

MEMORIAL DR. ALVAREZ GOMEZ DR. RV: Sustentación recurso apelación LOPE HUGO 30-3-2022

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Miércoles 30/03/2022 16:36

Para: GRUPO CIVIL <grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL DR. ALVAREZ GOMEZ

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: miércoles, 30 de marzo de 2022 4:29 p. m.

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

Cc: daniel.ardila@accion.co <daniel.ardila@accion.co>

Asunto: RV: Sustentación recurso apelación LOPE HUGO 30-3-2022

Cordial saludo,

Se remite por competencia al doctor OSCAR CELIS FERREIRA - SECRETARIO JUDICIAL DE LA SALA CIVIL, cualquier inquietud sobre su proceso debe dirigirla al correo secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Margarita Mendoza Palacio

Secretaria Administrativa de la Sala Civil

Tribunal Superior de Bogotá

(571) 423 33 90 Ext. 8352

Fax Ext.: 8350 – 8351

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Avenida Calle 24A No. 53-28, Of. 305 C

Bogotá D.C.

De: Daniel Eduardo Ardila Paez <daniel.ardila@accion.co>

Enviado: miércoles, 30 de marzo de 2022 16:24

Para: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>;

Despacho 06 Sala Civil Tribunal Superior - Bogota - Bogota D.C. <des06ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: notijudicial@accion.com.co <notijudicial@accion.com.co>; prodeger@gmail.com <prodeger@gmail.com>; lcaors@yahoo.com <lcaors@yahoo.com>; administrativo@paezmartin.com <administrativo@paezmartin.com>; lfranco@paezmartin.com <lfranco@paezmartin.com>

Asunto: Sustentación recurso apelación LOPE HUGO 30-3-2022

Señores

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

Mag. Pte. Dr. Marco Antonio Álvarez Gómez

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

des06ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.

S.

D.

REF: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DEL 24 DE FEBRERO DE 2022 PROFERIDA POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO- DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES-

PROCESO: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

RADICADO No. 21-249657

DEMANDANTE: GLORIA LUCIA BERNAL NISPERUZA / LOPE HUGO BARRERO

DEMANDADOS: ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO LOTE URAKU SUÍTES Y FIDEICOMISO DE RECURSOS PROYECTO URAKU SUÍTES, SETEYCO S.A.S. INVERSIONES CAFI S.A. Y PUERTA ROSALES S.A. EN REORGANIZACIÓN.

DANIEL EDUARDO ARDILA PÁEZ, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.026.272.654 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 280.877 del Consejo de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** sociedad que actúa única y exclusivamente como vocera y administradora de los patrimonios autónomos denominados: **FIDEICOMISO LOTE URAKU SUÍTES Y FIDEICOMISO DE RECURSOS PROYECTO URAKU SUÍTES**, tal y como consta en el poder que obra dentro del expediente, estando dentro del término legal, procedo a sustentar el **RECURSO DE APELACIÓN**, interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia proferida en audiencia el 24 de febrero de 2022, por la Superintendencia de Industria y Comercio- Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales-, y admitido por el Tribunal mediante auto de fecha 16 de marzo de 2022, notificado en el estado electrónico del día 17 del mismo mes y año, de conformidad con los términos del documento adjunto.

Para todos los efectos se envía con copia a los apoderados de los demás sujetos procesales: prodeger@gmail.com lcaors@yahoo.com; administrativo@paezmartin.com; lfranco@paezmartin.com

Señores

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

Mag. Pte. Dr. Marco Antonio Álvarez Gómez

secscribssupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

des06ctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.

S.

D.

REF: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DEL 24 DE FEBRERO DE 2022 PROFERIDA POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES-

PROCESO: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

RADICADO No. 21-249657

DEMANDANTE: GLORIA LUCIA BERNAL NISPERUZA / LOPE HUGO BARRERO

DEMANDADOS: ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO LOTE URAKU SUÍTES Y FIDEICOMISO DE RECURSOS PROYECTO URAKU SUÍTES, SETEYCO S.A.S. INVERSIONES CAFI S.A. Y PUERTA ROSALES S.A. EN REORGANIZACIÓN.

DANIEL EDUARDO ARDILA PÁEZ, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.026.272.654 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 280.877 del Consejo de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** sociedad que actúa única y exclusivamente como vocera y administradora de los patrimonios autónomos denominados: **FIDEICOMISO LOTE URAKU SUÍTES Y FIDEICOMISO DE RECURSOS PROYECTO URAKU SUÍTES**, tal y como consta en el poder que obra dentro del expediente, estando dentro del término legal, procedo a sustentar el **RECURSO DE APELACIÓN**, interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia proferida en audiencia el 24 de febrero de 2022, por la Superintendencia de Industria y Comercio- Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales-, y admitido por el Tribunal mediante auto de fecha 16 de marzo de 2022, notificado en el estado electrónico del día 17 del mismo mes y año, de conformidad con lo siguiente:

I. MANIFESTACIÓN INICIAL.

Sin perjuicio de lo que se exponga en el presente escrito, me permito dar por transcritos todos y cada uno de los argumentos que fueron presentados en el escrito de fecha 1º de marzo de 2022, mediante el cual se formularon los reparos concretos en contra de la sentencia de primera instancia, los cuales deberán ser valorados por el Tribunal Superior de Bogotá como parte integral de la sustentación del recurso de apelación.

II. OPORTUNIDAD PARA SUSTENTAR EL RECURSO.

Mediante auto de fecha 16 de marzo de 2022, el Despacho admitió el recurso de apelación formulado por el suscrito en contra de la sentencia de primera instancia proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio-Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales-.

En relación con el término para sustentar el recurso de apelación, el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 señala lo siguiente:

*“El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes. **Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes.** De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días.*

(...)” (Resaltado en negrilla no es del texto)

Por su parte, el artículo 302 del Código General del Proceso, señala lo siguiente en relación con la ejecutoria de las providencias:

“Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, (...)” (Resaltado en negrilla no es del texto)

La providencia mediante la cual se admitió el recurso de apelación cobró ejecutoria el 23 de marzo de 2022, por lo que, los cinco (5) días de traslado de que trata el Decreto 806 de 2020, terminan el 30 de marzo de 2022, tal como se observa a continuación:

LUNES	MARTES	MIÉRCOLES	JUEVES	VIERNES	SÁBADO	DOMINGO
			17	18	19	20
21 (Festivo)	22	23	24	25	26	27
28	29	30				

- ❌ Fecha en que se notificó la providencia,
- ❌ Término de ejecutoria,
- ❌ No corren términos por no ser días hábiles
- ❌ Término de traslado.

Con base en lo expuesto, la sustentación del recurso se presenta dentro de la oportunidad legal prevista para tal fin.

III. OBJETO DEL RECURSO

El presente recurso de alzada tiene por objeto que el Tribunal Superior de Bogotá D.C., Sala Civil, **REVOQUE** la sentencia proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio- Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales-, y en su lugar, se sirva declarar probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y condenar a los demandantes al pago de las costas y agencias en derecho.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

La sentencia impugnada adolece de un grave error al considerar que entre los **FIDEICOMISO LOTE URAKU SUÍTES Y FIDEICOMISO DE RECURSOS PROYECTO URAKU SUÍTES** y los demandantes existe una relación de consumo, atribuyéndoles a los mencionados patrimonios autónomos, la calidad de proveedores, en los términos del numeral 11 del artículo 4° de la Ley 1480 de 2011 y al darles la calidad de consumidores finales a los demandantes.

Adicionalmente, en la sentencia se incurre en un error al sostener que al no haberse otorgado la escritura pública de transferencia de dominio y no haber realizado la entrega material del bien inmueble, los Fideicomisos vulneraron el régimen de protección al consumidor en materia de garantía legal y protección contractual.

Contrario a lo que señala la sentencia impugnada, es importante tener en cuenta lo siguiente:

A. LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS FIDEICOMISO LOTE URAKU SUITES y FIDEICOMISO DE RECURSOS PROYECTO URAKU SUITES NO OSTENTAN LA CALIDAD DE PRODUCTORES NI PROVEEDORES.

En el presente caso, tenemos que los demandantes pretenden endilgar a los PATRIMONIOS AUTÓNOMOS FIDEICOMISO LOTE URAKU SUITES y FIDEICOMISO DE RECURSOS PROYECTO URAKU SUITES, la responsabilidad por el incumplimiento de la garantía de que trata el artículo 7° de la ley 1480 de 2011, por la no entrega material del apartamento 307 y la no suscripción de la escritura pública de transferencia de dominio.

El numeral 9° del artículo 4° de la Ley 1480 de 2011, señala que productor es: “*Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien*

diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.”.

Por su parte, el numeral 11 del mismo artículo señala que es proveedor o expendedor: “*Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.*”.

Sobre la noción de productor y proveedor, la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en sentencia de fecha 1° de septiembre de 2021, señaló lo siguiente:

“ (...)”

Devolviéndonos entonces al artículo 5 en los numerales 9 y 11 señala quién es productor y proveedor por el primero se señala quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria, en numeral 11. Proveedor quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.

*Figuras jurídicas que son ratificados por el decreto reglamentario que decreto 793 del 2013 y decreto 1074 de 2015 que básicamente señala que consumidor es quién va a disfrutar a utilizar un determinado producto y esa relación de consumo se entabla con el productor y el proveedor que están llamados a responder por la calidad e idoneidad de los productos que se comercializan **es claro para el despacho entonces que un productor será quién fabrica un determinado producto y proveedor quien lo comercializa, para el efecto.***

(...)” (Resaltado en negrilla no es del texto).

Conforme a lo anterior, tenemos que:

- Es productor quien **DE MANERA HABITUAL DIRECTA O INDIRECTAMENTE** fabrica un producto y,
- Es proveedor quien **DE MANERA HABITUAL DIRECTA O INDIRECTAMENTE** comercializa un producto.

Ahora bien, conforme la cláusula segunda del contrato de fiducia mercantil de administración FIDEICOMISO LOTE URAKU SUITES, el objeto del mismo consiste en que la fiduciaria, como vocera del mencionado fideicomiso, mantenga la titularidad jurídica de los bienes fideicomitados y, permita que los fideicomitentes, por su cuenta y riesgo, desarrollen el Proyecto Urakú Suites para, posteriormente, transferir a quien corresponda, las unidades privadas conforme a los contratos de vinculación y, previa instrucción de los fideicomitentes.

Por su parte, conforme a la cláusula segunda del contrato de fiducia mercantil de administración FIDEICOMISO DE RECURSOS PROYECTO URAKU SUITES, el mismo tiene por objeto que la fiduciaria reciba de los fideicomitentes esto es, de las sociedades SETEYCO S.A. e INVERSIONES CAFI S.A., los recursos necesarios para la ejecución del contrato, mantenga la titularidad jurídica de los bienes que conforman el fideicomiso, reciba para el fideicomiso los aportes que los beneficiarios de área entregaran en virtud de los contratos de vinculación y, realice los giros de los dineros aportados por los beneficiarios de área a los fideicomitentes.

Conforme al objeto de los mencionados contratos de fiducia, es claro que los fideicomisos demandados, esto es, FIDEICOMISO LOTE URAKU SUITES y FIDEICOMISO DE RECURSOS PROYECTO URAKU SUITES se constituyeron única y exclusivamente, como unos vehículos para mantener la titularidad de los bienes inmuebles donde se debía desarrollar el proyecto inmobiliario y para administrar los recursos dinerarios necesarios para adelantar el proyecto y que fueran entregados por los beneficiarios de área y/o los Fideicomitentes, siendo los FIDEICOMITENTES -SETEYCO S.A. e INVERSIONES CAFI S.A.-, quienes, se reitera, desarrollarían el proyecto, por su exclusiva cuenta y riesgo.

Por otra parte, se debe tener en cuenta lo establecido la cláusula 7° del contrato de vinculación, la cual es del siguiente tenor:

“SÉPTIMA.- DECLARACIÓN DE EL BENEFICIARIO DE ÁREA.- EL (LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA con la firma del presente contrato acepta(n) que el PROYECTO que se ha de construir y desarrollar sobre el(los) bien(es) inmueble(s) que será(n) transferido(s) al FIDEICOMISO LOTE, es responsabilidad única y exclusiva de EL FIDEICOMITENTE, quien por la vinculación de EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA no pierde tal calidad, y que ACCIÓN será la titular de los bienes que conformen FIDEICOMISO LOTE y el FIDEICOMISO RECURSOS, sin injerencia en el desarrollo de las construcciones o en el cumplimiento de las obligaciones que surgen para el FIDEICOMITENTE en virtud de la presente vinculación, igualmente EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA declara(n) conocer, entender y aceptar que:

1.En desarrollo del presente contrato, la gestión de ACCION no se relaciona bajo ningún punto de vista con las actividades propias de la construcción y enajenación de inmuebles, ni constituye por parte de ésta directa, ni indirectamente, promoción de enajenación de los inmuebles que forman parte del PROYECTO.

2.ACCION no participa en el desarrollo del PROYECTO, ni como constructor, ni como GERENTE.”
(Resaltado en negrilla no es del texto)

Conforme al contenido de la mencionada cláusula, es claro que Acción como vocera de los patrimonios autónomos FIDEICOMISO LOTE URAKU SUITES y FIDEICOMISO DE RECURSOS PROYECTO URAKU SUITES, en desarrollo del contrato, no ejercía actividades relacionadas con la construcción, ni tampoco ejercía actos de promoción o enajenación, de manera directa o indirecta, de los inmuebles objeto del proyecto. Así las cosas, resulta evidente que los fideicomisos aquí demandados, **NO FABRICAN, NI COMERCIALIZAN PRODUCTOS** de manera habitual directa o indirectamente pues, como previamente se anotó, los fideicomisos se constituyen con un fin específico, como lo es servir de diputados para recibir unos dineros y entregarlos a los fideicomitentes, y detentar temporalmente la propiedad del inmueble mientras se desarrolla el proyecto inmobiliario por parte de los fideicomitentes,

Los Fideicomisos demandados tampoco son proveedores de ningún bien o servicio, pues tampoco cumplen funciones de promoción o enajenación de los inmuebles que forman parte del proyecto, pues, se reitera, son un vehículo para la ejecución y desarrollo del proyecto inmobiliario que se ejecuta por cuenta y riesgo de los promotores y/o desarrolladores, que son los Fideicomitentes del Contrato de Fiducia y quienes buscan sacar un provecho, utilidad o lucro de la actividad económica específica.

Además de lo anterior, se debe tener en cuenta que si bien es cierto el FIDEICOMISO LOTE URAKU SUITES tenía la obligación de transferir a los beneficiarios de área los bienes, cuando se cumplieran las condiciones para ello, eso lo realiza por tener la titularidad jurídica de los bienes, no porque sea el proveedor del bien.

Por lo expuesto, es claro que, para el presente caso, los fideicomisos no ostentaron la calidad de productores y/o proveedores, en los términos de los numerales 9 y 11 del artículo 5° de la Ley 1480 de 2011, por lo que, al no ser productores ni proveedores, no existe relación de consumo entre ellos y los demandantes.

Así las cosas, ante la falta de uno de los supuestos de la acción de protección al consumidor, no podía emitirse una sentencia que accediera a las pretensiones de los demandantes.

B. LOS DEMANDANTES NO SON CONSUMIDORES.

Según el numeral 3° del artículo 5° de la Ley 1480 de 2011, es consumidor, *“Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.”*

En el presente caso, tenemos que los demandantes suscribieron un contrato de vinculación con el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO DE RECURSOS PROYECTO URAKU SUITES cuyo objeto, según la cláusula primera, consistía en establecer las condiciones en virtud de las cuales, los demandantes, se vincularían al FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO URAKÚ, mediante la entrega de recursos en dinero, que les otorgaba

el beneficio de recibir la propiedad sobre una unidad inmobiliaria, que haría parte de un proyecto de vivienda turística u hotelero y, en el numeral 2° del acápite de antecedentes los demandantes declararon conocer y aceptar ese contrato, así:

“ANTECEDENTES

1.- Mediante documento privado se celebró contrato de fiducia mercantil mediante el cual se constituyó el FIDEICOMISO LOTE PROYECTO URAKU SUITES en adelante el FIDEICOMISO LOTE, administrado por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A, al que se transfirieron los inmuebles identificados así: Nos. 50C-585378 y 50C-1580435 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Centro.

2.- Mediante documento privado se celebró un contrato de fiducia mercantil mediante el cual se constituyó el FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO URAKU SUITES, en adelante el FIDEICOMISO RECURSOS, contrato de fiducia, cuyo texto LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA declaran conocer y aceptar.” (Resaltado en negrilla no es del texto)

Ahora bien, en el numeral 1.9 de la cláusula primera del contrato de Fiducia del Patrimonio Autónomo Lote Proyecto Urakú se establece:

“1.9. PROYECTO. Se encuentra definido específicamente en el anexo uno del presente contrato y constará de un área construida aproximada de 8.500m², un (1) semisótano, dos (2) sótanos de parqueo, piscina o gimnasio, terraza, salón de eventos incluido foyer y circulaciones (300m² aproximadamente), y áreas comunes con grandes posibilidades de explotación económica. El proyecto inmobiliario URAKU SUITES tiene igualmente previsto la construcción de ochenta y un (81) suites o aparta-suites privadas y tres (3) suites o aparta suites de la copropiedad con áreas que oscilan entre los 30.29 m² y los 51.21m² aproximadamente completamente dotadas y **ESTARÁ DESTINADO DE MANERA EXCLUSIVA A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE VIVIENDA TURÍSTICA, DE ACUERDO CON EL DECRETO 2590 DE 2009.** Los parqueaderos comunales se determinarán en concordancia con la norma urbana. No obstante la descripción anterior, el proyecto podrá sufrir variaciones o modificaciones. En el evento que las mismas resulten sustanciales o desmejoren la calidad de lo ofrecido, deberán contarse con la autorización escrita del beneficiario de área que resulte afectado para la realización de la correspondiente modificación.” (resaltado fuera del texto).

Lo anterior, implica que los demandantes aceptaron que el proyecto inmobiliario al que se estaban vinculando, era para un uso turístico y no estaba destinado a vivienda familiar, según lo establecido en el numeral 1.7. de la cláusula primera del contrato de Fiducia del Patrimonio Autónomo Recursos Proyecto Urakú, cuyo texto es del mismo tenor de lo establecido en el numeral 1.9 de la cláusula primera del contrato de Fiducia del Patrimonio Autónomo Lote Proyecto Urakú que se acaba de transcribir.

Así mismo, en el antecedente No. 4 del mencionado contrato de vinculación, quedó claramente establecido que el proyecto al que se estaban vinculando los demandantes, tenía como finalidad la explotación turística y por ende, lo que iban a adquirir, una vez pagada la totalidad de los recursos, era una vivienda para uso y explotación hotelera, así:

“4. El proyecto se desarrollará sobre los inmuebles que se encuentra definido específicamente en el Anexo Uno del presente contrato y constará de un área construida aproximada de 8.500 M², un (1) semisótano, dos (2) sótanos de parqueo, piscina o gimnasio, terraza, salón de eventos incluidos foyer y circulaciones (300M² aproximadamente), y áreas comunes con grandes posibilidades de explotación económica. El proyecto inmobiliario URAKU SUITES tiene igualmente previsto la construcción de ochenta y un (81) suites o aparta-suites privadas y tres (3) suites o aparta-suites de la copropiedad, con áreas que oscilan entre los 30.29 M² y los 51.21 M² aproximadamente completamente dotadas **y estará destinado de manera exclusiva a la prestación del servicio de vivienda turística, de acuerdo con el Decreto 2590 de 2009.** Los parqueaderos comunales se determinarán en concordancia con la norma urbana. No obstante la descripción anterior, el proyecto podrá sufrir variaciones o modificaciones siempre que las mismas aporten mayores beneficios al criterio del FIDEICOMITENTE al PROYECTO.” (Resaltado en negrilla no es del texto)

Nótese que la destinación a vivienda turística es una destinación **EXCLUSIVA**, en los términos del decreto 2590 de 2009, esto es:

“Artículo 1º. De los prestadores de servicios de vivienda turística. *Cualquier persona natural o jurídica que entregue la tenencia de un bien inmueble para uso y goce a una o más personas a título oneroso por lapsos inferiores a treinta (30) días calendario, en forma habitual, se considera prestador de servicios turísticos.*

Parágrafo primero. *Inscripción ante el Registro Nacional de Turismo: De conformidad con el artículo 62 de la Ley 300 de 1996, modificado por el artículo 12 de la Ley 1101 de 2006, las viviendas turísticas y otros tipos de hospedaje no permanentes, en su condición de inmuebles destinados a la prestación de servicios turísticos, deben estar inscritos ante el Registro Nacional de Turismo.*

La obtención del registro constituye requisito previo y obligatorio para que el inmueble pueda ser utilizado como vivienda turística.

Parágrafo segundo. *Para efectos del presente Decreto se acoge la definición contemplada en el Numeral 3.3 de la norma Técnica NTSH 006 que indica: "apartamentos turísticos: Unidad habitacional destinada a brindar facilidades de alojamiento y permanencia de manera ocasional a una o más personas según su capacidad, que puede contar con servicio de limpieza y como mínimo con los siguientes recintos: dormitorio, sala-comedor, cocina y baño."* (Resaltado en negrilla no es del texto).

Además de lo anterior, se debe tener en cuenta que, en el parágrafo de la cláusula décima del contrato de vinculación, se pactó expresamente que:

“Parágrafo. EL (LOS) BENEFICIARIOS DE ÁREA se obligan desde ya a que una vez suscrita la escritura pública mediante la cual se transfiera el dominio de la unidad establecida en la parte inicial del presente contrato, procederá a transferir los derechos de explotación económica de dicha unidad mediante documento privado al Patrimonio Autónomo que constituirá EL FIDEICOMITENTE en ACCIÓN en los términos del Anexos Dos del presente contrato; contrato en el cual EL (LOS) BENEFICIARIOS DE ÁREA serán registrados como beneficiarios en la misma proporción que tenga el inmueble de conformidad con el coeficiente de copropiedad, de conformidad con el reglamento de propiedad horizontal.

Dicho patrimonio autónomo suscribirá un contrato un (los) Operador (es) Inicial (es) de conformidad con las instrucciones del FIDEICOMITENTE, para efectos de que se encargue de realizar la explotación de las unidades inmobiliarias y entregue la renta derivada de dicha explotación económica al mencionado patrimonio autónomo, que se encargará de distribuir dicha renta entre los beneficiarios a prorrata de su participación.” (resaltado fuera del texto).

Conforme a lo anterior, es evidente que ni el proyecto, ni los inmuebles resultantes del desarrollo del mismo tenían la vocación de ser destinados para vivienda familiar, sino para ser explotados como vivienda hotelera u hotel y obtener de ellos una renta.

Del texto de los contratos en mención, los cuales fueron suscritos y/o conocidos por los demandantes, es claro que desde la fecha en que suscribieron el contrato de vinculación, los demandantes conocieron y aceptaron que el inmueble estaría destinado a una explotación turística, siendo incluso que aceptaron transferir los derechos de explotación para que los mismos fueran administrados por un operador hotelero.

En este sentido, la sentencia de primera instancia desconoce totalmente lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil, pues pese a que los contratos a los que se ha hecho mención son totalmente válidos, y por tanto son ley para las partes, el juzgador de primera instancia los desconoció, sin razón jurídica alguna.

Pero si lo anterior no fuera suficiente en relación con que el hecho de que los demandantes no compraron el bien para su vivienda y que, por lo tanto, no son consumidores finales, en todo caso se debe tener en cuenta las demás pruebas que obran dentro del proceso, entre las cuales se encuentra el brochure del proyecto que les fue entregado a los demandantes cuando se vincularon al proyecto y que fue aportado por ellos mismo con la demanda.

Conforme a la documental en comento, es claro que lo que se les ofreció, que es a lo que se vincularon, fue una inversión para una **VIVIENDA TURÍSTICA**, con el objeto de obtener una rentabilidad por esa explotación.

Lo anterior es tan claro que en el brochure encontramos que se oferta:

.-"la inversión más rentable"

.-"5 razones para invertir"

.-"el soporte de un **operador experto en la administración de hoteles boutique y temáticos**"

.-"Un **hotel temático**, que nace bajo un concepto ganador: COLOMBIA y siete de sus encantadores regiones"

.-"Un **hotel boutique**, que se posiciona en el sector como la mejor alternativa para el huésped de negocios."

También obran en el expediente los interrogatorios de parte que rindieron los representantes legales de las sociedades SETEYCO S.A. y de INVERSIONES CAFI S.A., en los cuales expresaron que, siempre se ofertó e informó a los demandantes sobre el desarrollo de un proyecto destinado a la explotación hotelera, siendo que, una vez finalizada la construcción, el edificio sería entregado a un operador hotelero para que, valga la redundancia, operara un Hotel, y los beneficios o utilidades que diera la operación del mismo, fueran trasladados a todos los beneficiarios de área que se vincularon al proyecto, al punto que hicieron una referencia a una eventual negociación que se adelantó con la cadena Hilton para operar el hotel.

Finalmente, y, en relación con la documental allegada por el apoderado de las sociedades SETEYCO S.A. e INVERSIONES CAFI S.A esto es, el contrato de transacción suscrito con los demandantes **y en el cual no tuvieron participación alguna los fideicomisos demandados**, es importante destacar lo señalado en el antecedente No. 1, así:

ANTECEDENTES:

1.-El 23 de marzo de 2011, las sociedades PUERTA DE ROSALES S.A. (Aportante de Terreno), SETEYCO SAS e INVERSIONES CAFI S.A. (Gerentes Constructores responsables del PROYECTO) suscribieron los siguientes contratos de fiducia con ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. con el objeto de desarrollar un proyecto inmobiliario Hotelero, que se comercializó bajo la figura de Beneficiarios de Área, quienes aportarían recursos con miras a adquirir la propiedad de Suites dotadas y entregarían su explotación económica a un operador:

- 1.1. Contrato de Fiducia de Administración Fideicomiso Lote Proyecto Urakú Suites (en adelante "Fideicomiso Lote").
- 1.2. Contrato de Fiducia de Administración de Recursos Proyecto Urakú Suites (en adelante "Fideicomiso Recursos").
- 1.3. Como conexos a los contratos antes mencionados, se encuentran suscritos los "Contratos de Vinculación" (en adelante "Contratos de Vinculación") al Fideicomiso Recursos, que se han denominado para efectos de este Acuerdo "Aportantes de Recursos".

4.- Los Promotores del Proyecto sin participación de los Aportantes de Recursos, suscribieron una Carta de Intención con la cadena Hilton

2

Suite 307

1700000016

para operar el Edificio a través de la marca "Hilton Garden Inn", firmada a finales del 2014, por lo cual, se adaptó el Edificio y sus dotaciones a las condiciones de esta franquicia. Así mismo, en abril de 2016 se suscribió una nueva Carta de Intención, que está vigente por nueve 9 meses o hasta que Hilton lo decida.

Y, en la cláusula 1.3. del mencionado contrato de transacción, las partes acordaron que:

- 1.3. Una vez hecha la cesión a FIDUCIARIA COLPATRIA o a otra fiduciaria que acepte el Banco Colpatría, Los Aportantes de Recursos están de acuerdo en que conforme lo convenido en el presente Acuerdo, Los Promotores instruyan a dicha fiduciaria

4

Suite 307

1700000016

para que se modifique de manera integral el FIDEICOMISO LOTE, con el fin de implementar el Fideicomiso de Propiedad y Operación del Edificio (en adelante "Fideicomiso de Propiedad") de acuerdo con lo pactado en este Acuerdo, la estructura requerida por la Cadena Hilton (Anexo 1) y garantizando plenamente la entrega de los derechos fiduciarios que les corresponden a los Aportantes de Recursos. Se solicitará a la fiduciaria que el Fideicomiso de Propiedad emplee sus modelos estándar para este tipo de negocio. Los Aportantes de Recursos y demás titulares de Derechos Fiduciarios propondrán de consuno un auditor independiente que revise las cuentas de la operación del Fideicomiso que deberá ser aceptado por la Fiduciaria.

En este sentido, nótese que, en el Contrato de Transacción, los demandantes siguen señalando expresamente que los bienes estaban destinados para una explotación y utilización del inmueble por parte de la Cadena Hilton, que por todos es sabido, se trata de una de las cadenas hoteleras más grandes del mundo y que operaron y explotan hoteles, no viviendas familiares y hacen referencia a la “operación” del edificio.

La celebración de ese contrato de transacción, que, se reitera, no fue suscrito por los patrimonios demandados, pero sí por los demandantes, deja en evidencia, una vez más que la verdadera intención de estos era hacer una inversión y adquirir un inmueble para darle una explotación económica y no para darle un uso familiar como convenientemente lo señalaron en la demanda y en el interrogatorio de parte.

En ese sentido, no puede ser de acogida, la posición que los demandantes asumieron en su demanda y dentro del proceso, al pretender señalar que el inmueble que habían adquirido [por intermedio de la vinculación como beneficiarios de área de un patrimonio autónomo] iba a ser destinado para vivienda familiar o uso privado, cuando se reitera, dicho uso nunca fue “aceptado” por los Fideicomitentes y desarrolladores del proyecto inmobiliario, ni por los mismos demandantes, que aceptaron transferir sus derechos de explotación a un operador hotelero encargado de la explotación del inmueble, esto es, encargados de operar un Hotel en las 81 suites que se debían construir en el proyecto.

Pero, ni la prueba documental, esto es, los contratos de fiducia, ni el contrato de transacción, ni el brochure, ni los interrogatorios surtidos por los demandados –desarrolladores del proyecto- fueron tenidos en cuenta por el Juez de primera instancia. Siendo lo anterior, es claro que la única prueba que existe respecto de que el inmueble se adquirió para vivienda, es el decir de los demandantes y, sabido es que “**NADIE PUEDE FABRICAR SU PROPIA PRUEBA**”, por lo que su dicho no puede ser el fundamento para concluir que el bien era para su vivienda y que por tanto eran consumidores finales.

C. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE VINCULACIÓN POR PARTE DE LOS FIDEICOMISO LOTE URAKU SUITES Y FIDEICOMISO DE RECURSOS PROYECTO URAKU SUITES.

Conforme a lo pactado en el contrato de vinculación, Acción Sociedad Fiduciaria como vocera del FIDEICOMISO LOTE URAKU SUITES Y FIDEICOMISO DE RECURSOS PROYECTO URAKU SUITES, estaba obligada, entre otras, a:

- i) Administrar los recursos aportados por los beneficiarios de área para posteriormente, entregarlos a los fideicomitentes para el desarrollo y construcción del proyecto por su exclusiva cuenta y riesgo.
- ii) Otorgar la escritura pública de transferencia del derecho de dominio de la unidad inmobiliaria, **PREVIA** instrucción de los fideicomitentes.

Al respecto, es importante destacar que:

Si bien, no hubo debate sobre el mencionado aspecto, es importante señalar que los recursos administrados por mis poderdantes fueron recibidos y luego entregados a los Fideicomitentes para el desarrollo y construcción del proyecto inmobiliario, en las condiciones en que estaba establecido en los contratos por lo que se debe señalar que los recursos aportados por los beneficiarios de área fueron administrados correctamente por los Fideicomisos.

Ahora, en lo que tiene que ver con el otorgamiento de la escritura pública de transferencia de dominio, en la cláusula décima del contrato de vinculación se señaló lo siguiente:

*DECIMA.- OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA.- La escritura pública mediante la cual se transfiera el derecho de dominio y la posesión de la(s) unidad(es) a la(s) que constituye(n) el beneficio en este contrato, la cual se efectuará como cuerpo cierto, junto con los coeficientes de la copropiedad que le correspondan de acuerdo con el reglamento de Propiedad Horizontal, **será otorgada por ACCION como vocera del FIDEICOMISO LOTE, EL FIDEICOMITENTE como responsable de la Gerencia y Construcción y por EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA o por sus cesionarios, en la fecha y notaría que informen EL FIDEICOMITENTE a EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA, con al menos treinta (30) días calendario de anticipación, de acuerdo con lo previsto en la primera hoja de este contrato, siempre y cuando EL(LOS)***

BENEFICIARIO(S) DE ÁREA haya cumplido todas las obligaciones a su cargo emanadas del presente contrato, especialmente haber cancelado la totalidad de sus aportes y, en caso de requerir financiación tener el crédito aprobado, con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la entidad financiera, o la firma del contrato de leasing con la entidad correspondiente. No obstante lo anterior, la firma de la escritura de transferencia de dominio a título de beneficio podrá aplazarse o adelantarse por acuerdo previo y escrito del FIDEICOMITENTE y EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA, sin perjuicio de que continúen causándose intereses de mora para EL(LOS) BENEFICIARIOS DE ÁREA por la prórroga que EL FIDEICOMITENTE le concedan en el evento que aún existan aportes pendiente. ACCIÓN otorgará la escritura pública por fuera del despacho notarial, si es del caso de conformidad con las facultades otorgadas por el Decreto 2148 de 1983.

(...) `` Resaltado en negrilla no es del texto)

Conforme a lo pactado es claro que, Acción Sociedad Fiduciaria S.A., como vocera de los fideicomisos, estaba obligada a otorgar la escritura de transferencia de los bienes a los beneficiarios de área, **SIEMPRE Y CUANDO** los fideicomitentes dieran la correspondiente instrucción.

Así las cosas, la obligación de transferir los bienes a cargo del Patrimonio Autónomo está sujeta a una condición suspensiva, esto es, que el Fideicomitente le informara la fecha y notaría en que se suscribiría la escritura con una antelación de a lo menos treinta (30) días, siendo que, hasta tanto el Patrimonio Autónomo no sea informado de tal hecho no surge la obligación de escriturar.

Es decir que, conforme a lo pactado en el contrato, la obligación de transferir los inmuebles es una obligación sujeta a condición suspensiva y dado que hasta la fecha no se ha cumplido la condición, no ha surgido la obligación para el Patrimonio Autónomo de escriturar y, entonces, mal se puede decir que se incumplió una obligación que, conforme al contrato y a las normas legales, no ha nacido.

Ahora bien, respecto del supuesto incumplimiento basado en que los fideicomisos no han realizado la entrega real y material de los bienes, hemos de decir que esa obligación está a cargo del fideicomitente y **NO DE LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS DEMANDADOS**, por lo que mal se hace al señalar que los Patrimonios incumplieron una obligación que no está a su cargo.

En efecto, en la consideración tercera del contrato de vinculación, los beneficiarios de área esto es, los demandantes, aceptaron que la entrega material de la unidad inmobiliaria sería realizada por el fideicomitente, así:

“3.EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA se vincula(n) como tal(es) al FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO URAKU SUITES, con el propósito de que a la terminación del proyecto EL FIDEICOMITENTE le haga entrega material de la unidad inmobiliaria cuyo número y características generales quedaron mencionadas en la primera parte de este contrato, y que ACCIÓN como administradora del FIDEICOMISO LOTE PROYECTO URAKU SUITES le efectúe la transferencia del derecho de dominio de la misma mediante escritura pública que igualmente irá suscrita por EL FIDEICOMITENTE como responsable de la construcción del PROYECTO.”
(Resaltado en negrilla no es del texto)

Y, en la cláusula décima primera del contrato de vinculación, se pactó:

“DÉCIMA PRIMERA- ENTREGA MATERIAL. - EL FIDEICOMITENTE informará a EL (LOS) BENEFICIARIOS DE ÁREA la fecha de la entrega material de la unidad inmobiliaria, la cual se perfeccionará mediante acta suscrita por EL FIDEICOMITENTE y ELOS (LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA.

No podrán abstenerse EL (LOS) BENEFICIARIO (S) DE ÁREA de recibir la unidad inmobiliaria, por razón de no aceptar el estado de acabados o detalles, para lo cual podrán dejar constancias que consideren pertinentes en el acta de entrega. Por tanto, si se abstienen de recibir la unidad sin justa causa justificada, esta se tendrá por entregada para todos los efectos a satisfacción. En este evento, la llave de la unidad quedará a disposición de EL (LOS) BENEFICIARIOS (S) DE ÁREA en las oficinas de EL FIDEICOMITENTE.

Si por cualquier circunstancia las partes acordasen entregar el inmueble antes de que sea desembolsado el crédito hipotecario o firmado la escritura pública de transferencia, la entrega se hará a título de mera tenencia.” (Resaltado fuera del texto).

De conformidad con lo pactado, a quien corresponde la obligación de realizar la entrega material de la unidad inmobiliaria es al fideicomitente por lo que, mal puede imputarse el incumplimiento a la fiduciaria como vocera del Fideicomiso Lote Proyecto Urakú, de una obligación que no es suya.

En conclusión, no existe incumplimiento del contrato por parte de los Patrimonios Autónomos demandados toda vez que los incumplimientos que alegan los demandantes o no se han configurado o se refieren a obligaciones que están a cargo de un tercero.

Por último, vale la pena resaltar que en la sentencia de primera instancia se declara que la cláusula décima del contrato es abusiva al no haberse fijado una fecha para la firma de la escritura pública y la entrega material del inmueble, pero al mismo tiempo se señala que se incumplieron unas obligaciones para las cuales, no había fecha pactada y no se probó dentro del proceso que se cumplió la condición a la cual se sujetaron.

D. LA CLÁUSULA DÉCIMA DEL CONTRATO DE VINCULACIÓN NO ES ABUSIVA.

La sentencia de primera instancia señala que la cláusula décima es abusiva, pues no se fijó una fecha para la firma de la escritura pública y la entrega material del inmueble.

En relación con este punto, lo primero que debe señalarse es que, según lo establece la Ley 1328 de 2009, las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato.

Ahora bien, el artículo 11 de la ley 1328 de 2009, señala taxativamente las prohibiciones legales en cuanto a estipulaciones contractuales se refiere y, las cláusulas que se consideran abusivas. En los términos del mencionado artículo, son aquellas que:

- 1) implican una limitación a los derechos de los consumidores,
- 2) implican una renuncia a los derechos de los consumidores,
- 3) que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero,
- 4) que incluyan espacio en blanco, cuando no haya carta de instrucciones para diligenciar espacios en blanco,
- 5) cualquiera que limite los deberes de las entidades vigiladas,
- 6) que exonere, atenúe o limite la responsabilidad de las entidades vigiladas y puedan perjudicar al consumidor financiero.

Así las cosas, de la lectura de los contratos de vinculación suscritos por los Beneficiarios de Área, puede observarse que ninguna de las cláusulas de dicho contrato, en especial en lo que respecta a la CLÁUSULA DÉCIMA, a través de la cual se regula lo concerniente al otorgamiento de la escritura pública, se enmarcan en este concepto.

Si bien en el contrato de fiducia no se estableció una fecha determinada para suscribir la escritura pública de transferencia de los bienes, lo cierto es que esa fecha es determinable y, además, los aquí demandantes contaban con los mecanismos para que, si se había cumplido la condición, se requiriera al Fideicomitente para que diera la instrucción al Patrimonio Autónomo para que suscribiera la escritura, siendo que, si no lo hicieron, mal pueden señalar que ello implicó una limitación a sus derechos, ni mucho menos que se estableció una renuncia de esos derechos o que se configura ninguno de los supuestos para que la cláusula se califique como abusiva.

Nótese que en la sentencia de primera instancia se califica como abusiva la cláusula por el simple hecho de no haberse pactado una fecha cierta para la firma de la escritura pública de transferencia, pero de manera alguna se hizo mención a por qué ese pacto se considera abusivo y, menos aún, se hizo el análisis de la conducta omisiva de la parte demandante.

De otra parte, y teniendo en cuenta lo dispuesto por la Superintendencia Financiera de Colombia en la Circular No. 018 de 2016, en la cual identificó diferentes prácticas calificadas como abusivas, luego de hacer un estudio juicioso de las mismas, se concluye categóricamente que las cláusulas contenidas en el contrario objeto de este proceso en ningún momento configuran una práctica abusiva.

Adicionalmente, lo estipulado en la cláusula décima del Contrato de Vinculación no se enmarca dentro de ninguna de las cláusulas a las que se refiere el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, por lo que mal hizo el juez al calificar de abusiva esa cláusula, resaltándose que en la sentencia de primera instancia no se señaló cuál de las causales enunciadas en la norma era la que supuestamente se configuraba.

Nótese que los demandados conocían el contenido de la misma desde que se suscribió el contrato, pero, sobre todo, que con la misma no se está afectando el modo en que los demandantes podían haber ejercido sus derechos, ni mucho menos, que se les estuviera limitando sus derechos y/o limitando la responsabilidad de los Fideicomisos.

Por demás, se reitera, los demandantes disponían de acciones legales para exigir el cumplimiento de la obligación de transferencia y/o de la instrucción por parte de los Fideicomitentes para que el Fideicomiso suscribiera la respectiva escritura pública, siendo que dichas acciones no fueron ejercidas por los hoy demandantes.

En este punto también se debe llamar la atención del Despacho que, conforme al contrato de transacción suscrito por los demandantes, éstos reconocieron que conocían las demoras en la ejecución del proyecto y aceptaron, entre otras cosas, que: los Fideicomitentes tenían el objeto de desarrollar un proyecto inmobiliario hotelero, que los Fideicomitentes consiguieron una financiación con garantía hipotecaria, que el proyecto tenía un avance del 94%, es decir que no estaba culminado, que se suscribiría un contrato con la cadena Hilton para operar y administrar el hotel, los locales comerciales y los parqueaderos, pero que aún no se había podido finalizar el proyecto.

En otras palabras, los demandantes reconocieron con este documento que suscribieron, saber todo el acontecer del proyecto y ni siquiera en esa ocasión, es decir casi cuatro años después de suscrito el Contrato de Vinculación, exigieron que se señalara una fecha para la entrega y/o transferencia de la suite que habían adquirido mediante su vinculación como beneficiario de área, por lo que no tiene cabida que ahora lo aleguen por medio de la presente acción, pues, a ciencia y paciencia, en dos oportunidades aceptaron, voluntariamente, que dicha fecha no se estableciera.

El juez no podía, como lo hizo, desconocer por completo la suscripción de dicho contrato de transacción y las manifestaciones que en él hicieron los demandantes.

E. INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE LOS DEMANDADOS.

El artículo 1568 del Código Civil establece que la fuente de la solidaridad deviene del contrato, testamento o ley, así:

“(…)

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.

(…)”.

Por su parte, en relación con la identidad de la cosa que se debe para efectos de que se configure la solidaridad, el artículo 1569 del Código Civil señala lo siguiente:

“La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser una misma, aunque se deba de diversos modos; por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de otros.” (Resaltado en negrilla no es del texto)

Sin perjuicio de la presunción de solidaridad establecida en el artículo 825 del Código de Comercio, en todo caso se debe indicar que para que se pueda aplicar esa presunción de solidaridad se deben acreditar todos los requisitos que dan lugar a la solidaridad como lo es, entre otros, la identidad de la prestación a cargo de dos o más deudores.

En tal sentido, el artículo 1569 del Código Civil establece que hay identidad de la cosa debida, uno de los requisitos de las obligaciones solidarias, cuando lo que se debe es una misma prestación, así:

“La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser la misma, aunque se deba de diversos modos; por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de otros.”

Ahora bien, en el Contrato de Fiducia, se establecieron, por una parte, las obligaciones a cargo de las sociedades Fideicomitentes, es decir las sociedades SETEYCO S.A.S., INVERSIONES CAFI S.A. Y PUERTA ROSALES S.A. EN REORGANIZACION y, por otra parte, las de los Patrimonios y de la Fiduciaria. Al respecto, es claro que no hay confluencia de las obligaciones en cabeza de estas y eso implica que no hay pluralidad de sujetos pasivos de una misma obligación, pues no hay identidad en el objeto de la obligación.

En el presente caso, tenemos que, si bien existe pluralidad de deudores lo cierto, es que no existe identidad de la cosa debida si consideramos lo siguiente:

i) Contrato de fiducia mercantil de administración por medio del cual se constituyó el FIDEICOMISO LOTE PROYECTO URAUKÚ

- Obligaciones de la sociedad Puerta de Rosales: aportar el lote sobre el cual se iba a desarrollar el proyecto.

- Obligaciones de las sociedades Seteyco y Cafí: entregar a la fiduciaria, cuando esta lo solicite, los recursos necesarios para la celebración, ejecución y terminación del fideicomiso así como los recursos para atender los pagos de impuestos, pagar a la fiduciaria la remuneración pactada, impartir a la fiduciaria las instrucciones necesarias para constituir las servidumbres que se requieran para el proyecto, notificar a la fiduciaria las mejoras que se realicen sobre el predio, si las hay, entre otras, así como aquellas obligaciones establecidas en el contrato de fiducia por medio del cual se constituyó el FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO URAKÚ.

- Obligaciones de la fiduciaria como vocera del fideicomiso: mantener la titularidad jurídica de los bienes fideicomitados y, permitir que los fideicomitentes, por su cuenta y riesgo, desarrollen el Proyecto Urukú Suites para posteriormente, transferir a quien corresponda, las unidades privadas conforme a los contratos de vinculación, especialmente, previa información del Fideicomitente.

ii) Contrato de fiducia mercantil de administración por medio del cual se constituyó el FIDEICOMISO RECURSOS PROYECTO URAKÚ.

- Obligaciones de las sociedades Seteyco y Cafí: desarrollar el proyecto inmobiliario por su cuenta y riesgo, así como ejercer la gerencia y construcción del mismo.

- Obligaciones de la fiduciaria como vocera del fideicomiso: recibir de los fideicomitentes esto es, de las sociedades SETEYCO S.A. e INVERSIONES CAFI S.A, los recursos necesarios para la ejecución del contrato, mantener la titularidad jurídica de los bienes que conforman el fideicomiso, recibir para el fideicomiso los aportes que los beneficiarios de área entregaran en virtud de los contratos de vinculación y, realizar los giros de los dineros aportados por los beneficiarios de área a los fideicomitentes para el desarrollo y construcción del proyecto inmobiliario.

iii) Contrato de vinculación.

- Obligaciones de las sociedades Seteyco y Cafí: desarrollar y construir el proyecto, informar, a los beneficiarios de área la fecha de suscripción de la escritura pública de transferencia del derecho de dominio, instruir a la fiduciaria, como vocera del Fideicomiso Lote Proyecto Urakú, para el otorgamiento de la misma y realizar la entrega material de la unidad privada.

- Obligaciones de la fiduciaria como vocera de los fideicomisos: administrar los recursos entregados por los beneficiarios de área para posteriormente, entregarlos a los fideicomitentes, otorgar la escritura pública de transferencia del derecho de dominio **PREVIA** instrucción del fideicomitente.

De acuerdo a los contratos celebrados, cada uno de los deudores tenía obligaciones distintas por lo que no existe identidad de la cosa debida en los términos del artículo 1569 del Código Civil y, en consecuencia, no se configura la solidaridad a que se refiere la Superintendencia de Industria y Comercio.

De otra parte, es importante tener en cuenta que según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1480 de 2011, en materia de consumo, la solidaridad se predica entre todos aquellos que intervienen en la cadena de producción como son productor, fabricante y proveedor, así:

“ARTÍCULO 10. RESPONSABLES DE LA GARANTÍA LEGAL. Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía legal recae solidariamente en los productores y proveedores respectivos.

Para establecer la responsabilidad por incumplimiento a las condiciones de idoneidad y calidad, bastará con demostrar el defecto del producto, sin perjuicio de las causales de exoneración de responsabilidad establecidas en el artículo 16 de la presente ley.” (Resaltado en negrilla no es del texto)

Conforme a dicha norma, para que se configure la solidaridad, los demandados deben ser un productor, fabricante, proveedor o expendedor en los términos de los numerales 9° y 11 del artículo 4° de la Ley 1480 de 2011, o, en todo caso, haber participado de alguna manera en la cadena de consumo, pues de lo contrario, no se puede hablar de solidaridad.

En el presente caso y, como previamente se anotó, los fideicomisos demandados no son proveedores ni productores. En efecto, conforme la cláusula segunda del contrato de fiducia mercantil de administración FIDEICOMISO LOTE URAKU SUITES, el objeto del mismo consiste en que, la fiduciaria, como vocera del mencionado fideicomiso, mantenga la titularidad jurídica de los bienes fideicomitados y, permita que los fideicomitentes, por su cuenta y riesgo, desarrollen el Proyecto Urakú Suites para, posteriormente, transferir a quien corresponda, las unidades privadas conforme a los contratos de vinculación y, previa instrucción de los fideicomitentes.

Y, conforme a la cláusula segunda del contrato de fiducia mercantil de administración FIDEICOMISO DE RECURSOS PROYECTO URAKU SUITES, el mismo tiene por objeto que, la fiduciaria reciba de los fideicomitentes esto es, de las sociedades SETEYCO S.A. e INVERSIONES CAFI S.A., los recursos necesarios para la ejecución del contrato, mantenga la titularidad jurídica de los bienes que conforman el fideicomiso, reciba para el fideicomiso los aportes que los beneficiarios de área entregaran en virtud de los contratos de vinculación y, realice los giros de los dineros aportados por los beneficiarios de área a los fideicomitentes.

Así las cosas, es claro que los fideicomisos demandados, se constituyeron única y exclusivamente, como unos vehículos para mantener la titularidad de los bienes inmuebles donde se debía desarrollar el proyecto inmobiliario y para administrar los recursos dinerarios necesarios para adelantar el proyecto y que fueran entregados por los beneficiarios de área y/o los Fideicomitentes, siendo los FIDEICOMITENTES - SETEYCO S.A. e INVERSIONES CAFI S.A., quienes, se reitera, desarrollarían el proyecto, por su exclusiva cuenta y riesgo por lo que, resulta ilógico condenar a quien no es productor, fabricante, proveedor o expendedor, de manera solidaria, con quienes sí lo son como es el caso de las sociedades SETEYCO S.A. e INVERSIONES CAFI S.A.

Aunado a lo anterior, téngase en cuenta que, conforme a lo pactado en el contrato de fiducia de administración, por medio del cual se constituyó el fideicomiso lote, y el contrato de vinculación quedó claramente establecido y, valga la pena señalar, aceptado por los demandantes que, la transferencia del derecho de dominio sobre la unidad

inmobiliaria, se haría una vez el fideicomitente instruyera al fideicomiso por lo que, si no había instrucción pues no había transferencia del mismo.

En otras palabras, conforme a los contratos suscritos, la obligación del fideicomiso lote de realizar la transferencia del derecho de dominio a los demandantes corresponde a una estipulación a favor de otro esto es, de los fideicomitentes, por lo que tampoco es posible predicar la existencia de solidaridad en los términos del artículo 10 de la ley 1480 de 2011 porque esa transferencia corresponde a una mera formalidad por ser el fideicomiso el titular del derecho de dominio y no a una obligación material porque ella se encuentra en cabeza de los fideicomitentes.

F. INEXISTENCIA DE PERJUICIOS DERIVADOS DEL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LOS FIDEICOMISOS LOTE Y RECURSOS URAKÚ SUITES.

En este punto lo primero que se debe anotar es que, en la medida en que los Patrimonios demandados no incumplieron ninguna obligación a su cargo, mal se puede sostener que exista un perjuicio causado a los demandados, lo que de suyo hace totalmente improcedente cualquier tipo de condena a cargo de los Fideicomisos.

Además de lo anterior, dado que los fideicomisos demandados no son productores, fabricantes, proveedores ni expendedores, en los términos de los numerales 9° y 11 y del artículo 4° de la Ley 1480 de 2011, respecto de ellos no puede predicarse solidaridad con los fideicomitentes que, conforme al contrato de fiducia y de vinculación, sí son productores y proveedores pues de manera habitual y directamente, se dedican a la construcción y comercialización de productos en este caso, de unidades inmobiliarias.

Así, si los fideicomisos demandados no son productores ni proveedores del producto- unidad inmobiliaria- respecto del cual los demandantes reclaman la transferencia del derecho de dominio y su entrega material forzoso es concluir que no existe ningún perjuicio que le deban indemnizar a los demandantes.

Se destaca que, para reclamar la causación de perjuicios, en este caso, debido a la acción u omisión del demandado, es menester que quien reclama los mismos, además de acreditar la existencia de la relación de consumo, acredite:

- .-el daño que debe ser cierto, directo, real, antijurídico y cuantificado
- .-el nexo causal entre daño e incumplimiento por parte del proveedor y productor.

En el presente caso, tenemos que no se cumplen los supuestos mencionados toda vez que:

- i) Los patrimonios autónomos demandados no son productores ni proveedores por lo que, no se configura la relación de consumo entre ellos y los demandantes y tampoco, existe solidaridad con los fideicomitentes.
- ii) Al no ser proveedores ni productores, no existe incumplimiento por la no transferencia del derecho de dominio y por la no entrega material de la unidad inmobiliaria.
- iii) Al no existir incumplimiento de las obligaciones reclamadas por los demandantes, no existe daño.
- iv) Al no existir incumplimiento ni daño, tampoco existe nexo causal.

En síntesis, al no encontrarse en la demanda prueba alguna tendiente a demostrar los perjuicios sufridos por los demandantes con ocasión de las actuaciones de los Fideicomisos, no es procedente una condena de responsabilidad y, mucho menos, predicar una solidaridad, pues al no haber daños no hay responsabilidad contractual ante la carencia de su elemento axiológico.

G. SOBRE EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD PUERTA DE ROSALES EN LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Dentro del presente proceso, quedó demostrado que los demandantes fueron reconocidos como acreedores de la sociedad Puerta de Rosales S.A., por la suma de \$211.035.264,23, dentro del proceso de reorganización empresarial que adelanta dicha empresa ante la Superintendencia de Sociedades.

Debe recordarse que, los demandantes no objetaron su calidad de acreedores de PUERTA DE ROSALES, ni el monto por el que los reconocieron, por lo que, conforme a lo establecido en la ley 1116 de 2006, la misma ya tiene fuerza de cosa juzgada y la acreencia a su favor debe ser pagada en los términos en que, llegado el caso, se establezca en el acuerdo.

En la sentencia impugnada, brilla por su ausencia cualquier referencia y/o manifestación relacionada con la calidad de acreedores que al día de hoy tienen los demandantes dentro del proceso de reorganización empresarial y los efectos que dicha condición tiene respecto de la reclamación que están haciendo por medio de este proceso.

Cobra especial relevancia el hecho de que, conforme a lo indicado por la Sociedad Puerta de Rosales S.A., y que no fue desconocido ni objetado por los demandantes, éstos fueron reconocidos como acreedores, en virtud del contrato de transacción suscrito el 5 de julio de 2016, por lo que, si bien, no objetaron dicho reconocimiento, ello implica que los demandantes reconocen plenos efectos al contrato de transacción en mención.

Siendo lo anterior, el Despacho debe tener en cuenta que en el contrato de transacción, las partes que lo suscribieron [mis representados no son parte en ese contrato], reconocieron y aceptaron las demoras en la ejecución del proyecto inmobiliario, aceptaron que Puerta de Rosales asumiría la gerencia del proyecto y transaron sus posibles diferencias por una suma de \$211.035.264 que corresponde al valor de los aportes que realizaron en virtud del contrato de vinculación.

H. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR CON LA SENTENCIA.

En el fallo objeto de impugnación, el juez de conocimiento concedió un plazo de 20 días para que los Fideicomisos, entre otros, devuelvan la suma de \$211.034.264, debidamente actualizada, a favor de los demandantes. Igualmente señaló que en el evento de no cumplir con el pago dentro del término señalado, se causará una multa a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, e incluso, la posibilidad del cierre temporal del establecimiento de comercio.

Al respecto, es imperioso señalar que, tal y cómo se alegó dentro del proceso, a la fecha, en las cuentas bancarias de los fideicomisos no hay recursos dinerarios para asumir el valor de la condena impuesta.

Recuérdese que los recursos con los que contaba los Fideicomisos, específicamente el Patrimonio Autónomo Recursos, correspondían a los dineros que eran aportados por los beneficiarios de área en virtud de los contratos de vinculación que suscribían para, valga la redundancia, vincularse al proyecto inmobiliario y/o con los recursos que aportaban los Fideicomitentes, directamente o por medio de créditos con entidades financieras, como sucedió en este caso con el crédito constructor otorgado por el Banco Colpatria. Además, no puede olvidarse que los recursos que fueron recibidos por los Fideicomisos, fueron transferidos a los Fideicomitentes para la ejecución del proyecto inmobiliario.

En este sentido, se reitera que los Fideicomisos no cuentan con recursos dinerarios para asumir la condena impuesta en su contra.

Así mismo, se debe tener en cuenta que los bienes inmuebles sobre los cuales se adelantó el proyecto se encuentran embargados a órdenes del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá con ocasión del proceso ejecutivo hipotecario adelantado por parte del Banco Colpatria S.A. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria como vocera del Fideicomiso Lote Proyecto Urakú y otros, , por el incumplimiento en el pago del crédito constructor que fue otorgado por esa entidad a los fideicomitentes para adelantar el desarrollo y construcción del proyecto, cuyo número de radicado es 11001310301420150071200.

En este sentido, imponer sanciones económicas (multas) y/o el cierre temporal del establecimiento de comercio [medida imposible de cumplir respecto de los Fideicomisos pues no cuentan con un establecimiento], únicamente perjudicaría a los beneficiarios de área, es decir, a los demandantes y demás personas vinculadas a dichos Fideicomisos, que son quienes, al final, deben recibir, ya sea los inmuebles y/o el rendimiento económico que pueda producir la operación hotelera.

Así las cosas, conforme al principio que señala que nadie está obligado a lo imposible, para los fideicomisos resulta imposible devolver las sumas de dinero ordenadas por la Superintendencia de Industria y Comercio a los demandantes.

I. PRESCRIPCIÓN

El artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, establece lo siguiente:

*“Artículo 58. Procedimiento. **Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, con observancia de las siguientes reglas especiales:***

(...)

*3. Las demandas para efectividad de garantía, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía y las controversias netamente contractuales, a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato, **en los demás casos, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación. En cualquier caso, deberá aportarse prueba de que la reclamación fue efectuada durante la vigencia de la garantía.**” (Resaltado en negrilla no es del texto)*

Sobre el cómputo del término de la prescripción, la Superintendencia de Industria y Comercio, en sentencia No. 9140 de fecha 30 de septiembre de 2020, señaló lo siguiente:

*“Definida la naturaleza de los términos regulados por la norma en comento (numeral 3° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011), es necesario señalar que el legislador definió tres supuestos diferentes respecto de la regulación de la prescripción de la acción de protección al consumidor, **dependiendo del derecho o protección reclamada**, así:*

i. Cuando la protección reclamada esté enderezada a hacer efectiva la garantía legal (art. 7 y ss.), el término de prescripción es de un año, el cual comienza a contarse desde el momento en que expiró la garantía;

ii. Cuando la demanda verse sobre una reclamación netamente contractual, esta deberá presentarse dentro del año siguiente a la terminación del contrato, so pena de que opere la prescripción;

***iii. Finalmente, como regla residual – para los demás casos- se establece que la prescripción operará a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación.**” (Resaltado en negrilla no es del texto)*

En el presente caso, es importante destacar lo siguiente:

- i) El conocimiento de los sujetos en relación con los hechos que hoy se reprochan a los fideicomisos demandados, tienen lugar desde el momento mismo de la suscripción del contrato de vinculación, esto es, el 12 de abril de 2011 **pues desde ese momento conocían** –basta la lectura del documento- que en él no se había pactado una fecha específica para la transferencia y entrega de los inmuebles, por lo que, dado que la reclamación hace referencia a esta omisión, el término de prescripción se debe empezar a contar desde ese momento y, el año determinado en la ley, se venció el 12 de abril de 2012.
- ii) Ahora bien, los demandados realizaron la reclamación directa el **18 de mayo de 2021**, siendo que, para esa fecha, habían pasado más de **10 años** desde la fecha en que tuvieron conocimiento de los hechos, específicamente de la omisión que ahora se endilga, por lo que esa reclamación no interrumpió la prescripción que, se reitera, se configuró desde el 12 de abril de 2012.
- iii) Pero si no se tuviera en cuenta que desde la suscripción del contrato de vinculación los demandantes conocían los hechos por los cuales ahora reclaman, en todo caso, por lo menos, desde que suscribieron

el contrato de transacción con las sociedades Puerta de Rosales S.A.S hoy en reorganización, Seteyco e Inversiones Cafí, exteriorizaron inequívocamente el conocimiento que tenían de la situación, con lo que, en el peor de los casos, la prescripción empezó a contarse desde el **5 de julio de 2016**, que corresponde a la fecha de suscripción del contrato de transacción y la misma se configuró el **6 de julio de 2017**.

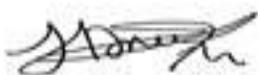
- iv) De acuerdo con el sistema de consultas de la Superintendencia de Industria y Comercio, la presente demanda fue radicada el día **22 DE JUNIO DE 2021**, es decir, más de **TRES AÑOS DESPUÉS** de haberse configurado el término prescriptivo, y sin que se pueda decir que la reclamación directa hubiera interrumpido dicho término porque esa reclamación se presentó también después de configurarse el fenómeno extintivo.

En conclusión, tenemos que dentro del presente proceso se configuró la prescripción para la reclamación de los derechos por vía de esta acción, toda vez que el conocimiento de los hechos, es uno de los supuestos establecidos en la ley para iniciar el cómputo del término de prescripción residual previsto en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 y, conforme a lo acreditado dentro del proceso, los demandantes tuvieron conocimiento de los hechos que se reprochan a los fideicomisos desde la suscripción del contrato, o, al menos, desde el año 2016 siendo que la reclamación directa y la demanda se presentaron solamente hasta el año 2021.

v. SOLICITUD

De conformidad con lo anterior, respetuosamente solicito al Tribunal que **REVOQUE** en su integridad la sentencia de primera instancia y acceda a las excepciones formuladas en la contestación de la demanda.

Señor Magistrado,



DANIEL EDUARDO ARDILA PAEZ

Apoderado Especial

ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., obrando como vocera y administradora de los **PATRIMONIOS AUTÓNOMOS DENOMINADOS: FIDEICOMISO LOTE URAKU SUÍTES Y FIDEICOMISO DE RECURSOS PROYECTO URAKU SUÍTES.**



Al contestar cite: 2020-800-00343

N° Radicado: 2022-01-026991

Fecha: 26/01/2022 12:28

Remitente: 3232925-HERMES ROMERO MESA

Folios: 1

Anexos: SI

Fecha: viernes,
21 de enero de 2022 (17:00)

Remitente:
salamancacubillosabogad
os@yahoo.com

Asunto: Proceso verbal No. 2020-800-0343. Sociedad URBANA INGENIERIA Y
CONSTRUCCIÓN LTDA.

Cuerpo:
Buen día:

Actuando como apoderado de la parte demandante en el proceso de la referencia, estando dentro del término legal, en archivos adjuntos presento solicitud de adición de la sentencia y recurso de apelación en contra de la sentencia notificada el día 18 de enero de 2022, para conocimiento y trámite del despacho. Agradezco confirmar el recibo de los documentos adjuntos.

Cordialmente,

Juan David Salamanca Cruz
Abogado
Cra. 14 No. 94A-24 Of. 406
Tel: 3105747528
Bogotá D.C. Colombia

Bogotá D.C.

Señores

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
Delegatura de Procedimientos Mercantiles
pmercantiles@supersociedades.gov.co

E. S. D.

Asunto: Proceso verbal No. 2020-800-0343 de **NARDA SARMIENTO BUITRAGO** y **NOHORA CLEMENCIA BUSTOS** vs. **HERMES ROMERO MESA**. Sociedad **URBANA INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN LTDA.**

JUAN DAVID SALAMANCA CRUZ, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 79.968.947 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la T.P. No. 129.781 del C. S. de la J., actuando en mi calidad de apoderado especial de las señoras **NARDA SARMIENTO BUITRAGO** y **NOHORA CLEMENCIA BUSTOS**, demandantes en el proceso de la referencia, estando dentro del término legal y en atención a la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, notificada el día 18 de enero de 2022, respetuosamente me dirijo a su despacho con el fin de presentar recurso de apelación en contra de dicha sentencia, de acuerdo con las siguientes argumentos:

1. Sobre el incumplimiento al deber de procurar el cumplimiento del objeto social.

Sostiene el despacho que el señor **HERMES ROMERO MESA**, dio cumplimiento a su deber de procurar el cumplimiento del objeto social de la empresa hasta donde le fue posible, en la medida que se constituyó como parte dentro del proceso de sucesión del señor **GRACILIANO VILLARRAGA**, tendiente a lograr el desembargo del inmueble, para poder inscribir la escritura de compraventa. Al respecto, solicito tener en cuenta que el cumplimiento de sus funciones no se podía reducir a representar a la empresa en un proceso judicial, máxime cuando tuvo la oportunidad de inscribir esta escritura en la oficina de registro de instrumentos públicos y contaba en su momento con los recursos económicos para hacerlo. No puede dejarse de lado que, a pesar de este proceso judicial, aun cuenta con la posesión del inmueble y lo ha venido explotando por su propia cuenta sin reportar nada a los socios de la empresa, por lo que puede concluirse su incumplimiento, contrario a lo considerado por el despacho, sin dejar de lado que se evidencia una falta de apreciación y estudio integral de la totalidad de las pruebas recaudadas en el curso del proceso.

2. Sobre la falta de presentación de declaraciones de impuestos y pago correspondiente.

Señala el fallo que el señor **HERMES ROMERO MESA** no incumplió con sus deberes de presentación y pago de impuestos, tanto los que se encontraban a cargo de la empresa, así como aquellos que recaían sobre el inmueble. La conclusión del despacho es que no se comprobó que hubiesen declaraciones pendientes a cargo de la sociedad por no haberse desarrollado el objeto social, sumado a que el inmueble continúa figurando a nombre del señor **GRACILIANO VILLARRAGA** y que por ello no habría lugar al pago del impuesto o a endilgarle responsabilidad al administrador por tal hecho.

No se comparte esta apreciación, en la medida que, de haberse hecho correctamente la transferencia del inmueble, habría un patrimonio consolidado para la empresa y por

ende la obligación de declarar y pagar impuestos sobre dicho patrimonio, del que actualmente solo se tiene la posesión. Esta falencia se debió directamente a la negligencia del demandado y más adelante representará un costo que deberá ser asumido por las socias, cuando se logre el saneamiento de la situación jurídica, aspecto que no fue tenido en cuenta dentro de las consideraciones del fallo. Igual criterio aplicaría para el pago del impuesto predial y complementarios sobre el inmueble, puesto que, para sanear su situación jurídica, tarde o temprano habrá que realizar los pagos correspondientes y esta carga afectará directamente el patrimonio de las demandantes; al igual que respecto del diligenciamiento de la contabilidad de la empresa, pues tendrán que obtener recursos por su propia cuenta para quedar al día, entonces sí es un perjuicio directo por el que el demandado debería ser condenado, situación que fue negada en el fallo y que requiere ser tratada y corregida en la apelación que en su momento se profiera.

3. Sobre la remoción del cargo del presentante legal

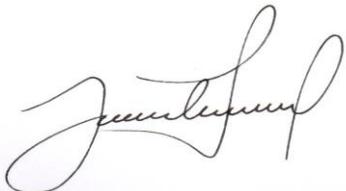
El fallo nada dice sobre la remoción del cargo, pretensión tercera de la demanda y consecuencia natural de la declaratoria de incumplimiento de varios de sus deberes, sobre los que no hay discusión alguna. Negar la remoción del cargo implica la permisividad de las conductas cometidas, así como la falta de solución de fondo a este conflicto que tan graves perjuicios le ha acarreado a mis representadas. Esto representa una falta a las reglas referentes a la expedición de la sentencia, situación que necesita de su verificación y corrección, en aras de que la providencia sea completamente acorde a derecho.

4. Sobre la negatoria de condena de perjuicios

No se discute que varios de los perjuicios inicialmente podrían llegar a quedar en contra o a nombre de la sociedad; sin embargo, esto no tiene en cuenta la situación que se puso de presente en este proceso. Al no haber hoy operación ni recursos económicos para costear las gestiones necesarias para la empresa, es claro que estas obligaciones recaerán directamente sobre los socios, quienes deberán costearlo de su propio pecunio, lo que implica que si hay un perjuicio directo que se está causando a las demandantes, por lo que la condena en perjuicios es directa, comprobada y procedente. Es este punto en donde no se comparten las apreciaciones del despacho, puesto que contradice las reglas referentes al daño y a quienes se encuentran en la obligación legal de asumirlo, situación que merece corrección en el fallo del *ad quem*.

En los anteriores términos presento recurso de apelación en contra de dicha providencia, solicitando se le de el trámite respectivo, ordenando la remisión del expediente al Tribunal Superior de Bogotá D.C., para el trámite correspondiente, incluyendo su sustentación y profundización, en busca de la revocatoria de las partes con las que la parte demandante se encuentra inconforme. Sírvase proceder de conformidad.

Señores Superintendencia,



JUAN DAVID SALAMANCA CRUZ

C.C. 79.968.947 de Bogotá

T.P. 129.781 del C.S. de la J.

SUSTENTO RECURSO DE APELACIÓN

Víctor Manuel Roberto V. <vimaro_03@hotmail.com>

Jue 10/12/2020 4:01 PM

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

 1 archivos adjuntos (3 MB)

RECURSO TRIBUNAL FLOR ALBA.pdf;

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
H. MAGISTRADO: DR. JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA
E. S. D.

Respetados señores:

Me permito radicar memorial en tres (3) folios sustentando el recurso de apelación dentro del proceso ordinario de pertenencia No. 2013-382-03 de: FLOR ALBA RINCÓN RUÍZ contra: JAIRO ERNESTO BOHÓQUEZ ALBA y FLOR DE MARÍA RUIZ.

Cordial saludo,

VÍCTOR MANUEL ROBERTO V.
Abogado

CELULAR: 313 821 17 13

VÍCTOR MANUEL ROBERTO V.

ABOGADO

Calle 69 B No. 87 A 91 Bogotá, D.C. Móvil: 313 821 17 13

Señores

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

SALA CIVIL

H. MAGISTRADO DR. JOSÉ ALFONSO ISAZA DAVILA

E. S. D.

RADICADO: 110013103017 2013 00 382 03

PROCESO: ORDINARIO DE PERTENENCIA.

DEMANDANTE: FLOR ALBA RINCÓN RUIZ.

DEMANDADOS: JAIRO ERNESTO BOHORQUEZ Y FLOR DE MARÍA RUIZ.

ASUNTO: SUSTENTO RECURSO DE APELACIÓN.

VÍCTOR MANUEL ROBERTO VILLAMIL, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderado de la demandante señora FLOR ALBA RINCÓN RUIZ dentro del proceso de la referencia, me permito con el respeto acostumbrado y dentro del término consagrado en la ley, sustentar el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto oportunamente por el suscrito ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito Transitorio de esta ciudad. Procedo a sustentar el recurso de la siguiente manera:

Dentro del proceso de la referencia se dictó sentencia de primera instancia el 13 de diciembre de 2019, mediante la cual se resuelve declarar probada la excepción de carencia de prueba de actos posesorios de la demandante, propuesta por el curador ad – litem de las personas indeterminadas, y en consecuencia según la sentencia se negaron las pretensiones 2 a 5 de la demanda.

El suscrito presentó recurso de apelación el 02 de marzo de 2020 en contra de la sentencia en mención, argumentando mi desacuerdo con la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Transitorio de Bogotá.

Mediante providencia calendada 03 de diciembre de 2020 puesta en conocimiento al suscrito mediante correo electrónico el pasado 08 de diciembre del año que avanza, se ordena disponer que para continuar el trámite del recurso de apelación interpuesto se siga lo previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

Igualmente, el H. Tribunal admite el recurso en efecto suspensivo contra la sentencia del 12 de marzo de 2020, emitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Transitorio de esta ciudad, siendo lo correcto contra la sentencia del 13 de diciembre de 2019 que es la fecha real del fallo, por lo tanto, solicito tener en cuenta tal situación o error involuntario de su Despacho.

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 327 del C.G. del P., inciso final, me permito proceder a sustentar el recurso mencionado dentro del término legal, desarrollando los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia, los cuales realizo de la siguiente forma:

Tal como manifesté en el recurso de apelación interpuesto ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito Transitorio de esta ciudad, es equivocada la apreciación del juzgador de instancia, cuando de manera apresurada y sin mayor análisis declara probada la excepción de carencia de prueba de los actos posesorios de la demandante.

Por el contrario, se probó dentro del proceso que mi representada ejerció actos de señor y dueño por más de veinte (20) años continuos e ininterrumpidos sobre el 50% del inmueble que se pretende en usucapión y por tal razón era y es poseedora. Es así como se aportaron documentos con la demanda que no fueron tenidos en cuenta por el Juez de instancia tales como:

- Recibos de pago originales de impuestos del inmueble cancelados por la señora FLOR ALBA RINCÓN RUÍZ en el 50%, de los años 2000 a 2013 de manera ininterrumpida.
- Copias auténticas de pagos por impuesto de valorización del inmueble pretendido de los años 2002, 2007, 2008 y 2009, cancelados también en el 50% por la demandante FLOR ALBA RINCÓN RUÍZ.
- Originales de pagos de adecuaciones eléctricas realizadas por la actora y canceladas a la empresa Codensa.
- Declaraciones extra juicio rendidas bajo la gravedad del juramento por el señor JAIME GAMBA PUERTO y la señora MARÍA GLORIA SARMIENTO, quienes coinciden en manifestar que la demandante para el momento de rendir las declaraciones tenía más de 20 años de posesión sobre el 50% del inmueble, pagaba la mitad de los impuestos y valorizaciones.
- Igualmente, carta de la Alcaldía dirigida a la demandante para confirmar visita Sisben en el inmueble pretendido ubicado en la Carrera 92 No. 146 A 60 con dirección catastral Carrera 92 No. 148-60 del barrio Suba de esta ciudad.
- Comunicaciones dirigidas a FLOR ALBA RINCÓN RUIZ por parte del Banco Colpatria "Crédito fácil Codensa" sobre manejo de tarjeta de crédito otorgada como poseedora del inmueble en cinco folios.
- Pagos de mano de obra por mejoras realizadas al 50% del inmueble que posee.}
- Recibos de pago originales instalados en el predio a nombre de la demandante.
- Recibos de pago de materiales para reparaciones del inmueble y muchas de las mejoras realizadas en el predio por parte de FLOR ALBA RINCON RUIZ.

Todos estos documentos H. Magistrados, demuestran sin lugar a equivocarse que SI EXISTEN PRUEBAS DE LOS ACTOS POSESORIOS DE LA DEMANDANTE, contrario a lo manifestado en la decisión apelada en la que el Señor Juez de instancia, declara equivocadamente probada la excepción de carencia de prueba de los actos posesorios del demandante propuesta por el curador ad-litem, sin analizar las pruebas en conjunto como lo indica el legislador y echando de menos tanto las evidencias documentales como las testimoniales.

Téngase en cuenta además H. Magistrados, que el propietario del 50% de los derechos reales JAIRO ERNESTO BOHÓQUEZ ALBA, se notificó y no se opuso a la demanda. Asimismo, al tenor del artículo 762 del Código Civil, el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo, situación que no se tuvo en cuenta en el momento de dictar la sentencia de primera instancia.

De la misma manera sucede con las declaraciones rendidas por los testigos FLOR MARINA BOHÓRQUEZ y GONZALO GUTIERREZ RAMIREZ, quienes declararon sobre los actos posesorios realizados por la demandante y el tiempo de su posesión.

En su interrogatorio de parte la demandante también ratificó que su posesión de más de veinte (20) años ha sido pacífica, ininterrumpida y continua. Sin embargo, tampoco se analizó por parte del juzgado y por ello no se tuvo en cuenta para el momento de tomar la decisión, que terminó con una sentencia totalmente injusta a la luz de las pruebas y de la sana crítica que debió aplicar el juez de instancia.

De la misma manera no se entiende la decisión tomada por el juez de primera instancia, cuando en su sentencia numeral segundo de la parte resolutive manifiesta que en consecuencia NEGAR las pretensiones 2 a 5 de la demanda, situación inexistente por cuanto las pretensiones de la demanda solamente son tres (3).

De esta manera H. Magistrados, me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto, reiterando la siguiente solicitud:

- 1.- Se sirvan REVOCAR la decisión atacada en su totalidad.
- 2.- En su lugar declarar que la señora FLOR ALBA RINCÓN RUIZ adquirió por la vía de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio el cincuenta por ciento (50% del inmueble identificado, aliterado y detallado en la demanda.
- 3.- Que como consecuencia de lo anterior se ordene la cancelación del registro de propiedad del señor JAIRO ERNESTO BOHÓRQUEZ ALBA, quien aparece como propietario del 50% del inmueble en mención y en su lugar se ordene la inscripción de la propiedad de la demandante señora FLOR ALBA RINCÓN RUÍZ en el certificado de tradición y libertad del inmueble tantas veces mencionado.

De los H. Magistrados, Atentamente,



VÍCTOR MANUEL ROBERTO V.
C.C. No. 19.447.137 de Bogotá.
T.P. No. 94.168 del C. S. de la J.
Correo electrónico: vimaro_03@hotmail.com

MEMORIAL DRA. LIZARAZO VACA RV: RECURSO DE HECHO Y/O QUEJA RAD.

No.11001310304220190006001

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscatribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 28/03/2022 12:54

Para: GRUPO CIVIL <grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL DRA. LIZARAZO VACA

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secscatribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secscatribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: lunes, 28 de marzo de 2022 12:51 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscatribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: clarmadel@hotmail.com <clarmadel@hotmail.com>

Asunto: RV: RECURSO DE HECHO Y/O QUEJA RAD. No.11001310304220190006001

Cordial saludo,

Se remite por competencia al doctor OSCAR CELIS FERREIRA - SECRETARIO JUDICIAL DE LA SALA CIVIL, cualquier inquietud sobre su proceso debe dirigirla al correo secscatribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Margarita Mendoza Palacio

Secretaria Administrativa de la Sala Civil

Tribunal Superior de Bogotá

(571) 423 33 90 Ext. 8352

Fax Ext.: 8350 – 8351

secscatribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Avenida Calle 24A No. 53-28, Of. 305 C

Bogotá D.C.

De: claudia arciniegas <CLARMADEL@hotmail.com>

Enviado: lunes, 28 de marzo de 2022 12:49

Para: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secscatribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: contacto@minutodedios.org <contacto@minutodedios.org>; njudiciales@mapfre.com.co <njudiciales@mapfre.com.co>;

jairorinonachury@hotmail.com <jairorinonachury@hotmail.com>; csantos@minutodedios.org <csantos@minutodedios.org>; Juan

Carlos Hernandez <notificacionesjudiciales@fondoadaptacion.gov.co>; rubenbravo@fondoadaptacion.gov.co

<rubenbravo@fondoadaptacion.gov.co>; defensajuridica@fondoadaptacion.gov.co <defensajuridica@fondoadaptacion.gov.co>

Asunto: RECURSO DE HECHO Y/O QUEJA RAD. No.11001310304220190006001

ATENTO SALUDO;

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

Magistrada Ponente: Dra. DIANA AIDA LIZARAZO V.

E. S. D.

**REF: RAD. No. 11001310304220190006001 PROCESO VERBAL DECLARATIVO
DEMANDANTE CONSORCIO HABITAR DEMANDADO FONDO ADAPTACION Y OTROS
ASUNTO: RECURSO DE QUEJA Y/O DE HECHO**

CLAUDIA ARCINIEGAS MARTINEZ, mayor de edad, de esta vecindad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 63.309.187 de Bucaramanga, abogada titulada e inscrita, portadora de la Tarjeta Profesional No. 153.272 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada de la parte demandante conforme a poder que reposa en el expediente, con el debido respeto me dirijo a su Despacho, con el fin de presentar **RECURSO DE HECHO Y/O DE QUEJA** en contra de la decisión adoptada por su despacho de fecha 24 de marzo de 2022 que declaró desierto el Recurso de Apelación presentado por la suscrita.

Atentamente,

Claudia Arciniegas Martínez

Abogada

Especialista en Derecho Público

Asesora Integral en Solución de Conflictos

Carrera 13 No. 35-36 Oficina 303 Centro

Móvil 310-7846518

Email clarmadel@hotmail.com

Bucaramanga, Colombia.



Bucaramanga, marzo 28 de 2022

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
Magistrada Ponente: Dra. DIANA AIDA LIZARAZO V.
E. S. D.

REF: RAD. No. 11001310304220190006001
PROCESO VERBAL DECLARATIVO
DEMANDANTE CONSORCIO HABITAR
DEMANDADO FONDO ADAPTACION Y OTROS

ASUNTO: RECURSO DE QUEJA Y/O DE HECHO

CLAUDIA ARCINIEGAS MARTINEZ, mayor de edad, de esta vecindad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 63.309.187 de Bucaramanga, abogada titulada e inscrita, portadora de la Tarjeta Profesional No. 153.272 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada de la parte demandante conforme a poder que reposa en el expediente, con el debido respeto me dirijo a su Despacho, con el fin de presentar **RECURSO DE HECHO Y/O DE QUEJA** en contra de la decisión adoptada por su despacho de fecha 24 de marzo de 2022 que declaró desierto el Recurso de Apelación presentado por la suscrita, con fundamento en lo siguiente:

ANTECEDENTES:

El 17 de noviembre de 2021 el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogota profirió sentencia de primer grado negando las pretensiones de la demanda.

En la misma audiencia se interpuso recurso de apelación, se expusieron los motivos de inconformidad y de acuerdo a lo dispuesto por el despacho, fue sustentando dentro del término legal, textualmente consignó el despacho:

*“La apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación, mismo que será sustentado en esta audiencia, conforme lo dispuesto en el artículo 322 del Código General del Proceso. **Min 26,42 Parte 2.**”*

***Min 33,07 Parte 2:** Escuchada la manifestación de la parte demandante, se concede el recurso de apelación en el efecto **suspensivo**, de conformidad con el artículo 321, 322 y 323 del Código General del Proceso, para que ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil, se surta el recurso interpuesto, advirtiendo a la parte apelante que si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a la finalización de esta audiencia, conforme el inciso segundo, numeral tercero del Artículo 322 del Código procesal.”*

FUNDAMENTOS JURIDICOS:

El A quem dicta Auto de fecha 24 de marzo de 2022 manifestando que en aplicación del Decreto Legislativo 806 de 2020, Artículo 14, inciso 3:

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

En este tránsito legislativo en el que nos encontramos producto de la pandemia del covid-19 la aplicación de la norma no puede tornarse restrictiva, sino, por el contrario en respeto del derecho de defensa y debido proceso, coartar esos derechos como en el presente asunto y en bajo el imperio del Código General del Proceso conforme fue aceptado y admitido en aplicación de los artículos 321, 322 y 323 ibidem.

Siguiendo los derretores de esta misma norma artículo 327: *“Ejecutoriada el auto que admite la apelación, el juez convocará a la audiencia de sustentación y fallo. Si decreta pruebas, estas se practicarán en la misma audiencia, y a continuación se oirán las alegaciones de las partes y se dictará sentencia de conformidad con la regla general prevista en este código.*

El apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia.”

En ese entendido Honorable Magistrada, disiento de los fundamentos esbozados para declarar desierto el recurso de apelación presentado por el demandante, habida cuenta que la aplicación dual de normas procedimentales, en este caso, ataca y contraviene notoriamente el derecho de mi prohijado para que sean escuchados sus argumentos, al declarar desierto el recurso de Apelación propuesta en contra de la sentencia de primera instancia, máxime si fue presentado en debida forma en audiencia y posteriormente sustentando, apartarse de esta normativa es claro que se vulnera derechos de rango constitucional.

El Decreto 806 propende por una justicia más eficiente y la simplificación de ciertos actos procesales, caso contrario, se encuentra con la aplicación de este decreto por parte del Despacho, que aún encontrándose debidamente fundamentado el Recurso de Apelación decide dar aplicación a esta norma, máxime si fue admitido bajo los parámetro del Código General del Proceso, en nada es más favorable, todo lo contrario, con ello, se esta transgrediendo derechos de mi defendido, por cuanto es claro, que hubo una adecuada y oportuna sustentación del Recurso de Apelación, no solo en audiencia, sino posterior a ello y así fue admitido por el A quo.

Nos encontraríamos Honorable despacho en doble sustentación del recurso, pues ya se había presentado en audiencia y sustentando dentro del término de tres (3) días que concede la norma.

La Sentencia C-420/20. Referencia: Expediente RE-333. Control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, “[p]or el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. Magistrado ponente (E): RICHARDS. RAMÍREZ GRISALES. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020), consigna:

“Que se regula la segunda instancia en materia civil y familia para que esta se pueda tramitar, en los casos en que no se decreten pruebas en segunda instancia, sin que tenga que adelantarse la audiencia para la sustentación del recurso, y por el contrario la sustentación, su traslado y sentencia se hará a través de documentos aportados por medios electrónicos. Igualmente, en laboral se establece que la segunda instancia se pueda adelantar sin la audiencia para alegatos de conclusión y sentencia, estas actuaciones se podrán hacer mediante documentos electrónicos.”

Efectivamente la sustentación del recurso se aportó a través de medios electrónicos y el traslado a las partes se surtió al momento de sustentarse el recurso ante el fallador de primer grado:

“SUSTENTACION RECURSO APELACION RAD. No. 2019-00060-00

claudia arciniegas
Lun 22/11/2021 11:41 AM

Para:

- Juzgado 42 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C.

CC:

- gerencia@ingeomaq.com;
- contacto@minutodedios.org;
- njudiciales@mapfre.com.co;
- Jairo Rincon Achury;
- csantos@minutodedios.org;
- notificacionesjudiciales@fondoadaptacion.gov.co;
- Ruben Dario Bravo Rondon;
- defensajuridica@fondoadaptacion.gov.co

SUSTENTACION APELACION RAD. No. 2019-00060-00.pdf

622 KB

ATENTO SALUDO; ENCONTRANDOME DENTRO DEL TERMINO DE LEY, ADJUNTO ME PERMITO REMITIR SUSTENTACION RECURSO APELACION DENTRO DEL RADICADO DEL ASUNTO, PARA SU TRAMITE CORRESPONDIENTE.

**RAD. No. 2019-00060-00
PROCESO VERBAL DECLARATIVO
DEMANDANTE CONSORCIO HABITAR
DEMANDADO FONDO ADAPTACION Y OTROS”**

¿Cuándo se incurre en defecto procedimental por exceso ritual?¹

Sobre este defecto, la Corte Constitucional ha explicado que este se configura por:

“el apego estricto a las reglas procesales que obstaculizan la materialización de los derechos sustanciales, la búsqueda de la verdad y la adopción de decisiones judiciales justas. En otras palabras, por la ciega obediencia al derecho procesal, el funcionario judicial abandona su rol como garante de la normatividad sustancial, para adoptar decisiones desproporcionadas y manifiestamente incompatibles con el ordenamiento jurídico. Bajo este supuesto, la validez de la decisión adoptada judicialmente no solo se determina por el cumplimiento estricto de las reglas procesales, sino que además depende de la protección de los derechos

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO. Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno (2021). Referencia: ACCIÓN DE TUTELA. Radicación número: 05001-23-33-000-2020-03884-01 (AC). Actor: LEONISA GRACIANO TUBERQUIA. Demandado: JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

sustanciales. Por ello, ha sostenido la Corte, el sistema procesal moderno no puede utilizarse como una razón válida para negar la satisfacción de tales prerrogativas, en la medida que la existencia de las reglas procesales se justifica a partir del contenido material que propenden". (Negrillas fuera del texto)

Supuestos que la Sala encuentra configurados en el asunto bajo análisis, ya que el Juzgado referido aplicó irreflexivamente las reglas procedimentales contempladas en los artículos 324 y 353 del Código General del Proceso, desconociendo que las piezas procesales requeridas estaban contenidas digitalmente y que en el contexto de la pandemia prevalece tanto el empleo de los medios digitales en las actuaciones judiciales, como la supresión de formalidades físicas no imprescindibles.

Consecuencia de ese error, se lesionó el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de la señora Graciano, en la medida en que se le cercenó su derecho a que el juez superior resolviera el recurso de queja.

La jurisprudencia ha entendido que el núcleo esencial del acceso a la administración de justicia hace referencia a la facultad de las personas de acudir a las autoridades judiciales para buscar la preservación del orden jurídico y la protección o restablecimiento efectiva de sus derechos. Es por esto por lo que el principio de la doble instancia está relacionado estrechamente con este. Justamente sobre la relación de cercanía entre aquel derecho y el principio a la doble instancia, la Corte Constitucional ha manifestado:

"este principio permite hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, ya que éste por su esencia, implica la posibilidad del afectado con una decisión errónea o arbitraria, de solicitarle al juez o autoridad competente la protección y restablecimiento de los derechos consagrados en la Constitución y la ley. Lo anterior, en cuanto la Corte ha entendido como elemento esencial del derecho de acceso a la administración de justicia, el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales - acciones y recursos - para la efectiva resolución de los conflictos".

Por ende, al no permitir acudir al superior, bajo rigorismos procesales y formales no aplicables al expediente digital, se reitera que el Juzgado Segundo Administrativo de Medellín vulneró el derecho al acceso a la administración de justicia de la tutelante, al lesionar el principio de la doble instancia.

En análisis de este pronunciamiento Honorable Magistrada, se ha incurrido igualmente en un defecto procedimental por exceso ritual, actuaciones que permiten la transgresión de derechos al debido proceso, derecho de defensa y de contradicción protegidos en el artículo 29 de la Carta Política.

Me permito transcribir otro pronunciamiento Honorable Magistrada, por exceso de ritual que nos permite acudir a su digno despacho, para que se revise la decisión tomada de declarar desierto el recurso de apelación oportunamente presentado y sustentado.²

² SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA
ID: 732397. M. PONENTE: OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE. NÚMERO DE PROCESO: T 1100102030002021-00975-00. NÚMERO DE PROVIDENCIA: STC5790-2021. CLASE DE ACTUACIÓN ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA. TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA. FECHA: 24/05/2021. DECISION: CONCEDE TUTELA. FUENTE FORMAL: Código General del Proceso art. 74 y 322 / Decreto 806 de 2020 art. 14 / Decreto 2591 de 1991 art. 10.

“Sin embargo, una nueva mirada del tema impone abordar la problemática anunciada desde el plano constitucional, teniendo en cuenta que el nuevo panorama -escritural- en que transitan las fases de la apelación en virtud del mencionado Decreto impone una revisión más reflexiva a fin de determinar si de verdad resulta proporcional declarar la deserción, cuando de todos modos el impugnante cumplió la carga argumentativa con anticipación al término previsto en el artículo 14 de esa normatividad.

3. El Código General del Proceso estableció que el impugnante debe cumplir tres cargas a fin de que el superior examine la cuestión decidida: i) interponer la apelación, ii) formular los reparos concretos ante el juez de primera instancia y iii) sustentar el recurso ante el superior, (CSJ STC3969-2018, STC7113-2018, STC6359-2020, entre otras); estructura que cambió con la entrada en rigor del artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

La modificación realmente radicó en la forma de recaudo de los argumentos del recurrente para los casos que no requieren la práctica de pruebas, esto es, ya no será oralmente y en audiencia, sino de manera escrita y dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admite el recurso o niega la práctica de pruebas.

En ese sentido quedó consignado en la parte motiva del Decreto al indicarse que

(...) se regula la segunda instancia en materia civil y familia para que esta se pueda tramitar, en los casos en que no se decreten pruebas en segunda instancia, sin que tenga que adelantarse la audiencia para la sustentación del recurso, y por el contrario la sustentación, su traslado y sentencia se hará a través de documentos aportados por medios electrónicos.

En consonancia con ello, se dispuso en el artículo 14:

El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

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

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

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

Significa que la percepción directa, la inmediación, el debate hablado, así como los otros tantos matices y beneficios que le son propios al régimen de oralidad, ya no son predicables en un contexto guiado por la escrituralidad.

Téngase en cuenta que en el pasado se resaltó que

(...) las normas imponen con cimiento en la oralidad la necesidad de la presencia de los sujetos en la audiencia y de su intervención no sólo para la satisfacción del señalado método sino para garantizar el derecho de defensa y de contradicción,

garantías indispensables en el entorno procesal cuyo propósito está enderezado a la justicia (CSJ STC8300, 2019, entre otras).

Lo que estaba en sintonía con el artículo 3º del Código General del Proceso, según el cual “[l]as actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva”, al igual que con el numeral 6º del artículo 107, que señala cómo “[l]as intervenciones orales no podrán ser sustituidas por escritos”.

Por ende, la tesis de la Sala recreada sobre el ambiente de la palabra hablada para justificar la deserción del recurso en ese escenario por la ausencia del apelante a la audiencia contiene unos elementos filosóficos diferentes a la problemática surgida en un entorno gobernado por la escritura, como lo reglamenta el susodicho Decreto.

Desde esa lógica, a pesar de que las condiciones de tiempo y modo establecidas en el artículo 14 del Decreto 806 se muestran estimables frente a libertad de configuración del legislador, a la hora de observar la temática en el plano supralegal y en relación con los casos concretos, no es admisible la aplicación automática e irreflexiva de la sanción que contempla la norma en el caso de que se sustente por escrito de forma prematura, esto es, antes de que inicie el conteo de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admite el recurso o niega la práctica de pruebas; pues, esa tarea debe estar soportada en un análisis ponderado en aras de establecer si las particularidades del caso permiten concluir que la sustentación anticipada era suficiente para la resolución de la alzada, sin que lo adelantado en esa gestión conlleve a sancionar al litigante de forma tan drástica como es el cercenamiento de la segunda instancia.

En efecto, en el panorama actual (escrito) la desatención de la parte en relación con el momento preliminar en que sustenta su inconformidad no muestra implicaciones mayores que justifiquen la abstención del ad- quem de decidir de fondo, ya que, como la misiva contentiva de dicha sustentación ya está al alcance del juez, resulta excesivo aplicar sin detenimiento la deserción.

Dicho en otras palabras, sin duda cuando el recurrente aporta el escrito de sustentación antes de la oportunidad contemplada en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 actúa de forma deficiente, lo que es censurable en la medida en que desatiente el mandato legal; no obstante, dada la naturaleza del error y su eventual intrascendencia frente a la carga de sustentar la alzada, es desproporcionado que se le sancione con la pérdida del derecho constitucional a impugnar la decisión que finiquitó la primera instancia.

Ciertamente los falladores están llamados acatar y hacer cumplir las formas prescritas por el legislador, como las que se han impuesto para sustentar el recurso de apelación -por escrito y en un momento específico-, de modo que no pueden desconocerlas. Pero también lo es que no las pueden exigir irreflexivamente, pues no son simples ritualidades desprovistas de sentido, sino medios destinados para dotar de validez y eficacia los actos procesales designados a hacer efectivos los derechos de las partes, en este caso, el de impugnar las providencias judiciales.

Por eso, el artículo 11 del estatuto adjetivo, que irradia todas las reglas del procedimiento, demanda al juez que, al interpretarlas, tenga en cuenta que

(...) el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.

En armonía con ello, se ha insistido en que

(...) [e]l respeto por las formas propias de cada juicio no implica, en manera alguna que los ritos procesales sean un fin en sí mismos, todo lo contrario, la primacía de lo sustancial, impone que los procedimientos sirvan como medio para lograr la efectividad de la administración de justicia y de los derechos subjetivos de quienes someten sus conflictos a ella.

“No se trata de avalar el desconocimiento absoluto de la ritualidad procesal, pero tampoco de que el funcionario judicial atienda de manera tan rigurosa a esas formalidades, pues ello apareja un “excesivo ritual manifiesto” que sacrifica prerrogativas constitucionales para salvaguardar la forma (CSJ STC7543-2020).

Por ese camino importa destacar, que esta Corporación en casos que guardan cierta similitud con el presente, ha puntualizado:

(...) Dado que, como la presentación de la demanda de casación, en la dinámica propia de ese recurso, es la manera idónea de sustentar la impugnación, esa actividad, al haberse realizado antes del traslado que la ley señala para el efecto, simplemente fue previa, si se quiere anticipada, por lo que, en el caso concreto, tal conducta no determina que esté viciada por extemporaneidad.

Lo anterior por cuanto, si con el hecho de llegar la demanda a la Corte antes de correrse el traslado al recurrente para que sustente su recurso no se causa dilación en los trámites, ni se sorprende a la contraparte, ni se vulneran sus derechos, ni implica acortamiento de los términos, mal podría privilegiarse la sola ritualidad con desmedro del derecho sustancial (Art. 228 C.P), para desatender una opugnación ya sustentada cuyo fin principal es el de unificar la jurisprudencia patria, realizar el derecho objetivo y reparar los agravios inferidos a los sujetos procesales con la sentencia combatida (AC 28 Jul. 2014. Rad. No. 2006-000394-01) (Se resalta. CSJ STC15797-2014).

Ahora, no es que la Corte se esté contradiciendo con las pautas que trazó en vigencia del Código General del Proceso en virtud de la carga del recurrente de sustentar ante el superior y en audiencia, pues allá, en el contexto de la oralidad y de la prohibición de sustituir las intervenciones orales por escrito, no lucía desmesurado sancionar al recurrente con la deserción del recurso, puesto que al no existir otro momento en el que el censor podía proponer sus argumentos de inconformidad verbalmente, el no asistir a la vista pública destinada para el efecto conllevaba la no sustentación del acto de impugnación; pero, en estos tiempos, en el panorama de la escritura, cuando la formalidad a la que está ligada el ejercicio del derecho fundamental a la doble instancia y de impugnación ha cumplido su finalidad, pese a su cumplimiento imperfecto por parte del recurrente, la imposición de esa consecuencia parece desproporcionada.

En suma, el recurso de apelación de sentencias, en vigencia del Decreto 806 de 2020, deberá sustentarse ante el superior por escrito y dentro del término de traslado indicado en el artículo 14 de esa norma. Toda sustentación posterior a ese lapso o la omisión del acto procesal desemboca, sin duda, en la deserción de la opugnación. **Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de aquellas que se realicen con anterioridad a ese límite temporal, comoquiera que, aun cuando resulta ser una actuación inesperada y errada del censor, de todos modos se cumple con el acto procesal aludido y el juzgador de segundo grado, en últimas, ya conoce de los argumentos de inconformidad que le dan competencia para resolver, sin que ello implique ninguna afectación a los derechos del no recurrente, pues el apelante no guardó silencio, no superó los términos establecidos para el efecto, así como “no se causa dilación en los trámites, ni se sorprende a la contraparte, ni se vulneran sus derechos, ni**

implica acortamiento de los términos”. Lo contrario, provoca incurrir en un exceso ritual manifiesto en el asunto concreto.

4. En el caso, el Tribunal de Manizales incurrió en exceso ritual manifiesto, pues declaró la deserción de la apelación que propuso el accionante, sin detenerse a examinar que se había cumplido con la carga de sustentar, aun cuando se realizó con anterioridad a los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admitió el recurso, y por esa vía, truncó su derecho constitucional a que se revisara la cuestión decidida.

En efecto, como se infiere del expediente, Henao Escobar luego de apelar en audiencia y formular los reparos concretos frente a la sentencia a través de la cual se declaró que entre él y María del Pilar Espinosa Lotero existió una unión marital de hecho y la consecuente disolución y liquidación de la sociedad patrimonial, aportó escrito de sustentación, en el que, en esencia, precisó que debía ser revocada la decisión concerniente a los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho porque, como lo excepcionó al contestar la demanda, la acción para pedirlos había “caducado”, conforme al artículo 8 de la Ley 54 de 1990.

Por tanto, se impone conceder la salvaguarda a fin de que juez plural enjuiciado tramite la impugnación del quejoso, en la medida en que cuenta con las razones de inconformidad de este y el acto procesal, aun defectuoso, cumplió con su finalidad». (Negrillas fuera del texto)

PETICION:

Con fundamento en lo expuesto Honorable Magistrada, me permito solicitar se atiendan los argumentos aquí consignados, y se proceda a la admisión del recurso de apelación debidamente presentado y sustentado, en aras de garantizar los derechos fundamentos del debido proceso, derecho de defensa y contradicción de mis representados por exceso ritual.

Con el debido respeto;



CLAUDIA ARCINIEGAS MARTINEZ
C. C. No. 63.309.187 de Bucaramanga
T. P. No. 153.272 del C. S. de la J.

Doctor
JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
Honorable Magistrado
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil
E. S. D.

Ref. Proceso Declarativo No. 2019-00090-01
Demandante: Josefina Velandía Fuentes y otros.
Demandados: Clínica Shaio y otros.

HERNÁN JAVIER TOCARÍA PAREDES, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía número 19'352.061 expedida en Bogotá, portador de la Tarjeta Profesional número 68.172 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado de la parte demandante, y encontrándome dentro del término legal para hacerlo, presento **SUSTENTACIÓN del RECURSO DE APELACIÓN** ante esa Honorable Corporación, contra la Sentencia de fecha 27 de enero de 2022, por medio de la cual el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, declaró probadas las excepciones de mérito propuestas por parte de la NUEVA EPS, FUNDACIÓN ABOOD SHAI0 y ALLIANZ SEGUROS S.A. y denegó las pretensiones de la demanda.

Los motivos de inconformidad contra el fallo atacado, se concretan en los siguientes:

1. La entidad demandada FUNDACION ABOOD SHAI0, contrario a lo aceptado por el ad quo, a través de los médicos que la realizaron la cirugía al menor JUAN DAVID DUARTE VELANDIA, no dieron cumplimiento a sus mismas políticas descritas en su página web, en donde conceptúan qué es el consentimiento informado y además indican que el médico responsable debe dirigirse al paciente, en caso como es un menor de edad, a sus representantes legales, y en un lenguaje claro y entendible, explicará en qué consiste, cuáles son los resultados esperados, tiempo estimado de intervención, días de hospitalización y complicaciones más frecuentes que se pueden producir. Sobre todo indicando claramente que su hijo tendría alto riesgo de quedar en estado de discapacidad, como es el estado crítico en que se encuentra hoy el menor JUAN DAVID DUARTE VELANDIA.

De otra parte, los médicos tratantes no tuvieron en cuenta la condición cultural y de escolaridad de los padres del menor JUAN DAVID DUARTE VELANDIA, al no tener un mínimo de nivel académico; porque en la realidad si existe dentro del expediente un formato muy bien hecho, cargado de información y de palabras técnicas que no cualquier persona con un nivel de escolaridad podría entenderlo. Es que por ello los padres del menor JUAN DAVID DUARTE VELANDIA, en sus intervenciones en el presente juicio han expresado su inconformidad con la atención brindada por la demandada, respecto a la información brindada, porque esta no fue

clara, tanto para ellos concebir o imaginar la posibilidad que su pequeño hijo no volvería a moverse, como ha ocurrido desde el momento en que fue dado de alta de la Clínica Shaio, hasta la fecha. Pues además de todo, han sido abandonados totalmente por dichas entidades, en la posible recuperación o rehabilitación de su hijo.

2. El *Ad quo* no tuvo en cuenta lo expuesto en el dictamen pericial solicitado y allegado por la Fundación Clínica Shaio, realizado por el Dr ALVARO HERNANDO IZQUIERDO BELLO, médico NEURÓLOGO INFANTIL de la Universidad Militar Nueva Granada, en donde determina que “... Si es fundamental para el futuro del niño que se le suministre un adecuado y oportuno programa de rehabilitación que incluya terapia física, ocupacional y del lenguaje; seguimiento por médicos especialistas relacionados con la condición del paciente: cardiólogo pediatra, fisiatra o médico rehabilitador, neuropediatra. Muy probablemente se requiera de apoyo al niño y la familia por parte del psicología y psiquiatría.”.

Las entidades demandadas Clínica Shaio y Nueva EPS, han venido vulnerado los derechos del menor JUAN DAVID DUARTE VELANDIA, a la salud, a la integridad y a la protección, todos debidamente consagrados en nuestro Carta Política, pues nunca han contribuido posterior a su salida de la Clínica, a mejorar su estado de salud. Nos indica nuestra jurisprudencia que: “... algunos derechos fundamentales de los niños, hace extensivos todos los otros derechos plasmados en la Carta Política, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, y consagra en forma expresa que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Esta norma es el fundamento constitucional de lo que se conoce como el interés superior del menor, aun cuando su reconocimiento normativo también emana de instrumentos de derecho internacional, algunos vinculantes para Colombia por la vía del bloque de constitucionalidad. El interés superior del menor implica reconocer a su favor un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral. La Corte ha afirmado que el significado de este principio, que constituye a la vez un criterio hermenéutico para dar una lectura prevalente del ordenamiento con base en sus derechos, únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular; lo cual se explica si se tiene en cuenta que su contenido es de naturaleza real y relacional, es decir, que sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad”¹.

3. Por su parte el *Ad quo*, no tuvo en cuenta lo indicado por el perito Dr ALVARO HERNANDO IZQUIERDO BELLO, médico NEURÓLOGO INFANTIL de la Universidad Militar Nueva Granada, en donde se determina en la respuesta a la pregunta No. 19:

“... Informe si, durante el tiempo que el paciente estuvo en la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos, se mantuvo el monitoreo y cuidado de su estado neurológico?”

Expresa que: “... **SI** se mantuvo el monitoreo y cuidado todo el tiempo. El niño tuvo toda la atención médica y cuidado todo el tiempo. El niño tuvo toda la atención médica oportuna y pertinente...”

Sin embargo, el médico perito también expresa que:

¹ Sentencia C-262 de 2.016, Corte Constitucional

Calle 14 N° 15 – 60 BARRIO CENTRO Cl. 3105632872 E-mail hernanjtp@hotmail.com

Tame – Arauca

“Hubo 3 momento de excepción. La primera la no realización del monitoreo video – EEG, que fue solicitada en fase crítica de las convulsiones, porque la clínica no cuenta con esta herramienta tecnológica en forma portátil, que es como debe ser por estar el paciente en condición crítica en la UCIP. El equipo de la Clínica no es portátil... Una segunda excepción fue cuando el niño habiendo sido valorado previamente por neuropediatra, se solicita una revaloración por parte de la UCIP, estando el niño aún en fase crítica, la misma no se realizó.

También hacia el final de la hospitalización se solicita una valoración por fisiatría para planificar el manejo ambulatorio al egreso y no se realiza, porque la clínica no cuenta con esta especialidad médica dentro de su planta de personal. ”

De igual forma, indica el médico perito, al preguntársele:

“... La valoración por parte de LA ESPECIALIDAD neurología pediátrica, cambiaría el tratamiento realizado por la Fundación al menor JDD?”

A lo que respondió:

“... es probable que sí en algunos aspectos, (específicamente en lo neurológico. En el momento de las convulsiones repetidas y el estado convulsivo, el médico neuropediatra puede ajustar dosis de medicaciones o iniciar tratamientos adicionales en forma escalonada y coherente. Los médicos de cuidado crítico pediátrico tienen mucha formación y experiencia en esta misma condición (estado epileptico). Una limitante grande para el neuropeditra y los médicos pediatras del cuidado crítico es no contar con monitoreo de video EEG, que es una herramienta de gran ayuda en el paciente críticamente enfermo neurológico, y en quien por medicaciones u otras circunstancias no se puede realizar un confiable examen neurológico.

Los médicos de cuidado crítico tienen la formación y experiencia para hacerse cargo de todos los cuidados nutricionales y pediátricos que requiere el niño, por ejemplo cardiológico, respiratorio, renal, etc. Sin embargo, con frecuencia se apoyan en sub especialistas del área afectada.

De la misma forma, el neuropediatra posteriormente, puede evaluar al niño y solicitar exámenes e interpretarlos para determinar función visual, auditiva, motora (así ocurrió en la primera evaluación). Eso mismo haría el médico fisiatra – rehabilitador y así establecer un plan de trabajo cuando el niño egrese.”

Conforme a lo anterior, vemos entonces que no todo lo que contiene el dictamen pericial allegado por la demandada FUNDACIÓN ABOOD SHAI, es a su favor, pues destacamos entonces varias respuestas dadas por el perito, que muestran la realidad del daño ocasionado al menor JUAN DAVID DUARTE VELANDIA, de tan solo 6 años de edad, que desde aproximadamente sus cuatro meses de nacido ha tenido que soportar el deterioro de su salud; además de las necesidades que tiene, pues se puede verificar con esa prueba pericial qué ayudaría a que JUAN DAVID tuviera una mejor calidad de vida, no solo para él, quien es quien padece el daño, sino también el de su familia que ha tenido que lidiar con el sufrimiento de verlo postrado en una cama, sin poder mover tan solo un dedo.

La ley y la jurisprudencia nos ha indicado que el dictamen pericial como medio de prueba es fundamental en un proceso como éste, sin embargo, para la familia del pequeño JUAN DAVID DUARTE VELANDIA, no fue posible reunir los recursos suficientes para lograr asumir el pago de un perito particular en aras de allegar el dictamen pericial solicitado con el escrito de demanda; a su causa, es decir a la presentación de esta demanda, se han unido diferentes profesionales que no esperan una remuneración, sino poder lograr que un niño en condiciones de discapacidad tenga una vida en condiciones dignas y ayuda profesional para sus terapias, sin embargo, no se pudo lograr la ayuda de un perito, pues en el municipio de Tame, de donde es la vereda en donde reside el menor, no cuenta con un profesional idóneo para estos casos.

El Código General del Proceso, en su artículo 176 dispuso que las pruebas deben apreciarse aplicando las reglas de la sana crítica, además deberán de ser valoradas en conjunto, motivando el juzgador el mérito que le asigne a cada medio de prueba, allegado al proceso, entre ellos el dictamen pericial; es decir, que respecto al medio de prueba correspondiente al dictamen pericial arrimado al proceso, por Fundación Abood Shaio, existen consideraciones como las determinadas por esta parte en las cuales observado en su integralidad, son de importante resorte para las pretensiones de los actores y en especial en la parte atinente a la posible rehabilitación del menor JUAN DAVID, pues así lo consideró el medico perito en su respuesta a la pregunta No. 15: **“... Si es fundamental para el futuro del niño que se le suministre un adecuado y oportuno programa de rehabilitación que incluya terapia física, ocupacional y del lenguaje; seguimiento por médicos especialistas relacionados con la condición del paciente: cardiologo pediatra, fisiatra o médico rehabilitador, neuropediatra. Muy probablemente se requiera de apoyo al niño y la familia por parte del psicología y psiquiatría.”** (NEGRITA Y SUBRAYADO FUERA DEL TEXTO).

En lo que respecta a la forma de vida del menor JDDV y su familia, son claros los testimonios e interrogatorios arrimados al presente juicio, donde en forma por demás, simple, sincera y natural, por su condición de escolaridad, expresaron las condiciones físicas y de salud de su menor hijo y nieto. Así mismo, de los testimonios recopilados a la parte actora, se puede establecer el gran sentimiento de tristeza y de impotencia, con la que a diario tienen que afrontar los padres y familiares del menor JDDV; igualmente, sus precarias condiciones económicas que no le han permitido con todas las limitaciones acceder a posibles tratamientos de rehabilitación que mejoren las condiciones de vida del menor JDDV, ni de alimentación, pues los suplementos alimenticios son costosos para ellos.

Es importante traer a colación apartes de la Sentencia **SC16690-2016**, proferida por la Honorable CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **SALA DE CASACIÓN CIVIL, M.P. Dr. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**, Radicación n.º 11001-31-03-008-2000-00196-01:

(...)

Significación jurídica. Vulneración del derecho a la salud.

3.1. La afectación sufrida por la citada víctima, pone en evidencia el ostensible e injustificado quebranto, por parte de las aquí accionadas, de su derecho a la salud, entendido como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”* (Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993, citada en sentencia C-776 de 2010).

(...)

3.4. El derecho a la salud tiene pleno reconocimiento, y es objeto de especial protección, en la Constitución Política de 1991, toda vez que Colombia se constituyó como un Estado social de derecho fundado *“en el respeto de la dignidad humana”* (art. 1º), que reconoce *“sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”* (art. 5º *ib.*) y que tiene como finalidad, entre otros objetivos, *“garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes”* que ese mismo estatuto superior prevé (art. 2º, inc. 1º, *ib.*), lo que explica que sus autoridades estén *“instituidas para proteger”* a todos los residentes en el territorio nacional *“en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”* (art. 2º, inc. 2º, *ib.*), sin que nadie pueda *“ser molestado en su persona”* (art. 28, *ib.*).

Se destaca, adicionalmente, que a voces del artículo 44 de la obra en cita, en el caso *“de los niños”*, la *“salud”* es uno de sus derechos fundamentales y que tal prerrogativa, como las demás del mismo linaje establecidas en favor de ellos, *“prevalece”* sobre las *“de los demás”*.

3.5. Desde el punto de vista meramente legislativo, se advierte que de conformidad con el numeral 3.5. del artículo 3º de la Ley 1438 de 2011, reformatoria de la Ley 100 de 1993, es *“obligación de la familia, el Estado y la sociedad en materia de salud, cuidar, proteger y asistir a las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva, a los niños, las niñas y adolescentes, para garantizar su vida, su salud, su integridad física y moral y su desarrollo armónico e integral”* (subrayas y negrillas fuera del texto).

(...)

La extensión del perjuicio. Efectos patrimoniales y extrapatrimoniales.

El daño, en general, y sobre todo, el que se irroga en la persona humana, mermándola en sus capacidades físicas y/o intelectivas, puede adquirir diversa connotación, según que sus efectos recaigan en el patrimonio de la víctima, ya sea porque provocan la disminución de los activos o el incremento del pasivo (daño emergente); ora debido a que impide la consecución de ganancias (lucro cesante).

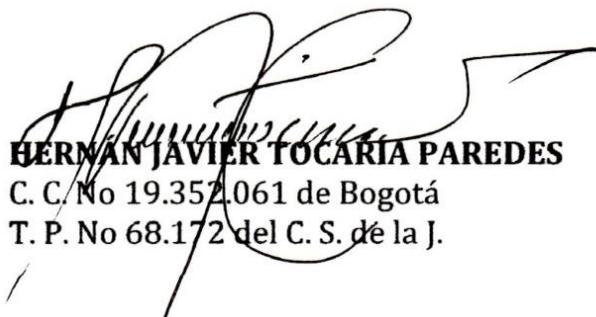
Pero también puede ocurrir que las consecuencias de la conducta dañosa se materialicen en el ámbito puramente extrapatrimonial del afectado, lo que acontece cuando la incidencia se produce en derechos o intereses desprovistos de significación económica, como los sentimientos, las satisfacciones personales y las relaciones con los demás y/o con el entorno mismo.

Así las cosas, se impone a la Corte auscultar de qué tipo y magnitud fueron las secuelas patrimoniales y extrapatrimoniales que se derivaron para Guillermo Alejandro, del daño psicofísico a él infligido por las demandadas, lo que hará en capítulos separados, en procura de una mayor claridad. (...)”.

Los demandantes, a través del suscrito ruegan a su Honorable Despacho, que en aras de garantizar el derecho a la igualdad de las partes y en busca de la certeza en el presente asunto, atendiendo que fue solicitada oportunamente, la prueba del DICTAMEN PERICIAL a la historia clínica del menor JDDV, con el objeto que indique si el diagnóstico, tratamiento, intervenciones quirúrgicas y demás procedimientos que le efectuaron o le dejaron de efectuar fueron acertados, todo en procura de la buena salud del menor JUAN DAVID DUARTE VELANDIA; si hubo negligencia o no de las entidades aquí demandadas en todo el tratamiento, intervenciones y demás que le fueron realizados. Además, para que indiquen si es posible que, con nuevos tratamientos, terapias e intervenciones, es posible ofrecerle por parte de las demandadas una mejor calidad de vida, se sirva decretarla de oficio.

Por las razones expuestas, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá D.C., Sala Civil, se declare la prosperidad del presente recurso y, en consecuencia, revoque totalmente la sentencia de fecha 27 de enero de 2022, proferida por el Juez Treinta y Siete (37) Civil del Circuito de Bogotá D.C. y en su lugar acceda favorablemente a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en el presente recurso.

Atentamente,



HERNÁN JAVIER TOCARÍA PAREDES
C. C. No 19.352.061 de Bogotá
T. P. No 68.172 del C. S. de la J.