércoles, 22 de septiembre de 2021 13:10

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: Remito el proceso de referencia No 11001310303520110007900

Oficina de Apoyo para los Juzgados Civiles del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá

 [11001310303520110007900](#)

De manera respetuosa me permito remitir la corrección del yerro indicado, esto respecto al oficio remitario. Proceso de referencia No. 11001310303520110007900, perteneciente al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá con el fin de que sea resuelto el recurso de Queja.

Cordialmente

Área de Comunicaciones

De: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota <rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 3 de septiembre de 2021 12:13

Para: Correspondencia - Seccional Bogota <correspondenciabta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: Remito el proceso de referencia No 11001310303520110007900

Buenas tardes. Se devuelve el expediente referenciado por cuanto el número de folios del cuaderno único que se relaciona en el oficio remitido a esta Corporación Judicial no corresponde con los folios incorporados en el mismo cuaderno.

JAIME HILDEBRANDO VEGA CARRIZALES
CITADOR IV - SECRETARÍA SALA CIVIL TSB

De: Correspondencia - Seccional Bogota <correspondenciabta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 3 de septiembre de 2021 7:02

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota
<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Remito el proceso de referencia No 11001310303520110007900

Oficina de Apoyo para los Juzgados Civiles del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá

De manera respetuosa me permito solicitar información respecto al nombre del magistrado al cual le correspondió resolver el recurso de queja, esto a que no hubo devolución del mismo y no se ha recibido información, esto respecto al proceso de referencia No. 11001310303520110007900, perteneciente al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá.

En caso de no tener reparto, por favor someterlo al mismo.

[☐ 11001310303520110007900](#)

Cordialmente

Área de Comunicaciones

Oficina de Apoyo para los Juzgados Civiles del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá

De: Correspondencia - Seccional Bogota

Enviado: miércoles, 9 de diciembre de 2020 15:00

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: recurso de Queja.

[☐ 11001310303520110007900](#)

Oficina de Apoyo para los Juzgados Civiles del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá

De manera respetuosa me permito remitir el proceso de referencia No. 110013103003220110007900 , perteneciente al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá con el fin de que sea resuelto el recurso de Queja.

Cordialmente

Área de Comunicaciones

Oficina de Apoyo para los Juzgados Civiles del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

SEÑORES

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

E. S. D

**REFERENCIA: PROCESO DE INFRACCION
A LA PATENTE DE UN MODELO DE UTILIDAD.
RADICADO: 1100101319900120202926601
ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE
APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE 18
DE MAYO DE 2021**

MANUEL GUERRERO GAITÁN, obrando en calidad de apoderado judicial de la parte demandante, de manera atenta PRESENTO **SUSTENTACIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia proferida el 18 de mayo de 2021, mediante la cual la Delegatura de asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

La impugnación formulada aquí tiene como finalidad que el H. Tribunal Superior revoque la decisión atacada y, en su lugar, acceda a las pretensiones de la demanda.

LAS CONSIDERACIONES DEL DESPACHO PARA NEGAR LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA

El principal fundamento utilizado por el juez de primera instancia para negar las pretensiones de la parte actora fue la existencia de tres diferencias superficiales del producto infractor respecto del producto protegido por la patente de modelo de utilidad titularidad de mi poderdante. Lo anterior, de acuerdo con el juez, tiene como consecuencia que no exista una reproducción del producto protegido y por tanto no se presente una infracción a los derechos de propiedad intelectual de la parte demandante. No obstante, dicho argumento va en contravía de los medios probatorios que obran en el proceso.

Así las cosas, tal como se sostuvo en el escrito de reparos a la sentencia, en la presente sustentación se expondrán los argumentos por los cuales se sostiene que

la sentencia atacada debe revocarse y en su lugar conceder las pretensiones de la parte demandante.

I. AUSENCIA DE VALORACIÓN PROBATORIA

La sentencia carece de forma manifiesta de una valoración probatoria al ni siquiera hacer una mínima mención a los interrogatorios de parte, ni a los testimonios de los señores José Varela y Ricardo Leyva que muestran con claridad la manera en que el demandante creó un producto novedoso que mereció la protección por vía de la patente de modelo de utilidad.

En este punto es preciso aclarar el alcance de la figura de la patente de modelo de utilidad. Esta figura se establece en el artículo 81 de la Decisión Andina 486 de 2000¹. La jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia, en la reciente interpretación prejudicial 517-IP-2019 en donde se estudiaba precisamente un caso de infracción de una patente de modelo de utilidad sostiene:

“En términos generales se puede definir al modelo de utilidad como una invención pequeña o menor, que proporciona una utilidad o una ventaja de carácter técnico aplicado sobre algo ya conocido, por lo que se considera de menor exigencia inventiva con respecto a la patente de invención.

El modelo de utilidad se refiere a invenciones que ofrecen solución a un problema técnico y, al igual que sucede en el caso de las patentes de invención, el registro le otorga a su titular un derecho de uso exclusivo sobre el modelo de utilidad que le significará beneficios de carácter económico.”

De las preguntas realizadas por el señor Juez en el interrogatorio de parte practicado al representante legal de la parte demandante se puede establecer con claridad el proceso creativo que llevó a la creación de un producto que a través de sus características técnicas novedosas solucionaba el problema técnico planteado (tal como se describe en la cita jurisprudencial anterior), consistente en la protección de la gramilla de los estadios.

Aquí encontramos el primer indicio de la infracción del producto de las sociedades demandadas, ya que cuando se le solicitó al representante legal de estas relatar su proceso creativo para desarrollar el producto infractor, siempre hizo énfasis en las

¹ “un modelo de utilidad es toda aquella forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad.”

características técnicas del mismo, asimilándolas a las protegidas por las reivindicaciones de la patente de mi poderdante, más no dio detalles sobre el proceso y desarrollo de su producto (minuto 13:59 audiencia de 27 de abril de 2021 página 4).

En este sentido, el juez de primera instancia pasa por alto, una vez más, el interrogatorio de parte practicado al representante legal de la sociedad demandante de donde se desprende con claridad que para poder desarrollar su producto protegido invirtió años y recursos en la elaboración de una creación cuya funcionalidad implicaba la solución a un problema técnico que le permitió ser uno de los pioneros en incursionar en el mercado de los pisos modulares para proteger gramillas, con las ventajas técnicas descritas en los testimonios rendidos por los testigos JOSÉ VARELA (minuto 29:01 de la audiencia 18 mayo de 2021 página 1) y RICARDO LEYVA (minuto 44:18 a 45:30 de la audiencia 18 mayo de 2021 página 1), quien sostuvo que el desarrollo del producto que él presenció le permitió a la demandante ser el referente del mercado.

Ahora bien, en contraposición con el detallado proceso creativo narrado por el representante legal de la sociedad demandante al ser interrogado por el juez, quedó acreditado mediante el interrogatorio de parte formulado al representante legal de las demandadas y del testimonio del señor Ricardo Leyva (minuto 46:05 de la audiencia 18 mayo de 2021 página 1) de la audiencia 18 mayo de 2021 página 1) que este y mi poderdante sostuvieron una relación comercial y de amistad desde hace más de 10 años, producto de la cual, conoció en detalle las características del producto patentado, antes de desarrollar su producto infractor (minuto 25:48 audiencia de 27 de abril de 2021 página 4)..

Finalmente, y tal vez el medio de prueba más contundente en este caso que fue totalmente omitido en la valoración probatoria del A quo, fue el interrogatorio de parte practicado al representante legal de las empresas demandadas; en él se le indagó con una pregunta independiente por cada una de las características técnicas protegidas por las reivindicaciones y si ellas estaban presentes en el producto que sus sociedades comercializaban, a lo cual **TODAS LAS RESPUESTAS FUERON AFIRMATIVAS, CONFESANDO ASÍ (en los términos del artículo Artículo 191 del CGP) QUE CADA CARACTERÍSTICA ENUNCIADA EN LAS REIVINDICACIONES SE ENCONTRABAN EN SU PRODUCTO.** En otras palabras, el representante legal de las sociedades demandadas confiesa la infracción. (minuto 54:20 a 57:00 audiencia de 27 de abril de 2021 página 4).

De forma sorpresiva, el Juez en la sentencia no hizo ningún tipo de referencia a estos medios probatorios en donde por sí mismos, y sin la necesidad de otros medios ya serían suficientes para determinar la existencia de la infracción.

II. INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA

A. Consideraciones previas

El juez en la sentencia valora erróneamente la prueba pericial en la que se establecía que todas las características técnicas protegidas por las reivindicaciones de la patente de modelo de utilidad de mi poderdante se encontraban en el producto infractor.

El Juez de primera instancia (minuto 3.18 de la tercera página de la audiencia de 18 de mayo de 2021) sostiene que para ese *“estrado judicial el producto sobre el cual se alega la infracción corresponde con el diseño industrial tableta para pisos”* titularidad de la demandada. Este punto es de vital importancia porque en un proceso de infracción de patente de modelo de utilidad, como el caso de autos, es irrelevante la existencia de un derecho de una categoría diferente, como lo es el diseño industrial, sobre el producto infractor².

En efecto, es importante aclarar que es posible que sobre un mismo objeto recaigan categorías de derechos de propiedad intelectual diferentes y ello no implica que se debe desconocer el respeto a una de ellas, máxime cuando están en cabeza de personas distintas.

Pensemos, para abstraernos momentáneamente del caso, que una **marca tridimensional** que protege la botella de un perfume en cabeza de una empresa puede ser al mismo tiempo una obra de arte cuyos derechos de autor pertenecen a un escultor.

En el caso planteado, para que la empresa pueda comercializar la marca tridimensional será necesario obtener la autorización del autor, pues de lo contrario se estarían infringiendo los derechos otorgados por la disciplina autoral.

² El Tribunal Andino de Justicia En las interpretaciones 208-IP-2015, 248-IP- 2015, 89-IP-2017, 430-IP-2016, y 117- IP- 2012 ha sostenido una línea sólida respecto al alcance del diseño industrial en donde se sostiene que: “La finalidad del diseño industrial radica en el hecho que ante productos de distinta naturaleza y que reporten la misma utilidad, el consumidor se incline por aquellos que sean de su preferencia estética; así, el fabricante buscará aquellas formas para sus productos, que sean estéticamente atractivas, **dado que el factor determinante en el consumidor para la elección de los productos en el mercado puede radicar en la mera apariencia de los mismos**. En este sentido, el diseño industrial consiste en la innovación de la forma, incorporada a la apariencia externa de los productos” (Negrillas nuestras)

Una vez aclarado el alcance de la figura de la patente de modelo de utilidad, la del diseño industrial y su posible coexistencia será necesario aplicarla al caso en concreto.

Pues bien, en el acervo probatorio que obra en el proceso, específicamente en el interrogatorio de parte al representante legal de las empresas demandadas, en el interrogatorio de parte practicado a la demandante y en los testimonios de los señores Varela (minuto 29:01 página 1 de la audiencia de 18 de mayo de 2021) y Leyva, en su calidad de usuarios es del tipo de productos como los que constituyen el objeto de este litigio se puede apreciar con meridiana claridad que la decisión de un cliente para la adquisición del producto **es su finalidad o características técnicas y no su apariencia estética.**

En este orden de ideas, si el aspecto estético no es la razón para que un usuario final adquiera el producto, sino su funcionalidad, **quiere decir que en el caso de autos la existencia de un diseño industrial en cabeza de las demandadas es completamente irrelevante, ya que la adquisición del producto está determinada por la solución técnica,** que es precisamente la que protege la patente de modelo de utilidad, en otras palabras, no se está ejerciendo el derecho sobre el diseño industrial.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que con el registro de un diseño industrial posterior (como es el caso de autos) se pudiera obviar la protección otorgada a una patente de modelo de utilidad anterior, **se abriría la puerta para desconocer derechos adquiridos previamente** con el solo hecho de adquirir posteriormente otra categoría de derecho, lo cual conduciría a una negación de justicia y una burla al sistema de patentes.

En conclusión, es posible afirmar que las características estéticas del producto de las demandadas están protegidas por un diseño industrial, lo cual NO le confiere una vía libre para explotar su diseño sin que medie la autorización previa del titular del producto patentado.

B. De la prueba pericial

Ahora bien, siguiendo el análisis realizado en la sentencia, el juez considera que el producto con el cual se llevó a cabo la comparación con la patente de modelo de utilidad por parte del perito coincide con el producto comercializado por el demandado (minuto 3:22 de la tercera página de la audiencia de 18 de mayo de 2021), atribuyendo de esta manera credibilidad al trabajo realizado por el perito, desde el punto de vista de que la comparación realizada en el informe se lleva a cabo entre la patente de modelo de utilidad y el producto infractor.

Sorprendentemente, segundos después, citando tres divergencias entre el producto y la patente infringida (minuto 4:28 a 5:12 de la tercera página de la audiencia de 18 de mayo de 2021) el juez sostiene que las mismas “configuran una diferencia con respecto al producto protegido”.

En este punto es imperativo aclarar que al examinar la infracción de una patente **NO SE DEBE REALIZAR UN EXAMEN DE LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS PRODUCTOS**, pues ese análisis está reservado para los signos distintivos. Por el contrario, en el estudio que debe realizarse para determinar la infracción de una patente deberá **contrastarse si las características técnicas contenidas en cada una de las reivindicaciones de la patente se encuentran presentes en el producto infractor**. Esta sutil pero fundamental diferencia conduce a la indebida valoración que el juez hace de la prueba pericial.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia han establecido la manera en que se debe llevar a cabo el estudio para determinar si un producto infringe una patente de invención o de modelo de utilidad. Empecemos por decir que de acuerdo con la Decisión Andina 486, artículo 51, el alcance de la protección de la patente está determinado por el tenor de las reivindicaciones, es decir, que se deberá tener en cuenta la totalidad de la reivindicación (preámbulo y parte caracterizante). Con esto en mente, se deberá hacer un análisis para determinar si las características del producto presuntamente infractor se enmarcan en el ámbito de protección de las reivindicaciones. Al respecto el Indecopi de Perú, que valga la pena recordar, aplica la misma Decisión 486, al conocer de un caso de infracción de patentes de julio de 2021 sostuvo:

“Así, se observa que la regla técnica divulgada por la nota reivindicatoria constituye el elemento fundamental a efectos de delimitar el ámbito de protección de una patente, delimitación que además será complementada por el texto de la memoria descriptiva y los propios dibujos.

En atención a lo expuesto, se afirma que existirá infracción a una patente si la definición prevista por una reivindicación es reproducida o incorporada por la realización objeto de cuestionamiento.³”

Ahora bien, es necesario en este punto aclarar que la infracción puede ser literal, o por equivalentes, tal como lo sostiene Soonwoo Hong, Consejero de la División de Pymes de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), quien, sobre el particular, sostiene que:

³ INDECOPI, EXPEDIENTE N° 000434-2021/DIN, RESOLUCIÓN N° 000077-2021/CIN-INDECOPI Lima, 13 de julio de 2021.

“Existirá infracción cuando cada uno de los elementos de una reivindicación (preámbulo y parte caracterizadora) está incluido en la presunta infracción, ya sea en forma literal o como equivalentes⁴”

Nótese que para que haya infracción se dice que todos los elementos de la reivindicación deben estar incluidos en el producto infractor y **no viceversa**; es decir no todos los elementos del producto presuntamente infractor deben estar presentes en la patente. **Este es el error en el que incurre el Juez de primera instancia en su precario ejercicio de comparación.**

Así las cosas, una muestra más de la indebida valoración de la prueba está en que, aunque el *a quo* afirma en su sentencia (minuto 4:28 a 5:12 de la tercera página de la audiencia de 18 de mayo de 2021) que uno de los pilares fundamentales para llegar a la decisión fue el dictamen pericial en donde se mencionan 3 diferencias entre el producto y las reivindicaciones de la patente de modelo de utilidad (página 21, puntos 8.1, 8.2 y 8.3), pasa por alto que en el mismo párrafo del dictamen citado (página 21, punto 3) sostiene el experto que dichas diferencias no se encuentran en las reivindicaciones y que, por tanto, existe una infracción (página 22, punto 9). Al respecto en el Informe se sostiene:

*“Existe divergencia entre ambos productos por cuenta que el producto presuntamente infractor presenta unos cortes circulares en las paredes de la estructura aligerada interna (gráficas 5, 6, 7 y 8), los cuales configuran una diferencia con respecto al producto protegido, no obstante, en mi opinión esto no es considerado como novedad, debido a que, si bien permite pasar elementos como cableado al interior de las losas, constituye un debilitamiento de la estructura, máxime cuando esta estructura está desprovista de nervaduras. **De cualquier manera, esta característica no hace parte de las reivindicaciones protegidas.***

*En consecuencia, **efectivamente existe una infracción de la patente de modelo de utilidad** número 16-024130 concedida a MODULDECKS S.A.S. por parte del producto de la compañía T-TRIX SOLUTIONS S.A.S. e INTO-IT BTL S.A.S. Toda vez que, al comparar ambos productos físicos, se evidencia que las propiedades y características del producto infractor son idénticas a las del producto protegido. En el mismo sentido, las reivindicaciones de la patente del producto protegido están presentes en las propiedades y características del producto infractor.”* (negritas fuera del texto)

⁴ Soonwoo Hong, ‘Reivindicar lo que importa: redactar reivindicaciones de patente con un claro propósito comercial’, disponible en http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/es/documents/pdf/drafting_patent_claims.pdf, p. 6.

Es decir, el perito realiza su labor en consonancia con lo dispuesto por la jurisprudencia internacional y por la doctrina⁵ mencionada en líneas anteriores en el sentido de constatar que los elementos de la reivindicación estén incluidos en el producto infractor y **no viceversa como lo hizo el juez, llegando el experto a la conclusión de la existencia de la infracción.**

Cabe señalar que el dictamen pericial no fue controvertido por la demandada, lo que lo hace plena prueba; de ahí que deba ser valorado por el juzgador conforme las reglas de la sana crítica.

C. Del testimonio técnico

En la Sentencia el juez afirma (minuto 5:33 a 5:51 de la tercera página de la audiencia) que el testigo ANDRÉS DIMIÁN POVEDA al responder una pregunta del despacho afirmó que *“analizados los productos que comercializan las demandadas se trata sin duda alguna del mismo diseño industrial de la cual estas gozan derechos”*

En cuanto al razonamiento del juez es importante reiterar que el problema jurídico principal de este caso no era determinar si el producto infractor gozaba de un derecho de diseño industrial (protector de la apariencia del producto), sino si dicho producto infringía el derecho de patente de modelo de utilidad de mi poderdante, cosa que el testigo técnico confirmó al afirmar la existencia de la infracción, no por las diferencias, sino porque todas las características protegidas por las reivindicaciones de la patente se encuentran presentes en el producto protegido

No se entiende entonces cómo el juez desestima las conclusiones del testigo técnico acerca de la comisión de la infracción en favor de la existencia de un derecho de diseño industrial que a todas luces resulta irrelevante para la determinación de la violación al derecho de patente de modelo de utilidad.

III. Desconocimiento de la prueba de la infracción al derecho de la patente de modelo de utilidad

En el dictamen pericial se realiza una comparación minuciosa de las características técnicas del producto infractor y las reivindicaciones de la patente de modelo de utilidad, concluyendo que todas las características técnicas protegidas por la patente están presentes en el producto comercializado por las empresas demandadas y, por tanto, se configura una infracción.

⁵ Ibidem.

El juez en sus precarios argumentos hizo lo contrario a lo que dicta las reglas de la comparación expuestas en el epígrafe anterior, se limitó a decir que había características diferentes en el producto infractor y no realizó mención alguna respecto de las características técnicas contenidas en las reivindicaciones de la patente de modelo de utilidad que de forma evidente presenta el producto de las demandadas.

Lo que más desconcierto crea de la sentencia es que se desconozca no solamente el dictamen pericial, sino el hecho que los testigos declarantes (señor José Varela minuto 33:41 de la audiencia de 18 de mayo página 2) **y hasta la parte demandada** han sido explícitos y precisos en la narración de los hechos que muestran que el producto empleado por la demandada contiene las características técnicas protegidas por las reivindicaciones de la patente infringida.

IV. Infracción directa de las normas sustanciales que protegen el derecho del titular de la patente de modelo de utilidad por falta de aplicación y APLICACIÓN indebida.

El Juez en su sentencia realiza una precaria comparación de los productos comercializados por las empresas demandadas sin atender a las disposiciones establecidas en la Decisión Andina 486 de 2000. El Artículo 51 establece

El alcance de la protección conferida por la patente estará determinado por el tenor de las reivindicaciones. La descripción y los dibujos, o en su caso, el material biológico depositado, servirán para interpretarlas.

En la sentencia el Juez sostiene (minuto 6:08 a 6:31 audiencia página 3) de la tercera página de la audiencia) “No está entonces probadas (sic) que las accionadas **hagan reproducción** del modelo de utilidad *cubierta para gramillas y superficies similares conformada por losas interconectadas y la losa para conformar dicha cubierta* dichas conclusiones permiten establecer al despacho que los derechos de propiedad industrial de la demandante no se ven infringidos por el producto de las demandadas” **negrita fuera del texto.**

Nótese que el Juez habla expresamente de “reproducción” concepto que no se encuentra en el artículo 51 transcrito anteriormente, y que a todas luces es un concepto más restringido que el establecido en la norma andina.

En efecto, la comparación entre un producto infractor y una patente bien sea de invención o de modelo de utilidad no puede circunscribirse a que exista una “reproducción”, ya que entonces bastaría variar algún elemento secundario de cualquier invención patentada para que con este solo hecho la protección ofrecida por el derecho de patente se tornara inane.

Con el fin de evitar este tipo de situaciones se ha creado la llamada teoría de los equivalentes⁶; la doctrina al respecto sostiene que “(...)la mayoría de los sistemas de patentes permiten que el texto de una reivindicación se interprete más allá de su significado literal, de modo que incluya características o actividades ‘equivalentes’ a las descritas en la reivindicación(...)”.⁷ Esta doctrina ha sido acogida por la jurisprudencia andina en un reciente fallo del Indecopi⁸ al decidir un caso de infracción de patente donde se sostiene:

“Debe mencionarse que una patente no ve limitado su ámbito de protección a la literalidad de los elementos que constituyen la reivindicación o reivindicaciones que ampara toda vez que, al momento de determinar su alcance, también puede considerarse como elemento protegido aquel que resulte equivalente a un elemento especificado en la reivindicación. Dicho enunciado constituye la esencia de la interpretación por equivalencia, o no literal, de las reivindicaciones, según la cual los productos que incorporan variaciones técnicamente equivalentes a los elementos de la regla técnica amparada por una patente representan una vulneración al ámbito de protección de la misma. Como respaldo contemporáneo de dicha doctrina, se asevera que el hecho de limitar el ámbito de protección de una patente al contenido literal de sus reivindicaciones desnaturalizaría el sistema de protección concedido a las patentes ya que, en dicho entendido, bastaría efectuar cambios insustanciales para evitar la acción persecutoria regida por ley.”

Así las cosas, tanto la doctrina como la jurisprudencia han interpretado que el alcance de las reivindicaciones va más allá de una infracción literal, es decir se amplía el alcance de lo expresamente contenido En el texto de la patente, con lo

⁶ GUZMÁN D., “DEL ALCANCE DE LA PATENTE AL CONCEPTO DE INFRACCIÓN” en RENGIFO, E. y otros, Derecho de Patentes. Universidad Externado de Colombia: Bogotá. 2016. Pág. 789. La doctrina de equivalentes apareció por primera vez en el caso Winans v. Denmead, 56 U.S. 330, 14 L. Ed. 717, 1853 U.S. Lexis 288 (1853). En él se discutió si los carros octagonales para transportar carbón, fabricados por Denmead, constituían una infracción a la patente de Winans sobre carros circulares para el transporte del mineral. Dentro de su estudio, la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo que considerar si la diferencia en la forma de los vehículos era suficiente para exonerar a los demandados de la demanda por infracción

⁷ KRESALJA ROSSELLO, Baldo. El alcance de la protección de la patente de invención otorgada por el artículo 51 de la Decisión 486 y la aplicación de la Doctrina de los Equivalentes. *Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Patentes de Invención VII*, nº 7 (2011): 203-228. p. 216.

⁸ INDECOPI, EXPEDIENTE N° 001858-2019/DIN, RESOLUCIÓN N° 000074-2021/CIN-INDECOPI Lima, 06 de julio de 2021.

cual iría en contra del desarrollo del sistema de patentes mismo acoger una interpretación de la norma como la realizada por el juez de primera instancia, en el sentido de requerir la existencia de una **reproducción** para que se configure la infracción.

Es así que el Despacho violó rotundamente los preceptos legales que debió aplicar al caso concreto para resolver sobre las pretensiones de la demanda.

v. Desconocimiento de la prueba de la existencia del perjuicio.

En el interrogatorio de parte practicado al representante legal de las empresas demandadas se aceptó que dichas empresas participaron en los siguientes eventos en flagrante infracción de la patente de modelo de utilidad de mi cliente.

- Evento BODIES 2019 - realizado en el centro comercial Unicentro en la Ciudad de Cali desde el 23 de marzo hasta el 19 de mayo de 2019.
- Evento BODIES 2019 - realizado en el centro comercial Unicentro en la ciudad de Bogotá desde el 01 de junio hasta el 25 de agosto de 2019.
- Evento BODIES 2019 - realizado en Medellín vía Envigado desde el 13 de septiembre y aún en presentación.
- Evento BESTIAL SHOW, realizado en el polideportivo sur de Envigado el 06 de agosto de 2019. 5. Evento BOX AUTO SHOW, realizado en el Centro Comercial Unicentro de la ciudad de Bogotá desde el 19 hasta el 22 de septiembre de 2019.
- Evento STEREO PICNIC, realizado en Briceño los días 5,6y 7 de abril de 2019
- DADDY YANKEE, El día 26 de junio de 2019

Como consecuencia de estos usos las empresas demandadas, en concordancia con lo expuesto en el interrogatorio de parte de las demandadas obtuvieron ingresos por más de 160 millones de pesos que significaron un lucro cesante para mi cliente, ya que, como ha sido mencionado a lo largo del litigio, el mercado de los pisos modulares para eventos de gran tamaño es muy reducido en el país, y mi poderdante es el único, además del infractor, quien ofrece este servicio.

Lo anterior de acuerdo con el artículo 243 de la Decisión Andina 486 de 2000 que establece:

Artículo 243.- Para efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los criterios siguientes:

a) el daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción;

- b) el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; o,
 - c) el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual,
- teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido.

En cuanto al monto del perjuicio, en atención a lo dispuesto en el art. 206 CGP, comoquiera que no se objetó el juramento estimatorio, se tiene por probado el monto alegado por la demandante.

V. Solicitud de interpretación prejudicial

En aplicación del artículo 123 del Tratado de creación del Tribunal Andino de Justicia respetuosamente solicito que se acuda a este Tribunal para que este emita la interpretación prejudicial consagrada en la norma mencionada.

En dicha interpretación se solicita que el Tribunal Andino se pronuncie sobre las siguientes.

Normas

Artículo 51 de la Decisión Andina 486 de 2000.

Artículo 52 literal a) de la Decisión Andina 486 de 2000

Temas objeto de la interpretación:

1. Determinación del alcance de las reivindicaciones.
2. Comparación las reivindicaciones con las características del producto infractor.
3. Concurrencia de diferentes categorías de derechos sobre un mismo producto.

Preguntas formuladas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la Decisión Andina 486 de 2000 indique cuál es el alcance de las reivindicaciones contenidas en una patente de modelo de utilidad.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la Decisión Andina 486 de 2000 indique la manera en que se debe realizar la comparación entre las reivindicaciones de una patente y un producto presuntamente infractor.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 literal a de la Decisión Andina 486, ¿afecta el derecho exclusivo otorgado por una patente la existencia de un derecho de diseño industrial posterior concedido sobre el producto presuntamente infractor?

IV. SOLICITUD

En atención a los planteamientos formulados aquí, solicito al H. Tribunal:

1. Revocar la decisión mediante la cual la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, despachó de manera desfavorable las pretensiones de la demanda.
2. En su lugar, acceder a las mismas.

Atentamente,



MANUEL GUERRERO GAITÁN
CC 79796150
TP 114.230

Honorable Magistrado
JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

E. S. D.

Referencia: Acción de Protección al Consumidor Financiero de **CINE COLOMBIA S.A.S.** en contra de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (Llamado en garantía: **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**).

Radicado: 110013199003-2018-02558-03

Asunto: Sustentación del recurso de apelación.

ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS, ciudadano colombiano, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (en adelante, "Acción" o "mi representada") en el proceso de la referencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 en consonancia con el artículo 322 y siguientes del Código General del Proceso, respetuosamente me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia de primera instancia que fue proferida por la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** (en adelante, la "Delegatura") el 24 de septiembre de 2020.

ACLARACIÓN PRELIMINAR: ESTRUCTURA DEL ESCRITO

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

1. En primer lugar, se hará un breve resumen de los hechos, antecedentes y relaciones negociales que motivaron este proceso. Lo anterior, con el propósito de que el Tribunal pueda analizar los argumentos de este recurso a la luz de las

particularidades del caso, sin caer en los errores e imprecisiones que cometió la Delegatura al realizar un estudio general con base en documentos y hechos que corresponden a otros procesos judiciales similares que Acción ha venido atendiendo de forma paralela ante ella y que no tienen cabida en el que nos ocupa.

2. En segundo lugar, se hará referencia a la incongruencia en la que incurrió la Delegatura entre la motivación y la decisión que finalmente se tomó en la sentencia de primera instancia. Este yerro básicamente obedece a que la Delegatura realizó un estudio por fuera de la órbita contractual que demarcaba la relación entre **CINE COLOMBIA S.A.S.** (en adelante, la “Demandante”) y Acción, y utilizó un análisis abiertamente distante al objeto del proceso que, en últimas, derivó en una sentencia que no corresponde a la realidad procesal y que desconocen su objeto mismo (esto es, realizar y fallar un juicio de responsabilidad civil propio de la acción de protección al consumidor financiero y no, como se terminó haciendo, adelantar una actuación administrativa sancionatoria).
3. Posteriormente, se señalarán y analizarán los presupuestos estructurales de responsabilidad civil contractual que establece el artículo 1604 del Código Civil de cara al caso que nos ocupa, para demostrar que los mismos no fueron acreditados suficientemente dentro del presente proceso y que, por lo tanto, no se ha debido fallar en contra de mi representada.

Al respecto, no debe pasarse por alto que este proceso se enmarca en el presupuesto estructural de “culpa probada”. Por consiguiente, si no son acreditados suficientemente todos los elementos constitutivos de responsabilidad civil contractual —como en efecto aconteció—, no es posible decidir ni reafirmar un fallo en contra de Acción. La Delegatura parece haber olvidado este presupuesto por completo.

4. Enseguida, se hará referencia a la sentencia de segunda instancia que profirió la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali en el proceso de referencia 2018-00083. Dicha providencia se emitió con ocasión de un proceso judicial que promovió otro inversionista del proyecto Marcas Mall en contra de mi representada por unos hechos y pretensiones prácticamente iguales a los que motivaron el proceso de la referencia. En nuestro respetuoso criterio, ese fallo en segunda

instancia resulta fundamental para que este Tribunal pueda decidir el recurso de apelación que nos ocupa, pues allí se decantaron los argumentos que permiten exhibir y rebatir por completo los errores en los que incurrió la Delegatura.

5. Finalmente, se hará énfasis en los yerros en los que incurrió la Delegatura al analizar y decidir el llamamiento en garantía que promovió mi representada en contra de **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** (en adelante, la “Llamada en Garantía”). Lo anterior, de tal forma que, ante una eventual providencia que reafirme lo decidido en la sentencia de primera instancia o cualquier otra condena en contra de mi representada, la Llamada en Garantía asuma el pago íntegro de la correspondiente condena.

Frente a esto, de entrada, debemos decir que resultó sorprendente la forma en la que la Delegatura analizó y desechó el llamamiento en garantía, aplicando para el efecto un racero y una carga excesiva a mi representada, olvidando todos los planteamientos que aplicó justamente para analizar y decidir las pretensiones de la demanda principal en contra de Acción. Olvidó la Delegatura que, frente a la póliza de seguros con base en la cual mi representada presentó el llamamiento en garantía, ella es un consumidor financiero —condición que, por lo demás, no se pierde por el hecho de que ella sea una sociedad fiduciaria—, al cual le son aplicables todos los razonamientos, principios y derechos que consagra el régimen legal vigente en punto a la protección y salvaguarda de los consumidores financieros en Colombia. No puede ser que esos razonamientos, principios y derechos sí hayan sido tenidos en cuenta para decidir la demanda principal, pero no para el análisis del llamamiento en garantía.

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

Documentos contractuales para el desarrollo del proyecto:

1. Contrato Inicial

Fecha: 17 de diciembre de 2013

Promotor: Urbo Colombia S.A.S.

Objeto: administración de recursos para desarrollo del proyecto marcas mall. Encargo de Preventas Simple.

Proyecto: 340 unidades, 139 oficinas y 1800 parqueaderos

Condiciones para punto de equilibrio: el promotor debe demostrar cumplimiento a la Fiduciaria- fecha 20 de mayo de 2015 prorrogable unilateralmente por el promotor por 1 año más, es decir **hasta 20 de mayo de 2016**.

2. Cesión

Fecha: 20 de enero de 2014.

Urbo le cede a Promotora Marcas Mall el 100% de los derechos fiduciarios y de beneficio. (las dos sociedades tienen el mismo representante legal Fernando Amorocho)

La fiduciaria firma en señal de aceptación.

3. Vinculación:

Encargos de vinculación para administración de recursos y, en algunos casos, promesas de compraventa entre el inversionista y Promotora Marcas Mall.

Los Encargos de vinculación para administración de recursos eran suscritos por mi representada y, en algunos casos, se celebraban promesas de compraventa entre el inversionista y Promotora Marcas Mall. A raíz de la firma del Encargo y dependiendo de cada caso particular, se firmaron los siguientes Otrosí:

Otrosí 1

Fecha: 2 de marzo de 2014

Modifica:

Objeto: administrar recursos de los inversionistas para desarrollo del proyecto, una vez acreditadas las condiciones de punto de equilibrio, recibir recursos provenientes de unidades arrendadas por el fideicomiso a terceros.

Proyecto: 340 unidades aproximadamente, 139 oficinas, 1800 parqueaderos.

Incluye parágrafo 5 a la cláusula tercera: las condiciones de transferencia de los recursos aplicaran únicamente sobre los recursos transferidos por inversionistas de unidades.

Otrosí 2

Fecha: 21 de mayo de 2014

Modifica:

Clausula tercera: se eliminó el numeral 4 de las condiciones para la entrega de recursos que decía: haber celebrado promesas iguales al 52% del total de las ventas estimadas.

A través de este otrosí se agregó la expresión “si es el caso”, en las condiciones 1,2.,3, y 4.

Otrosí 3

Fecha: 28 de octubre 2014

Está relacionado en el acta de verificación de cumplimiento de requisitos encargo fiduciario de preventas promotor MR- 799 Marcas Mall.

Modifica:

Cláusula tercera condiciones para la transferencia de los recursos, eliminando el numeral sexto que establecía: que los encargos fiduciarios de los inversionistas cuenten en suma con saldos equivalentes al 15% del valor de las unidades comprometidas en compraventa por los inversionistas.

Fecha para cumplimiento: 15 de diciembre de 2014 prorrogable unilateralmente por el promotor por 6 meses más, es decir **15 de junio de 2015**.

Otrosí 4 Fecha: 24 de diciembre de 2014

Objeto: Expedir certificados de garantía para garantizar obligaciones del fideicomitente o de terceros, títulos valores, fuentes de pago.

Se incluye clausulado de reglamentación de ejecución de la garantía.

Se modifica las condiciones de inicio del proyecto. El término para acreditar condiciones es hasta el 15 de diciembre de 2014 prorrogable unilateralmente por el promotor por un término de seis meses más, es decir hasta el 15 de junio de 2015.

4. Acta de verificación de cumplimiento de requisitos encargo fiduciario de preventas Promotor MR- 799 Marcas Mall

Fecha documento: 04 de noviembre de 2014

El acta indica que se procedió a verificar la documentación aportada por el promotor para la etapa piso 1 y piso 2:

- No se requiere permiso de ventas por ser comercial
- Resolución 76001-2-14-021 del 4 de noviembre de 2014-licencia de construcción. Titulares: Jorge Ernesto Contreras Mayorga y Laboratorios Baxter
- Carta de promotora marcas mall, certificando que no necesita crédito constructor, porque será construido directamente con recursos de la venta de las unidades, suscrita por revisor fiscal.
- Se constituyeron 91 encargos por la suma de \$92.336.645.306
- La promotora marcas mall suministro el presupuesto y flujo de caja del proyecto aprobados por el interventor y el promotor
- La promotora marcas mall suministro certificado de tradición del folio 370-695292 correspondiente al lote Baxter, debidamente registrado a favor del FA-2351 Marcas Mall

Como consecuencia de lo anterior, en la mencionada acta se estableció:

“Se concluye que se cumplieron con las condiciones establecidas en el contrato, por lo tanto, la FIDUCIARIA procederá a poner a disposición de dicho fideicomiso los recursos recaudados en la preventa según las instrucciones definidas”

Suscriben Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. (Fernando Amorocho) y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (Alvaro Salazar).

Breve explicación de los hechos que motivaron este proceso:

Tal y como se desprende de las etapas y documentos contractuales identificados en los numerales anteriores, en síntesis, el proyecto se desarrollaría de la siguiente manera: las personas interesadas en invertir en ese proyecto celebrarían encargos fiduciarios con Acción (preventas) y, una vez cumplidas las condiciones previstas para el efecto — esto es, el “punto de equilibrio” — mi representada transferiría los recursos económicos de los encargos fiduciarios al fideicomiso FA-2351, para que MARCAS MALL CALI—en calidad de Promotor— se encargara de llevar a cabo la construcción del proyecto.

Con el propósito de que se lograra la comercialización del proyecto Marcas Mall, MARCAS MALL CALI —en calidad de Promotor— asumió labores de promoción y comercialización directa con los potenciales inversionistas. Así, en gran medida, el

Promotor fue el encargado de mantener los contactos directos con los inversionistas, absolver sus dudas, bríndales información del proyecto, y establecer con ellos los términos en los que se vincularían al proyecto y a los respectivos vínculos negociales. Esta situación fue suficientemente desarrollada y reconocida por la parte demandante en el interrogatorio de parte.

Adicionalmente, teniendo en cuenta la experiencia profesional de MARCAS MALL CALI—en calidad de Promotor—, conforme a la normatividad legal aplicable para ese momento —tal y como se explicará en detalle en este escrito—, esta sociedad y mi representada acordaron que MARCAS MALL CALI sería la encargada de evaluar y definir el momento en el que se cumpliría el “punto de equilibrio”, para que enseguida Acción transfiriera los recursos de los encargos fiduciarios individuales de los inversionistas al fideicomiso FA-2351. Hay que decirlo con total contundencia desde ahora: la fijación del “punto de equilibrio” y de las condiciones respectivas fue un asunto que asumió contractualmente el Promotor, frente a lo cual mi representada sólo debía transferir los recursos cuando el Promotor confirmara el cumplimiento de los respectivos requisitos técnicos —situación que, tal y como se explicará en detalle más adelante, era por completo concordante con el ordenamiento jurídico vigente—.

Hasta el año 2015, el señor German Puerto Castañeda, en su calidad de interventor, suministró el presupuesto y flujo de caja del proyecto previa revisión del promotor del proyecto. Con el aval presupuestal del interventor, el proyecto contaba con los recursos necesarios para su construcción, pues la transferencia de recursos se había dado por el cumplimiento de los requisitos dándole de esta manera viabilidad financiera al proyecto MARCAS MALL CALI.

El 16 de octubre de 2016, MARCAS MALL CALI —en calidad de Promotor del proyecto Marcas Mall— cedió el 70.4% su posición contractual de Fideicomitente dentro de Fideicomiso FA 2351 Marcas Mall a la sociedad URBANIZAR. Esta cesión se dio con el fin de robustecer la experiencia en este tipo de proyectos, en tal sentido, la llegada de un promotor con más experiencia era garantía para el éxito del proyecto.

ENCARGOS FIDUCIARIOS

En línea con la estructura de negocio antes descrita, el día 11 de abril de 2014 se suscribió el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010251, entre el Demandante y mi representada, con el ánimo de que se vincularan como inversionistas del proyecto Marcas Mall. En dicho contrato, Acción asumió la obligación de actuar

única y exclusivamente como administradora del encargo fiduciario y, por esa vía, transferir los recursos económicos que lo componían al fideicomiso FA-2351 Marcas Mall cuando el Promotor acreditara, informara e instruyera el cumplimiento de las condiciones técnicas previstas para el efecto —esto es, el “punto de equilibrio”—.

En el Contrato de Encargo Fiduciario individual inicial se dispuso que el plazo que tenía el Fideicomitente Promotor para acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos vencía el día 15 de diciembre de 2014, término que podría prorrogarse por seis meses más, es decir, hasta el día 14 de junio de 2015.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

A su turno, y de conformidad con los hechos antes anotados, el demandante interpuso la acción de protección al consumidor financiero que sustenta el proceso de la referencia. Tal y como se desprende de la demanda correspondiente, para la parte Demandante mi representada *“incumplió gravemente”* las condiciones establecidas en el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010251.

Por alguna razón que aún no se ha podido establecer, las demandantes decidieron encaminar su acción únicamente en contra de Acción, a pesar de que —como se explicó arriba— el negocio fiduciario y el proyecto Marcas Mall implicaba una serie de obligaciones para MARCAS MALL CALI y URBANIZAR —en sus calidades de Promotores del proyecto, según lo que se enunció—; de tal suerte que gran parte de los reparos de la Demandante se relacionan con las obligaciones contractuales que asumió URBANIZAR y la promotora MARCAS MALL CALI.

El demandante fue enfático en su demanda en manifestar que Acción incumplió el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010251, restringiendo sus argumentos a unas inconsistencias que alegan observar entre una serie de documentos y uno denominado *“Acta de Verificación de Cumplimiento de Requisitos Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 MARCAS MALL”*.

En línea con lo que se anunció antes, teniendo en cuenta que en abril del año 2014 se suscribió el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010251 entre el Demandante y mi representada, es importante en este punto poner de presente a este Tribunal que los requisitos y el punto de equilibrio habían sido acreditados por el promotor del proyecto (MARCAS MALL CALI) con anterioridad, tal y como le

correspondía conforme a las obligaciones contractuales que ella asumió. En ese sentido, el planteamiento del cual partió la demanda y, por contera, la sentencia de primera instancia es equivocado:

- En primer lugar, al momento de firmar el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010251, el Demandante tenía pleno conocimiento de las condiciones y de los requisitos para la transferencia de recursos, pues el contrato que firmaron contenía toda la información y en el interrogatorio de parte el aquí demandante reconoció que había leído y entendido el clausulado del mentado contrato (derivado 02). De igual manera, en el interrogatorio rendido por la representante legal de Acción y por la documental obrante a derivado 00 (acta de verificación) aportada por la parte Demandante, se dio cuenta de la acreditación de la totalidad de los requisitos de conformidad con los soportes presentados por el Promotor del Proyecto.
- En segundo lugar, quien funge en el presente proceso como Demandante, gozaba y aún hoy goza de las calidades y cualidades que las acreditan como personas expertas en este tipo de negocios. Por lo tanto, para el momento en el que se suscribieron los documentos contractuales, el Demandante era plenamente conscientes de lo que estaba aconteciendo, de las obligaciones y roles que asumían las partes del negocio, y de las cargas que a ellas mismas les correspondían. Por ende, es contradictorio la forma en la que se analizó su participación en la sentencia de primera instancia, partiendo de una premisa errada. Por sus calidades, el demandante estaba obligado a comportarse como tal y con la posibilidad de exigirle con mayor rigurosidad las conductas propias de un experto al firmar estos negocios fiduciarios. Esta situación está suficientemente probada con la declaración rendida por el demandante, quien afirmó que ha firmado varios contratos de esta estirpe (interrogatorio de parte – audiencia inicial).

Además, debe recordarse que, en el transcurrir del proceso, quedó claro también que las Demandantes no entregaron la totalidad de los recursos que se acordaron:

El Contrato de Encargo Fiduciario Individual No. 0001100010251 fue suscrito por **CINE COLOMBIA S.A.S.**, como INVERSIONISTAS del Proyecto denominado MARCAS MALL, PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., en calidad de FIDEICOMITENTE PROMOTOR y CONSTRUCTOR RESPONSABLE del PROYECTO, y **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA**

S.A., en calidad administradora del MR-799 MARCAS MALL, calidad reconocida por el **DEMANDANTE**, ya que en la Cláusula Décima del mencionado contrato, se dispone que la FIDUCIARIA actúa única y exclusivamente como administradora fiduciaria del encargo fiduciario.

En cuanto a los recursos efectivamente entregados, el demandante antes identificado no entregó la totalidad de recursos porque, si bien en el Encargo Fiduciario Individual No. 0001100010251 se consignaron MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES VEINTISIETE MIL CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$1.982.027.059), NO es cierto que en el plan de pagos acordado se haya estipulado cancelar el excedente al momento de la escrituración, lo que deja en evidencia su incumplimiento contractual al no haber pagado la totalidad de lo pactado.

Por lo anterior, quien realmente incumplió los vínculos contractuales y sus obligaciones respectivas fue el aquí Demandante, pues se sustrajo del pago que le correspondía sin fundamento contractual para hacerlo, generando así una afectación de la cartera del proyecto, que desencadenó una imposibilidad para poder completar el mismo. Debe decirse con total claridad: esa decisión unilateral de la parte Demandante —y, por lo demás, la de todos los inversionistas adicionales del proyecto Marcas Mall en esa misma línea— fue lo que realmente generó la suspensión de su desarrollo. Como se explicará más adelante en detalle, la Delegatura se limitó simplemente a identificar fallas en el actuar de mi representada para, por ese solo hecho, condenarla, sin realmente entrar a agotar los elementos que debía dentro del proceso de responsabilidad civil contractual.

En suma, el Demandante conocía y entendía la realidad del negocio fiduciario y el proyecto inmobiliario —en su estado real y actual para ese entonces— al momento de firmar el contrato de Encargo Fiduciario individual No 0001100010251. Además, contaba con todas las herramientas para firmar el contrato; más aún, teniendo el grado de experiencia en este tipo de negocios, por lo que ello ha debido ser considerado en la sentencia de primera instancia.

Actuación administrativa adelantada por la Superintendencia Financiera de Colombia

Con ocasión de los hechos antes anunciados y lo acontecido en el Proyecto Marcas Mall —entre otros—, la **DELEGATURA PARA FIDUCIARIAS DE LA SUPERINTENDENCIA**

FINANCIERA inició un proceso administrativo sancionatorio en contra de mi representada. Para el efecto, dicha Delegatura le presentó a un Pliego de Cargos con la referencia 2018127962-000-000.

En razón a ese proceso administrativo sancionatorio, se expidió en primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el **SUPERINTENDENTE FINANCIERO**.

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

Con base en el contexto y antecedentes antes expuestos, conviene hacer una especial mención sobre los yerros que se cometieron en la sentencia en punto de su congruencia y motivación.

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

Tal y como se desprende del fallo, el análisis de la Delegatura se circunscribió a estudiar y establecer las presuntas falencias en las que incurrió mi representada, como sociedad fiduciaria, en el desarrollo de (i) el encargo fiduciario MR-799, (ii) el contrato de fiducia de administración FA-2351, y (iii) el contrato de Encargo Fiduciario individual No 0001100010251 que se suscribió con el Demandante; dejando de lado el real propósito que le correspondía: analizar y definir si en el presente caso, con base en los hechos y pretensiones que formuló la parte Demandante, se configuraban los elementos constitutivos de la responsabilidad civil contractual y, en caso afirmativo, si era procedente una sanción a cargo de Acción.

Sumado a lo anterior, en términos generales —y más allá de ser completamente improcedente—, en su razonamiento, la Delegatura planteó una serie de consideraciones que son equivocadas y contrarias al marco normativo vigente. De manera empecinada y sin razón alguna, la Delegatura decidió aplicar unas normas jurídicas que no correspondían y realizar una serie de interpretaciones contrarias a derecho, con la única intención de concluir fallas en la conducta de mi representada. En

este ejercicio, incluso la Delegatura terminó desconociendo actuaciones y conclusiones que la propia **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA** había decantado en el proceso administrativo sancionatorio antes referenciado que adelantó en contra de mi representada por lo que aconteció en la sucursal de Cali y el proyecto Marcas Mall.

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

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

Con esto, la Delegatura cercenó uno de los pilares fundamentales de la defensa que mi representada había estructurado a partir de una premisa estructural: si es cierto que el Demandante sufrió un daño en virtud de los hechos que motivaron este proceso, el mismo habría sido el resultado de un comportamiento antijurídico de PROMOTORA MARCAS MALL CALI y URBANIZAR, en su condición de Promotores del Proyecto Marcas Mall.

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

Al respecto, el artículo 90 del CGP establece que:

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

Así las cosas, el Demandante ha debido vincular y promover su demanda también en contra de PROMOTORA MARCAS MALL y URBANIZAR, ya que ellos hacían parte del contrato de encargo fiduciario MR-799 y del Fideicomiso FA-2351 —que son justamente los que la Delegatura utilizó como sustento para condenar a mi representada—. Pese a dicho error, la Delegatura decidió negar la excepción propuesta por mi representada y avalar la configuración del contradictorio en desmedro de los deberes que contempla el artículo 132 del CGP.

Lo realmente desconcertante de esto es que incluso, en su sentencia, la propia Delegatura reconoció que dicho contrato de encargo fiduciario se encontraba coligado con el contrato de fiducia de administración FA-2351 y el contrato de Encargo Fiduciario individual No. No 0001100010251; por lo que entonces no se entiende cómo ella podía decidir sobre un supuesto incumplimiento del mismo sin que todas las partes de esos contratos hubieran participado en este proceso.

Al respecto, en un caso en el que se están ventilando hechos y pretensiones similares a las que nos ocupan, la honorable Sala Civil del Tribunal Superior de Cali decretó la **NULIDAD** de lo actuado con base en los siguientes argumentos:

*“Dicho con otras palabras, la naturaleza de la relación sustancial debatida **imponía integrar el contradictorio con el referido promotor - PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., como parte que fue del negocio jurídico, quien tenía a su cargo varias obligaciones y quien evidentemente resultara afectado con el fallo si se declara la resolución del plurimencionado contrato, por lo que, sin su presencia en el proceso no era -ni es- posible resolver de mérito sobre las pretensiones formuladas.***

En efecto, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, “si a la formación de un acto o contrato concurren dos o más sujetos de derecho, la resolución, la disolución, la nulidad, la simulación, o, en general, cualquier alteración o modificación del

mismo no podría decretarse eficazmente en un proceso sin que todos esos sujetos hubieran sido convocados a éste.” (C.S.J. Cas. Civil. de 8 de mayo de 1992.) (resalta la Sala)”¹

De lo anterior se concluye que además de no convocar a las partes que constituyen litisconsorcio necesario, el negocio celebrado por Cine Colombia tuvo las siguientes características:

1. La **DEMANDANTE** estaba comprando un inmueble futuro, y ese era su interés principal, su vinculación al encargo era un hecho subsidiario. Lo que extraña el **DEMANDANTE** es que no le hayan entregado el local adquirido, hecho del que no es responsable la fiduciaria, ni el encargo, sino el promitente vendedor que era la sociedad PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S.

El verdadero negocio fue el suscrito entre PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S. y **CINE COLOMBIA**, el contrato de promesa de compraventa, la intención de **CINE COLOMBIA** no era vincularse a un encargo fiduciario individual, de hecho en la práctica, esta no es la finalidad de ningún inversionista, sino por el contrario el contrato de encargo fiduciario individual se utiliza como un medio más no es la finalidad.

Finalmente, es menester informar al Despacho que la vinculación al contrato de encargo fiduciario estaba supeditado a dicho contrato de promesa de compraventa.

2. En dicho contrato de promesa de compraventa no participó la **ACCIÓN**, ni el encargo al que posteriormente se vinculó, y por lo tanto la responsabilidad y el incumplimiento de dicha promesa, que es lo que realmente extraña **CINE COLOMBIA**, corresponde solamente a las partes de dicho contrato de promesa.
3. El encargo es un contrato accesorio a la promesa de compraventa, por lo tanto, el incumplimiento que se le trata de imputar a mi representada realmente tiene origen en aquella promesa de compraventa y no en el contrato de encargo fiduciario individual como pretende ahora la **DEMANDANTE**.

¹ Auto, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali Sala de Decisión Singular, Santiago de Cali, primero de junio de dos mil veintiuno. Exp. No. 007-2018-00187-01

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

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

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

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

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

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

*“Así, la facultad *extra petita* – por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los*

derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio”²

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

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

*“Es **decir el funcionario judicial está sometido al marco jurídico procesal que le fijan las partes y al que le permite la legislación procesal** en eventos taxativamente determinados pero que contienen algunas excepciones.”*

“Dicho principio es consustancial a la naturaleza del derecho procesal, pues respeta estrictamente el axioma de contradicción y el de defensa. Permitir al Juez decidir arbitraria o caprichosamente significaría darle una potestad de la que fácilmente puede abusar y que conllevaría fatalmente a una injusticia que va en contravía de la función que por esencia debe cumplir, cual es la de administrar justicia.”³ (Se subraya)

No obstante lo anterior, en el caso que nos ocupa, la Delegatura falló de una manera que no está contemplada ni permitida por la ley y que incluso contraría el ordenamiento: accedió a las pretensiones del demandante con fundamento en hechos que no fueron alegados en el escrito inicial y sobre los cuales no versó la actividad probatoria de ninguna de las partes. Incluso, la Delegatura accedió a las pretensiones cuando en el

² Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 4 de julio de 2018. Radicado No. 69550. MP: Clara Cecilia Dueñas Quevedo

³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 13 de noviembre de 2013, Radicado No. 45250. MP: Elsy del Pilar Cuello Calderón

trascurso del proceso se probó —más allá de toda duda— que los hechos que daban lugar a las alegaciones de la demanda eran completamente falsos.

Así, por ejemplo, respecto de los hechos sobre los cuales la Delegatura finalmente concluyó la existencia de un supuesto incumplimiento contractual por parte de Acción, ellos jamás fueron alegados por la parte Demandante y nada tuvieron que ver con sus pretensiones —tal y como fueron planteadas en el escrito de la demanda—. Es tan evidente la falta de congruencia del fallo, que ni siquiera éste se fundamentó en los alegatos de conclusión presentados por la parte Demandante; la cual vehementemente adujo que se ratificaba en todos y cada uno de los hechos presentados en la demanda, los cuales, como se demostró, eran falsos.

En línea con lo que se ha dicho hasta aquí, en tercer lugar, conviene precisar los yerros que cometió la Delegatura al momento de estudiar y valorar la conducta contractual que desplegó mi representada a la luz de lo establecido en el encargo fiduciario MR-799, el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010251, y el contrato de fiducia de administración FA-2351. Si bien este será un punto que se explicará ampliamente en el siguiente acápite de este escrito de sustentación, debe mencionarse que, en su valoración, la Delegatura desconoció y decidió abiertamente en contra de lo que la propia Superintendencia Financiera había dictaminado de forma paralela.

Tal y como se desprende de la sentencia de primera instancia, en términos generales, los reparos que se hicieron frente a la conducta de Acción y de los que se concluyó su supuesta responsabilidad contractual, recaen en que ella no contaba con un adecuado Sistema de Control Interno (en adelante, el “SIC”). En síntesis, para la Delegatura, la indebida existencia y aplicación de un SIC por parte de mi representada se tradujo en que ella incumpliera con las obligaciones y controles que le correspondían en favor de la parte Demandante a la luz de los vínculos contractuales que los ataban.

Como se indicó antes, con ocasión de los hechos que acontecieron en la sucursal de Cali y el proyecto Marcas Mall, en ejercicio de sus funciones de vigilancia, el **SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA FIDUCIARIAS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA** adelantó la actuación administrativa sancionatoria de referencia 2018127962-000-000. Con ocasión de ese proceso, se expidió en primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el **SUPERINTENDENTE FINANCIERO** (ambas resoluciones son de conocimiento público y se encuentran publicadas en la página web de esa entidad). Al respecto, no debe olvidarse que dicho Superintendente Delegado —en primera

instancia— y el Superintendente Financiero —en segunda instancia— son las autoridades competentes y expertas para adelantar tales actuaciones administrativas.

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

Adicional a lo expuesto, y como erróneamente lo ha afirmado la demandante, no hubo ninguna afectación a los inversionistas ni en la entrega de recursos al promotor con ocasión de los hechos ocurridos en la sucursal de Cali, pues, como se encuentra consignado en los Estados Financieros del fideicomiso, los dineros fueron entregados para la realización del proyecto. Sobre esto no existe prueba en contrario que pueda confirmar lo que expresa la parte demandante.

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

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

En cuanto a este punto, debemos plantear una serie de consideraciones sobre el valor que la Delegatura le otorgó a las pruebas que fueron debidamente decretadas, aportadas y practicadas en la etapa probatoria. En nuestro respetuoso criterio, es claro que éste no respondió al resultado natural de la aplicación del criterio de *sana crítica* sobre las mismas que ordena la ley. Por el contrario, la Delegatura decidió valorar las

pruebas de manera individual y aislada, más no de manera sistemática, como corresponde e indica el artículo 176 del CGP:

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

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

“Ningún proceso civil, ni siquiera aquellos que se pueden fallar en conciencia, está excluido de la aplicación del sistema anterior (sistema de la sana crítica), (...)”⁴

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

1. En primer lugar, con los interrogatorios se evidenció un claro desconocimiento del negocio celebrado y un sin número de preguntas sin respuestas. Es claro que la parte demandante tuvo una conducta evasiva que imposibilitó el esclarecimiento de los hechos y la claridad de sus pretensiones.
2. Asimismo, en esos interrogatorios se constató que todos los términos del negocio que aceptaron y suscribieron los Demandantes fueron negociados por el con el Promotor del proyecto. Esto reafirma, entre otras cosas, que Acción no debió haber sido la llamada a responder por los supuestos daños que sufrió el Demandante y, mucho más importante, que el proceso no ha debido tramitarse ni decidirse sin la comparecencia del Promotor. Como se dijo arriba, debemos reiterar que la única razón por la que la Delegatura decidió proceder sin la comparecencia del Promotor fue porque sabía que ello se traducía en una pérdida de competencia para ella.

⁴ López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso. Pruebas. Edición 2019. DUPRE Editores LTDA.

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

3. Es más, muestra de lo anterior incluso se vio cuando la parte demandante no pudo dar claridad sobre cómo se hicieron los aportes al negocio ni la razón por la cual se dio una reestructuración del mismo. Frente a esto, lo que no puede pasar, es que ante ese silencio y negligencia, se concluya que entonces que Acción debe asumir el pago de unos perjuicios desconociendo el grado de profesionalidad, responsabilidad y conocimiento que le correspondía a la parte Demandante en el marco del negocio fiduciario que se desarrolló.
4. Ahora, en virtud de la errada calificación probatoria realizada por la Delegatura del informe de auditoría, se extrajo información que no tiene relación con los hechos de la demanda; como por ejemplo la información de los certificados de garantía. Inclusive, en el mencionado informe, no se hace relación de los recursos aportados por el Demandante, por lo que no se entiende la razón de motivar el fallo en estos apartes del informe.

Mas allá que el presente negocio no tenía certificado de garantía y el mismo no incluía un clausulado excepcional a los ya conocidos, no era viable que la Delegatura haya utilizado una declaración del auditor para endilgar responsabilidades que escapan al objeto del litigio. Más aún cuando decidió trasladar la prueba de otro proceso que en nada comparte la situación fáctica aquí reclamada.

Por último, en relación con este primer punto del análisis, es menester señalar que la Delegatura cometió un grave error e inconsistencia al momento de definir el marco normativo que le era aplicable a mi representada —con ocasión de los contratos que celebró con la parte Demandante— y con base en el cual se decidió su responsabilidad civil contractual. En particular, el marco normativo concerniente al rol que debía

desempeñar Acción en la definición y constatación del punto de equilibrio del proyecto Marcas Mall y que definía la transferencia de los recursos al Promotor.

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

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

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

Negocios fiduciarios de “preventas”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esto pone de presente que el razonamiento de la Delegatura no solo fue equivocado en este punto, sino que tumba uno de los soportes principales de la sentencia: toda vez que Acción no estaba obligada legalmente a participar y definir el punto de equilibrio, las cláusulas respectivas del encargo fiduciario MR-799 y en el contrato fiduciario FA-2351 en el que se excluyó de manera expresa esa responsabilidad a su cargo sí eran válidas y, por lo tanto, no han debido declararse como ineficaces. En otras palabras: si la ley autorizaba dicha posibilidad, la Delegatura no podía declarar como ineficaces las cláusulas que al respecto se acordaron.

Lo anterior, incluso a pesar de que la parte demandante no haya participado directamente en los contratos en donde dicho esquema se pactó, toda vez que, por una

parte, ellos sí conocían los contratos y la estructura del negocio y, por la otra, no se entiende cómo es que entonces esas cláusulas serían ineficaces e inoponibles al demandante por el hecho de que éstos no suscribieron los contratos en donde se pactaron. Esa teoría de la Delegatura no tiene ningún soporte y contradice su lógica de coligamiento con base en la cual terminó condenando a Acción. La Delegatura justamente dijo que todos los contratos deben leerse en su conjunto con independencia de que no hayan sido suscritos todos por las mismas partes.

Dicho razonamiento incluso ha sido reafirmado y convalidado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando, en casos similares, ha reconocido y dado plena validez a las cláusulas que se acuerdan en negocios fiduciarios para desarrollar proyectos urbanísticos en los que las fiduciarias limitan su responsabilidad. Y esto justamente bajo el entendido de que el ordenamiento legal sí permite que ello suceda y, más importante aún, porque en el marco de tales proyectos urbanísticos es completamente razonable que todo lo relacionado con aspectos técnicos sean asumidos por las empresas constructoras que son expertas en la materia. Así, por ejemplo, la Corte ha dicho lo siguiente⁵:

“La Fiduciaria no es constructora, ni interventora, ni asume responsabilidad por las construcciones o gestión de gerencia del proyecto.”

“La Fiduciaria expresa que sus obligaciones en este contrato son medio y no de resultado (...) no garantiza que los costos finales del proyecto correspondan a los inicialmente presupuestados, ni asume responsabilidad alguna por la construcción, calidad, estabilidad u oportunidad en la entrega de las obras.”

“Síguese de lo anterior discurrido que la jurisprudencia patria, le otorga a estas cláusulas de exclusión de responsabilidad alcance eficaz frente a terceros, lo que las hace oponibles a los mismos.”

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

Deber de información. Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte de objeto del

⁵ Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicado 11001-31-041-2007-00128-01

contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato.

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

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

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

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

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

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

En este escrito se hará un especial desarrollo de estos elementos, debido a que —desafortunadamente—, como se anunció arriba, la Delegatura omitió realizar un estudio de los mismos en la sentencia, limitándose simplemente a enlistar las razones por las que, en su criterio, Acción habría actuado en contravía de los deberes legales que le correspondían ante el Demandante, sin ahondar en un real juicio de responsabilidad civil contractual.

Valga decirlo de nuevo pese al riesgo de caer en redundancia: las acciones de protección al consumidor financiero no están diseñadas para que la Delegatura simplemente reproche las conductas de las entidades financieras para posteriormente imponerles una sanción —para esto existen las actuaciones administrativas sancionatorias—; por el contrario, en realidad, este tipo de acciones están concebidas para que la Delegatura defina si, en el marco de una determinada relación contractual, una entidad financiera comete un acto antijurídico a la luz de las obligaciones contractuales que están a su cargo, que deriva a su vez en un daño antijurídico cierto, directo y determinado o determinable que le sea imputable (nexo causal) y que, por consiguiente, deba reparar.

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

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

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

- No se habría informado al Demandante sobre el cumplimiento de las condiciones del punto de equilibrio que se habían acordado para el proyecto Marcas Mall.
- No se habría informado al Demandante que con el dinero del encargo fiduciario se había adquirido el lote de terreno en donde se desarrollaría el proyecto Marcas Mall.
- No se habría informado al Demandante del estado del proyecto Marcas Mall para el momento en el que ella se vinculó por medio del encargo fiduciario MR-799.
- Conforme a lo que se explicó en el acápite anterior, Acción no habría contado con un adecuado y oportuno SIC.
- Finalmente, una vez acaecido el siniestro y la imposibilidad de desarrollar el proyecto Marcas Mall, Acción no habría realizado ninguna acción para proteger y salvaguardar el lote en donde éste se desarrollaría.

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

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

Frente a esto, es desconcertante lo dicho en la sentencia de primera instancia en cuanto a que el cambio que se hizo de las condiciones de acreditación

desnaturalizó el negocio fiduciario. En el libre ejercicio de la voluntad privada de las partes, todos los intervinientes estaban facultados para hacer esos cambios. Adicionalmente, conforme a lo que se explicó arriba, el ordenamiento jurídico sí permitía que esas condiciones fueran libremente definidas y modificadas; lo que en últimas, por lo demás, no terminó perjudicando al Demandante ni configurando un ejercicio errado o negligente de mi representada. Esto, más aún, si se tiene en cuenta que la parte Demandante se vinculó al proceso tiempo después al momento de acreditación de tales requisitos, tal y como bien se expuso en la narración de hechos relevantes que se incluyó arriba en este escrito.

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

Es importante decir que la certificación de 4 de noviembre de 2014 es prueba suficiente para la acreditación de los requisitos establecidos en el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010251. En dicho documento se establecen y se anexan los documentos que el Promotor presentó para la transferencia de recursos. En lo que respecta a la transferencia del inmueble, dicho requisito fue satisfecho en el lapso de tiempo estipulado en los contratos fiduciarios (15 de diciembre de 2014). Más allá que la fecha del acta de verificación contenga una fecha de transferencia incorrecta, esa inexactitud no afectó el desarrollo del proyecto, por lo que esa falla no es causa del supuesto daño que sufrió el demandante. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la transferencia del inmueble se dio unos días después a la firma del acta.

Adicionalmente, en lo referente al punto de equilibrio y como se desprende de la evidencia aportada por mi representada, los recursos fueron aportados al Promotor del proyecto después de que se cumplió con el punto de equilibrio que había sido establecido y, por tanto, dicho Promotor ya contaba con los recursos para dar inicio al proyecto. Ello, a diferencia de lo que afirmó la Delegatura, refiriéndose a que los recursos habían sido entregados para la compra del inmueble en el que se iba a ubicar el proyecto, pues la compra del mismo era requisito para el cumplimiento del punto de equilibrio. Por lo tanto, carece de lógica lo mencionado por la Delegatura cuando indica:

“En consecuencia, este Despacho encuentra que, en razón a los hechos anteriormente comprobados, no debió haber procedido la fiduciaria a transferir los recursos aportados por los inversionistas al Fideicomiso Marcas Mall, desde el 4 de noviembre de 2014, y contrario a ello, debió preceder a la devolución de los dineros aportados por el acá demandante.”

De la sentencia de primera instancia no es claro cuáles fueron los soportes probatorios para señalar que: *“los recursos recaudados a los adquirentes a través de los encargos individuales y trasladados una vez “acreditado el punto de equilibrio” fueron utilizados para financiar al fideicomitente para adquirir uno de los lotes en el cual se iba a desarrollar el proyecto, generando un descalce en la estructura de liquidez de más de \$14.000.000.000 de pesos, cuando la obligación de aportar el inmueble estaba en cabeza del fideicomitente”*. ¿Cuál es el soporte para señalar que el pago de los 14 mil millones fue la causa para afectar la liquidez del negocio? Lo cierto es que la liquidez del negocio se dio porque todos los inversionistas —incluyendo el Demandante— decidieron unilateral e injustificadamente no seguir cumpliendo con el pago de los aportes a los que se habían comprometido.

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

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

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

Sumado a lo anterior, respecto de las medidas de protección del lote, conviene reiterar que todas las acciones preventivas y de protección son del resorte del Promotor del proyecto, pues éste es quien tiene en su cabeza la calidad de Comodatario y responsable de la construcción del proyecto. Así resulta excesiva

una nueva carga que de forma discrecional la Delegatura considera que es responsabilidad de mi representada. Valga entonces decir que el argumento de la Delegatura al presuntamente tener claridad respecto de la no injerencia de mi representada en temas constructivos se desvanece al ahora confundir una responsabilidad que es propia y exclusiva del Promotor, para achacársela a mi representada.

Debe tenerse en cuenta además que no hay recursos en el fideicomiso que permitan adelantar gestiones diferentes a las ya mencionadas al Despacho. Sumado a ello, la fiduciaria tiene una restricción y no puede asumir con recursos propios gastos de un fideicomiso.; de acuerdo con el principio de separación patrimonial.

No obstante lo anterior, Acción se ha hecho parte de los procedimientos policivos para preservar los derechos del lote y evitar afectaciones posteriores en cabeza del patrimonio autónomo, por lo que no es correcta la conclusión a la que se arribó en la sentencia con respecto a la supuesta omisión de mi representada en este punto. Replicando la crítica general que se plantó arriba, nuevamente debemos decir que este error en la sentencia se explica en que la omisión en la protección del inmueble nunca fue objeto de debate en el proceso, por lo que mi representada no contó con la posibilidad de referirse sobre el particular y mostrar su completa diligencia al respecto —más allá de que ello no le correspondía, siendo una obligación del Promotor—.

3. Ahora, respecto del esquema de preventas que se utilizó en el presente caso, resulta pertinente señalar que, después del cumplimiento de las condiciones, Acción no tenía ninguna obligación en relación con el deber de información sobre el estado del proyecto, las gestiones de modificación del mismo, y los demás aspectos que se indicaron en la sentencia. La propia Superintendencia Financiera reconoce este hecho en la cartilla para negocios inmobiliarios en los siguientes términos:

2. Esquema de preventas

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

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

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

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

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

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

5. Créditos Bancarios

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

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

8

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

Bajo ese mismo derrotero, el deber de información manifestado por la delegatura se entiende satisfecho con la firma del contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010251 (medios idóneos), con estos documentos se informó al hoy demandante la situación actual del proyecto y se dio a conocer el clausulado con los requisitos que debían y fueron acreditados de manera oportuna por parte del promotor.

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

El daño antijurídico es la piedra angular de la teoría de la responsabilidad civil contractual en Colombia. Conforme a lo que antes se indicó, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, sin la existencia de un daño real, cierto, directo y determinado o determinable, no es posible configurar un caso de responsabilidad contractual. Contrario a lo que afirmó la parte Demandante y lo que a su vez concluyó la Delegatura en primera instancia, la demandante no ha sufrido ningún tipo de aminoración antijurídica a raíz de los hechos en los que fundamentaron sus pretensiones.

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

Acción fue la razón por la cual el proyecto Marcas Mall no se pudo finiquitar, lo que generó que el Demandante no pudieran obtener los beneficios correspondientes.

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

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

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

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

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

En términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y

frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio.

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

«[...], la doctrina sigue un concepto de daño basado en la lesión a un interés del demandante, y se entiende que la hay cuando una persona sufre ‘una pérdida o disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba’»⁶.

Así mismo, el doctrinante uruguayo PEIRANO FACIO (2004), al exponer la tesis que estima dominante sobre la noción de «daño», manifiesta, que incluye el «concepto de antijuridicidad» y que «[...] se integra con dos elementos: con un elemento de hecho, el perjuicio, y con un elemento de carácter jurídico, el atentado o la lesión a un derecho»⁷.

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

En el presente caso no se puede derivar un daño cierto, real o determinado ya que como se explicó en los alegatos de conclusión de primera instancia, se debe adelantar un proceso liquidatorio para que se liquide el patrimonio y se puede tener un panorama financiero del Proyecto Marcas Mall. Esta situación permite colegir con meridiana claridad que, al no estar liquidado el fideicomiso Marcas Mall, es imposible determinar si de los activos que posee el proyecto al día de hoy es posible o no retornar los recursos aportados por los diferentes inversionistas. Por el contrario, resultaría arriesgado condenar de manera prematura a Acción partiendo de una mera expectativa que deriva de unos hechos que aún no han sido objeto de análisis dentro del proceso liquidatorio.

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

⁶ Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág.220, numeral 143.

⁷ Responsabilidad Extracontractual. Bogotá DC, Editorial Temis, 2004, pág. 362.

“2.1 Uno de los requisitos que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito “más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna” (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º2000-00196-01).

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

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

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

No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia.”⁸

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

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, MP Margarita Cabello, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º2000-00196-01.

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

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

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

3. INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL

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

Por esta sola razón la sentencia de primera instancia debería revocarse, pues sin un análisis particular sobre el elemento del nexo causal mi representada no ha debido ser condenada. Sobre esto debió haber un análisis expreso por parte de la Delegatura, lo que configura un yerro que no es subsanable desde ningún punto de vista. Por solo ello, la sentencia debe ser revocada.

Al margen de lo anterior, en lo fundamental, de la demanda se desprende que el hecho generador del daño alegado recae en que mi representada supuestamente no verificó de manera correcta los requisitos establecidos en el contrato de encargo fiduciario individual para que fuera procedente la transferencia de los recursos de los inversionistas al Fideicomiso FA-2351. Sin embargo, no hay nexo de causalidad entre este hecho y el daño que se alegó, toda vez que el supuesto del cual partió la parte acá demandante no es correcto. Esto, sobre todo, porque como se explicó en detalle, el punto de equilibrio ya había sido declarado cuando el Demandante se vinculó al negocio de Marcas Mall a través del encargo fiduciario.

Si bien el hecho de que el Demandante se haya vinculado con posterioridad a la declaratoria del punto de equilibrio es razón más que suficiente para que se concluya la inexistencia de un nexo causal; lo cierto es que, a la luz de los contratos de encargo fiduciario y el marco normativo ampliamente explicado en este escrito, Acción no tenía el deber de acreditar e informar el cumplimiento de los requisitos que se habían definido para que la transferencia dineraria fuera procedente —el llamado “punto de equilibrio”—, pues todo ello había quedado contractualmente en cabeza del Promotor y, en algunos casos, del Interventor del proyecto. Tal y como se probó en este proceso, las obligaciones contractuales de Acción estaban circunscritas a recibir del Promotor del proyecto y/o del Interventor la información que acreditará el cumplimiento de los mismos e instrucciones de transferencia de los recursos, para a continuación proceder con el traspaso de los dineros al Fideicomiso FA-2351. En el caso que nos ocupa, ello se desprende justamente de la Cláusula Décima del Contrato de Encargo Fiduciario individual:

“El(los) INVERSIONISTA(S) declara(n) expresamente conocer y entender que la FIDUCIARIA no es constructora, ni interventora y no interviene de ninguna manera en la determinación del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario “MARCAS MALL”, ni en la determinación de viabilidad o factibilidad financiera o técnica de del citado proyecto inmobiliario, que por tanto, no conoce las especificaciones técnicas del mismo, ni es responsable por su ejecución, terminación o calidad, ni lo será por los perjuicios que la no ejecución de dicho proyecto ocasione(n) al INVERSIONISTA(S) o terceros, responsabilidad que el(los)

*INVERSIONISTA(S) entiende(n) es única y exclusivamente del PROMOTOR del proyecto inmobiliario que se pretende desarrollar, **quedando claro entonces que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., actúa única y exclusivamente como administradora del encargo que mediante el presente contrato se constituye y como tal no tiene responsabilidad alguna sobre el desarrollo del proyecto que adelantará el PROMOTOR por su propia cuenta, riesgo y responsabilidad (...)***” (Se subraya)

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

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

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

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

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

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

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

No todas las circunstancias que pueden ser tomadas en cuenta como causas físicas son relevantes para el derecho, pero la selección de las condiciones relevantes para atribuir responsabilidad es siempre un problema de sentido jurídico: entre más inferencias se consideren como causas jurídicamente relevantes habrá más posibilidades de elaborar juicios rigurosos de atribución o de exoneración de responsabilidad; mientras que si la “muestra causal” es pequeña habrá grandes probabilidades de que el juicio de imputación quede a merced de la intuición o la

suerte. Las valoraciones causales, en suma, no recaen sobre “lo dado” por la experiencia sino más bien lo que de ella logra seleccionarse con dificultad. Esta caracterización del nexos causal supone, además, la interrupción de una cadena de circunstancias cuando en ella intervienen elementos extraños tales como los casos fortuitos o los actos de terceros que tienen la virtualidad suficiente para erigirse en el hecho generador del daño y, por tanto, excluyente de todos los demás.”

Así las cosas, se tiene que quien en realidad estaba obligado a cumplir con los requisitos técnicos para que procediera la transferencia de recursos era MARCAS MALL CALI — en su calidad de Promotor— y no mi representada. Por consiguiente, si en efecto la parte Demandante sufrió algún daño, el mismo encuentra su causa en la conducta que MARCAS MALL CALI desplegó, al haber sido ella quien —conforme a lo pactado— tenía la obligación de acreditar el cumplimiento o no de las condiciones que se habían trazado. En otras palabras, de la conducta que llevó a cabo mi representada no es viable desprender ningún vínculo con el daño que alegó la parte Demandante y que le reconoció la Delegatura.

Frente a esto no puede llegarse al absurdo —tal y como lo sugirió la Delegatura— de que mi representada, más allá de que el Promotor debía verificar y acreditar las condiciones del punto de equilibrio, tenía a su vez que realizar una verificación directa de las mismas. Si contractualmente se estableció que el Promotor era el responsable de ello, atendiendo para el efecto el marco normativo que permitía válidamente que ello sucediera según se explicó arriba, no es cierto que Acción tuviera entonces que hacer un nuevo ejercicio para revalidarlo. Si esto fuera procedente, entonces simplemente no se aceptaría la posibilidad de que las fiduciarias pacten que la verificación la hará un tercero. En ese sentido, la fiduciaria si bien no era la llamada de acreditar los requisitos, esta si se ocupó de su verificación de conformidad con los documentos entregados por el Promotor del Proyecto.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la validación de las condiciones técnicas y jurídicas fueron revisadas cabalmente por Acción; sin embargo, la culminación o no del proyecto no puede ser asegurada por la fiduciaria; menos cuando se trata de un negocio de preventas.

De acuerdo con esto, es importante no perder de vista cuál era el objetivo principal del negocio fiduciario que se armó a través del fideicomiso FA-2351 y los diferentes encargos fiduciarios —incluyendo el MR-799 y el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010251 que se suscribió con la parte Demandante—: era en

realidad el de lograr que estas personas adquirieran unos locales comerciales dentro del Centro Comercial Marcas Mall. Si en realidad existiese un nexo de causalidad entre el supuesto accionar de mi representada y el supuesto daño alegado, el centro comercial ni siquiera se habría empezado a construir, pues no se habría siquiera logrado adquirir el lote destinado a dicha construcción. Frente a esto, en su decisión, la Delegatura olvidó que las obras en dicho lote iniciaron y que el proyecto estaba andando, hecho que se puede probar con los boletines informativos los cuales fueron aportados con la contestación de la demanda. En esa medida, con ese simple hecho se rompe cualquier nexo de causalidad entre el actuar de mi representada el daño alegado.

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

Ahora, como bien lo manifiesta el extremo demandante en su demanda y hechos, el plazo que disponía el Contrato de Encargo Fiduciario Individual para acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos al Promotor fue objeto de modificación mediante varios otrosíes; entre ellos, uno que las extendió al modificar el plazo para el decreto de las condiciones de giro para el día 15 de diciembre de 2014, prorrogables por 6 meses más. Si se tiene en cuenta lo anterior y el supuesto hecho generador del daño alegado por el Demandante—esto es la errónea verificación que se hizo de los requisitos del punto de equilibrio por la supuesta tardía transferencia de la propiedad que se hizo del bien inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-695292 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali al patrimonio autónomo FA-2351 MARCAS MALL, que se efectuó el 19 de noviembre de 2014 y fue registrada el 1 de diciembre del mismo año— se tiene que esta se encontraba, y por creces, dentro de los términos fijados para la transferencia, por lo que este hecho no pudo haber sido el causante de los supuestos daños. De la misma demanda se puede extraer esta conclusión, con lo que no hay ninguna conexión entre el supuesto daño y el hecho que se le endilgó a mi representada.

Con base en todo lo antes dicho, sorprende la manera en la que la Delegatura desconoció todos los argumentos que mi representada promovió dentro del proceso para demostrar la inexistencia de la supuesta responsabilidad civil contractual, para

acto seguido, tomar una decisión que en realidad termina traduciéndose en un enriquecimiento sin causa del Demandante. Reitero: existe un proceso liquidatorio en curso, en el que realmente se definirán los derechos que tienen los inversionistas del proyecto Marcas Mall —entre ellos, el Demandante— de cara a los activos que existen en el fideicomiso FA-2351. Como se dijo al momento de analizar el daño, los inversionistas pueden hacer valer sus acreencias en ese proceso y, solo de las resultas del mismo, podría emprenderse la acción que hoy se impugna a través de este recurso de alzada.

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

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

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

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

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

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

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

El juzgador en este tema aclaró que, a partir del principio de buena fe establecido en la Constitución Política, *“le corresponde a la parte demandante demostrar en forma contundente la intención de causar daño, pues el dolo no se presume sino que debe probarse”*. Esta carga probatoria que estableció el Magistrado sustanciador en el caso citado no es nada diferente a lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso:

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

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

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

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

El anterior artículo leído a las voces de la jurisprudencia citada, no dicen otra cosa diferente a que la carga de la prueba en estos procesos de naturaleza declarativa

corresponden a quien persigue la declaración, esto es, al Demandante, quien es la parte que también probar el actuar doloso de mi representada.

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

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

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

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

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

V. SOBRE EL PRONUNCIAMIENTO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

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

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

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

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

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

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

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

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

Adicionalmente, la Delegatura pasó por alto que, en lo que respecta a la póliza de seguros No. 1000099, mi representada tiene la condición de consumidor financiero de la Llamada en Garantía, en los términos de la Ley 1328 de 2009 y el artículo 78 de la Constitución Política. No debe olvidarse que esa condición no se pierde por el hecho de que Acción sea una sociedad fiduciaria. Por consiguiente, al momento de leerse, interpretarse y aplicarse la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general, la Delegatura ha debido declararla nula o ineficaz⁹ por ser

⁹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, MP Marco Antonio Alvarez Gómez, Proceso verbal No. 110013199003201801254 01

completamente abusiva y contraproducente para los derechos que le corresponden a Acción como consumidor financiero.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“son claras al exigir como requisito que ‘los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad. Al respecto, se ha aclarado que el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades.”¹⁰

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

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Bogotá en sala civil, en otros procesos que se han tramitado de manera simultánea al presente:

1. Radicado: 110013199003201801254-01
Acción de protección al consumidor financiero promovido por Mejía Álvarez Sabogal S.A.S. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Cas. Civ. de 25 de octubre de 2017. Rad.: STC 17390-2017

Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

2. Radicado: 110013199003 2019 02252 01

Acción de protección al consumidor financiero promovido por María Asunción Tertre Gimeno en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.

Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

3. Radicado: 11001 3199 003 2018 01213 02

Acción de protección al consumidor financiero promovido por Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.

Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

4. Radicado: 110013199003201801694 01

Acción de protección al consumidor financiero promovido por KBJ S.A.S. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.

Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

5. Radicado: 110013199003201801590 01

Acción de protección al consumidor financiero promovido por FEMME INTERNATIONAL S.A.S. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.

Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

6. Radicado: 110013199003201872845 01

Acción de protección al consumidor financiero promovido por Inversiones Uropan y Cía. S. en C. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.

Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

EXISTENCIA DE PROCESO EJECUTIVO INICIADO POR EL DEMANDANTE

Finalmente, me gustaría poner de presente ante este honorable despacho que el demandante con base en la sentencia emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia inició un proceso ejecutivo en contra de mi representada, buscando el cobro judicial de la suma por la que en primera instancia se condenó a Acción Fiduciaria. Dicho proceso ejecutivo cursa bajo el radicado 11001310301020200035400, en este se han practicado medidas cautelares en contra de mi representada, sin embargo y como se ha manifestado ante el despacho en el que cursa este proceso, el demandante aportó un título ejecutivo que no cuenta con los requisitos necesarios para que efectivamente pueda materializarse la ejecución, toda vez que el artículo 323 del Código General del Proceso, se señala que:

“Se otorgará en el efecto suspensivo la apelación de las sentencias que versen sobre el estado civil de las personas, las que hayan sido recurridas por ambas partes, las que nieguen la totalidad de las pretensiones y las que sean simplemente declarativas. Las apelaciones de las demás sentencias se concederán en el efecto devolutivo, pero no podrá hacerse entrega de dineros u otros bienes, hasta tanto sea resuelta la apelación”. (Subrayado propio)

Adicionalmente, el despacho, para poder validar la sentencia como título ejecutivo, debió verificar que esta se encontrara ejecutoriada, tal y como lo dispone el artículo 114 del Código General del Proceso:

“ARTÍCULO 114. COPIAS DE ACTUACIONES JUDICIALES. Salvo que exista reserva, del expediente se podrá solicitar y obtener la expedición y entrega de copias, con observancia de las reglas siguientes:

1. A petición verbal el secretario expedirá copias sin necesidad de auto que las autorice.

2. Las copias de las providencias que se pretendan utilizar como título ejecutivo requerirán constancia de su ejecutoria.”

Por lo anterior, también es evidente que el demandante ha iniciado acciones que afectan gravemente a mi representada, sin que se haya resuelto el asunto de fondo por este honorable Tribunal.

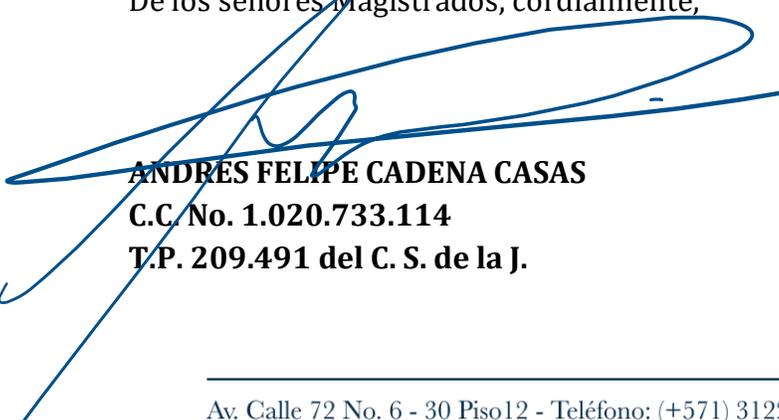
SOLICITUDES

Con base en todo lo anterior, respetuosamente solicito que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia que fue proferida por la Delegatura el 24 de septiembre del 2020

En línea con lo anterior, respetuosamente solicito que se emita una nueva sentencia en la que se rechacen íntegramente las pretensiones que fueron formuladas por el Demandante en contra de mi representada.

De manera subsidiaria solicito que, en caso de que se reafirme la sentencia de primera instancia y/o se decida algún tipo de condena en favor del Demandante, se concedan las pretensiones que fueron formuladas por Acción en el llamamiento en garantía, de tal forma que la Llamada en Garantía asuma su pago de forma integral.

De los señores Magistrados, cordialmente,



ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS

C.C. No. 1.020.733.114

T.P. 209.491 del C. S. de la J.

Señor:
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA-SALA CIVIL.
E. S. D.

Rad: 11001310301720160038901.
Proceso: Ejecutivo a continuación de proceso verbal de Restitución de Inmueble Arrendado de **ZONA CONTAINER S.A.S** contra **MARTHA AMPARO SIERRA.**
Asunto: **Ratificación Apelación Sentencia.**

CAMILO ANDRES TORRES WILCHES, identificado profesionalmente como aparece al pie de mi firma y actuando como Apoderado Judicial de la ejecutada dentro del proceso de la referencia, señora **MARTHA AMPARO SIERRA NIETO**, por medio del presente escrito me permito presentar los reparos concretos a sentencia de primera instancia proferida en audiencia el día 22 de junio de 2021, dentro del proceso de la referencia.

REPAROS

Con el presente, ruego del Honorable Tribunal se interponga ante la aberrante injusticia que se está cometiendo en este proceso, y por lo tanto revoque la sentencia de primera instancia, lo cual fundamento en los siguientes reparos concretos.

1. Inexistencia de obligación dineraria en la sentencia o título ejecutivo

El primer y más protuberante reparo, que constituye un error gigantesco, responde a esta simple pregunta: ¿qué está ejecutando el Señor Juez, si en su sentencia no condenó a mi representada a pagar ninguna suma de dinero?

Como resulta más que obvio, la sentencia es el fundamento de la ejecución, y si en ella no consta, en su resuelve, ninguna condena de dinero, ¿cómo puede explicarse que ahora se esté ejecutando a mi clienta?

La única condena que reposa en la sentencia del trámite declarativo tiene que ver con la restitución del inmueble objeto de este litigio, restitución que ya se hizo, por lo que los intereses del demandante ya fueron cubiertos en su totalidad.

En la sentencia la única referencia que existe acerca de sumas de dinero, es la que aparece en la resolución número cuarta, que literalmente dice:

*“Cuarto: **no dar trámite a la pretensión de condenar a los demandados al pago de la sanción establecida en la cláusula novena, conforme a lo expuesto en la parte considerativa**” (Negrilla fuera de texto).*

Y en la parte considerativa, lo que se señala es lo siguiente:

“La solicitud de condenar a los demandados al pago de la sanción establecida en la cláusula novena no se contempla como una pretensión declarativa que sea objeto del presente asunto, sino de ser el caso exigible en vía ejecutiva.”

Sin embargo, a pesar de la protuberante falta o inexistencia de una obligación dineraria en la sentencia, el juez insiste en ejecutar dicha sanción a la cual no condenó en el proceso declarativo, única instancia pertinente para tal efecto.

Tal proveído, el de librar mandamiento de pago respecto de una obligación inexistente, lesiona gravemente el ordenamiento procesal colombiano y la más

mínima lógica de un proceso ejecutivo, pues es sabido que a los jueces, salvo muy contadas excepciones, no les está permitido dictar sentencias en abstracto porque ello contradice el principio de economía procesal al generar una doble tramitación absolutamente innecesaria. Es por todo esto que el Código General del Proceso señala que:

Artículo 283. “*Condena en concreto. La condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados.*”

Por supuesto, sobra decir que la cláusula penal que establece el contrato encaja dentro de lo que es obligatorio para el juez decidir en su sentencia según el artículo referido, y no puede diferir su decisión para una instancia posterior.

El Código General del Proceso permite sentencias en abstracto, únicamente, cuando es imposible liquidar los perjuicios en la misma sentencia porque, por ejemplo, nacen con ella y, por lo tanto, durante el proceso no se discutieron, pero si se lee la cláusula novena del contrato, muy fácilmente se puede notar que la sanción surge con el incumplimiento, y ese incumplimiento alegado ya quedó discutido en el proceso, por lo que en la sentencia era indispensable hacer una condena concreta al respecto porque, de lo contrario, simplemente, ¿no hay condena a sumas de dinero y, por lo tanto, ni siquiera debiera existir este trámite ejecutivo sino únicamente la diligencia de entrega del inmueble, única condena concreta hecha por el juez!

Nótese como explica este asunto de manera muy sencilla la doctrina:

“3.4. Casos excepcionales de providencias donde se puede condenar en abstracto

Se debe tener presente que la posibilidad de condenar en abstracto ha quedado reducida únicamente para **taxativos y expresos** casos de condenas que deben proferirse dentro de sentencias y autos donde le resulta imposible al juez un concreto señalamiento, debido a que la base para condenar está en la decisión adoptada en la respectiva providencia, de modo que su liquidación debe solicitarse dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria o a la del auto que ordenó obedecer lo dispuesto por el superior, **so pena de que se declare extinguido el derecho**, por así disponerlo el inciso tercero del art. 283 del CGP.

Es el caso, para dar un ejemplo, del auto que declara el desembargo de unos bienes por cuanto prospera el incidente promovido por el tercero para que se levanten, donde además se impone la condena a pagar perjuicios que las cautelas originaron, recordándose que este mismo trámite es el previsto de manera excepcional para la sentencia que declara probada las excepciones en el proceso de ejecución. Obsérvese que en estas hipótesis es el sentido de la decisión el que se toma como base para concretar una condena y mal podría el juez anticiparse al alcance de la misma disponiendo pruebas acerca de los perjuicios originados, porque a éstos únicamente se tiene derecho al ser decretado el desembargo o al declararse próspera la excepción perentoria.” (Negrilla fuera de texto).¹

Se reitera con toda claridad: las sentencias en abstracto solo son posibles cuando, primero, sea dispuesto así taxativamente por el legislador, cosa que en este caso no sucede, y segundo, esto es así porque hay casos muy excepcionales en donde al juez le es imposible saber que debe hacer una condena a perjuicios sino es hasta la sentencia (porque solo en ella se puede dar cuenta que prosperaron las excepciones de mérito como en uno de los ejemplos propuestos), pero tal no es el

¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso. Parte General*. Bogotá: Dupré. 2016. pp. 667-668.

caso en este proceso porque el incumplimiento se dio antes de ser iniciado el proceso, y es una situación que tanto la parte demandante como el juez conocían de antemano desde la misma demanda, por lo que las pruebas y sentencia debieron contemplar esta situación.

Ahora bien, en gracia de discusión, si es que se aceptase que se puede hacer una condena en abstracto en este proceso, es carga del demandante proponer el correspondiente incidente para que sea liquidada esa condena, cosa que no se dio en el proceso, y como señala el mismo estatuto, si ese es el caso, se debe considerar extinguido el derecho. Véase la norma del Código General del Proceso:

Artículo 283. Condena en concreto. ...

“En los casos en que este código autoriza la condena en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, estimada bajo juramento, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia respectiva o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior. Dicho incidente se resolverá mediante sentencia. Vencido el término señalado sin promoverse el incidente se extinguirá el derecho.”

Sin embargo, con toda claridad, no es posible adelantar ese incidente porque este no es uno de los casos en donde taxativamente la ley permite sentencias en abstracto. Lo que le correspondía hacer al señor demandante ante la situación de que no hubo una condena concreta y que por lo tanto no hay condena a pago de sumas de dinero en la sentencia, es algo que tampoco hizo: le correspondía solicitar la correspondiente adición de la sentencia para que se hiciese esa condena concreta. Volvamos al Código general del Proceso:

Artículo 284. *“Adición de la condena en concreto. Si no se hiciera en la sentencia la condena en concreto, la parte favorecida podrá solicitar dentro del término de su ejecutoria, que se pronuncie sentencia complementaria.”*

No obstante, evidentemente, ello tampoco se produjo. Y debe recordarse que a pesar que el proceso declarativo de restitución de inmueble arrendado fuese de única instancia, eso no inhibe al litigante representante del demandante de solicitar la adición del fallo:

“6. Aclaración, corrección y adición de las providencias judiciales.

(...)

La naturaleza jurídica de las tres posibilidades mencionadas es diferente de la de los recursos, con los cuales en ocasiones se puede lograr similar objeto, debido a que estos son un medio de impugnación de las providencias judiciales de empleo exclusivo por las partes, otras partes o terceros habilitados para intervenir dentro del proceso, mientras que **la aclaración, corrección o adición pueden darse a solicitud de parte o inclusive de oficio y proceden respecto de providencias que no admiten en la misma instancia recurso alguno** como sucede con las sentencias.” (Negrilla fuera de texto).²

No otra es la razón protuberante que tuvo mi representada para no solicitar aclaraciones, adiciones o complementaciones, y ni siquiera sugerir una apelación a la sentencia de primera instancia del trámite declarativo previo. No se discutió esa decisión de ninguna manera: 1. Porque estaba absolutamente de acuerdo en devolver el bien. Y 2. Porque no hubo ninguna condena diferente a la restitución del bien, por lo que sus intereses no se vieron afectados.

² *Ibíd.* p. 696.

Nótese, para resaltar la absoluta falta de claridad del título ejecutivo, que hay varios demandados, y no se dice en qué monto se condena a cada uno, o si es solidariamente, o cualquier especificación que permita entender que existe siquiera una obligación dineraria susceptible de tramitar a través de un proceso ejecutivo.

Es por todas estas razones como se puede notar que esta es precisamente la mayor preocupación del demandante en sus alegatos de conclusión, ya que la falta de ser expreso del título y su nula claridad es algo bochornoso y protuberante, y es por eso que ese es el único argumento que esgrime en sus alegatos de conclusión, porque es sabedor de tan abultado defecto, y de su yerro como litigante al no solucionar el defecto a través del mecanismo procesal adecuado.

De esta manera, es absolutamente evidente la desproporción del yerro que se produce en este proceso, lo que hace necesario que caiga la sentencia de primera instancia en este proceso ejecutivo, de manera absoluta.

2. Vulneración del principio de cosa juzgada

Simplemente, encadenado con el anterior punto, se debe señalar que a través de este expediente, el Señor Juez está vulnerando la prohibición expresa que pesa sobre él, de no poder cambiar su propia decisión tomada en una sentencia, porque ello vulnera el principio de cosa juzgada. Así lo señala expresamente el Código General del Proceso:

Artículo 285. "Aclaración. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció..."

Sin embargo, nótese que muy a pesar que no existe en absoluto condena a obligaciones dinerarias en la sentencia, hecho que conoció la parte demandante y nunca controvertió o pidió la correspondiente adición del fallo, el juez ahora en este trámite ejecutivo afirma que sí existe tal condena, lo cual significa desdecirse de lo que ya anteriormente había decidido.

Su sentencia, que no contiene condenas a sumas de dinero, ¡es cosa juzgada!, es una decisión (esta sí, por hacer parte de una sentencia) que no puede ser revocada ni por el mismo juez, so pena de que la seriedad de la administración de justicia y de las decisiones del Estado se vean absolutamente comprometidas.

Recuérdese, como lo sostiene la Corte Constitucional (T-519/05) respecto de lo que se conoce como antiprocesalismo o teoría de los autos ilegales, que tal teoría es ciertamente aplicable, salvo para autos que tengan fuerza de sentencia y, por supuesto, mucho menos es aplicable para sentencias, por lo que tales decisiones son intangibles. Lo decidido por el juez en el proceso declarativo, donde no se hizo condenas a sumas de dinero, se insiste enfáticamente, ¡es cosa juzgada!

3. Revisión de los requisitos del título

Por su parte, como si fuera poco con lo anterior, el juzgado ahonda los yerros cometidos esgrimiendo argumentos que hoy no son sostenibles de ninguna manera.

Señala que ya no puede volver atrás para revisar sus propias actuaciones, contenidas en simples autos y no en sentencias, con lo cual lesiona muchos principios procesales actualmente en boga y de común conocimiento y utilización:

A. Revisión de los requisitos formales del título.

De dos maneras la jurisprudencia le dice claramente al juez que no solo es que puede, sino que es su deber revisar en la sentencia, de nuevo, los requisitos del título y la legalidad en general de todo el procedimiento.

- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de marzo de 2019. STC3298-2019. Radicación n.º 25000-22-13-000-2019-00018-01 y otras.

En la referida sentencia se deja muy en claro que el juez, al fallar, debe (no meramente puede) revisar los requisitos del título porque, de lo contrario, se arriesga a cometer graves vulneraciones a los derechos sustanciales de las partes. Señala la Corporación:

“Esta Corte ha insistido en la pertinencia y necesidad de examinar los títulos ejecutivos en los fallos, incluidos los de segundo grado, pues, se memora, los jueces tienen dentro de sus deberes, escrutar los presupuestos de los documentos ejecutivos, “potestad-deber” que se extrae no sólo del antiguo Estatuto Procesal Civil, sino de lo consignado en el actual Código General del Proceso.”

La referida sentencia, de hecho, refiere a una sentencia previa que es enfática en señalar lo mismo que la ya citada:

*“(…) [R]elativamente a específicos asuntos como el auscultado, al contrario de lo argüido por la (…) quejosa, sí es dable a los juzgadores bajo la égida del Código de Procedimiento Civil, y así también de acuerdo con el Código General del Proceso, volver, ex officio, sobre la revisión del «título ejecutivo» a la hora de dictar sentencia (…)”.*³

En el mismo sentido se expresa la sentencia de la misma Corporación (CSJ STC18432-2016, 15 dic. 2016, rad. 2016-00440-01), que resalta, de nuevo, que es un deber y no un mero poder el revisar los requisitos del título a la hora de fallar. Esta sentencia, incluso, se antoja muy pertinente para este caso porque menciona la correcta interpretación de la regla que usó el juez para no dar paso a las excepciones de mérito (la regla que señala que los requisitos del título se discuten a través del recurso de reposición al mandamiento de pago): dicha regla, resalta la Corte, jamás inhibe al juez de poder revisar los requisitos del título a la hora de fallar. En otras palabras, el juez está obrando abiertamente en contra de este precedente:

“Los funcionarios judiciales han de vigilar que al interior de las actuaciones procesales perennemente se denote que los diversos litigios, teleológicamente, lo que buscan es dar prevalencia al derecho sustancial que en cada caso se disputa (artículos 228 de la Constitución Política y 11 del Código General del Proceso); por supuesto, ello comporta que a los juzgadores, como directores del proceso, legalmente les asiste toda una serie de potestades, aun oficiosas, para que las actuaciones que emprendan atiendan la anotada finalidad, mismas que corresponde observarlas desde la panorámica propia de la estructura que constituye el sistema jurídico, mas no desde la óptica restricta derivada de interpretar y aplicar cada aparte del articulado de manera aislada (…)”.

“Entre ellas, y en lo que atañe con el control que oficiosamente ha de realizarse sobre el título ejecutivo que se presenta ante la jurisdicción en pro de soportar los diferentes recaudos, ha de predicarse que si bien el precepto 430 del Código General del Proceso estipula, en uno de sus segmentos, en concreto en su inciso segundo, que «[l]os 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

³ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de STC4808 de abril de 2017. Exp. 11001-02-03-000-2017-00694-00, reiterada en STC4053 de 22 de marzo de 2018, exp. 68001-22-13-000-2018-00044-01

seguir adelante la ejecución, según fuere el caso», lo cierto es que ese fragmento también debe armonizarse con otros que obran en esa misma regla, así como también con otras normas que hacen parte del entramado legal, verbigracia, con los cánones 4º, 11, 42-2º y 430 inciso 1º ejúsdem, amén del mandato constitucional en antes aludido (...).

“Por ende, mal puede olvidarse que así como el legislador estipuló lo ut supra preceptuado, asimismo en la última de las citadas regulaciones, puntualmente en su inciso primero, determinó que «[p]resentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez libraré mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal» (...).

“De ese modo las cosas, todo juzgador, no cabe duda, está habilitado para volver a estudiar, incluso ex officio y sin límite en cuanto atañe con ese preciso tópico, el título que se presenta como soporte del recaudo, pues tal proceder ha de adelantarlo tanto al analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio impartida cuando la misma es de ese modo rebatida, como también a la hora de emitir el fallo con que finiquite lo atañero con ese escrutinio judicial, en tanto que ese es el primer aspecto relativamente al cual se ha de pronunciar la jurisdicción, ya sea a través del juez a quo, ora por el ad quem (...).

“Y es que, como la jurisprudencia de esta Sala lo pregonó en plurales oportunidades relativamente al efecto demarcado por el Código de Procedimiento Civil, lo cual ahora también hace en punto de las reglas del Código General del Proceso, para así reiterar ello de cara al nuevo ordenamiento civil adjetivo, ese proceder es del todo garantista de los derechos sustanciales de las partes trabadas en contienda, por lo que no meramente se erige como una potestad de los jueces, sino más bien se convierte en un «deber» para que se logre «la igualdad real de las partes» (artículos 4º y 42-2º del Código General del Proceso) y «la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial» (artículo 11º ibidem) (...).

Es decir, con toda claridad se afirma que no solo con el fallo del señor juez se están conculcando derechos fundamentales clarísimos y ya reconocidos por la copiosa jurisprudencia mencionada, sino que, además, a mi clienta se le está vulnerando el principio de igualdad porque a diferencia de esos casos, a mi clienta se le está aplicando un rigorismo procesal que desdice del mismo derecho procesal como garantía del derecho sustancial.

Es más, ni siquiera el juez procedió como lo exige el Código General del Proceso, que le obliga, si se quiere apartar de la jurisprudencia de los órganos de cierre, a evidenciar conocimiento de esa jurisprudencia y a justificar expresamente por qué se aparta (art. 7 Código General del Proceso). Si el Señor juez quiere apartarse de tal jurisprudencia, lo que es su derecho, debe mencionar los precedentes y señalar por qué razón se aparta de ellos. Pero ninguna de las dos cosas sucedió en este caso.

- Antiprocesalismo o la teoría de los autos ilegales.

Por su parte, otro principio procesal que se está viendo conculcado con las palabras expresas del juez, que afirma que no puede volver atrás en el procedimiento para corregir sus propios errores, es lo que la doctrina ha bautizado como antiprocesalismo y que la jurisprudencia ha denominado teoría de los autos ilegales, conceptos estrechamente relacionados.

Tal concepto engendrado en la Corte Suprema de Justicia⁴, no ha escapado al análisis de la Corte Constitucional, y esta Corporación en sentencia T-519/05 ha avalado su uso, solamente que con la restricción de que no puede ir en contra de autos que tengan fuerza de sentencia, lo que claramente no sucede en este caso, por lo que la teoría es plenamente aplicable.

De esta manera, no es explicable que ante tanta jurisprudencia que se lo indica, el juez se rehúse a corregir sus propios errores, y a reconocer que, simplemente, existe realmente cosa juzgada en el proceso declarativo que señala que no hay ninguna condena a sumas de dinero en contra de mi clienta. Gracias a ello, jamás se debió siquiera librar mandamiento de pago, pero si se libró, es obligación del juez corregir su error al dictar sentencia, y echar por tierra el despropósito más grande que puede tener un proceso ejecutivo, como lo es no contar con una obligación susceptible de ser ejecutada.

4. Fraude procesal y la prueba de oficio

Lo siguiente que llama poderosamente la atención, es que el juez tiene vigorosas dudas de la actuación de la parte demandante, tantas, que decidió compulsar copias a la fiscalía por las actuaciones presuntamente delictivas de la parte y su representante. Asimismo, de mi parte, le aduje al expediente pruebas que soportan tal duda, que si se aportaron de forma extemporánea es porque a este litigante le fue físicamente imposible aportarlas antes, y con semejantes y obscenas sospechas, el señor juez se rehusó a practicar las correspondientes pruebas de oficio para aclarar las dudas que tanto él como yo tenemos en este proceso.

Es de recordar que también es copiosa la jurisprudencia sobre este particular, la cual señala que no es una mera potestad sino un deber del juez, practicar pruebas de oficio cuando haya indicios de que la decisión que está tomando es ilegítima, como en este caso, que es abiertamente ilegal e injusta. De esta manera, la Corte Constitucional al respecto empieza por señalar que:

“El decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es una atribución o facultad potestativa del Juez: es un verdadero deber legal. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material. Como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, la facultad oficiosa del juez, deviene en un deber derivado de su papel como director del proceso y de su compromiso por hallar la verdad como presupuesto de la justicia, especialmente, si se toma en cuenta que la ley no impuso límites materiales al decreto de pruebas por parte del juez, como sí ocurre en el caso de las partes.” Sentencia T-264/09. Corte Constitucional.

Tal sentir se ve corroborado por la misma Corporación, que ordena al juez que no sea un mero espectador, sino que ejerza su poder-deber de practicar pruebas de oficio en casos como este, en los siguientes términos:

“El operador jurídico como director del proceso, ostenta un poder –deber, fundados, en su orden, en el interés público que lo motiva y en la garantía de una debida administración de justicia, para desplegar su facultad oficiosa, como medio práctico y útil tendiente a suplir ciertos vacíos no cubiertos por la parte, en quien recae en principio el impulso del proceso, para recaudar un dato sensible que lleve certeza a favor de la garantía del derecho sustancial. Esta Corporación se ha referido a que en el escenario de los procesos que

⁴ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 28 de 1979 MP. Alberto Ospina Botero.

se tramitan ante la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso administrativo, el juez no puede adoptar una posición de simple espectador, debido a que en la actual regulación adjetiva (refiriéndose al contencioso administrativo) en esa materia, además de proporcionar una relativa autonomía al régimen probatorio, resalta el carácter inquisitivo de los mismos, elemento que resulta consustancial a esa clase de regímenes.” Sentencia T-950/11. Corte Constitucional.

La misma Corporación en otro fallo, no cesa ni desfallece en corroborar tal doctrina, con pronunciamientos que encajan en este proceso perfectamente. Empieza por señalar que:

“El exceso ritual manifiesto en materia de exigencia probatoria puede comportar un defecto factico, en aquellos casos que se omita la práctica de una prueba de oficio para aclarar un asunto difuso del debate, a pesar de que de los otros medios de prueba puedan inferirse los hechos que sustentan la pretensión correspondiente.” Sentencia T-113/19. Corte Constitucional.

Como se señaló en audiencia, se presenta un exceso ritual manifiesto cuando se hacen exigencias diabólicas en este proceso, exigiéndoseme que aporte pruebas que a mí como particular, en frente de otros particulares, me es muy difícil obtener (sin embargo se arrimaron al expediente los Derechos de Petición tendientes a la obtención de las pruebas pertinentes) pero que para el juez es muy sencillo gracias a las potestades que tiene como Juez de la República.

Con total naturalidad, como si se tratase de algo sencillo, el juez señala que se pueden obtener pruebas de hechos, primero, hasta hace poco desconocidos por todos los involucrados en este proceso y que fueron motivo de compulsas de copias a la fiscalía, y segundo, a través del ejercicio del derecho de petición, como si tal derecho fuese de contenido general e indiscriminado.

Por el contrario, el ejercicio de tal derecho ante particulares, como lo señala la Ley 1755 de 2015, solo puede ejercerse contra los particulares cuando se vulneren derechos fundamentales por parte de ellos, y además, tales particulares pueden guardar reserva de la información que ostentan, lo que los habilita a guardarse mucha información sensible atinente a este proceso. Y menos aún se puede ejercer este derecho de petición contra personas naturales, y solo se puede hacer cuando haya subordinación o dependencia, lo que no ocurre en el caso de mi clienta.

No obstante todos los obstáculos legales que existen para entablar derechos de petición contra particulares, este litigante lo hizo y obtuvo respuesta a una de las peticiones, sin embargo, posteriormente a las oportunidades probatorias, pero no porque este litigante así lo haya querido, sino porque, primero, los hechos objeto de la petición eran desconocidos tanto por mí como por el juez, y además, segundo, esas peticiones se responden en los términos y bajo el capricho de tales entes privados.

De esta manera, no es nada menos que un pretexto señalar que este litigante pudo obtener información a través de derechos de petición, cuando tal derecho en contra de particulares está bastante restringido, y además, los hechos objeto de estas sospechas penales no fueron conocidos sino avanzado el proceso, por lo que exigirme que aporte tales pruebas al proceso en las oportunidades legales no es nada menos que vulnerar el principio de Ulpiano, y exigirme el cumplimiento de cargas imposibles de satisfacer.

Y este pretexto le sirvió al juez para omitir su poder-deber de adelantar pruebas de oficio, como lo obliga la misma sentencia aludida:

“De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer,

surja en el funcionario la necesidad de esclarecer asuntos indefinidos de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material' Sentencia T-113/19. Corte Constitucional.

Estos requisitos, que no son cumulativos, señalan que "... cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material..." es deber del juez actuar a través de las pruebas de oficio para evitar que se vea lesionado el derecho sustancial, que es el objeto de protección y lo que realmente importa en los procesos.

De esta manera, de nuevo, es evidente la vulneración de no solamente los derechos sustanciales de mi clienta, sino de los más básicos y caros derechos fundamentales, como al debido proceso, y por supuesto, a la igualdad, porque se la está tratando de una manera diferente y sin justificación, de como se han resuelto casos similares en el pasado.

- Sentencia T-330 de 2018.

Incluso, para corroborar todo lo dicho, existe un antecedente jurisprudencial que básicamente es un trasunto del proceso presente.

En un proceso ejecutivo se decidió seguir adelante con la ejecución a pesar de que se habían presentado supuestos delitos durante el proceso, pero el juez obvió tales circunstancias con el argumento de que no existían causales de nulidad expresas en el Código General del Proceso para esta situación.

Por supuesto, la Corte Constitucional echó por tierra semejante argumento, y abrió a la nulidad del proceso. Es por esa razón que en este mismo memorial interpondré nulidad de lo actuado, porque tal sentencia avala que en casos tan graves como este, interponga tal nulidad que se originó en la sentencia donde se toma la decisión de no escuchar las graves denuncias en contra de este fallo y su procedimiento.

5. Indeterminación del bien objeto de restitución

Otro asunto que llama poderosamente la atención en este proceso es la absoluta falta de identificación y determinación del bien objeto de restitución. Incluso, en la misma audiencia en donde se definió la discusión ejecutiva, esas dudas siguen siendo patentes y se agravaron gracias a la confesión hecha por la parte demandante y a las expresiones hechas por el mismo juez de la causa

- Nótese cómo en el minuto 1:17:00 de la audiencia de fecha 22 de junio de 2021, la parte demandante señala que uno fue el bien que se le arrendó a la señora MARTHA SIERRA, y otro fue el bien que se le arrendó a ZUO COLOMBIA S.A.S.

Es decir, según esa expresión de la misma parte demandante, son dos bienes distintos los arrendados, cuando en la demanda no se hace esa distinción y se habla de un único bien. ¿Es posible ya, a estas alturas, no albergar serias dudas acerca de la identificación del inmueble?

Y, en ese grado de indefinición, ¿qué se puede entregar para cumplir con la obligación de entrega? ¿Cómo se puede adelantar una diligencia de entrega en tal grado de incertidumbre sobre lo que se tiene que entregar?

- Por su parte, y como si fuera poco, el juez señala que se abstuvo de entrar a los inmuebles cuando hizo la inspección judicial. Ver. Minuto 1:33:00 de la audiencia del 22 de junio de 2021, donde dice el juez que se abstuvo de entrar.

Esta actitud ya, francamente, es inexplicable. Como lo señala el Código General del Proceso, la orden de allanamiento está implícita en decretos del juez como una inspección judicial. Señala el artículo 112 del Código Referido que:

Artículo 112. Procedencia del allanamiento. *“El juez podrá practicar el allanamiento de habitaciones, establecimientos, oficinas e inmuebles en general, naves y aeronaves mercantes, y entrar en ellos aun contra la voluntad de quienes los habiten u ocupen, cuando deba practicarse medida cautelar, entrega, inspección judicial, exhibición o examen de peritos sobre ellos o sobre bienes que se encuentren en su interior.*

El auto que decrete cualquiera de tales diligencias contiene implícitamente la orden de allanar, si fuere necesario. (Negrillas fuera de texto).

De esta manera, ante dudas tan grandes como la identidad del bien, que mantuvo ocupadas a las partes y el juez buena parte de la audiencia haciendo dibujos e intentando figurarse cómo es el bien y qué era lo realmente arrendado, no cabe racionalmente en la cabeza cómo es que el juez aceptó el hecho de no poder ingresar a los bienes para poderlos identificar plenamente.

No obstante, sea la razón que sea, lo cierto es que no se puede llegar a comprender cómo es que se adelantan trámites ejecutivos enseguida del declarativo, (como diligencias de entrega y procesos ejecutivos), ante tan **absoluta indeterminación del título ejecutivo**. Simplemente, es incomprensible.

6. Reiteración del alegato de vulneración de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal

Como se explicó en audiencia y previamente en el proceso, se insiste en que en este asunto se han vulnerado principios constitucionales fundamentales, en especial la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal:

“No puede concederse las consecuencias jurídicas de una norma cuando no se cumplen los supuestos fácticos de la misma”⁵

Para el caso es de fundamental importancia tener en cuenta las disposiciones generales del Código General del Proceso en especial su Artículo 11, artículo este que se sustenta en los artículos 228 y 230 de la Constitución Nacional de acuerdo a la Constitucionalización del Derecho Procesal y que de esa forma le dan vida a todo el ordenamiento procesal colombiano.

“Principios constitucionales del proceso: Arts 228 y 230 de la Cons Nacional. Esto debido a la constitucionalización del Derecho Procesal en sus formas y aplicación, en el entendido “que éstas hayan perdido su excesivo rigor permitiendo una aplicación más flexible acorde con la finalidad que se quiere lograr. Esta es la prevalencia del derecho sustancial” al aplicar la norma procesal, teniendo en cuenta el principio que le subyace, significa que opta por la socialización o publicitación del proceso siguiendo posturas que persiguen los fines del Estado Social de Derecho concretados en la igualdad real”⁶

“Dicha prevalencia del derecho sustancial significa que las formas o procedimientos son instrumentos, medios para la aplicación del derecho material, pero ello no le resta importancia a las normas procesales, sino que genera el juez u operador jurídico, aplique las normas procesales de forma flexible, dúctil o maleable, pues como lo señala el Tribunal Constitucional español en Sentencia del 6 de junio de 1991, en la aplicación de las normas procesales se debe impedir el uso de

⁵ (Sentencia T-613 de 2006).

⁶ Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. Vol. 43, No. 119 (2013) / 663 La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial

*formalismos o rigorismos excesivos, o de interpretaciones del texto legal, absolutamente lineales o literales que impidan la normal consecución del fin que la norma o normas persiguen, omitiéndose el estudio del fondo del problema en consideración a la forma y sólo a ella*⁷.

*“La Corte Constitucional sobre interpretará dicha norma otorgándole un significado más preciso al elaborar la línea jurisprudencial del exceso de rigor manifiesto que se presenta cuando (i) un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esa vía, sus actuaciones devienen en una verdadera denegación de justicia; (ii) el juez desconoce la justicia material por exceso ritual probatorio que se oponga a la prevalencia del derecho sustancial. Dicho exceso se puede dar por incurrir en un rigorismo procedimental en la valoración de la prueba que lleve incluso a que la misma sea desechada, o por exigir el cumplimiento de requisitos sacramentales que pueden resultar siendo cargas excesivas o imposibles de cumplir para las partes; y, (iii) generalmente el exceso ritual manifiesto tiene relación directa con el defecto fáctico, al punto que el error en la valoración de la prueba lleva al juez natural a una errada conclusión que incide directamente en el resultado del proceso judicial”*⁸.

Al respecto, se referencian las decisiones judiciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que sirven para entender mejor la aplicación de la prevalencia del derecho sustancial. La Corte Constitucional en el escenario de la acción de tutela contra providencias judiciales en la sentencia C-590 de 2005, sistematizó los requisitos genéricos y las causales específicas para la procedencia de ese medio de defensa. En particular se hará hincapié en la causal referida al defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el Juez actúa al margen del procedimiento establecido y al defecto fáctico, producido cuando el Juez carece del apoyo probatorio para tomar la decisión, pues ambas están íntimamente vinculadas con el defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto. Por su parte, el Consejo de Estado fiel a su característica de cumplir una labor pretoriana, ha fijado de conformidad con el artículo 228 de la Constitución, una línea jurisprudencial para limitar el rigorismo de las normas procesales como el artículo 136 que regula la caducidad para las acciones de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo o Decreto 01 de 1984.

Dando así cumplimiento a lo ordenado por el Honorable tribunal en auto proveído del 30 de agosto del año en curso.

Del Honorable Tribunal,



CAMILO ANDRES TORRES WILCHES.

CC No. 80.179.970 de Bogotá.

T.P. No. 310.039 del C. S. de la J.

⁷ STC 128/1991 de 6 de junio.

⁸ T-213 de 2012

Bogotá D.C. Septiembre de 2021

Doctor

José Alfonso Isaza Dávila

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala Civil

E. S. D.

RADICADO: 11001 31 03 009 2018 00504 01

DEMANDANTE: BANCO BBVA

**DEMANDADOS: RIGOBERTO RUGELES BERNAL
DANIEL RUGELES BERNAL**

**ASUNTO: SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN CONTRA
SENTENCIA DEL 26 DE JUNIO DE 2020**

JUAN SEBASTIÁN RUIZ PIÑEROS, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como curador ad litem de los ejecutados, por medio del presente escrito me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 26 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, teniendo en consideración la admisión del recurso ordenada mediante providencia del 7 de septiembre de 2021, notificada por estado del 13 de septiembre.

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

El Banco BBVA promovió demanda ejecutiva el 4 de octubre de 2018 contra de los señores Rigoberto Rugeles Bernal y Daniel Rugeles Bernal, correspondiendo su conocimiento al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, el cual libró mandamiento de pago en su contra el 2 de noviembre de 2018, modificado mediante providencia del 1º de febrero de 2019.

Efectuados los trámites respectivos para lograr la notificación personal de los ejecutados, se decretó su emplazamiento ante la imposibilidad de enterarlos directamente de la orden de apremio descrita. En tal sentido, mediante providencia del 30 de julio de 2019 se dispuso el nombramiento del suscrito como curador ad litem, lográndose la notificación personal del mandamiento de pago el 23 de septiembre de 2019.

Durante el término de traslado de la demanda el suscrito propuso la excepción de inexigibilidad del título valor por cuenta de la alteración de la fecha de vencimiento de ambos pagarés base de ejecución, con sustento en que los mismos fueron otorgados con dicho espacio en blanco por parte de los ejecutados y el llenado que efectuó el Banco BBVA resultaba una alteración del instrumento por cuanto las cartas de autorización que lo autorizaron para llenarlos eran ineficaces de pleno derecho.

Sobre el particular, se señaló que ampos títulos valores tenían como causa o negocio subyacente relaciones de carácter financiero entre los aquí ejecutados y el Banco BBVA, siendo la autorización emitida respecto de la fecha de vencimiento de cada instrumento cambiario, claras cláusulas abusivas, por ende, debían entenderse por no escritas, sin ningún efecto, lo que a la postre conllevaría a considerar que los títulos fueron alterados luego del otorgamiento y entrega por parte de sus creadores, siendo por lo tanto ineficaz la acción cambiaria derivada de tales instrumentos, por carecer de un elemento esencial predicable de ellos, la forma de vencimiento.



Surtido el trámite pertinente, el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá profirió sentencia anticipada el 26 de junio de 2020, señalando que los ejecutados no acreditaron que el Banco BBVA no haya respetado las instrucciones de llenado otorgadas frente a los pagarés base de ejecución, siendo carga de la prueba de la parte pasiva el desvirtuar la presunción de autenticidad que recae sobre dichos instrumentos cambiarios, de allí que estaba llamada al fracaso la excepción propuesta por el suscrito, pues al no haberse solicitado pruebas ni arrimado medios que permitieran evidenciar un irrespeto del sentir o querer de los ejecutados en el diligenciamiento de los espacios en blanco de los mentados instrumentos, debía mantenerse incólume la orden de apremio y seguir adelante con la ejecución, pues no se desvirtuó de ninguna forma ni la eficacia ni la validez de estos títulos valores.

En consecuencia, la señora juez declaró no probada la excepción de inexigibilidad de los pagarés por ausencia de requisitos formales dada la adulteración de la fecha de vencimiento y, en su lugar, ordenó seguir adelante con la ejecución conforme al mandamiento de pago, ordenó el avalúo y remate de los bienes de los ejecutados embargados o que se llegaren a embargar, la práctica de la liquidación del crédito y la condena en costas a los ejecutados.

II. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Expuestos los antecedentes y fundamentos de la sentencia del 26 de junio de 2020, le solicito a los señores magistrados que se sirvan revocar la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá y, en su lugar, declaren la prosperidad de la excepción formulada y se abstengan de ordenar continuar con la ejecución, teniendo en cuenta que la misma resulta abiertamente incongruente entre lo resuelto y el medio exceptivo formulado y por cuanto no es cierto que no se hayan acreditado los supuestos fácticos que sustentaban el medio exceptivo propuesto por el suscrito, como curador ad litem de los ejecutados; tal como se explicará a continuación.

En primer lugar, habrá que advertir que la sentencia emitida por la a quo adolece de un grave yerro en materia procedimental, pues la misma resulta abiertamente incongruente; en concreto, la señora juez advirtió que con esta sentencia resolvía de fondo la excepción planteada por el suscrito como curador ad litem de los ejecutados, no obstante, revisada la fundamentación de la providencia salta a simple vista que la señora juez resolvió una excepción que nunca le fue formulada ni siquiera de forma tácita, de allí que la misma deba ser revocada, pues resulta incongruente que la señora juez haya resuelto continuar la ejecución basada en la improsperidad de una excepción jamás propuesta y pasando por alto el estudio de la verdaderamente formulada, violando así el derecho al debido proceso de los aquí ejecutados.

En tal sentido, debe recordarse que el derecho al debido proceso y, en concreto, el derecho de defensa y audiencia, garantiza a todos los ciudadanos que los jueces en los procesos de naturaleza rogada deban decidir sobre la totalidad de las pretensiones formuladas por la parte actora y sobre la totalidad de las excepciones propuestas por la parte contradictoria, debiendo garantizar a cada parte la posibilidad de aportar pruebas, controvertirlas, valorarlas y alegar sobre el objeto de la litis y garantizando que con su examen sean examinadas todas y cada una de las manifestaciones de los interesados, no más, no menos, salvo que la ley lo autorice para resolver cuestiones ultra o extra petita o de oficio.

Descendiendo al caso concreto, la ad quo en su motivación señaló que los ejecutados tenían la carga de la prueba de acreditar de qué forma fueron desatendidas sus instrucciones o autorizaciones de llenado frente a los pagarés base de ejecución o demostrar la existencia de las verdaderas instrucciones que demostraron su voluntad o querer al otorgar los instrumentos, circunstancia que en su sentir no se demostró, por lo cual era procedente mantener incólume la autenticidad y veracidad de los

mismos, a falta de prueba en contrario, por lo cual, ordenó seguir adelante con la ejecución.

Ahora bien, dicha motivación se centra en la supuesta alegación de parte de los contradictores de que no se respetaron o desatendieron las instrucciones de llenado que harían ineficaz a los pagarés en las condiciones en que se presentaron para cobro; sin embargo, en ningún momento el suscrito alegó que el Banco BBVA hubiese irrespetado las autorizaciones de llenado de los pagarés base de ejecución, ni mucho menos que los mismos fueron suscritos con espacios en blanco que debían ser diligenciados con autorizaciones diferentes a las allegadas al trámite que nos ocupa.

No. Grosso error. Ni de la denominación del medio exceptivo, ni de la motivación efectuada por este profesional al ejercer la defensa de los ejecutados, se desprende que tal haya sido el objeto de la censura a los títulos objeto de recaudo. De tal suerte, se evidencia que la titular del despacho efectuó una lectura negligente del medio de defensa propuesta, lo que a la postre derivó en una sentencia abiertamente incongruente, pues se resolvió una excepción jamás planteada, dejando huérfano el estudio del verdadero medio exceptivo propuesto por este profesional, siendo sacrificado gravemente el derecho de audiencia y contradicción de los aquí ejecutados.

Esta circunstancia es una grave violación del derecho al debido proceso de los ejecutados, pues amén de que no han podido asumir directamente su defensa, por desconocerse su paradero, se dejó de lado el estudio directo y de fondo de los planteamientos de defensa expuestos por su defensor de oficio, sin motivación o razón alguna, con el agravio de que se dictó una sentencia en su contra sin reparar en la grave y flagrante violación de sus derechos como consumidores financieros, pues estamos ante una ejecución forzada sustentada en el ejercicio de cláusulas abusivas impuestas por parte del Banco BBVA, circunstancia totalmente desdeñable, conforme el ordenamiento jurídico colombiano, que por la lectura negligente de la ad quo, pasaron sin mayor prevención y atención de su parte, siendo su deber garantizar la vigencia de los postulados constitucionales, entre ellos, los referentes a la protección de los derechos de los consumidores, en todos los ámbitos de la justicia, más cuando ello puede afectar gravemente su patrimonio, como es el caso que nos ocupa.

En tal sentido, como el fallo aquí apelado fue abiertamente incongruente en la resolución del medio exceptivo propuesto, me permito solicitarles a los señores magistrados que procedan a resolver de fondo la verdadera excepción propuesta con el escrito de contestación, para lo cual me permito solicitarles que se sirvan atender a los argumentos esgrimidos en el escrito del 4 de octubre de 2019 y los aquí expuestos.

En lo referente a la excepción propuesta por este servidor habrá que señalar que la misma tiene una naturaleza mixta, si así se quiere definir. En su oportunidad este profesional señaló que, si bien los pagarés base de ejecución cumplían formalmente con los requisitos legales para ejercer la acción cambiaria que de ellos deriva, al adentrarse en su estudio de fondo y, en concreto, el contexto que les dio origen, dicha circunstancia se controvertía sin necesidad de pruebas adicionales a las ya aportadas con el expediente y las manifestaciones de la demanda.

Al respecto, al examinar los documentos allegados con la demanda se concluye que los pagarés base de ejecución no fueron firmados por los ejecutados en las condiciones que fueron presentados en este proceso, lo anterior se concluye de las autorizaciones de llenado donde se habilitó al Banco BBVA a diligenciar los espacios relativos a capital o derecho crediticio incorporado, la fecha de vencimiento y la inclusión de intereses corrientes y moratorios, sin que la ejecutante en su pronunciamiento de excepciones haya advertido lo contrario ni mucho menos indicado

actuar diferente al ordinariamente presentado en las relaciones financieras entre entidades bancarias y sus usuarios, pues estos por práctica se otorgan en blanco como contragarantía de los eventuales incumplimientos de los usuarios a sus obligaciones contraídas con el banco, ya sean presentes o futuras.

De tal suerte, se tiene que al momento de otorgar los instrumentos los ejecutados dejaron dichos espacios en blanco, dos de los cuales son esenciales para ejercer la acción cambiaria propia de cada título valor, disponiendo instrucciones para su llenado, para el efecto, el monto del derecho incorporado en el instrumento cambiario y la forma de vencimiento de cada uno.

Ahora bien, la censura propuesta contra dichos instrumentos cambiarios, trasciende al derecho cartular mismo y gira en torno a su creación y otorgamiento, medio exceptivo que puede ser propuesto y oponible al Banco BBVA, pues este era el tenedor original y fue este quien diligenció los espacios en blanco de los pagarés bases de ejecución, ello en concordancia con el numeral 12 del artículo 784 del Código de Comercio.

Bajo esa premisa, como medio exceptivo se propuso la falta de requisitos formales de los títulos base de ejecución por adulteración no consentida de los otorgantes en la fecha de vencimiento de los títulos valores, por cuanto los mismos fueron diligenciados con cartas de autorización o instrucciones de llenado cuya forma de diligenciar la forma de vencimiento constituyen una cláusula abusiva de dichos negocios jurídicos, lo cual a la luz del párrafo único del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, se deben entender por no escritas o sin efectos frente al consumidor financiero.

En tal sentido, como se explicó en la contestación, la determinación de que la fecha de vencimiento de los instrumentos sería la de llenado del respectivo pagaré, sin que se limitará claramente dicha atribución de llenado y ante la instrumento cambiario, ello abría a la arbitrariedad para que el Banco BBVA pasará por encima de las normas sobre prescripción extintiva de las obligaciones originarias o que restringiera ilegítimamente el derecho de defensa de los ejecutados al escoger a su arbitrio la fecha de vencimiento, pues ante la ausencia de instrucción clara que limite tal elección permite un abuso de la posición dominante del banco y más cuando tales documentos provienen del banco y no fueron libremente estipulados por los aquí ejecutados, ni mucho menos tuvieron poder en su formulación, pues se tratan de proformas o de condiciones generales de contratación redactadas por el banco, sin que se haya manifestado ni probado de ninguna forma por la ejecutante que los ejecutados impusieron esa proforma al banco.

Siendo así las cosas, debe recordarse que la ineficacia es el efecto jurídico directo de las cláusulas abusivas, es decir, se tornan inexistentes y las mismas no requieren de pronunciamiento judicial previo como lo pretendió exigir el Banco BBVA, pues la ineficacia o inexistencia en materia comercial opera ipso iure, es decir, donde el ordenamiento jurídico establezca nulos efectos jurídicos, estos no se deben producir y, en caso de hacerlo, deberán retrotraerse, sin necesidad de declarar nulas las cláusulas, pues estas no están viciadas de ilicitud, sino de ineficacia.

En síntesis, solicito que los señores magistrados reconozcan que las autorizaciones de llenado de la fecha de vencimiento de los pagarés base de ejecución constituyen claras cláusulas abusivas redactadas e impuestas por el Banco BBVA, las cuales adolecen de una grave indeterminación que permiten el abuso por parte del banco y una clara afectación de los consumidores financieros, aquí ejecutados, dada la posibilidad que aquel pueda escoger la fecha de llenado sin un parámetro claro o legítimo, incluso permitiendo desconocer normas de orden público imperativo.



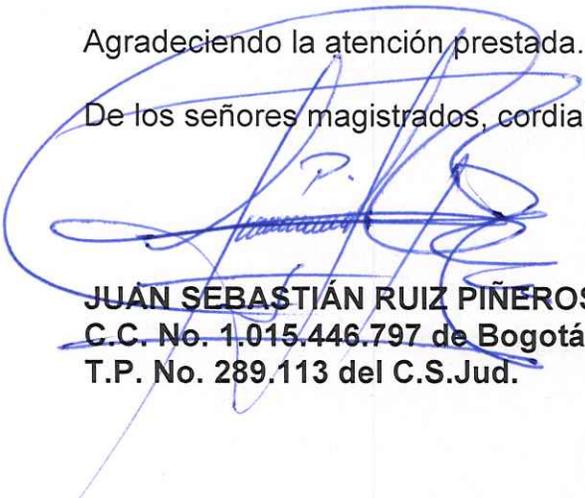
Por lo anterior, las mismas son ineficaces de pleno derecho, sin necesidad de pronunciamiento judicial previo, en consecuencia, debe concluirse que la introducción de las fechas de vencimiento en cada uno de los pagarés es contraria al querer original de los ejecutados, pues estos fueron compelidos a suscribir cláusulas abusivas para su diligenciamiento, de tal suerte, debe asimilarse que tales espacios están en blanco, por lo tanto, los títulos no son exigibles por ausencia de este requisito esencial, la forma de vencimiento.

III. PETICIÓN

Por las anteriores consideraciones, solicito a los señores magistrados que se sirvan revocar la sentencia del 26 de junio de 2020 y, en su lugar, se sirvan declarar la prosperidad de la excepción de inexigibilidad de los títulos valores por adulteración en la fecha de vencimiento, por ineficacia de las instrucciones impartidas para el diligenciamiento de dicho espacio en blanco en los instrumentos que sirvieron para librar mandamiento de pago. En consecuencia, decreten terminado el proceso, levanten las medidas cautelares y condenen en costas a la ejecutante en ambas instancias.

Agradeciendo la atención prestada.

De los señores magistrados, cordialmente,



JUAN SEBASTIÁN RUIZ PIÑEROS
C.C. No. 1.015.446.797 de Bogotá D.C.
T.P. No. 289.113 del C.S.Jud.