

Señores

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

E.

S.

D.

HONORABLE MAGISTRADA

**DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA**

**REF:** PROCESO EJECUTIVO DE BANCO DE OCCIDENTE S.A. Contra REFORESTACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CAROLINA MARIA ORTEGA – LUIS FELIPE ORTEGA Y JUAN DAVID ORTEGA.

**RAD:** 110013103031**201700631-01**

**JUAN CARLOS ROLDÁN JARAMILLO**, mayor de edad, domiciliado en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.247.910 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 34.958 del C.S. de la J., en mi condición de apoderado de la parte demandada dentro del proceso de la referencia, respetuosamente me dirijo a usted con el fin de **SUSTENTAR** dentro de la oportunidad legal correspondiente **EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la sentencia proferida por el juzgado de conocimiento dictada en audiencia de fecha 26 de octubre de 2021, solicitándole a los honorables magistrados se sirvan revocar la providencia objeto de alzada.

1. Como obra en el proceso, el Banco Occidente suscribió los Contratos de Leasing Nos. 180-89255 y 180-83108 con la parte demandada.
2. En la Cláusula Trigésima de los referidos contratos que dice: "**PAGARÉ** -: *EL LOCATARIO y los codeudores suscribe (n) y entrega (n) a EL BANCO un pagaré en blanco a favor de El BANCO, autorizando en ese instrumento para llenar sus espacios dejados en blanco con las obligaciones originadas en el presente contrato tanto por canones como por intereses, primas de seguros, gastos y sanciones originadas. El pagaré diligenciado será exigible inmediatamente y prestara merito ejecutivo, sin ninguna otra formalidad.*

De lo anterior, queda claro que los deudores suscribieron pagaré en blanco con su respectiva carta de instrucciones, para que la entidad financiera los diligenciara por las sumas de dinero que pudiesen adeudar.

Como se formuló en el escrito de excepciones y en los alegatos de conclusión previo a dictar sentencia, la entidad financiera no adelantó el proceso ejecutivo con base en los pagarés suscritos por los deudores que garantizaban el pago de las sumas adeudadas.

Conforme al **Artículo 882 del C. Comercio** "**<PAGO CON TÍTULOS VALORES>**. *La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera*".

*Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.*

*Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año*

El inciso primero de la norma en comento, obliga al acreedor a devolverle al deudor el instrumento y/o título valor en el evento de que no sea cancelado para poder cobrar la obligación originaria y en dado caso conforme al inciso segundo, si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo.

Dadas las anteriores consideraciones, es claro qué, los Contratos de Arrendamiento no son los documentos idóneos para cobrar obligaciones que quedaron adeudando los locatarios puesto que como ya se indicó, para este efecto se suscribieron pagarés en blanco con su respectiva carta de instrucciones los cuales la entidad financiera no hizo uso ni los devolvió. En consecuencia, las obligaciones cobradas con base en los contratos de arrendamiento no son exigibles.

Dejo en los anteriores términos sustentado el recurso de apelación interpuesto, solicitándole a los honorables magistrados revocar la sentencia proferida por la Juez de conocimiento.

*ROLDAN Y ROLDAN  
ABOGADOS S.A.S*

De esta manera, informo que recibo notificaciones en la dirección electrónica [roldanyroldanabogados@outlook.es](mailto:roldanyroldanabogados@outlook.es)

Agradecemos confirmar recibido.

Cordialmente,

**JUAN CARLOS ROLDÁN JARAMILLO.**

C.C.No.19.247.910 de Bogotá.

T.P.No.34.958 del C.S. de la J.

Oficina: Cra.18 No.88-17 Oficina 306 de la Ciudad de Bogotá D.C.

Teléfonos: 6114623 - 2575421 - 3002923936

Email: roldanyroldanabogados@outlook.es

***ROLDAN & ROLDAN ABOGADOS SAS***



12  
12  
12  
12  
12  
12  
12  
12  
12  
12

*GINNA ESPERANZA NIÑO REYES*  
*Abogada*

Señores

**TRIBUNAL SUPERIOR – SALA CIVIL**

**HONORABLE MAGISTRADO Dr. IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA**

[secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

[secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**E. S. D.**

**REFERENCIA: PROCESO N° 11001310303620190071401**

**ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA.**

**VERBAL DECLARATIVO POR RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL N°. 2019-00714(JUZGADO DE ORIGEN 36 CIVIL DEL CIRCUITO)**

**DEMANDANTE: FEDERACIÓN NACIONAL DE CULTIVADORES DE CEREALES Y LEGUMINOSAS FENALCE.**

**DEMANDADO: CARLOS ALFONSO GARCÍA MAHECHA**

**GINNA ESPERANZA NIÑO REYES**, mayor de edad, identificada civilmente con la cédula de ciudadanía No 52.896.800 de Bogotá DC, abogada en ejercicio portadora de la tarjeta profesional No. 291.834 del C. S. de la J., actuando en nombre y representación del señor Carlos Alfonso García Mahecha, conforme con el poder que reposa en el expediente, me permito respetuosamente manifestar mi desacuerdo con la decisión proferida por el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá DC, motivo por el cual procedí a interponer y argumentar los reparos concretos de su decisión de conformidad con el artículo 322 del CGP en contra de la SENTENCIA de fecha 23 de febrero de 2022 notificada en estrados y apelada la misma en el acto y cuya apelación fue concedida en el efecto devolutivo.

**PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD DEL RECURSO.**

Señala el artículo 322 del Código General del Proceso en su numeral 3 inciso 2: “ cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiese sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de la audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versara la sustentación que hará ante el superior...”

El término de oportunidad para radicar el escrito de apelación (reparos concretos) una vez notificada la sentencia recurrida vence el día 28 de febrero de 2022.

*Ginna Esperanza Niño Reyes*

*Abogada*

**REPAROS CONCRETOS.**

Los reparos concretos de la sentencia apelada son los siguientes:

La Honorable Juez Treinta y Seis Civil del Circuito no realizó una debida valoración de las pruebas aportadas en la demanda y su contestación, teniendo en cuenta que en los documentos anexos en el libelo demandatorio y las declaraciones rendidas por los testigos DAVID IRIARTE (AGRONOMO), RUBY STELLA HERNANDEZ SALAZAR (AGRONOMA) y ARMANDO AVILA (AGRONOMO VALLE DEL CAUCA), se puede observar sin mayor esfuerzo que están demostradas y acreditadas las excepciones de fondo planteadas en la contestación de la demanda que fueron sustentadas en derecho y a las que **NO** se realizó un estudio concienzudo, desconociendo los antecedentes jurisprudenciales y normativos aplicables al caso que nos ocupa, lo anterior teniendo en cuenta que lo resuelto en la sentencia se argumenta con las consideraciones hechas y las cuales no están acordes a los antecedentes jurisprudenciales y doctrinales como se redactó en las excepciones presentadas en la demanda y las cuales se pasan a describir:

**EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD – FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO**

Esta excepción está fundamentada normativamente en el artículo 64 del código civil que hace relación a lo siguiente:

*Se llama **fuerza mayor o caso fortuito**, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público. etc."*

Esta causal, por tanto, requiere para obrar como justificación reunir un conjunto de características, las cuales son básicamente: (i) que el hecho sea *irresistible*; (ii) que sea *imprevisible* y (iii) que sea *externo* respecto del obligado

La excepción tiene como prueba fáctica dentro del expediente los registros fotográficos, videos y comunicaciones del IDEAM que son de público conocimiento y que por razones obvias fueron *irresistible; imprevisible y fue un hecho externo respecto del obligado y que además fueron corroborados no solamente con las pruebas relacionadas en la contestación de la demanda sino también con el mismo dicho del demandante quien uso como argumento para salir bien librado del contrato macro con la bolsa mercantil el inclemente clima que se estaba presentando por el fenómeno del niño y por el huracán **Matthew** para los años 2015 y 2016, fecha en la cual se desarrollaba el contrato que nos ocupa entre la parte demandante la compañía FEDERACIÓN NACIONAL DE CULTIVADORES DE CEREALES Y LEGUMINOSAS FENALCE y el demandado señor CARLOS ALFONSO GARCÍA MAHECHA*

La Honorable Juez 36 civil del circuito para despachar desfavorablemente esta excepción planteada y no tener en cuenta los argumentos esgrimidos que eran de público conocimiento, manifestó que tanto en el contrato como en los otros ítems 1,2,3 el señor Carlos García se comprometió a tener un plan de contingencia que conllevara una estructura técnica, operativa y

*Avenida Jiménez No. 7-25 Of. 316-317 Cel.: 3115979180 Bogotá, D.C.*

*gerente.abogadosasociados@gmail.com*

*Ginna Esperanza Niño Reyes*  
*Abogada*

administrativa para desarrollar el contrato que nos ocupa y entregar las 5.500 toneladas de ensilaje de sorgo; que el demandado no probó el haber tenido un plan de contingencia para poder desarrollar el objeto contractual y que además el clima intenso de sequía extrema y lluvias desbordadas eran previsible, desconociendo con esto que el hecho que ocasionó el incumplimiento del contrato se debió a un "hecho externo del obligado" y que a su vez el mismo era irresistible al señor Carlos García.

La señora Juez con esta postura está desconociendo el principio general del derecho que "nadie está obligado a lo imposible" lo anterior teniendo en cuenta que el hecho acaecido como detonante de la fuerza mayor y caso fortuito se debió a un hecho de la naturaleza que es imposible prever, ni siquiera con toda la tecnología que existe es posible determinar los resultados que generan al 100% de cada circunstancia o momento donde la naturaleza interviene y genera estragos de manera monumental; una vez se inició el contrato se debe tener en cuenta que se generaron 3 otrosíes donde los argumentos de cada modificación se debió al cambio climático intenso que se estaba viviendo en Colombia por los efectos del fenómeno del niño y del Huracán **Matthew** hechos que eran de público conocimiento y pretender por parte de la señora Juez que son hechos previsible para el señor Carlos García es pretender que el contratista tenga la facultad de ser omnisciente, se sabe que un huracán un estado del clima puede variar, cambiar o desaparecer en cualquier momento y esto no puede ser resistible al ser humano, máxime cuando no depende de él, ni de los recurso que se puedan tener.

No hay lugar a pretender que se demostrara de otra manera diferente por parte del señor Carlos García que se dio cumplimiento al plan de contingencia para desarrollar el contrato, que las comunicaciones del IDEAM que es el [Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales](#) para demostrar que efectivamente el clima para esa fechas estaba causando estragos de manera monumentales tanto en la sequía como en inundaciones; en las declaraciones rendidas en el interrogatorio de parte se pudo constatar que el plan de contingencia del señor Carlos Gracia como contratista fue diseñar un sistema de riego que era conectado a los arroyos y ríos que se encontraban cerca a los cultivos, pero que una vez se secaron por las fuertes sequias era imposible obtener las fuentes hídricas para alimentar la semilla, que si bien la semilla estaba diseñada para aguantar fuertes sequias, necesitaba un mínimo de agua para subsistir, agua que era imposible conseguir por los hechos ya narrados.

Ahora bien, una vez empezaron los fuertes aguaceros, las fuentes hídricas como ríos y lagunas se empezaron a desbordar y a inundar los cultivos que fueron arrasados, ¿es posible prever o resistir una inundación? de ninguna manera, esto es una fuerza mayor o caso fortuito que fue imposible de resistir por mi poderdante, existen fotos, videos y versiones del personal que trabajo en el objeto contractual que nos ocupa que confirmaron el dicho del demandante.

La señora Juez argumenta sus consideraciones indicando que el comunicado del IDEAM es de septiembre del año 2016 y que la fecha de terminación del contrato era para el mes de octubre de 2016 que para la

*Ginna Esperanza Niño Reyes*  
*Abogada*

fecha de iniciación el contrato a septiembre de 2016 que se encuentra el comunicado del IDEAM ya habían pasado más de los 90 días que la semilla necesitaba crecer para ser cosechada y que por esta razón no era de recibo tal argumento del demandado; en este punto la juez desconoce que cada otrosíes firmado que para el primero fue el día 29 de diciembre de 2015, el segundo fue el día 30 de marzo de 2016 y el tercero fue el 30 de junio de 2016, cada una relacionaba el clima intenso que estaba azotando el país y esto generaba retraso en el objeto contractual y por esta razón era necesario disminuir el tonelaje de sorgo por cuanto el clima estaba haciendo estragos en los cultivos.

Por esta razón le solicito a los Honorables Magistrados una vez realizado el estudio pertinente de las pruebas aportadas y las declaraciones rendidas, se dé por probada esta excepción y como consecuencia se le de aplicación a la cláusula Vigésima del contrato que reza:

**CLÁUSULA VIGESIMA.- FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO:** Ni FENALCE ni CAMG tendrán responsabilidad alguna por el incumplimiento de las obligaciones que cada uno de ellos asume, cuando tal incumplimiento se produzca por causas o circunstancias constitutivas de fuerza

mayor o caso fortuito comprobadas que afecten la ejecución del contrato. De conformidad con el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto que no es posible resistir, cuando el mismo no sea imputable a la parte obligada y no resulte como consecuencia de culpa de dicha parte.

Declarando la fuerza mayor y el caso fortuito como eximente de responsabilidad exonerando a mi representado de las pretensiones de la demanda.

En relación con la excepción presentada y la cual se denominó:

**“CONTRATO NO CUMPLIDO”**

Esta excepción se encuentran debidamente demostradas y por ende se debe declarar probadas en la medida que conforme a lo narrado en la argumentación presentada en la contestación de la demanda (que no fue tenida en cuenta por la Honorable Juez), limitándose a efectuar un breve análisis de la misma, huérfano de sustento jurídico, sin apreciar las pruebas aportadas con el líbello demandatorio que da cuenta de la inexistencia de responsabilidad por parte de mi poderdante Carlos García lo anterior como quiera que el precio acordado en el contrato, ni en los otrosíes, fue entregado al demandado, generando un incumplimiento de grandes proporciones por parte de Fenalce y causando un desequilibrio contractual enorme para el contratista quien debía cumplir con sus obligaciones contractuales adquiridas para el desarrollo y ejecución del contrato.

Cabe resaltar que el valor acordado en el otrosí No. 3 era por valor de 1.045.000.000 de anticipo y el valor entregado al contratista fue por 849.020.000, valor que fue confirmado tanto por el demandante como por el demandado, donde se generaron descuentos abismales de \$

*Ginna Esperanza Niño Reyes*  
*Abogada*

195.980.000 que no estaban autorizados por el señor Carlos Garcia; frente a este punto la Juez argumenta en sus consideraciones lo siguiente:

Que no se encuentra probada esta excepción, en la medida que el descuento realizado al valor entregado estaba soportado a los descuentos autorizados por parte del contratista, desconociendo la señora Juez el raciocinio comercial y contractual que los gastos de administración frente al valor descontado por Fenalce alcanzaría el 19% que en aras de justicia y realidad contractual ningún contrato soportaría para el contratista un descuento de esa magnitud por gastos de administración ni por movimientos financieros. No puede ser señores magistrados que el poder dominante del contratante permita que se generen descuentos injustificados y que a su vez por parte de la jurisdicción se avalen las injusticias contractuales que no se encuentran soportadas legalmente.

Aunado a lo anterior se debe tener en cuenta que el desequilibrio contractual se dio desde el primer momento cuando se genera el otrosí No. 1 y a su consecutivamente hasta el otrosí No. 3, lo anterior teniendo en cuenta que el contrato inicial fue por 11.000 toneladas de ensilaje de sorgo, las cuales se redujeron a la mitad que fueron 5.500 toneladas, el desequilibrio se genera por cuanto al contrato inicial se dio cumplimiento de realizar todas las adquisiciones de lotes en arriendo, personal contratado, logística para desarrollar el objeto contractual de las 11.000 toneladas de sorgo que luego fueron disminuidas a la mitad y que por existir contratos con personal, con los terrenos, la semilla y toda la infraestructura generada para este tipo de contrato fue enorme la pérdida de capital que tuvo que ser utilizado aun del propio pecunio del señor Carlos García para honrar sus obligaciones contractuales, desconociendo Fenalce esta situación y generando un desequilibrio contractual gigantesco para el señor Carlos García que aunado a los problemas climáticos que fueron de conocimiento público acrecentó aún más la mortandad financiera del que fue víctima mi prohijado.

Por esta razón le solicito a los honorables Magistrados revocar la decisión del a-quo y se dé por probada las excepciones planteadas denominadas CONTRATO NO CUMPLIDO Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR EL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL EN CONTRA DEL SEÑOR CARLOS ALFONSO GARCIA (CAMG).

En aras de no menoscabar aún más los intereses de mi defendido y si el Honorable Tribunal Superior Sala Civil de Bogotá mantiene la decisión, le solicito se tenga en cuenta los valores pagados por la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A. a Fenalce por valor de \$ 725.678.199 y no solamente el valor de \$ 330.123.600 que fue pagado como indemnización, y que también se tenga en cuenta los valores de las toneladas de sorgo entregadas por valor de \$ 292.100.000 y a su vez el valor descontado al señor Carlos García en el anticipo entregado por valor de \$ 195.980.000 a efectos de no enriquecer a Fenalce ni empobrecer aún más al señor Carlos García y frente al anatocismo relacionado al momento de interponer el recurso de apelación no se generen más intereses sobre dineros que no se adeudan y que en el valor pagado por la aseguradora que tiene que ser reembolsado por Carlos García, ya fueron cancelados.

*GINNA ESPERANZA NIÑO REYES*  
*Abogada*

**PETICIÓN**

Por estas potísimas razones que fueron planteadas en la defensa presentada oportunamente y que no fueron estudiadas concienzudamente por la señora Juez 36 civil circuito de Bogotá, se debe REVOCAR la providencia atacada, declarando probadas las excepciones planteadas y negando las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la parte demandante y a favor del señor **CARLOS ALFONSO GARCÍA MAHECHA**

De conformidad con el artículo 322 del CGP en su numeral 3 inciso 2, presento los reparos concretos anteriormente relatados de la sentencia de fecha 23 de febrero de 2022.

Se aporta la prueba sobreviniente del pago de la indemnización realizada por Seguros del Estado SA., a Fenalce para que sea tenido en cuenta.

Del Honorable Magistrado, respetuosamente,



CS

**GINNA ESPERANZA NIÑO REYES**  
**C.C. 52.896.800 de Bogotá**  
**T. P. 291.834 del C. S. de la J.**

GJS No. 6403  
Señor(a) Juez.  
JUZGADO VEINTINUEVE CIVIL CIRCUITO  
[ccto29bt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:ccto29bt@cendoj.ramajudicial.gov.co)  
BOGOTA D.C.

Referencia:  
**Asunto: CONSTANCIA DE PAGO SENTENCIA.**  
Proceso: Verbal No. 2018-00042  
Demandante: FENALCE.  
Demandado: Seguros del Estado S.A.

**LEONARDO ISIDRO LINARES DIAZ**, mayor de edad, identificado con Cédula Ciudadanía No 79.738.782 de Bogotá, abogado en ejercicio portador de la tarjeta profesional No. 184.458 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, allego ante su Honorable Despacho el recibo de consignación en la cuenta del Juzgado, del cheque por la suma de **\$ 725.678.199**, valor que fue señalado en la SENTENCIA de fecha 17 de agosto de 2021 notificada por estado de fecha 18 de agosto de 2021, en su numeral segundo y tercero, los cuales se discriminan a continuación.

Capital.....	\$ 330.123.607
Intereses causados desde el 17-02-2017 al 15-09-2021.....	\$ 393.554.592
Agencias en derecho Tribunal.....	\$ 2.000.000

Es de anotar que el numeral tercero de la parte resolutive se condeno en costas a Seguros del Estado S.A. en el porcentaje del 60% de las costas señaladas de \$ 2.000.000, que realizada la operación matemática, la suma que debía cancelar la compañía es por \$ 1.200.000; por esta razón y como quiera que se canceló el 100% de las costas, le solicito al despacho que los \$ 800.000 pesos de saldo a favor, sean tenidos en cuenta en las costas que fije su honorable Despacho o en su defecto sean devueltos a SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Lo anterior para que quede constancia del cumplimiento de la sentencia y no haya lugar a librar mandamiento de pago por la condena que ya fue cancelada.

Se anexa el soporte de pago que realizo la compañía el día 21 de septiembre de 2021.

Atentamente,



CSJ  
**LEONARDO ISIDRO LINARES DIAZ**  
C.C. 79.738.782  
TP 184.458 del CSJ

21/09/2021 13:46 Cajero: fredysan

Oficina: 20 - DEPOSITOS JUDICIALES - CHAP

Terminal: B0020CJ0429Y Operación: 231563752

**Transacción: RECEPCION PAGO DJ PIN INDIVI**

**Valor: \$725,678,199.00**

Costo de la transacción: \$0.00

Iva del Costo: \$0.00

GMF del Costo: \$0.00

Secuencial PIN : 473910

Tipo ID consignante : CC - CEDULA DE CIUDADANIA

ID consignante : 1010091913

Nombre consignante : NICOLAS REYES BOHORQUE

Juzgado : 110012031029 029 CIVIL CIRCUITO

Concepto : 1 DEPOSITOS JUDICIALES

Número de proceso : 11001310302920180004200

Tipo ID demandante : N - NIT JURIDICAS

ID demandante : 860011105

Demandante : FEDERACION NACIONAL DE CULTIVA

Tipo ID demandado : N - NIT JURIDICAS

ID demandado : 860009578

Demandado : SEGUROS DEL ESTADO

Forma de pago : CHEQUE LOCAL

Banco : 1 - BANCO DE BOGOTA

Cuenta del cheque : 2000221537

Número del cheque : 2012013

Valor operación : \$725,678,199.00

Valor total pagado : \$725,678,199.00

Código de Operación : 257277000

Código de Operación : 257277098

Número del título : 400100008196909

Transacción queda sujeta a la confirmación del cheque

Antes de retirarse de la ventanilla por favor verifique que la transacción solicitada se registró correctamente en el comprobante. Si no está de acuerdo infórmele al cajero para que la corrija. Cualquier inquietud comuníquese en Bogotá al 5948500 resto de

Señores.

**Tribunal Superior de Bogotá D.C.**

**Sala Civil**

E. S. D.

**Ref: Impugnación Decisión Asamblea de Copropietarios de Propiedad Horizontal N°2021-270**

De: Luis Fernando Franco Moyano

Contra: Edificio Comercial Bosa PH.

Rodolfo Enrique Parra Chaparro, mayor de edad, conocido dentro del presente asunto y estando dentro de la oportunidad procesal, por medio del presente escrito sustentó el recurso de apelación debidamente elevado en contra de la sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

La sustentación del recurso la hago, ratificando lo ya expuesto dentro del recurso de alzada, y teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

La decisión adoptada se encuentra desajustada, entre tanto no tiene en cuenta que la decisión de la Asamblea demandada **contraría** el régimen de la Ley 675 de 2001 y el ordenamiento jurídico aplicable al caso en concreto. Esto para redondear en dos aspectos particulares:

### **1. Importancia de los montos y valores dentro de la Ley 675.**

Dentro del contexto de la Ley 675 de 2001, juega un papel sumamente importante el aspecto económico y los montos y obligaciones cuantificadas mediante estos montos; de no ser así la Ley tendría serios problemas en su aplicación e implementación.

Es así que a lo largo de esta reglamentación observamos conceptos como expensas comunes necesarias y expensas comunes diferentes a las necesarias, en concordancia con los artículos 34, 35, 38 N°4, 48, 78, 79, 80, 81, 82 y 83 ibidem, junto con los demás conceptos incluidos dentro de estos artículos.

Lo anterior para denotar la importancia de los montos y valores económicos, de los cuales, a lo largo de la reglamentación, **se puede concluir que necesitan ser determinados y cuantificables por parte de los órganos que componen la persona jurídica sometida al régimen de propiedad horizontal.**

La sentencia atacada no tiene en cuenta esta importancia, al no determinar que la decisión adoptada y concretamente frente al monto impuesto dentro del caso en concreto, se trataba de una decisión concreta e individual, diferente a las demás deliberaciones puestas en consideración o sometidas a votación, sin tener en cuenta a su vez los efectos jurídicos concretos y singulares transmitidos por dicha decisión, y esto solo frente a la concreción del monto impartido.

Siendo de esta manera una decisión puntual y específica que no reúne la aprobación de las mayorías requeridas por la Ley para su imposición.

**Siguiendo, si observamos el acta en cuestión, y con respecto de la decisión atacada, se observa claramente la intervención del testigo arrimado por la demandada William Ortiz Martínez, que en ese momento expresó que la votación debía ser repetida y solo frente a la aprobación del monto a imponer -monto con mayor votación-, de lo que se concluye que la parte demandada tenía por cierto que la decisión**

**requería de los porcentajes de aprobación exigidos por la Ley y que dicha decisión no cumplía con dichos porcentajes.**

**(los valores hacen diferentes las decisiones)**

**2. Frente a que las decisiones deben ser tomadas de cara a situaciones particulares e individuales.**

Teniendo en cuenta, la delicadeza del asunto, y el sometimiento de la voluntad e interés individual frente al común, por el hecho de vivir bajo el régimen de propiedad horizontal, no podemos desconocer premisas ineludibles y supremamente importantes que determinan las reglas de juego aplicables a este tipo de relaciones, a fin de no atropellar derechos de las partes involucradas.

Igualmente, del contexto de la Ley 675 se desprende que en cuanto a las decisiones y determinaciones tomadas en vigencia de la misma, estas se atienden desde la base de la unidad, de la singularidad y particularidad de cada decisión, que la hace diferente una de otra.

Respetando este principio democrático, se le permite al elector saber sin lugar a dudas que es lo que esta escogiendo, pudiendo este determinar claramente las particularidades que motivaran y afectarán su capacidad de decisión o voluntad.

Igualmente, es una garantía para los afectados en la decisión común, que les permite participar activamente en la determinación de la decisión y en caso de salir derrotados defenderse frente a esta decisión, como en el caso de los montos económicos, en cuya causa podría existir ilegalidad - contemplación de la Ley 675-

En este punto, la sentencia en reparo no tiene en cuenta la individualidad de la decisión atacada, al determinar que la decisión si cumplía con las mayorías requeridas, pero solo al sumar las cantidades en votación de otras consideraciones puestas para decisión, lo cual no solamente es abiertamente ilegal, si no que trasgrede profundamente los derechos fundamentales al debido proceso del actor, tornándose en profundamente ilegal.

***La decisión en particular solo cumplió con el 27,36% de un 77,6% de coeficiente existente al momento de la votación, lo que no le permite cumplir con los porcentajes exigidos por la Ley para su aprobación.***

De los señores Magistrados, atentamente,



**Rodolfo Enrique Parra Chaparro  
C. C. 7.336.011 de Garagoa  
T.P. No. 246.305 del C. S. de la J.**

Señores  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL – SALA CIVIL  
Bogotá, D. C.  
M.P. Dr. IVÁN DARIO ZULUAGA CARDONA  
[secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)  
E. S. D.

Ref. Radicado: 11001-31-03-012-2019-00095-02  
Proceso: Ejecutivo  
Demandante: SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A.  
Demandado: COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.  
Asunto: Sustentación Recurso de apelación

MAHIRA CAROLINA ROBLES POLO apoderada de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., estando dentro de la oportunidad correspondiente procedo a sustentar el recurso de apelación formulado en contra de la totalidad la sentencia de primera instancia proferida el 29 de septiembre de 2021 dentro del proceso de la referencia, así:

*1. Respecto de la necesidad de que el TRIBUNAL haga control de legalidad y verifique oficiosamente la existencia de título ejecutivo:*

El precedente judicial<sup>1</sup> de Honorable Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido entre otras cosas que "(...) *todo juzgador, no cabe duda, está habilitado para volver a estudiar, incluso ex officio y sin límite en cuanto atañe con ese preciso tópico, el título que se presenta como soporte del recaudo, pues tal proceder ha de adelantarlo tanto al analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio impartida cuando la misma es de ese modo rebatida, como también a la hora de emitir el fallo con que finiquite lo atañadero con ese escrutinio judicial, en tanto que ese es el primer aspecto relativamente al cual se ha de pronunciar la jurisdicción, ya sea a través del juez a quo, ora por el ad quem (...)*"<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Doctrina jurisprudencial que surge de la reiteración de la *ratio decidendi* de las sentencias:

- STC5272-2016 de abril de 2016, rad. 2015-00355-01.
- STC18432-2016 de diciembre de 2016, rad. 2016-00440-01.
- STC14595-2017 de septiembre de 2017, rad. 2017-00113-01.
- STC4808-2017 de abril de 2017, rad. 2017-694-00, reiterada el 6 de septiembre de 2017 dentro del expediente 73001-22-13-000-2017-00358-01.
- STC8424-2018 de julio de 2018, rad. 2018-00241-01.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. STC8424-2018. Radicación No. 11001-22-10-000-2018-00241-01. M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.

Línea jurisprudencial que cobra fuerza vinculante por cuanto se constituye en precedente vertical o bien, en doctrina probable<sup>3</sup> y, por tanto, en la regla de referencia<sup>4</sup> respecto de supuestos de hecho y derecho como el caso de autos. En sentencia STC14595-2017 del 14 de septiembre de 2017, con ponencia del Magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, se expresó que:

*"(...) precisamente, constituyen puntos determinantes que en un juicio ejecutivo se concluya, entre otros, que la obligación pedida carece de exigibilidad, claridad o expresividad, o que el documento que la contenga no provenga del deudor ni constituya plena prueba en su contra, pues observar tales falencias y omitir declararlas equivale a dar prevalencia a las formas sobre el derecho sustancial, en detrimento del artículo 228 de la Carta Política.  
(...)"*

Por lo anterior, se hace menester que el Honorable Tribunal descienda al análisis de los documentos tenidos como base de recaudo a la luz de la normativa de carácter especial que regula al seguro obligatorio de accidentes de tránsito, siendo este seguro, la fuente de las obligaciones que se pretenden cobrar dentro del caso *sub examine* y por tanto, el que le permitirá determinar con diáfana claridad y sin asomo de duda la existencia o inexistencia del título ejecutivo.

---

<sup>3</sup> Conforme a la sentencia C-836 de 2001

<sup>4</sup> En ese sentido, la jurisprudencia más reciente, proferida en sentencia del 3 de julio de 2018 dentro de la STC8424-2018 Reiterando la posición sentada en la sentencia del 14 de septiembre de 2017 STC14595-2017 con radicado 47001-22-13-000-2017-00113-01 con ponencia del Magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo expresó:

*"(...) se recuerda que los jueces tienen dentro de sus obligaciones, a la hora de dictar sus fallos, revisar, nuevamente, los presupuestos de los instrumentos de pago, "potestad-deber" que se extrae no sólo del antiguo Estatuto Procesal Civil, sino de lo consignado en el actual Código General del Proceso.*

*"En conclusión, la hermenéutica que ha de dársele al canon 430 del Código General del Proceso no excluye la «potestad-deber» que tienen los operadores judiciales de revisar «de oficio» el «título ejecutivo» a la hora de dictar sentencia, ya sea esta de única, primera o segunda instancia (...), dado que, como se precisó en CSJ STC 8 nov. 2012, rad. 2012-02414-00, «en los procesos ejecutivos es deber del juez revisar los términos interlocutorios del mandamiento de pago, en orden a verificar que a pesar de haberse proferido, realmente se estructura el título ejecutivo (...) Sobre esta temática, la Sala ha indicado que "la orden de impulsar la ejecución, objeto de las sentencias que se profieran en los procesos ejecutivos, implica el previo y necesario análisis de las condiciones que le dan eficacia al título ejecutivo, sin que en tal caso se encuentre el fallador limitado por el mandamiento de pago proferido al comienzo de la actuación procesal (...)"*

*"De modo que la revisión del título ejecutivo por parte del juez, para que tal se ajuste al canon 422 del Código General del Proceso, debe ser preliminar al emitirse la orden de apremio y también en la sentencia que, con posterioridad, decida sobre la litis, inclusive de forma oficiosa (...)"*

Lo anterior, en la medida en que el *A Quo* dio por probado sin estarlo la existencia de un título ejecutivo en el presente asunto, sin tener en cuenta que tratándose de un proceso ejecutivo para el cobro de servicios prestados a víctimas de accidentes de tránsito con cargo a pólizas de seguro obligatorio de accidentes de tránsito -SOAT- deben acompañarse la totalidad de documentos que conforme a la normativa especial que regula la materia, y a la jurisprudencia de este Honorable Tribunal, conforman el título ejecutivo compuesto. Tal y como se puso de presente cuando se formuló recurso de reposición contra el mandamiento de pago, en el cual se puso de presente que:

- La fuente de la obligación que se pretende ejecutar emana del contrato de seguros -SOAT- respecto del cual y por disposición legal, la Clínica adquirió la calidad de beneficiario que la faculta para elevar la reclamación correspondiente a los servicios de salud prestados.
- El título ejecutivo compuesto está conformado por la totalidad de documentos que, por disposición legal, deben contener las reclamaciones de siniestros por prestación de servicios de salud con cargo a pólizas SOAT, los cuales se encuentran expresamente consagrados en el artículo 26 del Decreto 056 de 2015 (recopilado en el artículo 2.6.1.4.2.20 del Decreto 780 de 2016 – Decreto Único Reglamentario Sector Salud y Seguridad Social). Así las cosas, el título ejecutivo se conforma con los siguiente documentos:
  - a. Factura.
  - b. Formulario de reclamación establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social.
  - c. Epicrisis o resumen clínico de atención.
  - d. Documentos que soportan el contenido de la historia clínica o resumen de atención.
  - e. Cuando se reclame el valor del material de osteosíntesis, factura o documento equivalente del proveedor de la IPS.
- En el presente caso no se allegaron la totalidad de documentos que integran las reclamaciones y que integrarían el eventual título

complejo, puesto que únicamente se aportaron las facturas y las epicrisis de los pacientes, más no el formulario único de reclamaciones establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social -FURIPS-, los documentos que soportan el contenido de la historia clínica (como por ejemplo de la realización de radiografías, tomografías, exámenes clínicos tales como leucograma, cuadro hemático, etc.) y tampoco se allegaron las facturas o documentos equivalentes del proveedor de la CLÍNICA EMCOSALUD para el pago del valor del material de osteosíntesis que se cobran en varias de las facturas (como por ejemplo en la 106337, 108952, 117046, 117315 y 119519).

Mediante el auto que resolvió dicho recurso contra el mandamiento de pago, el fallador de primera instancia consideró que como quiera que *"las facturas fueron radicadas ante la aseguradora demandada y cuentan con sello de recibido de "SEGUROS MUNDIAL", sin que se acreditara por parte de ésta pronunciamiento alguno a la reclamación, razón por la cual las facturas junto con la prueba de su entrega se consolidan como títulos ejecutivos"*. Desconociendo la normativa especial que regula la materia y la jurisprudencia sentada por este Honorable Tribunal que estableció que:

*"Para integrar el título se debieron adjuntar los soportes que reglamentariamente se establecieron que se debía presentar ante las aseguradoras para obtener el pago de los servicios con cargo al SOAT; la mayoría de ellos orientados a demostrar que la atención médica se suministró con ocasión de un accidente de tránsito, que es lo que obliga a la aseguradora a cubrir su pago."*<sup>5</sup>

(...)

*De acuerdo con lo anterior, se tiene que las reimpressiones de las facturas remitidas a la demandada no constituyen título ejecutivo en su contra, pues se omitió adjuntar los soportes que reglamentariamente se establecieron para verificar que la atención suministrada fue con ocasión de un accidente de tránsito, que es lo que obliga a las entidades autorizadas para administrar el SOAT de asumir el costo de la atención médica.*

---

<sup>5</sup> M.P. Dr. Julio Enrique Mogollón González dentro del proceso con radicación No. 11001310300820150053201. Promovido por la Empresa Social del Estado Hospital General de Medellín Luz Castro Gutierrez en contra de Seguros Colpatría S.A.

*De la documental allegada no se puede establecer que existe una obligación clara, expresa y exigible a carga de la aseguradora; no hay certeza sobre que la atención médica se haya suministrado con ocasión de accidentes de tránsito, lo que conlleva a que se confirme el auto objeto de impugnación”*

Así las cosas y como quiera que de los documentos obrantes al plenario no se puede extraer con certeza que corresponden a servicios prestados con ocasión de pólizas SOAT expedidas por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS, no puede otorgársele valor de título ejecutivo, por lo que ruego a este Honorable Tribunal revocar la sentencia en su totalidad y en su lugar, condenar en costas y perjuicios a la Clínica accionante.

*2. En cuanto a la excepción de prescripción parcialmente probada el numeral primero de la sentencia:*

Se efectuó una inadecuada interpretación de las normas de carácter especial que rigen las reclamaciones por prestación de servicios de salud con cargo a pólizas de seguro obligatorio de accidentes de tránsito SOAT, aplicando el término prescriptivo general de la acción ejecutiva y no la norma especial contenida en el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Seguridad Social en concordancia con lo normado por el artículo 1081 del Código de Comercio.

Obsérvese que, dentro del proceso de la referencia, el Honorable Tribunal Superior de Bogotá se pronunció mediante auto calendado el 13 de mayo de 2019, en el cual refirió que *“los instrumentos ejecutivos tienen origen, en un conflicto derivado entre una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) – aquí demandante- y una sociedad que realiza operaciones de seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT) – aquí ejecutada-, en los que se prestaron servicios de salud a terceros beneficiarios – asegurados-, debiendo ser estudiadas bajo los principios, requisitos y pautas establecidas en aquellas normas<sup>6</sup>”*

---

<sup>6</sup> Refiriéndose a las normas especiales que regulan la materia.

Conforme a lo anterior, se tiene probado que:

1- Los documentos que fueron objeto del mandamiento de pago emanan del contrato de seguros, específicamente del seguro obligatorio de accidentes de tránsito, regulado de forma expresa por el Decreto 056 de 2015 (compilado en el Decreto único Reglamentario Sector Salud y Seguridad Social – Decreto 780 de 2016), así como por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) y en lo no regulado, por las normas del contrato de seguros consagradas en el Código de Comercio.

2- El Decreto 056 de 2015, consagra<sup>7</sup>:

*Artículo 41. Condiciones del SOAT. Adicional a las condiciones de cobertura y a lo previsto en el presente decreto, son condiciones generales aplicables a la póliza del SOAT, las siguientes:*

*1. Pago de reclamaciones. Para tal efecto, las instituciones prestadoras de servicios de salud o las personas beneficiarias, según sea el caso, deberán presentar las reclamaciones económicas a que tengan derecho con cargo a la póliza del SOAT, ante la respectiva compañía de seguros, dentro del término de prescripción establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio, contado a partir de:*

*1.1. La fecha en que la víctima fue atendida o aquella en que egresó de la institución prestadora de servicios de salud con ocasión de la atención médica que se le haya prestado, tratándose de reclamaciones por gastos de servicios de salud. (...) (Subrayas fuera del texto)*

3- El artículo 1081 del Código de Comercio por su parte establece el término prescriptivo de las acciones que derivan del contrato de seguros. Estableciendo el término de prescripción ordinaria en dos años que corren a partir del momento en que el interesado tuvo conocimiento del hecho que da base a la acción, que, en el presente caso, no es otro que la fecha en que se atendió a la víctima o en gracia de discusión, la fecha en la que se formuló la reclamación de siniestros ante la compañía aseguradora.

4- La interpretación y aplicación errónea de la ley llevó al fallador de primera instancia no dar por probada la prescripción, estándolo como quiera que la demanda se radicó el 6 de febrero de 2019, fecha para

---

<sup>7</sup> Disposición recogida en su integridad por el Decreto Único Reglamentario Sector Salud y Protección Social, Decreto 780 de 2016 artículo 2.6.1.4.4.1.

la cual ya había operado el término prescriptivo de la acción de seguros respecto de la totalidad de facturas tenidas como base de recaudo.

5- La totalidad de las reclamaciones de siniestros que fueron objeto de mandamiento de pago fueron radicadas ante la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS entre el 3 de septiembre de 2013 y el 16 de enero de 2017, conforme se evidencia en el sello de radicado impuesto sobre cada una de las facturas, y como también se confesó por el demandante en las pretensiones y en la relación de facturas que hace en el hecho 9 de la demanda. Adicionalmente, y pese a que el término prescriptivo operó respecto de la totalidad de las reclamaciones pretendidas dentro del caso de la referencia, se evidencia inclusive las facturas 114967 y 123600 cuyas reclamaciones se radicaron ante mi procurada judicial en agosto de 2017, fecha para la cual ya había operado el fenómeno de la prescripción en la medida en que los pacientes egresaron el 16/03/2014<sup>8</sup> y 13/07/2014<sup>9</sup> respectivamente, tal y como se evidencia en la fecha de egreso consignada en el cuerpo de las referidas facturas.

Conforme a lo anterior, respetuosamente se le solicita al Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá revocar la sentencia de primera instancia, declarando probada la excepción correspondiente a la prescripción respecto de la totalidad de facturas.

*3. En cuanto a la excepción de pago declarada parcialmente probada:*

En la medida en que solamente declaró probada la excepción de pago respecto de algunas de las facturas, pero no dio por probada la excepción correspondiente a los pagos totales y parciales formulada respecto de las siguientes facturas:

---

<sup>8</sup> Folio 75 del documento pdf Tomo I del CD que contiene el traslado de la demanda y sus anexos.

<sup>9</sup> Folio 116 del documento pdf Tomo I del CD que contiene el traslado de la demanda y sus anexos.

**Pago total:**

No	M.P.	Factura	Valor pagado	Fecha del Pago	Documento de pago	Consecutivo de notificación	Fecha de notificación
1	60	128048	12.892	26/01/2017	213929	LIQ-201604000773	07/04/2016
2	64	128431	29.900	26/01/2017	213929	LIQ-201604000773	07/04/2016
3	79	132259	95.915	24/08/2017	243130		
4	85	130611	47.000	5/01/2018	265118		
6	99	130940	63.319	24/08/2017	243130		
8	123	136952	40.627	9/01/2018	265496	LIQ-201611001151	04/11/2016
12	144	138468	32.775	13/06/2017	232688	LIQ-201702001597	09/02/2017
14	155	139235	47.415	28/06/2018	296697		
15	163	132197	59.500	3/07/2018	297193		
17	180	140935	100.600	28/11/2017	258803	LIQ-201611001918	10/11/2016
19	186	143136	260.094	3/01/2017	211246	GNS-LIQ-201701000391 ó GNS-LIQ-201701000394	05/01/2017
20	187	143217	45.300	3/01/2017	211246	GNS-LIQ-201701000391 ó GNS-LIQ-201701000394	05/01/2017
22	190	143047	45.300	5/01/2017	211539	GNS-LIQ-201701000656	07/01/2017

**Pago parcial:**

No	M.P.	Factura	Valor pagado	Fecha del Pago	Documento de pago	Consecutivo de notificación	Fecha de notificación
1	1	91567	65.977	24/09/2013	91763		
2	13	108952	22.232	25/09/2014	118955		
3	31	122447	939.497	28/04/2015	139021		
4	61	128092	62.455	23/01/2018	268278		
5	78	132244	298.664	8/11/2017	254920		
			18.150	21/12/2017	262811		
6	81	132419	144.410	24/08/2017	243130		

7	84	132919	14.803	28/02/2018	276294	LIQ- 201605003321	31/05/2016
8	93	134821	1.219.241	30/08/2017	243835		
			86.600	19/04/2018	285697		
9	96	134847	116.518	6/03/2018	277272		
10	108	135632	54.900	26/01/2017	213929	LIQ- 201604000773	07/04/2016
			11.000	9/01/2018	265496	LIQ- 201611001151	04/11/2016
11	109	135649	85.009	7/03/2018	277483		
12	113	135990	89.009	5/03/2018	277016		
13	119	136731	19.400				
14	121	136872	7.425	26/01/2017	213929	LIQ- 201604000773	07/04/2016
15	126	137515	82.050	14/07/2016	191085	LIQ- 201607000898	15/07/2016
16	128	137999	70.300	13/06/2017	232688	LIQ- 201702001597	09/02/2017
			50.300	20/02/2018	274264	LIQ- 201611001151	04/11/2016
17	130	137075	96.175	12/12/2017	261416	LIQ- 201608000324	05/08/2016
			30.600	20/02/2018	274264	LIQ- 201611001151	04/11/2016
18	131	137867	66.919	12/12/2017	261416	LIQ- 201608000324	05/08/2016
			75.450	20/02/2018	274264	LIQ- 201611001151	04/11/2016
19	132	138439	22.275	12/12/2017	261416	LIQ- 201608000324	05/08/2016
			4.970	27/02/2018	276085		
20	134	138500	129.575	12/12/2017	261416	LIQ- 201608000324	05/08/2016
21	135	138607	171.512	26/01/2017	213929	LIQ- 201604000773	07/04/2016
			50.330	9/01/2018	265496	LIQ- 201611001151	04/11/2016
			52.300	27/02/2018	276085		
22	136	138703	129.075	20/02/2018	274264	LIQ- 201611001151	04/11/2016
23	137	138145	3.962.579	5/12/2017	259929	LIQ- 201611002420	12/11/2016
			93.200	26/02/2018	275709		
24	139	138145	80.400	12/12/2017	261416	LIQ- 201608000324	05/08/2016
25	140	138452	37.050	12/12/2017	261416	LIQ- 201608000324	05/08/2016
26	145	138748	9.700	13/06/2017	232688	LIQ- 201702001597	09/02/2017
27	149	138602	64.100	9/01/2018	265496	LIQ- 201611001151	04/11/2016

28	152	139275	285.200	9/01/2018	265496	LIQ- 201611001151	04/11/2016
29	153	138895	22.275	9/01/2018	265496	LIQ- 201611001151	04/11/2016
30	156	139692	176.478	9/01/2018	265496	LIQ- 201611001151	04/11/2016
			2.496.084	27/02/2018	276085		
31	158	130104	56.075	9/01/2018	265496	LIQ- 201611001151	04/11/2016
32	165	139834	21.404	9/01/2018	265496	LIQ- 201611001151	04/11/2016
33	166	139859	22.310	26/01/2017	213929	LIQ- 201604000773	07/04/2016
34	167	140171	75.600	9/01/2018	265496	LIQ- 201611001151	04/11/2016
35	173	140797	99.300	24/01/2018	268616	LIQ- 201611001151	04/11/2016
36	174	141019	41.300	9/01/2018	265496	LIQ- 201611001151	04/11/2016
37	175	141478	253.500	3/05/2018	288269	LIQ- 201611001151	04/11/2016
38	181	141148	36.400	11/01/2018	266303	LIQ- 201611001918	10/11/2016
39	182	141522	39.300	5/12/2017	259929	LIQ- 201611002420	12/11/2016
40	183	141644	52.161	3/01/2017	211246	GNS-LIQ- 201701000391 ó GNS-LIQ- 201701000394	05/01/2017
41	185	142259	468.668	3/01/2017	211246	GNS-LIQ- 201701000391 ó GNS-LIQ- 201701000394	05/01/2017
42	191	143839	1.064.356	31/01/2017	214386	LIQ- 201702000255	02/02/2017
			92.400	19/04/2018	285697		
43	192	143577	107.122	2/02/2017	214819	LIQ- 201702000916	04/02/2017
44	193	143466	483.299	7/02/2017	215261	LIQ- 201702001597	09/02/2017

Obran al plenario en la carpeta correspondiente a las pruebas de pago, los certificados de entrega generados por la empresa de servicios postales Nacionales 472, por medio de los cuales se puso en conocimiento de la IPS demandante los pagos efectuados correspondientes a las facturas resaltadas en los cuadros precedentes.

Conforme a lo anterior, respetuosamente se le solicita al Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá tener en su valor probatorio la totalidad de documentos aportados que evidencian la totalidad de pagos

efectuados respecto de las facturas tenidas como base de recaudo y como consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia, declarando probada la excepción de pago respecto de la totalidad de las facturas que fueron objeto de la referida exceptiva.

4. *En cuanto a la excepción relativa a la enervación del mérito ejecutivo por objeción en término legal declarada como no probada en el numeral tercero de la sentencia:*

En los considerandos incorpora un cuadro con el análisis de la exceptiva respecto a 80 de las facturas, no obstante dicha exceptiva se propuso respecto de 139 de las facturas objeto de mandamiento de pago, aunado a que no valoró en debida forma las pruebas documentales aportadas, por medio de las cuales mi procurada judicial demostró haber notificado dentro del término de ley las objeciones formuladas, mediante correo electrónico certificado por la Empresa de Servicios Postales Nacionales 472 remitidos al correo electrónico [unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com](mailto:unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com) perteneciente al dominio web de la clínica ejecutante.

Prueba documental que cumple con las disposiciones de la ley 527 de 1999, aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos:

- Certificados por la Empresa de Servicios Postales Nacionales 472 como entidad de certificación.
- Conservados en su integridad, tal cual como fueron remitidos al Hospital, de forma completa e inalterada.

Siendo admisibles y con fuerza probatoria al tenor de lo dispuesto por los artículos 10 y 11 de la referida ley. Obsérvese que los documentos allegados como prueba, en los que consta la notificación de las objeciones a la CLÍNICA, cuentan con stampa cronológica de fecha y hora de su entrega, respecto de las cuales, no dio por probado estándolo que las reclamaciones se objetaron dentro del término legal conforme se relacionó en la exceptiva correspondiente.

Así por ejemplo, obra prueba fehaciente de la notificación de la objeción respecto de las facturas que se relacionan a continuación, visibles en la carpeta denominada "PRUEBA DE LAS NOTIFICACIONES" con los documentos identificados con el número de consecutivo que se relaciona a continuación:

No	No en M.P.	Factura	Fecha reclamación	Fecha notificación objeción/ Ratificación	Consecutivo	Correo/Guía
40	77	132116	13/01/2016	09/02/2016	LIQ-201602000733	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
43	80	132381	13/01/2016	09/02/2016	LIQ-201602000733	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			13/01/2016	09/02/2016	LIQ-201602000733	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
45	82	132563	1/04/2016	27/04/2016	LIQ-201604002669	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
46	83	132888	13/01/2016	09/02/2016	LIQ-201602000733	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
47	86	134144	1/04/2016	27/04/2016	LIQ-201604002669	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
48	87	134302	1/04/2016	27/04/2016	LIQ-201604002669	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
49	88	134409	1/04/2016	27/04/2016	LIQ-201604002669	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
50	89	134592	1/04/2016	27/04/2016	LIQ-201604002669	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
53	94	134824	1/04/2016	27/04/2016	LIQ-201604002669	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
54	95	134835	1/04/2016	27/04/2016	LIQ-201604002669	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
56	97	134851	1/04/2016	27/04/2016	LIQ-201604002669	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
57	100	132579	1/04/2016	27/04/2016	LIQ-201604002669	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
58	101	132617	1/04/2016	27/04/2016	LIQ-201604002669	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
59	102	132719	1/04/2016	27/04/2016	LIQ-201604002669	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
60	103	133942	1/04/2016	27/04/2016	LIQ-201604002669	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
61	104	135158	1/04/2016	27/04/2016	LIQ-201604002669	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			1/04/2016	07/04/2016	LIQ-201604000773	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
62	105	135221	6/01/2017	28/01/2017	LIQ-201701003629	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
63	106	135435	1/04/2016	27/04/2016	LIQ-201604002669	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
64	107	135315	13/04/2016	27/04/2016	LIQ-201604002669	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			13/04/2016	05/05/2016	LIQ-201605000521	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
65	108	135632	6/01/2017	28/01/2017	LIQ-201701003629	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com

68	111	135811	13/04/2016	05/05/2016	LIQ- 201605000424	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
70	114	136192	13/04/2016	05/05/2016	LIQ- 201605000424	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
71	115	136240	13/04/2016	05/05/2016	LIQ- 201605000424	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
72	116	136369	16/05/2016	03/06/2016	LIQ- 201606000954	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
73	122	136896	16/05/2016	10/06/2016	LIQ- 201606001813	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			16/05/2016	02/06/2016	LIQ- 201606000709	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
74	123	136952	6/01/2017	19/01/2017	LIQ- 201701002079	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			15/06/2016	15/07/2016	LIQ- 201607000898	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
75	124	136903	22/05/2017	15/06/2017	LIQ- 201706002894	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			15/06/2016	15/07/2016	LIQ- 201607000898	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
76	125	137277	22/05/2017	15/06/2017	LIQ- 201706002894	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			15/06/2016	15/07/2016	LIQ- 201607000898	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
77	126	137515	22/05/2017	15/06/2017	LIQ- 201706002894	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			15/06/2016	15/07/2016	LIQ- 201607000898	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
78	127	137875	22/05/2017	15/06/2017	LIQ- 201706002894	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			15/06/2016	15/07/2016	LIQ- 201607000898	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
79	128	137999	22/05/2017	15/06/2017	LIQ- 201706002894	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
80	130	137075	12/07/2016	05/08/2016	LIQ- 201608000324	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
81	131	137867	12/07/2016	05/08/2016	LIQ- 201608000324	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
82	132	138439	12/07/2016	05/08/2016	LIQ- 201608000324	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
83	134	138500	12/07/2016	05/08/2016	LIQ- 201608000324	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			12/07/2016	08/08/2016	LIQ- 201608000481	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
84	135	138607	6/01/2017	28/01/2017	LIQ- 201701003629	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
85	136	138703	12/07/2016	05/08/2016	LIQ- 201608000324	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
86	137	138731	12/07/2016	25/07/2016	LIQ- 201607002310	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
87	138	138807	12/07/2016	05/08/2016	LIQ- 201608000324	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
88	139	138145	12/07/2016	05/08/2016	LIQ- 201608000324	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
89	140	138452	12/07/2016	05/08/2016	LIQ- 201608000324	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
90	142	138166	18/07/2016	11/08/2016	LIQ- 201608001242	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com

			18/07/2016	19/08/2016	LIQ- 201608001995	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
91	143	138222	22/05/2017	10/06/2017	LIQ- 201706002228	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			18/07/2016	11/08/2016	LIQ- 201608001242	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
92	144	138468	22/05/2017	15/06/2017	LIQ- 201706002894	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			18/07/2016	11/08/2016	LIQ- 201608001242	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
93	145	138748	22/05/2017	15/06/2017	LIQ- 201706002894	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			18/07/2016	11/08/2016	LIQ- 201608001242	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
94	146	138782	22/05/2017	15/06/2017	LIQ- 201706002894	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			11/10/2016	04/11/2016	LIQ- 201611001151	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
117	170	140466	6/01/2017	19/01/2017	LIQ- 201701002080	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
119	173	140797	11/10/2016	04/11/2016	LIQ- 201611001151	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			11/10/2016	04/11/2016	LIQ- 201611001151	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
120	174	141019	6/01/2017	21/01/2017	LIQ- 201701002357	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
121	175	141478	11/10/2016	04/11/2016	LIQ- 201611001151	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
			19/10/2016	10/11/2016	LIQ- 201611002044	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
124	178	140644	6/01/2017	28/01/2017	LIQ- 201701003628	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
126	180	140935	19/10/2016	10/11/2016	LIQ- 201611001918	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
127	181	141148	19/10/2016	10/11/2016	LIQ- 201611001918	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
128	182	141522	19/10/2016	12/11/2016	LIQ- 201611002420	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
129	183	141644	15/12/2016	05/01/2017	GNS-LIQ- 201701000391	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
130	184	141651	15/12/2016	05/01/2017	GNS-LIQ- 201701000391	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
131	185	142259	15/12/2016	05/01/2017	GNS-LIQ- 201701000391	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
132	186	143136	15/12/2016	05/01/2017	GNS-LIQ- 201701000394	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
133	187	143217	15/12/2016	05/01/2017	GNS-LIQ- 201701000394	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
135	189	143280	15/12/2016	05/01/2017	GNS-LIQ- 201701000391	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
136	190	143047	16/12/2016	07/01/2017	GNS-LIQ- 201701000656	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
137	191	143839	11/01/2017	02/02/2017	LIQ- 201702000255	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
138	192	143577	13/01/2017	04/02/2017	LIQ- 201702000916	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com
139	193	143466	17/01/2017	09/02/2017	LIQ- 201702001597	unidad.cartera.auxiliar01@emcosalud.com

Conforme a lo anterior, respetuosamente se le solicita al Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá revocar la sentencia de primera instancia, declarando probada la excepción correspondiente a la inexistencia del mérito ejecutivo de las facturas por haber sido objetadas dentro del término de ley.

#### PETICIÓN

Conforme a lo anteriormente expuesto, de manera respetuosa solicito al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revocar la sentencia de primera instancia en su totalidad.

Cordialmente,



MAHIRA CAROLINA ROBLES POLO  
CC. No. 1.018.437.788  
T.P. No. 251.035  
Sustancio: MCRP

Honorables Magistrados:

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. SALA CIVIL**  
**Magistrado Ponente. Dr. IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA**

[secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

E.S.D

Referencia: **Proceso: EJECUTIVO**

**Demandante: G Y J FERRETERÍAS S.A.S.**

**Demandados: GRADECO CONSTRUCCIONES Y CIA S.A.S.**

**Radicación: 1100131030-40-2019-00-885-01**

**Asunto: Sustentación recurso de apelación**

**CARLOS ARTURO CASTRO ARGUELLO**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, D. C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.217.008 de Bogotá, Abogado en Ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 154.652 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado judicial de la demandada **GRADECO CONSTRUCCIONES Y CIA S.A.S.**, estando dentro del término procesal indicado en el artículo 327 del Código General del Proceso en concordancia con el artículo 14 del decreto 806 de 2020, por medio del presente escrito, me permito sustentar el recurso de apelación contra la sentencia dictada en la audiencia de instrucción de fecha 7 de marzo de los corrientes, en los siguientes términos:

Manifiesta la señora Juez que el título materia de recaudo cuenta con la autonomía y literalidad, cuando en el desarrollo del proceso se demostró que la obligación que dio génesis a la expedición del pagaré aportado se basó en el cobro de 11 facturas, empero jamás radicaron o allegaron dichas facturas a la sociedad demandada GRADECO CONSTRUCCIONES Y CIA S.A.S., para justificar la causación de la suma de dinero impuesta en el cartular que nos atañe.

Mi prohijada jamás fue requerida para el pago de dicho importe y menos aún se allegó tales soportes, impidiendo el derecho de contradicción; es por ello, que en el proceso que nos ocupa, no se tuvo manera de controvertir el monto del pagaré objeto de recaudo, precisamente porque la demandada no tiene información alguna si dicho importe se causó o no, o que monto se causó realmente.

En efecto, quedó claramente establecido que el valor por el cual fue llevado el pagaré materia de recaudo consta del presunto cobro de 11 facturas, cartulares que como también se demostró en el proceso nunca fueron radicadas a la sociedad Gradeco Construcciones y cia., se desconoce sus montos y tipo de servicios prestados, es decir, jamás hubo soporte alguno del monto por la que se llenó el pagaré que acá nos ocupa.

Así las cosas, reitero que nos encontramos ante un título valor complejo y no autónomo como lo indicó el A quo, siendo evidente la prosperidad de la excepción de mérito denominada "Inexigibilidad del título valor aportado al plenario como soporte ejecutivo por carecer de los anexos necesarios para su ejecución (título ejecutivo complejo).

Por lo anterior, solicito se revoque la sentencia en comento y en su lugar se declare probada la excepción indicada anteriormente.

Atentamente,



**CARLOS ARTURO CASTRO ARGUELLO**  
C.C. No. 80.217.008 de Bogotá  
T.P. No. 154.652 del C.S. de la J.

Señores Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

SALA DE DECISION CIVIL

E.S.D.

Ref. Sustentación Recurso De Apelación Contra La Sentencia De Fecha 25 de agosto De 2021

Trámite: Proceso Verbal

Demandante: José Vicente Caro González

Demandados: C.I. International Fuels S.A.S., Jaime Alberto Ochoa Muñoz Y María Mercedes Roa Aldana

Radicación: 1100113199002 2020-800-00031

Cordial saludo:

**YOLANDA PATRICIA BARRIOS HGELLER**, identificada como aparece al pie de mi firma, respetuosamente concurro a su despacho en ejercicio del poder conferido por el señor JOSE VICENTE CARO GONZALEZ parte demandante en el proceso de la referencia, a fin de **SUSTENTAR el recurso de APELACION** presentado contra la sentencia de fecha 25 de agosto de 2021, en los siguientes términos:

## I. OPORTUNIDAD

Me encuentro dentro del término otorgado en auto de fecha 29 de marzo de 2022 notificado en estado del día 30 de marzo de la misma anualidad.

## II. ALCANCE

- 2.1 Que se revoque la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES y se desestime la personalidad jurídica de la demandada C.I. International Fuels S.A.S.

- 2.2 Que como consecuencia de lo anterior se declare responsables y condene a los socios Jaime Alberto Ochoa Muñoz y María Mercedes Roa Aldana a reconocer y pagar las sumas de dinero adeudadas, reconocidas y existentes al demandante, debidamente indexadas.
- 2.3 Que se absuelva de la condena en costas a mi poderdante y en su lugar se condene en costas a los demandados.

### III. FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURIDICOS DEL RECURSO

En cuanto a las conclusiones del despacho:

PRIMERO: El a quo concluye - “está de acuerdo con la necesidad de sancionar el abuso de la forma asociativa, también ha señalado, uniformemente y en repetidas ocasiones, que se requiere de un minucioso estudio y de un acervo probatorio contundente por parte de quien pretenda que se imponga esta sanción”

Así las cosas, resulta evidente que para el despacho si existen elementos probatorios que le permiten determinar que en efecto existió un abuso por parte de los sujetos procesales aquí vinculados en calidad de demandados, pero de igual manera estima que dichos elementos no resultan contundentes para resolver en favor de mi prohijado las pretensiones incoadas en la demanda.

Para efectos de considerar que en efecto existió abuso de la forma asociativa pero que el mismo no desemboca en actos defraudatorios, debió el despacho determinar los siguientes elementos probatorios:

- Que actos se configuraron como abusivos por parte de los socios; es decir manifestar dentro de las consideraciones por qué y de qué forma se configura el abuso sin desbordar en actos defraudatorios.
- Si dicho abuso repercutió en perjuicio de terceros o no
- Determinar y especificar quien o quienes y bajo qué calidad o condición cometieron el abuso sin que ello repercutiera en un perjuicio contra mi mandante.

A las claras se observa, que el a quo de manera generalizada y carente de profundidad en el análisis jurídico – probatorio, esgrime y postula como un simple abuso societario lo cometido contra el señor JOSE VICENTE CARO GONZALEZ, pero en nada se apiada en concretar por que dicho abuso no se debe configurar o estimar como un acto defraudatorio.

La simple generalización escueta y estimatoria de lo que comprende un abuso societario sin que este mute o configure en efecto colateral un acto defraudatorio arroja como resultado consideraciones carentes de un análisis jurídico de fondo cuando en los testimonios rendidos tanto por los socios aquí demandados como en el de los testigos en calidad de representate legal de una de sus empresas extintas y del contador público denotan la transgresión ética y legal del deber ser en el proceder societario y gerencial en nuestro medio.

SEGUNDO: Yerra el despacho en considerar que no existen pruebas contundentes contra los demandados cuando del testimonio rendido por los mismos y los sujetos vinculados como testigos manifiestan claramente que si conocían la existencia de la obligación por pagar en favor del señor JOSE VICENTE CARO GONZALEZ, pero que al mismo tiempo no sabían si se había pagado la misma.

- Cuando se les indagó del por qué no se había pagado dicha obligación, tanto los accionistas, como el representante legal de ese entonces, como el contador y/o pagador de la época manifiestan desconocer del por qué no se había pagado los emolumentos respectivos, con el agravante de que supieron en todo momento de la existencia activa y permanente de la reclamación de estos por parte del aquí demandante.

Esto prima facie se materializa como un acto más que abusivo en defraudatorio contra los intereses patrimoniales y derechos de carácter laboral de mi prohijado, sin que existan elementos que demuestren lo contrario.

TERCERO: Siempre y en todo momento hemos indilgado la responsabilidad defraudatoria a las personas naturales que integran en calidad de accionistas o sociativa las empresas descritas dentro de este proceso, puesto que fueron estos quienes cometieron los actos defraudatorios de no pagar las acreencias laborales de mi prohijado valiéndose de artimañas amañadas en lo que hoy el despacho en la presente sentencia recurrida determina como un simple ABUSO

SOCIETARIO, sin que se tenga en cuenta el sentido escueto, limitado, y sesgado de los testimonios rendidos dentro del proceso y tenidos como prueba por el aquo.

### **ANTECEDENTES Y TRAMITE PROBATORIO**

- El señor JOSE VICENTE CARO estuvo vinculado mediante contrato de trabajo con la sociedad INTERNATIONAL MARITIME AGENCY LTDA en el cargo de CAPITAN DEL BUQUE INTERGOOD VII de propiedad de la sociedad CI INTERNATIONAL FUEL SAS
- Mediante fallo proferido por el juzgado 2º laboral del circuito de Barranquilla, en fecha 30 de octubre de 2013 el cual no fue apelado por ninguna de las partes quedando en firme la decisión tomada en esa instancia de ordenarse el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, indemnización por despido injusto, vacaciones, sanción moratoria en favor de JOSE VICENTE CARO GONZALEZ plenamente identificado en esta demanda como demandante y en contra de INTERNATIONAL MARITIME AGENCY LTDA.
- La sociedad INTERNATIONAL MARITIME AGENCY LTDA se sustrajo del pago de las sumas reconocidas en la sentencia del proceso laboral argumentando presuntamente no contar con liquidez económica para satisfacer estas acreencias laborales.
- Mediante auto 2020-01-101473 del 10 de marzo de 2020 se admitió la demanda de la referencia.
- El 4 de agosto de 2020 se surtió el trámite de notificación del auto admisorio de la demanda a los demandados según lo previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.
- El 20 de agosto de 2020 los demandados presentaron la contestación de la demanda.
- El 12 de noviembre de 2020 se celebró la audiencia inicial.
- El 11 de agosto de 2021 se celebró la audiencia de instrucción y juzgamiento.

### **PRUEBAS APORTADAS Y DEMOSTRADAS DURANTE EL PROCESO**

- El no pago de la liquidación del señor JOSE VICENTE CARO GONZALEZ
- No participar o mostrar apatía del proceso laboral en donde fueron demandados demostrando la falta de voluntad de pago menospreciando los alcances de un eventual

fallo condenatorio. Dicho de otra manera, no tenían nada que perder, restando importancia a las repercusiones jurídicas desprendida de la Litis.

- Liquidación de la sociedad INTERNATIONAL MARITIME AGENCY, cuya finalidad fue evadir el pago de acreencias laborales solicitadas en demanda.
- No pagar la condena laboral
- No incluir en la relación de pasivos laborales de la compañía la deuda del señor José Vicente caro
- Las respuestas evasivas y carentes de lógica por parte de los testimonios rendidos en el proceso
- Reconocer la existencia de una obligación en favor del demandante y así mismo manifestar por parte de ellos y los testigos que desconocían si la presente obligación había sido liquidada
- El desconocimiento del representante legal de la forma como eran cubiertos y sufragados los costos de servicios prestados de INTERNATIONAL MARITIME AGENCY a la sociedad CI INTERNATIONAL FUEL S.A.S., dado que los dineros nunca llegaban a las cuentas de la primera.
- Ambas sociedades coexistían en un mismo domicilio intercambiando actividades, contratistas y trabajadores a término vinculados con contrato individual de trabajo sin especificar los límites y alcances de estos últimos.
- Las dos empresas compartían información de contacto, correos, y teléfonos.
- El contador (quien cumplía las funciones contables) era el mismo para las dos sociedades, y así lo expuso en la prueba testimonial.
- El señor YUDEX ABRAHAM fungía como representante legal de las dos empresas y por tanto tenía pleno conocimiento de todo lo acaecido entre esas situaciones encontramos las obligaciones laborales.
- Los socios tenían pleno conocimiento de lo que sucedía en sus sociedades, no eran ajenos y tenían participación en las decisiones.

## **CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA FRENTE A LAS PRUEBAS APORTADAS O DEMOSTRADAS**

La superintendencia de sociedades en pronunciamientos y fallos anteriores al aquí recurrido ha sentado posiciones en la estimación de las mismas pruebas aportadas en este proceso; es decir que frente a las pruebas descritas con antelación esta superintendencia a considerado

En consulta esta superintendencia conceptúa y aplica las siguientes consideraciones:

- OFICIO 220-121488 DEL 03 DE AGOSTO DE 2018 ASUNTO: ACCIÓN DE DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA O DE LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO.

“ En el entendido que el sistema legal colombiano, no consagra una norma que defina de manera taxativa las causales que darían origen al levantamiento del velo corporativo, se contemplan algunas situaciones en las cuales podría haber lugar a su ocurrencia. 12

A ese propósito es oportuno traer a colación apartes del Oficio 220-011545 del 17 de Febrero de 2012 a través del cual la superintendencia de sociedades se ha expresado su concepto: (...)

i) Como es sabido, según la doctrina y la jurisprudencia, el levantamiento al velo corporativo, es una medida indispensable para evitar que tras la figura de la persona jurídica societaria, se realicen conductas contrarias a derecho, y a los intereses de terceros, cuyos asociados y administradores que hubieren permitido o realizado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de los mismos y por los perjuicios que hayan causado a terceros. ii) En las sociedades de capital, como la anónima y la de responsabilidad limitada, los socios o accionistas se obligan al pago de sus aportes societarios, pero, en principio, no serán responsables por las obligaciones contraídas por aquellas, ni por los actos ilícitos en que se vea envuelta la sociedad. Sin embargo, esa limitación de responsabilidad puede dar lugar a que se use la figura societaria de manera artificial o simulada, con el fin de escudarse en ese efecto. Como se puede apreciar, en las sociedades de responsabilidad limitada y anónima, la ley ha estructurado, por así decirlo, un velo que protege a los socios y accionistas frente a las obligaciones de la sociedad, quien es una persona jurídica diferente de ellos, tal como lo prevé el inciso segundo del artículo 98 del Código de Comercio, al señalar que la sociedad una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. iii) Tratándose de los socios de sociedades colectivas y de los gestores de las sociedades en comandita se elimina el privilegio de la limitación de la responsabilidad, de tal manera que esos socios responderán con su propio patrimonio frente a las obligaciones sociales.

Cuando los socios deciden crear una sociedad colectiva o en comandita entienden que, por disposición de la ley, los colectivos o gestores no podrán ser protegidos por el velo corporativo.

iv) Respecto de las sociedades SAS, el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, consagra que ‘Cuando se utilice a la sociedad por acciones simplificada en fraude de la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. (...) vii) Así las cosas, se puede concluir que el levantamiento del velo corporativo no es otra cosa que el desconocimiento de la limitación de la responsabilidad que tienen los socios o accionistas frente a la sociedad y terceros, al hacerlos responsables directos frente a las obligaciones de la persona jurídica. Con tal figura, se suprime el principal efecto de la personificación jurídica en la sociedad anónima y de responsabilidad limitada, esto es, la limitación de los asociados en su responsabilidad hasta el valor de sus aportes, y se los hace responsables ilimitadamente, tal como sucede en las sociedades colectivas, en comandita simple y en las sociedades por acciones simplificadas SAS. (...)’.

A su turno, la Sentencia 801-075 del 27 de diciembre de 2013, en el proceso de Icobandas S.A. contra Industrias Metálicas G.A.G. Ltda en Liquidación, proferida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, igualmente ilustra sobre el particular: “(...) debe traerse a colación lo expresado en la Sentencia 801-00015 del 15 de marzo de 2013, en la cual se realizó un detallado análisis acerca de la materia objeto de este proceso. En esa providencia se expresó que ‘la desestimación de la personalidad jurídica tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Es claro, en este sentido, que la citada sanción tan sólo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria. Para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatorio temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario. (resaltado fuera de texto anónima y de responsabilidad limitada, esto es, la limitación de los asociados en su responsabilidad hasta el valor de sus aportes, y se los hace responsables ilimitadamente, tal como sucede en las sociedades colectivas, en comandita simple y en las sociedades por acciones simplificadas SAS. “ En fecha más reciente, la Sentencia 800-000055 del 16 de octubre de 2016, proferida en el proceso de Finagro contra Mónica Colombia S.A.S y otros, por la Delegatura citada, indicó: ‘(...)

1. La interposición y el abuso de las personas jurídicas societarias (...) Lo primero que debe decirse es que, en anteriores oportunidades, este Despacho ha abordado el estudio de los mecanismos disponibles para hacerle frente al abuso de las personas jurídicas societarias. Así, por ejemplo, en el Auto No. 801-017366 del 10 de diciembre de 2012, el Despacho se pronunció en los siguientes términos acerca del problema indicado: 'El mayor uso de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad trajo consigo un correlativo incremento en el abuso de esta figura. En lugar de proscribirla, se concluyó que, ante la importancia que revestía la sociedad de capital, era necesario desarrollar mecanismos de protección para hacerle frente a quienes se propusieran usarla de manera ilegítima. (...) En el auto citado se concluyó que 'una solución más idónea para contrarrestar el abuso [ ... ] consiste en introducir medidas de fiscalización judicial que permitan controvertir ex post las actuaciones indebidas de los empresarios'. Esta alternativa tiene la ventaja de imponerles altos costos solamente a los sujetos que, con su conducta, desborden la finalidad para la cual fueron diseñados los tipos societarios.

14 Así, por ejemplo, mediante la denominada desestimación de la personalidad jurídica, las autoridades judiciales pueden hacerle extensiva, a los accionistas de una compañía, la responsabilidad por las obligaciones sociales insolutas, en hipótesis de fraude o abuso.<sup>15</sup> Esta medida judicial ha encontrado su máxima expresión en la jurisprudencia estadounidense, en la que, por vía de un amplio acervo de antecedentes, se han establecido algunos presupuestos para determinar si debe imponerse la aludida sanción ..." (...) En la hipótesis objeto de consulta, se advierten dos escenarios a saber: El primero parte del presupuesto de una sociedad liquidada, cuyos acreedores insolutos requieren hacer uso del levantamiento del velo corporativo, a efectos que les sean canceladas sus acreencias y el segundo dice relación con la posibilidad de levantar el velo corporativo, no solo de una sociedad liquidada, sino de otras, que años atrás fueron destinatarias de parte de los activos de aquélla. Al respecto, es necesario aclarar que la insolvencia de un ente societario no presume como premisa general la existencia de un acto defraudatorio a los acreedores sociales. En principio, la sociedad entra en un proceso liquidatorio, por encontrarse en cesación de pagos y, en buena parte de los casos, los activos no alcanzan para cubrir la totalidad de los pasivos, quedando entonces insolutas, en ocasiones, varias clases de acreedores. En ese contexto, se reitera, no se advierte por parte de los socios de la compañía en liquidación una intención de burlar el pago, por ejemplo, de algunos o todos los acreedores sociales, pues existen circunstancias inherentes a la inestabilidad del mercado, que llevan a las compañías a tener que extinguirse jurídicamente. Otro sería el caso en que los acreedores demuestren de manera fehaciente que la liquidación tuvo origen en un acto

defraudatorio, situación en la cual, a juicio de esta oficina, sería dable considerar la posibilidad de solicitarle al Juez Mercantil el levantamiento del velo corporativo, toda vez que no habría razón para entender que si hay certeza plena de que los socios o accionistas hicieron uso indebido de la persona jurídica afectando a los acreedores sociales, se concluya que por el hecho de haberse extinguido la persona jurídica, cesó la responsabilidad de los socios o accionistas. Lo anterior, obviamente sin perjuicio de las consideraciones que deban tenerse en cuenta en torno a la caducidad de la acción y a la contundencia de la prueba, por ejemplo. En el segundo escenario, igualmente, resultaría procedente el levantamiento del velo corporativo, no solo de la sociedad que incurrió en los actos defraudatorios, sino de todas aquéllas que hayan concursado en ellos, caso en el cual, se deberá intentar la desestimación de la personalidad jurídica, de cada una de las sociedades individualmente consideradas, claro está, siempre y cuando se tengan las pruebas fehacientes que acrediten la defraudación.”

## **CONSIDERACIONES**

- INTERNATIONAL MARITIME AGENCY la liquidaron para presuntamente evadir el pago de obligaciones pendientes de pago entre esas la de mi procurado, de índole laboral.
  - Los socios de dicha empresa tenían paralelamente otra sociedad CI INTERNATIONAL FUELS SAS identificada con el nit 802024011-4 antes LTDA la cual fungía como propietaria del barco en el que prestó sus servicios el hoy demandante y que seguía funcionando en las mismas instalaciones, es decir, el actuar de estas dos sociedades para sus socios, presuntamente era indistinta, como si fueran una sola.
- Tenían identidad en lo siguiente:
- A. Las dos están representadas legalmente por JAIME ALBERTO OCHOA MUÑOZ, identificado con la c.c. No. 91.285.005 de Bucaramanga.
  - B. La una INTERNATIONA MARITIME AGENCY vinculaba el personal que prestaba los servicios en las embarcaciones de INTERNATIONAL FUEL entre esas de acuerdo con el CERTIFICADO DE MATRICULA PARA NAVES MAYORES No. MC-03-0123 la nave INTERGOOD VII, en la cual el

demandante prestó los servicios al hoy demandado como empleado de INTERNATIONAL MARITIME AGENCY LTDA.

- Al liquidar la empresa se evitan el pago de las obligaciones contraídas entre esas la sentencia laboral reconocida a mi poderdante.

- El correo electrónico que aparece reportado es con el dominio de ciinternationalfuels.com

- Tienen la misma sede las dos empresas.

- El mismo apoderado contesta las demandas

- Los socios son los mismos: JAIME ALBERTO OCHOA MUÑOZ c.c. No. 91.285.005 de Bucaramanga y MARIA MERCEDES ROA ALDANA, 63.343.513 de Bucaramanga

- CI INTERNATIONAL FUEL musculo financiero no vinculaba personal sino que esta actividad la cubría INTERNATIONAL MARITIME AGENCY

- La liquidación de la INTERNATIONAL MARITIME AGENCY y la POSTERIOR transformación de la sociedad CI INTERNATIONAL FUEL SAS, también de su propiedad.

- Es evidente que los fines asociativos de la sociedad INTERNATIONAL MARITIME AGENCY LTDA, fue única y exclusivamente desviar la actividad económica, la atención y miradas de todos los acreedores de esta, disfrazando una realidad paralela violatoria dentro de un marco de legalidad

- Quedo demostrado con la prueba testimonial del señor YUDEX ABRAHAM (Abogado) que las dos sociedades coexistían y funcionaban con el fin la una de servirle a la otra, este señor manifestó que conocía la existencia del proceso laboral pero que no de la sentencia, que son los mismos socios. Que nadie le informó del fallo siendo el representante legal y con las cuentas bancarias embargadas, que él era autónomo en sus decisiones.

- Quedó demostrado en el plenario porque hoy sigue funcionando normalmente que la sociedad CI INTERNATIONAL FUEL propietaria del barco si tenía musculo financiero y continuó con el giro ordinario de los negocios.

- Con el interrogatorio de parte quedó demostrado que las sociedades tenían los mismos socios DESESTIMACION DE LA PERSONALIDAD DE INTERNATIONAL FUEL SAS. En Colombia, la acción de desestimación de la personalidad jurídica se encuentra regulada en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, el cual señala que —cuando se utilice a la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieran realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.
- Está probado que la sociedad INTERNATIONAL FUEL SAS sirvió para que los socios de INTERNATIONAL MARITIME AGENCY liquidada siguieran ejerciendo su actividad comercial incólumes y se eximieran de pagar obligaciones entre esas la labora de mi procurado.
- ¿Teniendo en cuenta que probado está que los socios de ambas sociedades son los mismos, no se requiere hacer mucha elucubración para decantar quienes presuntamente pensaron esta estrategia? Y por ello era pertinente dar aplicación derogatoria temporal al beneficio de limitación de responsabilidad y hacer extensiva la responsabilidad por las obligaciones sociales insolutas a los accionistas de estas sociedades.
- Más que indicios encontramos en el proceso pruebas fehacientes como las arriba señaladas que denotan el ánimo de defraudar por parte de los accionistas demandados, nótese como siendo los mismos socios, a sabiendas de múltiples pasivos y obligaciones existentes decidieron liquidar una sociedad y continuar con la otra con el mismo giro ordinario de negocios.
- ¿También cabe preguntarse dónde están los pagos realizados por CI INTERNATIONAL FUEL a INTERNATIONAL MARITIME AGENCY? NO Hubo una contraprestación real en los negocios celebrados por estas sociedades, aunado a la coincidencia de sujetos, estos entes societarios funcionaron de forma tal que no pudiese distinguirse entre uno y otro. En este caso sus accionistas podrían tener la intención de valerse de la personalidad jurídica independiente de las compañías para evadir disposiciones legales u órdenes judiciales. Por ejemplo, en el caso de Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario contra Mónica Colombia SAS., Tilava SAS., Monicol SAS. y Agrocaxias SAS.<sup>3</sup>, esta Delegatura declaró que estas últimas sociedades habían sido utilizadas para evadir las restricciones contempladas en las normas que regían el otorgamiento de Incentivos a la Capitalización Rural, particularmente las contenidas en el Decreto 626 de

1994, la Resolución 22 de 2007 y el Manual de Servicios de Finagro. En consecuencia, resolvió imputarle a Mónica Colombia SAS. las actuaciones adelantadas por las demás sociedades para acceder al programa de Incentivos a la Capitalización Rural administrado por Finagro y declarar la nulidad absoluta de los actos mediante los cuales Tilava SAS., Monicol SAS. y Agrocaxias SAS. solicitaron los Incentivos a la Capitalización Rural que habían adquirido. Como puede observarse, esta compleja estructura societaria fue diseñada para evadir las normas en materia de incentivos a la actividad agrícola. Algo similar podría suceder en materia laboral si la personalidad jurídica independiente de una sociedad empleadora o vinculada al empleador permitiera la evasión las obligaciones respecto de sus trabajadores.

- Si está probado que MARIA MERCEDES ROA ALDANA al igual que JAIME ALBERTO OCHOA fueron socios de ambas sociedades, así lo indicó el señor YUDEX ABRAHAM (quien es abogado y fungía como representante legal de las sociedades) también en su testimonio.
- Por otra parte, en lo relativo a la transformación, el demandante no presentó pruebas suficientes para demostrar que esta operación tuvo la finalidad o virtualidad de defraudar sus intereses por hacer imposible el cobro de las acreencias laborales a su favor. Si bien es cierto la limitación de responsabilidad absoluta—incluso en materia laboral— que caracteriza a las sociedades por acciones simplificadas es una ventaja de este tipo societario respecto de las sociedades de responsabilidad limitada, esta circunstancia no exime al demandante de la importante carga probatoria requerida para desestimar la personalidad jurídica de una sociedad, ni de la posibilidad de ejercer otras acciones para exigir el cumplimiento de sus deudas en caso de transformación de sociedades, más aún si se tiene en cuenta la disposición contenida en el artículo 169 del Código de Comercio. Por esta razón, la transformación no habría tenido un efecto real como el pretendido por el demandante.
- Con todo, si, en efecto, al liquidar IMA S.A.S. se omitieron las normas propias de la liquidación privada contenidas en los artículos 225 y siguientes del Código de Comercio —como serían la constitución de provisiones para cubrir obligaciones litigiosas, la inclusión de las mismas en la cuenta final o la prelación establecida en la Ley para el pago de las acreencias de la sociedad— esto podría dar lugar a la responsabilidad de los asociados y del liquidador, a la que se refiere el artículo 28 de la Ley 1429 de

2010, bajo normas muy diferentes a las alegadas en esta demanda y con cargas probatorias diferentes a las que nos ocupan.

- Y como conclusión de todo lo anterior es preciso señalar que no encontramos el vacío probatorio que el juez de instancia manifestó que existía y que lo llevó a desestimar las pretensiones de la demanda, todo lo contrario, con abundancia se logró demostrar los actos de las dos sociedades demandadas y sus socios cuya finalidad no era otra que presuntamente defraudar a sus acreedores.

#### IV. NOTIFICACIONES

Mi procurado recibe notificaciones así: JOSE VICENTE CARO GONZALEZ C.C. No. 73.076532 de Cartagena Domicilio: Ciudad de Barranquilla, Edificio Calle 91 N 49 C – 46 Edificio OCEANA 91 Apto 806, Correo electrónico: carojose@hotmail.com

La suscrita apoderada en siguiente dirección: transversal 3ª n 22 – 79 casa 25, Correo electrónico: ybahg312@gmail.com, qualitaslegal@gmail.com

Atentamente



YOLANDA PATRICIA BARRIOS HGELLER

C.c. No. 45.688.391 de Cartagena de Indias

T.P. No. 107.025 del C.S.J.



ASESORÍA JURÍDICA INTEGRAL®

**SEÑORES**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA CIVIL**

**MAGISTRADA RUTH ELENA GALVIS VERGARA**

[secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

[secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**E. S. D.**

**REF: SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA  
JUZGADO 1 CIVIL CIRCUITO**

**RADICADO: 11001310300120200017100**

**PROCESO EJECUTIVO SINGULAR**

**DEMANDANTE SCOTIABANK COLPATRIA S.A. Y DEMANDADO ENRIQUE  
ALBERTO REYES**

JOHN ALEXANDER MATTOS RODRIGUEZ, c.c. 79545935 BTA, y T.P. 72974 C.S.J. actuando en calidad de apoderado del demandado *ENRIQUE ALBERTO REYES*, con forme al poder que obra procedo a sustentar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el juzgado primero civil del circuito, dentro de la referencia y dentro del término legal me permito sustentar; proceso que fue remitido al tribunal en fecha marzo 7 de 2022 por la primera instancia, y conforme a auto de fecha 31 de marzo descorro el traslado bajo los siguientes elementos facticos y de derecho que a continuación expongo:

**1.- LA SENTENCIA DESCONOCE ABIERTAMENTE LA INCONGRUENCIA EXISTENTE ENTRE EL ACREEDOR RELACIONADO EN LOS HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

Lo anterior por cuanto en el acápite de hechos el demandante relaciona como acreedor de sus obligaciones a la entidad financiera CITIBANK para lo cual me permito aclarar que mi poderdante no tiene obligaciones existentes con el banco CITIBANK y dentro de las pretensiones relaciona al banco SCOTIABANK COLPATRIA y frente a lo anteriormente expuesto la sentencia hace caso omiso a las reclamaciones del suscrito omitiendo por completo los argumentos presentados en audiencia oral.

las pretensiones son una consecuencia de lo relacionado en los hechos y de allí se deriva el principio de congruencia entre la parte fáctica y lo que se pide por lo tanto tratar de desconocer ello sería otorgarle al fallador la capacidad para fallar un proceso ejecutivo de manera extrapetita es decir por fuera de lo que se está pidiendo dentro de lo relacionado y existente en los hechos y pretensiones de la demanda generándose una violación manifiesta a los principios del debido proceso y a las garantías formales y sustanciales que conllevan la seguridad jurídica que debe tener una sentencia .

**2.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PRESENTA UNA VIOLACION MANIFIESTA DEL ARTICULO 282 C.G.P. INCISO 2**

***El fallador de primera instancia desconoce abiertamente en la sentencia el principio de congruencia debido a que No se pueden emitir sentencias por hechos distintos a los previstos en la demanda. ¿qué reglas establece el artículo 281 CGP a la hora de proferir sentencias?***

No se pueden emitir sentencias por hechos distintos a los previstos en la demanda.

Es así como el inciso 2º del artículo 281 del CGP contempla tres preceptos a seguir por el juez dentro de sus sentencias: (i) no es válido emitir fallos ultra petita, es decir sentencias en las que se condene al demandado por una cantidad superior a la solicitada en la demanda, o sentencias que se conceden más cuestiones de las pedidas. (ii) no se pueden emitir fallos extra petita, o sea, sentencias en donde se condena al demandado en

base a pretensiones distintas a las previstas en la demanda. **(iii) no se puede proferir sentencias por causas o hechos distintos a los invocados en la demanda.**

Conforme a lo señalado en la norma el fallador no puede proferir sentencia por causas o hechos distintos a los invocados en la demanda y por ende las pretensiones deben ser una consecuencia de lo relacionado en los hechos de la demanda por tanto se concluye que el fallo de primera instancia desconoce abiertamente la incongruencia presentada entre los hechos y las pretensiones y de una manera muy laxa profiere el fallo desconociendo lo rezado en el tenor literal de la norma que es de obligatorio cumplimiento.

La emisión de fallos contrarios al principio de congruencia, configura una causal no solamente de apelación sino también del recurso de casación (art. 336 núm. 3º CGP)

la obligación debe ser negada con la entidad financiera con CITYBANK pues esa es la estructura de la demanda relacionada dentro de los hechos y frente a ello el apoderado de la parte actora guardo silencio dentro del ejercicio de derecho de réplica repito pues de ello se dejo constancia mediante auto de fecha 31 de enero de 2022 el cual quedo ejecutoriado pues el demandado no interpuso reposición alguna para manifestar algún reparo luego tampoco puede ser de recibo que el juez de primera instancia de manera folclórica manifieste que se refundió el correo , que lo estaban buscando cuando el suscrito apoderado le ha debido llegar copia de la réplica ejercida tal y como lo regla el decreto 806 cosa que tampoco llego t de ello el suscrito dejo constancia dentro de la audiencia oral.

Por las razones anteriormente expuestas la sentencia proferida por el despacho debió ser desestimatoria de las pretensiones de la demanda generando un fallo inhibitorio o una ineptitud de la demanda para efectos de que el acreedor si a bien lo tiene corrija sus errores y radique nuevamente una nueva demanda como en derecho corresponda debido a que al juez de primera instancia no le esta permitido corregir oficiosamente los yerros del demandante, ni suponer cosas que no están escritas, ni estructuradas debidamente dentro del acápite de los hechos y pretensiones de la demanda, debido que al desconocer esto se estarían violando los principios de debido proceso y garantías de las cuales debe contar mi representado .

Al juez le está prohibido pronunciarse sobre las situaciones que no hayan sido planteadas en la demanda y ello también se aplica al principio de congruencia entre los hechos y pretensiones

### **3.- CONFORME A AUTO DE ENERO 31 DE 2022 EL APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE GUARDO SILENCIO AL EJERCICIO DEL DERECHO DE REPLICA**

La sentencia desconoce abiertamente que dentro de la contestación de la demanda se hizo énfasis en la incongruencia y vicios de carácter formal existentes en la demanda al relacionarse un acreedor dentro del acápite de los hechos que no tiene nada que ver con las obligaciones de mi poderdante y por ende la incongruencia habida y manifiesta entre hechos y pretensiones; caso en el cual se le corrió el correspondiente traslado al demandante para que ejerciera el derecho de réplica a lo cual guardo absoluto silencio como consta en el auto calendado con fecha 31 de enero de 2022 y de ello dejo constancia el juez durante la audiencia luego no entiendo como el juez de una manera laxa vuelve a manifestar que encontraron un correo del cual el suscrito nunca tuvo conocimiento; notese como el auto donde se deja constancia del silencio que guardo el demandante quedo ejecutoriado a sabiendas de que el apoderado de la parte demandante también hubiese podido interponer el recurso de reposición frente a lo cual también nuevamente guardo silencio.

### **4.- VIOLACION A LA SOLICITUD DE AMPARO DE POBREZA**

El fallador de primera instancia niega de una manera tajante y arbitraria en la sentencia el amparo de pobreza solicitado no obstante a la solicitud presentada y teniendo en cuenta que mi poderdante no cuenta con los recursos económicos suficientes y con fundamento en ello fue que se edificó la petición sin existir pruebas que demuestren lo contrario luego el juez de primera instancia ha debido concederla pues no existen pruebas que demuestren la existencia de recursos económicos de mi poderdante.

### **PETICIONES**

Solicito respetuosamente desestimar las pretensiones de la parte demandante con fundamento en lo argumentado dentro del presente recurso y en su lugar se profiera el fallo que en derecho corresponde , respetando las garantías , solemnidades establecidas en el Código General del Proceso al igual que los principios de orden constitucional establecidos en el artículo 29 de la C.P.: principios de debido proceso que le asisten a mi representado.

### **PRUEBAS**

Solicito que se tengan como pruebas las siguientes:

- 1.- audiencia oral que se llevó a cabo ante el juez de primera instancia y que obra dentro del expediente.
- 2.- auto de fecha 31 de enero de 2022 proferido por el despacho donde consta que el demandado guardo silencio y frente al cual no consta el ejercicio de ningún tipo de recurso.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Fundamento el presente recurso en los artículos 29 C.P., artículo 282 C.G.P. inciso 2, artículo 151 C.G.P. y demás normas que le sean concordantes

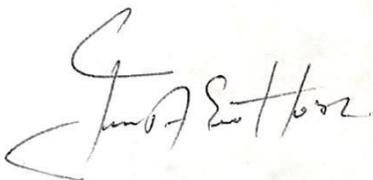
### **ANEXOS**

copia de este escrito para el traslado E-mail: subgerencia@protegerlegal.co y para el juzgado vía correo electrónico.

### **NOTIFICACIONES**

El suscrito apoderado recibirá notificaciones en el correo electrónico johnyseaterra@yahoo.es

Al demandado, a las direcciones que aparecen en el acápite de notificaciones de la demanda principal.



---

**JOHN ALEXANDER  
MATTOS R  
C.C. 79`545.935 BTA  
T.P. 72.974 C.S.J.  
CORREO ELECTRONICO:  
JOHNYSEATERRA@YAHOO.ES  
AV. JIMENEZ 1N 10-58 OF. 315  
BTA.  
CEL 3112128362**



**MEMORIAL DR. ALVAREZ GOMEZ RV: Recurso de Reposición Rad  
11001319900120209511101 Mag. MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 18/04/2022 10:06

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:** lunes, 18 de abril de 2022 9:28 a. m.

**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Cc:** juridicosconsultores2@gmail.com <juridicosconsultores2@gmail.com>

**Asunto:** RV: Recurso de Reposición Rad 11001319900120209511101 Mag. MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ

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](mailto:secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)**

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

**Bogotá D.C.**

---

**De:** JURIDICOS Consultores <juridicosconsultores2@gmail.com>

**Enviado:** lunes, 18 de abril de 2022 9:25

**Para:** Despacho 12 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<des12ctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; secscsupbta@notificacionesrj.gov.co

<secscsupbta@notificacionesrj.gov.co>; Secretaria Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaria General Tribunal Superior - Seccional Bogota

<tsbtsgen@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Asunto:** Recurso de Reposición Rad 11001319900120209511101 Mag. MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ

De manera respetuosa agradezco de no corresponder el correo electrónico a su destinatario sea remitido al mismo, teniendo en cuenta que las direcciones de correo electrónico han sido extraídas de la publicación realizada

(<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2302002/40267042/TRIBUNAL+SUPERIOR.pdf/2190ecd5-af96-441b-96a0-e5426a322645>)

Sin tener certeza la suscrita del correo electrónico al que debiera dirigirse los memoriales al Magistrado MARCO ANTONIO ALVAREZ.

Cordialmente

--

**SANDRA PATRICIA RANGEL REYES**

*Abogada*

*3124531767-3172518693*

*6849788*

*Bucaramanga- Santander*

“Como nadie es capaz de saberlo todo, no hay más remedio que elegir y aceptar con humildad lo mucho que ignoramos.” FERNANDO SAVATER



Honorable Magistrado  
**MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ**  
Sala 006 Tribunal Superior de Bogotá D.C  
E. S. D.

REF: RECURSO DE REPOSICION Artículo 318 CGP  
DTE: JOHN WILLIAM SOTOMONTE RODRIGUEZ  
DDO: MARVAL S.A  
RAD: 11001319900120209511101

**SANDRA PATRICIA RANGEL REYES**, igualmente mayor de edad, identificada con la C. C. No.63.562.946 y con T.P de Abogado No 319.200 del C. S de la J. En mi condición de apoderada de la parte demandante dentro del proceso en referencia, muy respetuosamente manifiesto a usted que por medio del presente escrito interpongo **RECURSO DE REPOSICION** contra el auto de fecha cinco (5) de abril de dos mil veintidós (2022) notificado mediante estados del día 06 de abril del año 2022, el cual DECLARA DESIERTO el RECURSO DE APELACION por no haberse Sustentado el mismo en la oportunidad contemplada en el decreto 806 de 2020.

### **FUNDAMENTACION DEL RECURSO**

Con el mayor respeto debido, me permito sustentar este recurso de REPOSICION en cuatro aspectos fundamentales, los cuales enunciare de la siguiente forma:

- *DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO*
- *DE LA NATURALEZA DEL PROCESO OBJETO DE APELACION*
- *DEL EXCESO RITUAL MANIFIESTO EN EL ASUNTO EN CONCRETO*
- *DE LA OPORTUNIDAD PROCESAL DE SUSTENTAR ANTICIPADAMENTE LAS RAZONES DE INCONFORMIDAD DE LA SENTENCIA RECURRIDA*

### **DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO**

En sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira- Sala Unitaria Civil - Familia Magistrado Jaime Alberto Saraza Naranjo de fecha 02 de septiembre de dos mil dieciséis (2016); se determinó la no procedencia del Recurso de Súplica y allí se argumentó lo siguiente “*que en este caso resulta improcedente dado que no se da ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 331 del C. General del Proceso, pues no es una providencia que por su naturaleza pueda ser apelable, ni en ella se admitió o inadmitió la apelación, sino que se declaró desierta, es pertinente tener en cuenta el parágrafo del artículo 318 del Código General del Proceso, que expresamente indica que “Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente”. Con apoyo en esta disposición se le dio el trámite del recurso de reposición, que es el indicado para este tipo de decisiones”*

Con fundamento en la anterior sentencia resulta oportuno determinar que el recurso de reposición es el procedente para que su honorable magistrado proceda a revisar su decisión anterior teniendo en cuenta los pilares que a continuación enunciare:

## **DE LA NATURALEZA DEL PROCESO OBJETO DE APELACION**

El recurso de apelación interpuesto pretende atacar una sentencia desfavorable dentro de un proceso de **Acción de protección al consumidor**, por los argumentos que en más de 45 minutos sustente directamente ante el fallador de primera instancia, de allí que entender la naturaleza del proceso es de vital importancia para determinar que la declaratoria realizada por el auto objeto de esta reposición resulta pues que “la imposición de esa consecuencia parece desproporcionada” a los fines de la norma y del mismo estatuto de protección al consumidor que conforme sentencia del Tribunal Superior Distrito Judicial de Bogotá Sala Civil, con Magistrada Ponente NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN Bogotá D.C., dentro del radicado 1100131990012018 504 52 01 de fecha veinticuatro (24) de agosto de dos mil veinte (2020). Advierte que las acciones contempladas en el Estatuto del consumidor adquieren una especial fisonomía y se distinguen de los mecanismos tradicionales de protección civil o mercantil. De ello da cuenta el **carácter constitucional, de orden público, favorable, especial, prevalente y protector de las normas que regulan este tipo de relaciones** (artículo 4º)

## **DEL EXCESO RITUAL MANIFIESTO EN EL ASUNTO EN CONCRETO**

Como mencione en el acápite anterior la sanción impuesta ante la presunta falta de sustentación de recurso resulta totalmente desproporcionada, pues del análisis en concreto de los alegatos de parte demandante, como de la sentencia de primera instancia proferida y de los escasos argumentos que la sustentaron y que fueron precisamente los reparos concretos realizados en el momento de sustentar el recurso teniendo en cuenta que no era consecuente lo decidido con las consideraciones previas realizadas por el mismo fallador, que no fue puntual la sentencia y que no se argumentó en debida forma, y que era absolutamente necesaria la intervención del ad quem para que en miras a obtener una decisión que cumpliera con los fines propios del tipo de acción incoada se viera interrumpida por un asunto meramente sustancial y de interpretación normativa, pues es clara que la discusión frente al momento de sustentación el recurso ha sido debatido en distintos escenarios tanto doctrinalmente como constitucionalmente, que mi poderdante no puede ser víctima de estas divergencias interpretativas pues como litigante en la ciudad de Bucaramanga, y si bien las comparaciones resultan odiosas, distinto es el proceder del Tribunal superior de Bucaramanga, ante las sustentaciones realizadas en la audiencia de lectura de fallo e interposición de recursos, para ello traigo a colación una sentencia en trámite de tutela proferida en la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>

*“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*

---

<sup>1</sup> 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

*desatender una impugnación 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 impugnación. 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.*

#### **DE LA OPORTUNIDAD PROCESAL DE SUSTENTAR ANTICIPADAMENTE LAS RAZONES DE INCONFORMIDAD DE LA SENTENCIA RECURRIDA DE LA NORMATIVA APLICABLE.**

De manera anticipada a la argumentación de este acápite me permito resaltar que si bien el Decreto 806 de 2020, en su artículo 14 determino el término de presentación del escrito de sustentación del recurso, también es cierto que la normativa anterior se encuentra vigente es decir que es viable que en segunda instancia se fije fecha y se realicen audiencias de sustentación y fallo, contemplada en el Artículo 327 del CGP y de allí que nos encontramos **ante dos normativas vigentes** y que determinan distintas oportunidades para la sustentación del recurso, de allí que debo remitirme estrictamente a la SENTENCIA DE UNIFICACION SU418/19 Corte Constitucional.

**“Interpretación unificadora de la ley como resultado de la intervención del juez constitucional a partir de la interpretación que mejor se acomode al texto interpretado**

*Una vez analizados los elementos de los casos objeto de consideración, la Sala Plena arriba a la conclusión de que en las disposiciones que regulan el trámite del recurso de apelación en el Código General del Proceso:*

(i) *Ninguna de las interpretaciones posibles es, en sí misma considerada, contraria a la Constitución, y,*

(ii) No existe una indeterminación insuperable.

En consecuencia, para garantizar el derecho a la igualdad y la respuesta uniforme del ordenamiento jurídico, el juez de tutela debe decantarse por la interpretación que surge de las disposiciones aplicables. De acuerdo con esa metodología de interpretación, **el recurso de apelación debe sustentarse ante el superior en la audiencia de sustentación y fallo, y el efecto de no hacerlo así es la declaratoria de desierto del recurso.** Un recuento normativo del régimen de apelación de sentencias que se desprende de los artículos 322 y 327 del Código General del Proceso es el siguiente:

El inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del CGP prevé que cuando: “(...) se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior”.

En este apartado se regulan diversas hipótesis y se fijan varias reglas, a saber:

*Si la sentencia se profiere en audiencia: (i) el apelante puede interponer el recurso en la audiencia; (ii) el apelante puede interponer el recurso dentro de los tres días siguientes a la finalización de la audiencia.*

*Si la sentencia se dicta por fuera de audiencia: (i) el apelante debe interponer el recurso dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia; (ii) al momento de interponer el recurso, el apelante debe precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión.*

*Sobre estos reparos brevemente expuestos versará la sustentación que deberá hacer ante el superior.*

*En concreto, el inciso 3º del aludido artículo establece que: “Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada”. En este aparte no es claro si la sustentación alude a la que debe hacerse ante el superior, o si con esa expresión se alude a la exposición breve de los reparos concretos que deben hacerse ante el juez que profirió la decisión. Esta última interpretación encuentra asidero en el siguiente apartado de la norma: “Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”.*

*Como puede verse, parte de las complejidades interpretativas se derivan del hecho de que la misma disposición regula la apelación, tanto de sentencias, como de autos, y el recurso de reposición.*

*A este respecto, una interpretación posible es que la sustentación a la que alude ese específico inciso sea la que corresponde hacer ante el juez de primera instancia en relación con los autos. Por eso en el apartado que se acaba de transcribir se precisa que se declarara desierto el recurso de apelación contra sentencias, cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada. De este*

*apartado se desprende que, tratándose de autos, la sustentación debe hacerse ante el juez de primera instancia y que, de no hacerla, el recurso se declarará desierto.*

*Tratándose del recurso de apelación, el mismo puede ser declarado desierto en dos momentos y por dos autoridades distintas: Por el juez de primera instancia al resolver sobre la concesión del recurso, cuando en la oportunidad prevista, no se allegue una breve explicación sobre las razones del reparo a la decisión. Y por el juez de segunda instancia, en la audiencia de juzgamiento, cuando no se haga la sustentación del recurso, a partir de los reparos presentados ante el juez inferior. Para una mejor comprensión, vale la pena citar el artículo 327 del Código General del Proceso:*

**“Artículo 327. Trámite de la apelación de sentencias.** Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, cuando se trate de apelación de sentencia, 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 siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo.
2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió.
3. Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos.
4. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria.
5. Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior.

*Ejecutoriado 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”.*

*Este artículo, que regula el trámite de la apelación, contempla la convocatoria de una audiencia de **sustentación** y fallo. Es claro que la audiencia tiene por objeto permitir que la parte apelante sustente los motivos de su inconformidad, a partir de lo cual podrán surtirse las alegaciones de la contraparte y proferirse la decisión. La disposición es expresa en señalar que el apelante **deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia**. En ese contexto, parece claro que, sin esa sustentación la diligencia carece de objeto y el superior no podría pronunciarse.*

*Esto, en la práctica, supone un doble deber de fundamentación del recurso de alzada, pues, por un lado, es necesario expresar ante a quo -al menos brevemente- las razones que respaldan la actuación del abogado y, por el otro, se debe asistir a la audiencia de sustentación y fallo para desarrollar ante el ad-quem, de manera más profunda, los argumentos que ya habían sido enunciados en un primer momento. De ahí que, en principio, de omitirse alguna de estas dos actuaciones, el medio de impugnación podría ser declarado desierto por cualquiera de las dos autoridades judiciales que participan en esta actuación.*

*Es aquí donde surge la oposición de varios de los accionantes que consideran que la audiencia prevista en el artículo 327 del Código General del Proceso puede suplirse cuando la sustentación, materialmente, se haya cumplido en una instancia anterior del proceso. Así, la cuestión plantearía dos dificultades: la posible configuración de un exceso ritual manifiesto por hacer prevalecer la forma sobre lo sustantivo y una diferencia de interpretación.*

*Respecto de la primera de las dificultades mencionadas, cabría señalar que no habría lugar a predicar una actuación de este tipo, porque existiendo una obligación clara y expresa en la ley, se está ante una carga razonable que atiende objetivos valiosos y que no es disponible por las partes, como lo es la obligación de interponer oportunamente los recursos. En esa medida, no podría hablarse de una concepción procesal en extremo rigurosa al punto de leerse la sustentación del recurso de apelación como un obstáculo para la realización de los derechos sustanciales de las partes y no en un medio para lograrlo.*

*En cuanto a la diferencia interpretativa, las opciones de interpretación suponen que efectivamente existe un problema. Si es posible llegar a una interpretación que surja del texto, no hay lugar a ponderar lo que satisface más los derechos, porque eso se encuentra dentro del ámbito de configuración del legislador. Solo cuando haya una indeterminación insuperable entre A y B es posible acudir a la ponderación para decantarse por una o por otra.*

*En este caso parecería existir una interpretación y la ponderación se hace en contravía con el querer del legislador. Sería tanto como ponderar una norma clara, para darle prelación a una opción distinta que se estima más garantista. Esa opción no cabe. Si la norma no es inconstitucional, no puede excepcionarse, para dar aplicación a un criterio más garantista. Se está en el nivel de garantía fijado por el legislador que no es inconstitucional, así pueda haber opciones más garantistas (al menos para una parte, pero eventualmente, en detrimento de la otra). Por ejemplo, ampliar el término para recurrir, es más garantista para quien quiera apelar, pero disminuye las garantías de quien tiene una sentencia favorable y aspira a la seguridad jurídica.*

*En tales términos, la indeterminación se hace consistir en que la norma dice que el superior declarará desierta la apelación no sustentada, pero no dice expresamente que eso sanciona la inasistencia a la audiencia y que la sustentación necesariamente deba hacerse en la audiencia. El repaso de los artículos atinentes al trámite del recurso de la apelación desvirtúa esa presunta indeterminación, como a continuación se sigue:*

### **Primer paso: Interposición del recurso**

*El recurso de apelación contra cualquier providencia que se emita en el cursode una audiencia o diligencia **deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada**. La apelación contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez*

**que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres días siguientes a su notificación por estado.**

#### **Segundo paso: Precisión breve de los reparos que se hacen a la decisión**

Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, **o dentro** (facultativa) de los tres días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior. **Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.** Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral.

#### **Tercer paso: Decisión sobre la procedencia**

El juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda, así no hayan sido sustentados los recursos. El juez de primera instancia declarará desierto el recurso de apelación cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada.

#### **Cuarto paso: Admisión del recurso**

El juez superior decide sobre la admisión del recurso y el correspondiente efecto y convoca a la audiencia de sustentación y fallo.

#### **Quinto paso: Sustentación y fallo**

**El apelante debe sustentar el recurso ante el superior, en la audiencia, con base en los reparos que se hayan precisado brevemente ante el inferior.** Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior. **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.

#### **Sexto paso: Fallo**

Cumplida la audiencia de sustentación y fallo, el juez superior debe resolver sobre la apelación. Si no se sustentó el recurso debe declararlo desierto, en caso contrario, resolver de fondo. Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo

*declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado.*

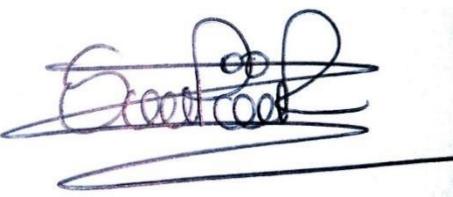
*Siendo este último aparte subrayado el aspecto del cual se predica la indeterminación relevante, se tiene que, de conformidad con la interpretación que hace la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, **el recuento normativo realizado conduce a la conclusión de que el recurrente debe sustentar el recurso ante el superior en la audiencia de sustentación y fallo, y que, si ello no ocurre así, el recurso debe declararse desierto.***

De esta manera me permito rogar Honorable Magistrado que con sustento en la naturaleza del proceso y del fallo emitido, así como la sustentación a este recurso y teniendo en cuenta que ya se cuenta con los mecanismos digitales para la realización de audiencia se sirva fijar fecha y hora para la realización de la audiencia de Sustentación y fallo contemplada en el artículo 327 del CGP o en su lugar se tenga por sustentado el recurso y se proceda a emitir el fallo que en derecho corresponde.

### **PETICIONES**

1. Por las razones jurídicas que me he permitido exponer respetuosamente solicito a su despacho se REVOQUE el auto de fecha cinco (5) de abril de dos mil veintidós (2022, y se profiera un nuevo auto que fije fecha y hora para la realización de la audiencia de Sustentación y fallo contemplada en el artículo 327 del CGP o en su lugar se tenga por sustentado el recurso y se proceda a emitir el fallo que en derecho corresponde

Atentamente



**SANDRA PATRICIA RANGEL REYES,**  
CC N° 63.562.946 de Bucaramanga  
TP 319200 del C S de la J

Este documento tiene inserta la firma en formato jpg, declarando la firmante que se entiende auténtica y que bastará el solo envío de este documento mediante el correo electrónico [juridicosconsultores2@gmail.com](mailto:juridicosconsultores2@gmail.com), como certeza de autenticidad

**MEMORIAL DR. SUAREZ OROZCO RV: Radicado 11001-31-99-001-2018-32587-02 Recurso de reposición en contra del Auto del 5 de abril de 2022**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota &lt;secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co&gt;

Lun 18/04/2022 10:28

Para: GRUPO CIVIL &lt;grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co&gt;

MEMORIAL DR. SUAREZ OROZCO

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: secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co****De:** Laura Cristina Herrera Moreno <abogadocuesta@cuestalawyers.com>**Enviado:** lunes, 18 de abril de 2022 10:23 a. m.**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Cc:** juancuesta@cuestalawyers.com <juancuesta@cuestalawyers.com>; Diana Romero <dianaromero@cuestalawyers.com>; Ana María Jaramillo <abogado5@cuestalawyers.com>; Estefanía Aldana <abogado3@cuestalawyers.com>; Diego Gonzalez <abogado1@cuestalawyers.com>; otogonzalez@otoabogados.com <otogonzalez@otoabogados.com>**Asunto:** Radicado 11001-31-99-001-2018-32587-02 Recurso de reposición en contra del Auto del 5 de abril de 2022**Honorable Magistrado****Juan Pablo Suárez Orozco****Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.****Sala Civil****E. S. D.**

<b>Ref.</b>	Acción por Infracción de Derechos de Propiedad Industrial
<b>Demandante:</b>	The Singer Company Limited S.A.R.L.
<b>Demandada:</b>	Fundación Social para la Generación de Empleo Sigla: Fundación Singer
<b>Expediente:</b>	11001-31-99-001-2018-332587-02
<b>Asunto:</b>	Recurso de reposición en contra del Auto del 5 de abril de 2022, notificado por estado del 6 del mismo mes y año por medio del cual se niega el decreto de las Resoluciones Nos. 75326 del 24 de noviembre de 2020, 13716 y 13750 del 6 de abril de 2020 como pruebas.

Respetado Magistrado:

**Juan Carlos Cuesta Quintero**, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en calidad de apoderado principal de la sociedad **The Singer Company Limited S.A.R.L.**, dentro del término previsto en el artículo 318 CGP, me permito interponer recurso de reposición en contra del auto proferido el 5 de abril de 2022 y notificado el 6 del mes y año citados,

mediante el cual se negó el decreto de las pruebas allegadas al momento de la sustentación del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia proferida dentro del proceso del asunto.  
Agradecemos el acuse de recibo de esta información.

Atentamente.

**JUAN CARLOS CUESTA QUINTERO**

--



Laura Herrera | **Abogada Propiedad Intelectual/ Litigio**  
| **Attorney at Law Intellectual Property/ Litigation**

☎ (57601) 2113097 **USA** (1) 3056751441

✉ [abogadocuesta@cuestalawyers.com](mailto:abogadocuesta@cuestalawyers.com)

📍 Calle 72 #10-07 oficina 603 Código Postal 11023 Bogotá Colombia

[www.cuestalawyers.com](http://www.cuestalawyers.com)



Bogotá, 18 de abril de 2022

**Honorable Magistrado**

**Juan Pablo Suárez Orozco**

**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.**

**Sala Civil**

**E. S. D.**

**Ref.** Acción por Infracción de Derechos de Propiedad Industrial

**Demandante:** The Singer Company Limited S.A.R.L.

**Demandada:** Fundación Social para la Generación de Empleo Sigla: Fundación Singer

**Expediente.** 11001-31-99-001-2018-332587-02

**Asunto:** Recurso de reposición en contra del Auto del 5 de abril de 2022, notificado por estado del 6 del mismo mes y año por medio del cual se niega el decreto de las Resoluciones Nos. 75326 del 24 de noviembre de 2020, 13716 y 13750 del 6 de abril de 2020 como pruebas.

Respetado Magistrado:

**Juan Carlos Cuesta Quintero**, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en calidad de apoderado principal de la sociedad **The Singer Company Limited S.A.R.L.**, dentro del término previsto en el artículo 318 CGP, me permito interponer recurso de reposición en contra del auto proferido el 5 de abril de 2022 y notificado el 6 del mes y año citados, mediante el cual se negó el decreto de las siguientes pruebas allegadas al momento de la sustentación del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia proferida dentro del proceso del asunto:

- Resolución No. 75326 del 24 de noviembre de 2020 proferida por la Delegatura para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Resoluciones 13716 y 13750 del 6 de abril de 2020 proferidas por la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio.



Lo anterior, por los hechos y fundamentos de derecho que se exponen a continuación:

## **I. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA**

El 5 de abril de 2022, fue notificado por estado electrónico No. E-061 del 6 de abril de 2022, el auto recurrido. En aplicación a lo dispuesto en el artículo 318 CGP, el término para la interposición del recurso de reposición inició el 7 de abril y culmina el 18 del mismo mes, considerando la vacancia judicial existente entre el 11 y el 15 de abril de 2022; por esta razón este escrito se presenta en el término previsto en la indicada disposición.

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **2.1. Sobre la importancia de las pruebas solicitadas para conocer la verdad real del proceso**

Con el fin de sustentar la inconformidad con la providencia recurrida, es importante exponer las razones fundamentales por las cuales las pruebas allegadas por mi poderdante deben ser decretadas a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia proferida por la Delegatura para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

#### **2.1.1. Fecha de expedición de las Resoluciones cuyo decreto se solicita para que sean integradas al expediente y debidamente valoradas por el *ad quem***

A continuación, se aclara la fecha de expedición de las Resoluciones emitidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, solicitadas como prueba al momento de la sustentación del recurso de apelación de la sentencia proferida por el *a quo*, evidenciándose la imposibilidad de su aporte al momento de la presentación de la demanda, dado que surgieron con posterioridad a la misma.



Presentación de la demanda	Resoluciones Superintendencia de Industria y Comercio -SIC
<p align="center"><b>11 de diciembre de 2018</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Resolución No. 13716 emitida por la Delegatura de la Propiedad Industrial de la SIC, por la cual se niega la solicitud de la marca “FS Fusinger Fundación Social Integral para Generación de Empleo Regional” (mixta) en clase 41 bajo expediente SD2019/0034586, solicitadas por la Fundación Social para la Generación de Empleo Sigla: Fundación Singer: <b><u>6 de abril de 2020.</u></b></li> <li>- Resolución No. 13750 emitida por la Delegatura para la Propiedad Industrial de la SIC, por la cual se niega la solicitud de la marca “Fundación SINGER Generamos tejido social” (mixta) en clase 41 bajo expediente SD2019/003458, solicitada por la Fundación Social para la Generación de Empleo Sigla: Fundación Singer: <b><u>6 de abril de 2020.</u></b></li> </ul> <p>Las Resoluciones anteriormente mencionadas, fueron integradas al expediente de origen el 6 de julio de 2020 mediante consecutivo 74.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Resolución No. 75326 emitida por la Delegatura de la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se declaró la notoriedad de la marca Singer: <b><u>24 de noviembre de 2020.</u></b></li> </ul> <p>La Resolución indicada fue integrada al expediente de origen el 27 de noviembre de 2020 mediante el consecutivo 97.</p>

Así, es evidente que estas pruebas no podían aportarse con la presentación de la demanda del **11 de diciembre de 2018**, pues estas solicitudes de registro de marcas se dieron el **25 de abril de 2019** por la demandada como un intento de sanear su mala fe.

De esta manera, estas solicitudes de marcas y sus resultas constituyen hechos nuevos a la demanda que son trascendentales para la decisión final que ha de tomar el *ad quem*, máxime cuando el órgano competente reconoció el estatus especial de la marca SINGER al declarar su notoriedad por el periodo comprendido entre enero de 2015 y junio de 2019 y, consecuentemente, negó el registro de las marcas pretendidas por la aquí demandada con fundamento en que el registro de la misma denominación, que distingue servicios conexos a los productos comercializados por la demandante, perpetraría un acto de competencia desleal, al generar en el consumidor un riesgo de confusión y de asociación.

Debe tenerse en cuenta que la audiencia en la que se profirió la sentencia recurrida, y que sirvió de fundamento para el recurso de apelación que ha de ser resuelto por el H.



Tribunal, es del **14 de diciembre de 2020**, de tal forma que la decisión del *a quo* debió emitirse tomando en consideración estas pruebas, no sólo por la notoriedad de la marca SINGER, sino además en virtud de la protección reforzada que merece una marca declarada como notoriamente conocida.

A pesar de haberse integrado al expediente el material probatorio en las fechas y consecutivos señalados en el cuadro anterior, el *a quo* decidió no tenerlos en cuenta, por lo que el último momento en que nos es posible aportar las mencionada pruebas a fin que sean debidamente valoradas, es precisamente en sede del recurso de apelación interpuesto, a fin que *ad quem* sea quien aprecie la relevancia de las mismas dentro del proceso para una decisión ajustada a derecho y garante de la justicia material.

Debe destacarse que esta declaratoria de notoriedad también determina la percepción de confundibilidad y asociación del consumidor, pues se trata de una marca que es de amplio conocimiento en su segmento de mercado, cuya imagen y prestigio fueron construidos con esfuerzo y en atención a la calidad de los bienes y servicios por su titular, por lo que un aprovechamiento de estas circunstancias por otros comerciantes es un riesgo latente del que hay que salvaguardar al titular y al consumidor.

Sobre el particular, la Dirección de Signos Distintivos no sólo identificó un riesgo de confusión y de asociación generado al consumidor entre los signos, por contener las solicitudes de registro de marca presentadas por demandada la palabra SINGER, sino que además argumentó que existe un uso injustificado (parasitario), que genera la dilución (pérdida de fuerza distintiva) de la marca notoria SINGER.

Es preciso que el Despacho se percate que éstas son pruebas que tienen las siguientes características que las revisten de legitimidad y que nos permiten comprender porque son importantes dentro del proceso:

- Proceden de las autoridades administrativas especializadas de Propiedad Industrial, específicamente en lo concerniente a Signos Distintivos, esto es, de la Delegatura para la Propiedad Industrial, por lo que sus decisiones se ajustan al análisis esperado en esta materia.
- Las decisiones adoptadas mediante estas Resoluciones se encuentran en firme por lo que surten plenos efectos para las partes involucradas.
- Corresponde a procedimientos administrativos en los que la demandante y la demandada fueron parte y ejercieron su derecho de defensa.
- En los mencionados procedimientos administrativos se discutió la registrabilidad de signos solicitados por la demandada y la aplicabilidad de los derechos de la marca de la demandante, asuntos absolutamente relevantes y que impactan de manera sustancial el caso que nos convoca.

Además, la notoriedad declarada al interior de estas decisiones es uno de los temas



analizados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a través de la Interpretación Prejudicial IP-110 del 2021 emitida para el presente expediente. Dentro del desarrollo del tópico sobre notoriedad, también se analizan temas como:

- Riesgo del uso parasitario y de aprovechamiento injusto del prestigio de la marca notoria.
- Riesgo de dilución de la fuerza distintiva de una marca notoria.
- Capacidad que tiene el titular de la marca notoria para oponerse a determinados actos en relación con el signo distintivo.
- La infracción marcaria no precisa que el infractor persiga fines comerciales.
- La protección de la marca notoria es reforzada en comparación con las marcas que no tienen esta calidad.

En este punto, vale la pena señalar que la Interpretación Prejudicial IP-110 del 2021 emitida para este proceso por el TJCA es de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, los preceptos que allí se enuncian deben ser aplicados al caso objeto de estudio, incluido especialmente el asunto relativo a la notoriedad declarada de la marca SINGER y los efectos que esto tiene en cuanto a su debida protección.

Es preciso que se tenga en cuenta que la acción por infracción de derechos de propiedad industrial contra el uso de mala fe de una marca notoria como SINGER, es imprescriptible, al configurarse la infracción de derechos de propiedad industrial de "The Singer Company SARL" por parte de la demandada, razón por la cual las pruebas cuyo decreto fue solicitado constituyen el eje central de la argumentación y la negación de las mismas de manera injustificada constituye una vía de hecho que afecta gravemente los derechos de mi representada.

Es así, que estas pruebas cobran una connotada relevancia en la medida en que, de la notoriedad declarada de la marca SINGER se deriva que la acción sea imprescriptible, conforme se argumentó en la sustentación del recurso de apelación, razón por la cual, la inadmisión de la prueba de la notoriedad de la marca conllevaría al nacimiento de fundamentos para iniciar una acción por incumplimiento contra la Nación, ante los órganos de la Comunidad Andina.

Ahora, si bien es cierto que la oportunidad procesal ordinaria para aportar las pruebas por la parte demandante es al momento de interposición de la demanda o en la oportunidad para reformar la misma, ello no es óbice para desconocer pruebas sobrevinientes que, como se ha dicho, son absolutamente relevantes para el proceso y que constituyen el eje fundamental de la discusión planteada, dado el deber del juez de hallar la verdad e impartir justicia material.

Finalmente, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, es evidente que con la solicitud de decreto de estas pruebas, no se genera violación alguna al derecho de defensa y al



debido proceso de la demandada, dado que la misma tuvo la oportunidad procesal para controvertir cada una de las actuaciones, encontrándose injustificada la negativa del H. Tribunal en decretar las mismas.

### **2.1.2 La función del juez de la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia material**

Desde la expedición de la Carta Política de 1991, ha sido claro que el juez debe cumplir un activo papel en la búsqueda de la verdad real como forma de alcanzar la justicia material, más allá de formalidades procesales que surgen como barrera para el cumplimiento de este objetivo fundamental, por lo que la negación de pruebas sobrevinientes, como las que nos ocupan en este caso, que resultan absolutamente relevantes para proveer el proceso, resulta contraria a dicho fin constitucional, beneficiando a quien ilegítimamente pretende beneficiarse de una marca cuya notoriedad ha sido reconocida .

Al respecto la H. Corte Constitucional, mediante Sentencia SU-768 de 2014, M.P Jorge Iván Palacio Palacio expuso:

*“(...)El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”, convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material. El derecho sustancial es aquel que se refiere a los derechos subjetivos de las personas, en oposición al derecho formal que establece los medios para buscar la efectividad del primero. Bajo los principios de la nueva Constitución se considera que la justicia se logra precisamente mediante la aplicación de la ley sustancial. Ahora bien, **“no se puede perder de vista que una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar el equilibrio perfecto entre la búsqueda del valor de la verdad y la efectividad del derecho material”**. De esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si esta es siquiera alcanzable, jurídicamente “la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares”. **Así las cosas, el marco filosófico de la Constitución Política de 1991 convoca y empodera a los jueces de la República como los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso, tendiente a materializar***



***un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial, y con ello la realización de la justicia material (...)*** (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, considera este apoderado que la negativa del H. Tribunal en decretar pruebas absolutamente relevantes para el proceso, con el frágil argumento que las mismas debieron aportarse con la demanda, desconociendo que al momento de la presentación de la misma las Resoluciones de la SIC no habían sido expedidas, constituye un desconocimiento al papel activo y garantista que debe desempeñar el juez y una negación absoluta a dilucidar la verdad real en el proceso, con un flagrante desconocimiento a los deberes de la obtención del derecho sustancial y a la realización de la justicia material.

### **2.1.3 Pruebas surgidas con posterioridad a las oportunidades procesales ordinarias para su aporte (Pruebas Sobrevinientes) y la vía de hecho por defecto fáctico ante la ausencia de decreto y su valoración**

En relación con las pruebas surgidas con posterioridad a las oportunidades procesales ordinarias para aportarlas, es necesario indicar que la jurisprudencia, basada en la existencia de eventos excepcionales en los que pueden generarse elementos probatorios relevantes, ha admitido su aceptación - ante la imposibilidad de su aporte con anterioridad -, con el fin de salvaguardar, no sólo el derecho de defensa de las partes, sino también de evitar que persista una irregularidad sustancial que afecte el debido proceso, conllevando a la generación de una vía de hecho.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de septiembre de 1994. Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta. Exp. 4293, ha manifestado:

*(...) cuando quiera que en un proceso, como el sub examine, con posterioridad a la presentación de la demanda, de una parte, sobrevenga un hecho que de manera esencial y notoria altere o extinga la pretensión inicial; y, **de la otra, se aduzca o aporte, aunque sea inoportunamente, la prueba idónea de dicho hecho que no ha sido incorporada legalmente al proceso.** Porque en tal evento las circunstancias objetivas, ajena a toda negligencia o argucia de las partes, ponen de manifiesto ante el juez o magistrado la siguiente alternativa: la una, consistente en adoptar decisión que, con prescindencia de la prueba irregularmente aportada, resultaría abiertamente contraria a la realidad que, de acuerdo con el hecho sobreviniente, muestra la pretensión al momento del fallo; y la otra, la de optar, previo decreto de oficio de la prueba con la correspondiente contradicción, por una decisión que puede resultar más ajustada a la nueva realidad probatoria de los hechos en que se funda la pretensión inicial. Si ello es así, **corresponde al juez el deber ineludible***



***de decretar de oficio dicha prueba para que, una vez incorporada y controvertida legalmente en el proceso, pueda proceder mediante su apreciación a adoptar una decisión conforme a la realidad probatoria de los hechos iniciales y sobrevinientes (...)*** (Negrillas fuera de texto).

Así mismo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil. Sentencia 04-787 del 8 de octubre de 2004, indicó:

*“En aplicación de memorando principio, los árbitros negaron la incorporación del concepto número 53012-0226 de fecha 13 de septiembre de 2004, como prueba, explicando que la ley ha previsto una oportunidad precisa para la solicitud, decreto y práctica de las mismas,, decisión que **si bien, en línea de principio, guarda correspondencia con la juricidad, sin embargo no puede aceptarse de manera absoluta en todos los casos, pues hay ocasiones como la presente en las que lo razonable será la permisión de adjuntar nuevas probanzas, que por diferentes motivos justificados no pudieron pedirse en los formales términos que contempla la codificación adjetiva, tal como se procede a explicar:***

A. *El proceso arbitral se caracteriza porque es de única instancia, circunstancia que provoca que las prueba solo puedan solicitarse, decretarse y practicarse en esa oportunidad, estando vedado, en principio, la posibilidad del decreto adicional que el legislador reservó para los procesos de dos instancias, cuando en los precisos casos contemplados en el artículo 361 es dable ordenar probanzas que no se pudieron practicar en el primer grado de jurisdicción, por hechos no imputables al solicitante, reconociendo el legislador la necesidad de esta nueva oportunidad con el fin de evitar decisiones contrarias a la verdad real fundadas en omisiones no atribuibles a las partes.*

*(...)*

B. *Tampoco puede afirmarse en el caso concreto que la prueba solicitada sea extemporánea, porque como el concepto fiscal no existía para cuando el procedimiento se abrió a pruebas, esta oportunidad no puede tenerse en el marco de referencia que determine su temporaneidad, no siendo posible afirmar que la oportunidad haya precluido para ese específico medio demostrativo.*

*(...)*

D. ***La Corte Constitucional ha resaltado en copiosa y reiterada jurisprudencia que los administradores de justicia, cualquiera sea su rango, deben ser garantías en todas sus actuaciones oficiales de los valores supremos que la constitución consagra, punto que en el tema judicial se ha destacado expresando que el “juez en términos generales tiene la obligación positiva de decretar y practicar las pruebas que sean necesarias para determinar la verdad material, pues esta es la única manera para llegar a una decisión de fondo que***



***resuelva la controversia planteada y en la que prime el derecho sustancial y el valor justicia, como lo ordena el artículo 228 de la Constitución Política.***

***En ese sentido, debe interpretarse a la luz de la Constitución, el alcance de la carga de la prueba regulada por algunos códigos de procedimiento (subraya intencional), cometido que se logra, cuando de adoptar una de dos interpretaciones posibles, se opte por aquella que logre la realización del citado derecho, aspecto que aplicado al presente caso, sugiere que en lugar de la actividad probatoria que no fue posible asumir en el momento inicial.*** (Negrilla fuera de texto)

***En conclusión y como quiera que se ha establecido que el concepto de la DIAN se expidió el 13 de septiembre de 2004, fecha en la que ya había fenecido las “ordinarias oportunidades probatorias” y que éste encarna un hecho sobreviniente, no imputable a la desidia o negligencia del interesado, habrá de tutelarse el derecho del accionante, pues la aplicación estricta de la ley realizada por los jueces accidentales, le cercenan la oportunidad de hacer valer la verdad material, por un hecho que no le es imputable.”*** (Negrilla fuera de texto)

En el presente asunto, dado que pruebas absolutamente relevantes que sirven como elemento de convicción de vital trascendencia surgieron con posterioridad a la presentación de la demanda y al término para reformar la misma, fue necesario allegarlas al momento de la sustentación del recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, sin que pueda atribuirse dicha situación a un hecho imputable a mi poderdante o a una omisión de ella.

Ahora, el H. Tribunal al negar el decreto de las mismas, argumentando su aporte extemporáneo, ha cercenado a mi representada la oportunidad de hacer valer la verdad material y el derecho a obtener una sentencia justa que se base en la totalidad de las pruebas existentes, vulnerando el derecho fundamental al debido proceso de mi poderdante.

Frente a las vías hechas en providencias judiciales, en especial a lo concerniente a las vías de hecho por defecto fáctico, la H. Corte Constitucional, mediante Sentencia SU-768 de 2014, M.P Jorge Iván Palacio Palacio expuso:

*“Este defecto guarda relación con las “fallas en el fundamento probatorio” de la sentencia judicial atacada. Corresponde al juez constitucional establecer si al dictarse la providencia el operador judicial desconoció “la realidad probatoria del proceso”. Para la Corte, el defecto fáctico puede darse tanto en una dimensión negativa como positiva. Desde la primera perspectiva, se reprocha la omisión del fallador en la “valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez”. La segunda aproximación “abarca la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar, sin desconocer la Constitución”. Como ejemplos de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha identificado los siguientes casos:*



***“(i) Omitir el decreto o la práctica de las pruebas, siendo estas conducentes, pertinentes y útiles, lo que deriva en una insuficiencia probatoria en el proceso judicial,***

*(ii) Omitir la valoración de las pruebas, ya sea porque el juzgador no las advierte o simplemente no las tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva,*

*(iii) Valorar las pruebas de forma inadecuada, arbitraria, irracional, caprichosa o con desconocimiento de las reglas de la sana crítica y,*

*(iv) No excluir y valorar pruebas ilegales o indebidamente recaudadas” (Negrillas fuera de texto)*

Así, nuestro máximo Tribunal Constitucional ha indicado que la omisión por parte del juez en el decreto y práctica de pruebas relevantes para el proceso deviene en una indebida conducción del mismo al omitir hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido, generando como consecuencia la configuración de una vía de hecho por defecto fáctico, susceptible de ser alegada en sede de tutela.

De esta manera, con la clara argumentación anteriormente expuesta atinente a la primacía de la realidad sobre las formas y a la búsqueda del juez de la verdad material para cumplir con el objetivo de justicia perseguido por nuestra Carta Política, es necesario, con el fin de garantizar derechos fundamentales, y evitar incurrir en vías de hecho, que el H. Tribunal proceda a revocar el auto recurrido y en su lugar decrete las pruebas sobrevinientes allegadas por mi representada a fin que sean tenidas en cuenta al momento de proferir el fallo de segunda instancia.

### **III. PETICIÓN**

Respetuosamente se solicita al H. Tribunal:

1. REVOCAR el auto proferido el 5 de abril de 2022 y notificado por estado el 6 del mes y año citados, mediante el cual se negó el decreto de pruebas relevantes allegadas al momento de la sustentación del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia proferida por la Delegatura para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.
2. DECRETAR LAS PRUEBAS allegadas con el fin de que hagan parte del expediente y sean valoradas al momento de proferir el fallo de segunda instancia.



#### IV. ANEXOS

Conforme se citó, solicitamos que se tengan en cuenta los siguientes anexos:

- Sentencia 04-787 del 8 de octubre de 2004. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil.
- Sentencia de 12 de septiembre de 1994. Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta. Exp. 4293. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil.
- Sentencia SU-768 de 2014, M.P Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional.

De su Despacho,

**Juan Carlos Cuesta Quintero**

**C.C. No. 79.339.809**

**T.P. 43.273 del C.S. de la J.**

Acción de Tutela  
Accionante: Grupo Portuario S.A.  
Accionado: Tribunal de Arbitramento y otros  
Sentencia 04-787

123

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA CIVIL

Bogotá D.C., siete de octubre de dos mil cuatro.

/ MAGISTRADO PONENTE: LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ

Proyecto discutido y aprobado en Sala del 6 de octubre de 2004, acta 39.

Procede la Sala a decidir la acción de tutela que a través de apoderado judicial formuló el Grupo Portuario S.A. contra el Tribunal de Arbitramento conformado por los Árbitros Enrique Díaz Ramírez, Fernando Scarpetta Carrera y Jorge Guzmán Moreno tramitado ante la Cámara de Comercio de Bogotá y la entidad vinculada en esta instancia, Equipos Portuarios S.A. por la presunta vulneración del derecho al debido proceso.

ANTECEDENTES

1. La entidad denunciante, representada por abogado, interpuso acción de tutela contra el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, respecto de la decisión proferida en el conflicto existente entre Grupo Portuario S.A. contra Equipos Portuarios S.A. el veinte de septiembre del año en curso, para que en protección al derecho al debido proceso se revoque parcialmente la decisión contenida en el Acta 14 celebrada el 20 de septiembre del año en curso "en lo pertinente a la negativa de aceptar incorporar al proceso la prueba documental a que se

refiere el concepto distinguido con el número 53012-0226 de fecha 13 de septiembre de 2004 proferido por la Oficina Jurídica de la División Normativa y Doctrina Aduanera de la Administración de Impuestos Nacionales DIAN sobre el tema relativo a Depósitos Públicos Habilitados – Cesión” (fl. 95) y en consecuencia, se ordene su incorporación al expediente, ordenando el correspondiente traslado a su contraparte.

421

Fundamentó su pretensión en los siguientes hechos:

A. Grupo Portuario S.A. demandó por la vía del proceso arbitral a Equipos Portuarios S.A. con el fin de dirimir y resolver en derecho, ante un tribunal de arbitramento, un conflicto de intereses relativo a la declaratoria de nulidad sustancial de un contrato de almacenamiento de mercancías celebrado el 26 de marzo de 2003.

B. El 6 de junio del año en curso se celebró la primera audiencia de trámite en la que se incorporaron y decretaron las pruebas solicitadas por las partes; que mientras se surtía la etapa probatoria en el proceso arbitral Grupo Portuario S.A. formuló ante la DIAN mediante escrito radicado con el número 59451 del 26 de julio del año en curso “consulta o concepto jurídico en torno a la viabilidad y legalidad en la celebración de contratos con terceros que implicaran la cesión o entrega de la tenencia de la totalidad o parte de un depósito público habilitado de mercancías bajo control aduanero” con el objeto de “ilustrar y facilitar” a los árbitros la labor sobre la materia en litis, relativa a la improcedencia de la celebración del contrato de almacenamiento de mercadería suscrito con Equipos Portuarios S.A.

C. Que el 17 de septiembre pasado, Grupo Portuario S.A. solicitó al Tribunal de Arbitramento la incorporación al expediente del concepto distinguido con el número 53012-00226 del 13 del mismo mes, relacionado por el representante de la entidad al responder la pregunta 15 del interrogatorio de parte y en subsidio, se solicitó que efectuara la incorporación de oficio "dado los poderes y deberes de instrucción y documentación que anima al juzgador"; peticiones que fueron negadas el 20 de septiembre pasado argumentando que la "oportunidad para allegar documentos al expediente ya está precluída".

Contra esa decisión, la entidad accionante interpuso el recurso de reposición que tampoco fue acogido por la autoridad de instancia, indicando que "las oportunidades procesales para allegar documentos al expediente ya fenecieron"; situación que en su entender, constituye una vía de hecho que viola de manera clara el derecho fundamental al debido proceso.

2. Enterada de la formulación de la presente petición constitucional, la autoridad judicial accionada, en ejercicio del derecho de defensa expresó que el artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con el primer inciso del artículo 183 del C.P.C. señalan las oportunidades que tienen las partes dentro del proceso arbitral para pedir o aportar pruebas, referenciando como tales el escrito de la demanda, su reforma y contestación, el traslado de excepciones que se propongan, inspecciones judiciales, declaraciones de parte o de terceros y dentro de los tres días siguientes a la audiencia de conciliación; que los términos y oportunidades señalados para la realización de los actos procesales "son perentorios e improrrogables"<sup>1</sup> para a

<sup>1</sup> C.P.C. art. 118.

92

continuación explicar que en el trámite cuestionado se decretaron las pruebas pedidas oportunamente por las partes y las que de oficio se consideraron necesarias, tal como se observa en audiencia del 8 de junio del año en curso.

Expresó que una cosa es la etapa probatoria y otra la oportunidad para aportar documentos, por lo que no obstante que para cuando se solicitó la incorporación del concepto de la DIAN no se había cerrado la primera, la segunda ya había precluido pues el documento debió allegarse durante la declaración de parte del representante legal de Grupo Portuario S.A. y no posteriormente, a lo que agregó que el interesado no alegó su imposibilidad de aportación oportuna del documento por "fuerza mayor" debidamente demostrada.

3. La entidad vinculada a este procedimiento, manifestó que en aras de la igualdad procesal, el Tribunal de Arbitramento también le negó a Equipos Portuarios S.A. la incorporación de una carta elaborada por Álvaro Rodríguez Acosta, gerente de Grupo Portuario S.A. presentada en el interrogatorio de parte, proceder que se ajusta a derecho toda vez que "el juez debe fallar con apoyo en las pruebas legal y oportunamente allegadas al expediente (artículo 174)". Indicó además que de todas formas, la autoridad judicial tiene la facultad de decretar pruebas de oficio si lo considera pertinente.

#### CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales que presenta dentro de sus notas distintivas el carácter excepcional y subsidiario, especies que se

acentúan más en tratándose de su formulación contra providencias judiciales, pues este mecanismo *"no ha sido establecido para remplazar o sustituir los procedimientos ordinarios existentes, ni como medio alternativo, adicional o complementario de estos; su propósito se circunscribe a la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando no existe otro medio de defensa judicial o en el evento de existir éste, se utilice solo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"* (T 349 de 1998), de donde resulta que su procedencia está condicionada a que *"la actuación de la autoridad judicial carezca de fundamento objetivo y sus decisiones sean el producto de una actitud arbitraria y caprichosa que traiga como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales de la persona, incurriendo de esa manera en lo que se ha denominado como "vía de hecho" (T 518 de 1995.)*

2. De otra parte, comporta memorar que el arbitramento como instrumento alternativo para la solución de conflictos cuyo origen se remonta al "acuerdo al que llegan las partes para someter sus diferencias a la decisión de un tercero y aceptando previamente sujetarse a la decisión que allí se adopte"<sup>2</sup>, constituye "un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido, y claramente consagrado por el ordenamiento jurídico"<sup>3</sup>, en cuya resolución la autoridad se obliga, dentro de sus funciones constitucionales a aplicar la ley" (C.S.J., Sala Civil, Sent. de octubre 11 de 2000; expediente 491-01), en las mismas condiciones de los jueces permanentes.

3. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tiene dentro de sus funciones la de expedir conceptos cuya naturaleza varía,

---

<sup>2</sup> T-121 de 2002

según se explicó en el estudio de exequibilidad que hiciera la Corte Constitucional en la sentencia C-487 de 1996 respecto de unos artículos de la Ley 223 de 1995, en donde se explicitó que "Cuando el concepto se produce a instancia de un interesado, éste queda en libertad de acogerlo o no y, en principio, su emisión no compromete la responsabilidad de las entidades públicas, que los expiden, ni las obliga a su cumplimiento o ejecución" puntualizando que "cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja" esto es, que "deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio".

4. En el caso bajo análisis, observa la Sala que el denunciante pretende que se revoque parcialmente la decisión que en el trámite del proceso arbitral se adoptó en audiencia del 20 de septiembre del año en curso y que en su lugar se ordene la incorporación del concepto distinguido con el número 53012-0226 de fecha 13 de septiembre de 2004 proferido por la Oficina Jurídica de la División Normativa y Doctrina Aduanera de la Administración de Impuestos Nacionales DIAN; pretensión que se abre paso de acuerdo con las siguientes reflexiones:

4.1. En primer término conviene referir que en el trámite de los procesos el principio de la preclusión es de notoria importancia, habiéndose reconocido que el contradictorio "se desarrolla a través de una sucesión ordenada y continua de actos procesales que deben ejecutarse en un plazo predeterminado

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 1997.

para ellos" y que "al expirar el término o agotarse la actuación, queda clausurada la oportunidad procesal y habilitado el estadio subsiguiente, en pos de la culminación del trámite a que haya lugar"; axioma del que, igualmente se puntualiza "confiere seguridad, precisión al procedimiento y firmeza a las decisiones judiciales, cuyos efectos deben ser respetados en el proceso en que se profieran, en la medida en que se hagan valer los derechos y las garantías fundamentales de los intervinientes"<sup>4</sup> máxima que se ha establecido en beneficio de los sujetos procesales, quienes deben cumplir oportunamente las cargas que la ley ha señalado respecto de determinados actos.

129

4.2. En aplicación del memorado principio, los árbitros negaron la incorporación del concepto número 53012-0226 de fecha 13 de septiembre de 2004, como prueba, explicando que la ley ha previsto una oportunidad precisa para la solicitud, decreto y práctica de las mismas, decisión que si bien, en línea de principio, guarda correspondencia con la juridicidad, sin embargo no puede aceptarse de manera absoluta en todos los casos, pues hay ocasiones como la presente en las que lo razonable será la permisión de adjuntar nuevas probanzas, que por diferentes motivos justificados no pudieron pedirse en los formales términos que contempla la codificación adjetiva, tal como se procede a explicar:

A. El proceso arbitral se caracteriza porque es de única instancia, circunstancia que provoca que las pruebas solo puedan solicitarse, decretarse y practicarse en esa oportunidad, estando vedado, en principio, la posibilidad del decreto adicional que el legislador reservó para los procesos de dos instancias, cuando en

<sup>4</sup> C.S.J. 13 de junio de 2001.

los precisos casos contemplados en el artículo 361 es dable ordenar probanzas que no se pudieron practicar en el primer grado de jurisdicción, por hechos no imputables al solicitante, reconociendo el legislador la necesidad de esta nueva oportunidad con el fin de evitar decisiones contrarias a la verdad real fundadas en omisiones no atribuibles a las partes.

03

En consecuencia, y dado que la oportunidad probatoria en el trámite del arbitramento se reduce a esa única instancia, los juzgadores deben interpretar con mayor laxitud la restricción que en materia probatoria ha establecido el legislador, haciendo valer el principio engastado en el artículo 361 que se fundamenta en la posibilidad de que por razones no predicables de quien solicita la prueba, esta no se hubiere podido practicar, axioma que solo se puede hacerse valer en la instancia arbitral.

B. Tampoco puede afirmarse en el caso concreto que la prueba solicitada sea extemporánea, porque como el concepto fiscal no existía para cuando el procedimiento se abrió a pruebas, esta oportunidad no puede tenerse como marco de referencia que determine su temporaneidad, no siendo posible afirmar que la oportunidad haya precluido para ese específico medio demostrativo.

C. Así mismo, no puede aceptarse como razón de justificación de la negativa de la incorporación de la prueba, el hecho que alegan los accionados, consistente en la omisión del Representante legal del activante, de presentar ese documento en el interrogatorio de parte, pues como, esta diligencia se practicó el día 24 de agosto del año en curso, para esa oportunidad no era

posible presentar un concepto que todavía no había sido expedido.

D. La Corte Constitucional ha resaltado en copiosa y reiterada jurisprudencia que los administradores de justicia, cualquiera que sea su rango, deben ser garantes en todas sus actuaciones oficiales de los valores supremos que la constitución consagra, punto que en el tema judicial se ha destacado expresando que "el juez en términos generales tiene la obligación positiva de decretar y practicar las pruebas que sean necesarias para determinar la verdad material, pues esta es la única manera para llegar a una decisión de fondo que resuelva la controversia planteada y en la que prime el derecho sustancial y el valor justicia, como lo ordena el artículo 228 de la Constitución Política. En este sentido, debe reinterpretarse a la luz de la Constitución, el alcance de la carga de la prueba regulada por algunos códigos de procedimiento"<sup>5</sup>(subraya intencional), cometido que se logra, cuando de adoptar una de dos interpretaciones posibles, se opte por aquella que logre la realización del citado derecho, aspecto que aplicado al presente caso, sugiere que en lugar de la intelección restrictiva, se le permita a las partes desplegar la actividad probatoria que no fue posible asumir en el momento inicial.

En conclusión y como quiera que se ha establecido que el concepto de la DIAN se expidió el día 13 de septiembre de 2004, fecha en la que ya había fenecido las "ordinarias oportunidades probatorias" y que este encarna un hecho sobreviniente, no imputable a la desidia o negligencia del interesado, habrá de tutelarse el derecho del accionante, pues la aplicación estricta de

<sup>5</sup> C. Const., Sent. T-006, mayo 12/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

la ley realizada por los jueces accidentales, le cercenan la oportunidad de hacer valer la verdad material, por un hecho que no le es imputable.

132

Por lo brevemente expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., en Sala Civil de decisión administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

PRIMERO.- CONCEDER la protección tutelar solicitada por GRUPO PORTUARIO S.A. contra el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO conformado por los Árbitros Enrique Díaz Ramírez, Fernando Scarpetta Carrera y Jorge Guzmán Moreno tramitado ante la Cámara de Comercio de Bogotá y la entidad vinculada en esta instancia, Equipos Portuarios S.A.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad de la decisión que negó la incorporación como prueba del concepto número 53012-0226 de fecha 13 de septiembre de 2004 proferido por la Oficina Jurídica de la División Normativa y Doctrina Aduanera de la Administración de Impuestos Nacionales DIAN.

TERCERO.- IMPRIMANLE los señores Árbitros el trámite correspondiente a la prueba referida en el ordinal anterior.

CUARTO.- Si no fuere impugnada esta decisión, oportunamente remitase el expediente de tutela a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO.- Inmediatamente notifíquese a las partes mediante telegrama.

133

Notifíquese.

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado Ponente

Rad. 11001220300020040787-01

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Magistrado

Rad. 11001220300020040787-01

RICARDO ZOPÓ MENDEZ

Magistrado

Rad. 11001220300020040787-01

TRIBUNAL SUPERIOR DE SANTAFE D. BOGOTÁ	
SALA CIVIL - SECRETARÍA	
- 8 OCT 2004	En la fecha y para
dar cumplimiento a lo ordenado en providencia que	
anteriormente se libró el oficio O.P.T. No. 2257	
de la misma fecha. Tribunal Arb	
SECRETARIO	

*H. L. B. B.*  
COLUMBIA

3-112-94.09 12-2

*de Justicia*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACION CIVIL.



Magistrado Ponente: Doctor PEDRO LAFONT PIANETTA

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre doce (12) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Referencia: Expediente No.4293

Se deciden por la Corte los recursos extraordinarios de casación interpuestos por GRATINIANO MOSQUERA TRUJILLO, ALFREDO MOSQUERA GARZON, ALFREDO, JORGE Y FERNANDO MOSQUERA TRUJILLO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva -Sala de Familia-, el 29 de septiembre de 1992, en el proceso ordinario promovido por GILMA MOSQUERA DE DIAZ, como heredera de Ursulina Trujillo de Mosquera contra ALFREDO MOSQUERA GARZON, la sociedad "AGROPECUARIA MOSQUERA HERMANOS LTDA. -en liquidación- y los señores ALFREDO, FERNANDO, JORGE Y GRATINIANO MOSQUERA TRUJILLO, herederos también de Ursulina Trujillo de Mosquera.

I - ANTECEDENTES

1.- La señora Gilma Mosquera de Díaz,

*ma de Justicia*

actuando al efecto como heredera de Ursulina Trujillo de Mosquera convocó mediante demanda que por reparto correspondió conocer al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva (fls. 37 a 41, C-1), a la sociedad "Agropecuaria Hermanos Ltda." -en liquidación- y a los señores Alfredo, Fernando, Jorge y Gratiniano Mosquera Trujillo, herederos también de la misma causante, a un proceso ordinario de mayor cuantía, para que, en síntesis, se proveyese sobre las pretensiones siguientes:

1.1.- Que se declare la inexistencia de la escritura pública No.866, otorgada supuestamente el 22 de julio de 1975 en la Notaría Segunda del Círculo de Neiva, por carecer de la firma del Notario.

1.2.- Que, en consecuencia, se considere como "no celebrado" el contrato de compraventa en ella contenido, mediante el cual Alfredo Mosquera Garzón dice vender y la sociedad demandada (hoy en liquidación), dice comprar la hacienda denominada "El Hotel", con tres lotes o "cerramientos" conocidos con los nombres de "Mangón del Arrayán", "Mangón de la Casa" y "Mangón del Plato, Peñón o Tigre", ubicados en la comprensión territorial del municipio de Aipe, departamento del Huila.

1.3.- Que se condene a los demandados a restituir "esas propiedades con sus respectivos frutos naturales y civiles" a la sociedad conyugal formada por

*de Justicia*

Alfredo Mosquera Garzón y Ursulina Trujillo de Mosquera, (en liquidación en la sucesión de esta última), frutos que se determinarán en concreto conforme a lo establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, según el texto de esta norma, vigente a la presentación de la demanda (abril 4 de 1987).

1.4.- Que se ordene a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva la cancelación de la inscripción de la referida escritura pública en los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 200-0002142, 200-0002493, 200-0002494 y 200-0002495, de tal suerte que los títulos de propiedad de los inmuebles respectivos, queden "vigentes en favor de la sociedad conyugal formada entre Alfredo Mosquera Garzón y la causante Ursulina Trujillo de Mosquera" (fl. 37 vto., C-1).

2.- Como supuestos fácticos de sus pretensiones, expuso la demandante, en resumen, los siguientes:

2.1.- Durante la vigencia de la sociedad conyugal formada en virtud del matrimonio católico celebrado con Ursulina Trujillo el 16 de julio de 1925, en el caserío de Guacirco, parroquia de Neiva, el señor Alfredo Mosquera Garzón adquirió a título oneroso, la hacienda denominada "El Hotel" con sus cerramientos de nombres "Mangón del Arrayán", "Mangón de la casa" y "Mangón del Plato, Peñón o Tigre", "ubicado

*de Justicia*

todo en la vereda El Dindal, municipio de Aipe, a términos de la escritura pública #1.454 de 28 de diciembre de 1968, de la Notaría Segunda de Neiva, registrada en el libro I, Tomo I, página 459, número 806 y matrícula en Libro de Aipe, Tomo 6, números 1198 a 1202", (fl. 38, C-1), inmuebles cuya descripción y linderos aparecen en detalle en la demanda.

2.2.- El señor Alfredo Mosquera Garzón, "en su afán de favorecer a unos hijos y desfavorecer a otros, especialmente a las hijas mujeres, se apresuró a simular la venta de esas valiosas propiedades", en favor de sus hijos varones Alfredo, Jorge, Fernando y Gratiniano Mosquera Trujillo, para lo cual, mediante la escritura pública cuya inexistencia se impetra declarar, dijo vender, por la suma de \$1'000.000, a la sociedad "Agropecuaria Mosquera Hermanos Ltda." los bienes a que se refiere la demanda, sociedad esta formada por sus hijos varones aquí demandados, constituida por escritura pública No.775 de 3 de julio de 1975, otorgada en la Notaría Segunda de Neiva, con registro mercantil No.23-08910-3 y cuya duración contractual se pactó desde la fecha de su otorgamiento, "hasta el 2 de julio de 1980" (fl.38, C-1).

2.3.- En declaración escrita, rendida y autenticada ante el Notario Segundo del Círculo de Neiva, los señores Alfredo, Jorge, Fernando y Gratiniano Mosquera Trujillo, manifestaron haber recibido directa-

*Correa de Justicia*

mente de su progenitor los inmuebles a que tendrían derecho como herederos suyos al fallecimiento de éste y, en consecuencia, expresan que, sobre "los inmuebles que quedaren" distintos a los recibidos por ellos, tendrán "derecho exclusivo" los "demás herederos". Además se obligan, como fundadores de la sociedad "Agropecuaria Mosquera Hermanos Ltda", a no enajenarla mientras vivan sus padres y expresan que "sobre ella solo adquirimos la plena propiedad cuando ocurra su deceso, quedando por tanto mientras viva él, bajo su usufructo" (fls. 38 y 38 vto., C-1).

2.4.- Antes de iniciar este proceso, la señora Gilma Mosquera de Díaz, aquí demandante adelantó uno en unión de otras personas contra los mismos demandados, con la pretensión de que se declarase la simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura pública No. 866 de 1975, otorgada en la Notaría Segunda de Neiva el 22 de julio de 1975, proceso este que, aunque favorable a la actora en las instancias, finalmente le fue adverso, pues la Corte Suprema de Justicia, "luego de casar el fallo del tribunal revocó el del juzgado en razón a (sic) que la escritura 866 de 1975 de la Notaría 2a. de Neiva carece de la firma del Notario", según aparece en "las providencias judiciales de 16 de septiembre de 1986 y de 13 de febrero de 1987" (fl. 38 vto., C-1).

2.5.- La señora Ursulina Trujillo de

Mosquera, falleció el 5 de junio de 1981, y en el proceso de sucesión y liquidación de su sociedad conyugal, fueron reconocidos con interés jurídico para intervenir en él, su cónyuge Alfredo Mosquera Garzón, quien optó por gananciales y sus hijos legítimos Gilma Mosquera de Díaz, Alfredo, Fernando, Jorge y Gratiniano Mosquera Trujillo, la primera hoy demandante y los otros cuatro, aquí demandados.

3.- Notificados que fueron los demandados del auto admisorio de la demanda y corrido que fue el traslado de la misma y sus anexos, los demandados Alfredo Mosquera Garzón, Gratiniano, Alfredo, Fernando y Jorge Mosquera Trujillo, le dieron contestación como aparece a folios 81 a 83 del cuaderno uno. En ella, en síntesis expresaron atenerse a lo que se pruebe, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y, ello no obstante, manifestaron que, si fueren acogidas por la jurisdicción, se reconozca a los demandados como de "buena fé", pues no son ellos los responsables de las omisiones que se han señalado como fundamento de la demanda" (fl. 82, C-1), razón por la cual esa buena fé habrá de tenerse en cuenta para ordenar el reconocimiento y pago de las mejoras realizadas por los demandados en los predios a que se refiere el litigio.

4.- Para culminar con ello la primera instancia, el Juez Segundo Civil del Circuito de Neiva, en sentencia dictada el 26 de mayo de 1989 (fls. 96 a

109, C-1), acogió las súplicas de la demanda, reconoció a los demandados "las prerrogativas contempladas en el artículo 966 del Código Civil en sus numerales 5o. y 6o.", como "poseedores de mala fé". Dispuso además, no ordenar la restitución del precio "porque a través de los autos se demostró que no fue pagado por la sociedad compradora" y "cancelar el registro de la demanda", cuya inscripción se había decretado como medida cautelar.

5.- Apelado el fallo del a-quo por los demandados, (fls. 111 a 116, C-1), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, -Sala de Familia-, desató la apelación mediante sentencia proferida el 29 de septiembre de 1992 (fls. 127 a 149, C-4). En ella, se confirmó la declaración de inexistencia de la escritura pública No. 866 de 22 de julio de 1975, Notaría Segunda de Neiva; se dispuso tener "por no celebrado" el contrato de compraventa a que ella se refiere; se ordenó la restitución de los predios a que se refiere la demanda, a la sociedad conyugal y a la sucesión ilíquida de Ursulina Trujillo de Mosquera; se revocó el reconocimiento de "las prerrogativas contempladas en el artículo 966 del C. Civil en sus numerales 5o. y 6o." a los demandados como poseedores de mala fé, e igual se hizo respecto a lo dispuesto sobre no restitución del precio pactado por haberse "demostrado que no fue pagado por la Sociedad compradora". En su lugar, en cuanto hace a prestaciones mutuas, el tribunal ordenó, previas las compensaciones a que haya lugar, "el pago a favor de los demandados y con

cargo a la sociedad conyugal reconocida", de la suma de \$9'000.000, por concepto de mejoras; condenó a Alfredo Mosquera Garzón a pagar a los demás demandados la suma de \$1'000.000 "por concepto del precio de la finca El Hotel" y, finalmente, ordenó a los demandados restituir a "la sociedad conyugal formada por los esposos Alfredo Mosquera Garzón y Ursulina Trujillo de Mosquera, esta última fallecida, la suma de treinta y un millones veinte mil pesos (\$31'020.000).

## II - MOTIVACION DEL FALLO DEL TRIBUNAL

1.- Luego de sintetizar el litigio y la actuación surtida en la primera instancia, el tribunal, tras analizar a espacio la legitimación activa y pasiva en este proceso, concluye que ésta y los presupuestos procesales se encuentran cumplidos, al igual que halla reunidos los elementos de validez de lo actuado, razón por la cual procede al estudio de mérito de la cuestión litigada.

2.- En ese orden de ideas, manifiesta el sentenciador que en el proceso se encuentra demostrado que la escritura pública cuya inexistencia se impetra declarar, no fue firmada "por el Notario Segundo de la ciudad de Neiva, ante quien la suscribieron las partes del negocio (fls. 21 y ss., C-1)" (fl. 135, cdno. Corte).

3.- A continuación, procede el tribunal a transcribir algunos apartes de la sentencia de casación de 16 de septiembre de 1986 y de la sustitutiva del fallo en ella casado, dictadas ambas en el proceso en que la aquí demandante reclamó de la jurisdicción se declarase la simulación del contrato contenido en la escritura pública No.866 de 22 de julio de 1975, Notaría Segunda de Neiva (folios 135 a 137, C-4) y expresa a renglón seguido que por las razones expuestas se ha de declarar la inexistencia de la escritura citada y, consecuentemente, el contrato de compraventa a que ella se refiere "se tendrá por no celebrado y sin efectos jurídicos (fl. 138, C-4).

4.- Sentado lo anterior, el tribunal manifiesta que, por encontrarse demostrado que la sociedad "Agropecuaria Mosquera Hermanos Ltda." recibió materialmente la finca objeto del litigio y, teniendo en cuenta que los demandados aceptan encontrarse en posesión del inmueble (fls. 2 y ss., C-3), a ellos les corresponde "restituirlo a favor de la sociedad conyugal Mosquera - Trujillo", cuya liquidación se adelanta en el proceso de sucesión de Ursulina Trujillo de Mosquera, restitución en la cual habrán de ser incluidos "los frutos civiles y naturales producidos desde la fecha del contrato de compraventa, dada la carencia de efectos jurídicos del proyecto de negocio" (fl.138, cdno. Corte).

3.- Dado que en el expediente aparece la

*na de Justicia*

demostración de que "las mejoras hechas al predio El Hotel y sus encierros", ascienden a la suma de nueve millones ciento cincuenta y nueve mil setecientos cincuenta (\$9'159.750), según el dictamen pericial que obra a folios 1 y ss. del cuaderno dos, tal suma "se reconocerá a favor de los demandados", pues ese dictamen, -prosigue el sentenciador-, "no fue objetado por la demandante y se observa consecuente con la realidad que entraña el manejo y la explotación adecuados de un predio rural" (fl.139, C-4).

6.- En punto a la restitución del precio pactado en el contrato que se dispone tener por no celebrado expresa el sentenciador que: "En verdad se trata de un extremo no debatido. No lo pidió tampoco la demandante, empero en el proceso, así hay que decirlo, se afirma que el vendedor recibió el pago del precio acordado, como se puede leer en la escritura cuestionada y en las respuestas de los demandados al cuestionario que les formuló el apoderado de la demandante (fls. 2 y ss. del C-3), afirmaciones que no fueron controvertidas; que no resultan desvirtuadas en el curso del proceso, al punto que la Sala considera que ciertamente el precio fue pagado como se estipuló en la escritura tantas veces mencionada" (fl.139, C-4), por lo que, siendo ello así, y para evitar el enriquecimiento ilícito del vendedor, "es necesario ordenar" que este "regrese a los compradores el valor total del precio recibido por concepto de la compraventa no realizada" (fl.140, cdno. citado).

7.- En cuanto al pago de los frutos civiles y naturales, asevera el tribunal que, en aplicación de lo dispuesto por el nuevo texto que el Decreto 2282 de 1989 imprimió al artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, fue ordenada de oficio la práctica de algunas pruebas, conforme a las cuales (dictamen pericial, informes de compañías petroleras de la región), luego de su análisis (fls. 140 a 143, C-4), llega a la conclusión de que el dictamen de los peritos en mención solo puede aceptarse "en cuanto se refiere a la explotación agrícola a que ha sido sometido el inmueble y es por ello que ordenará en la parte resolutive que los demandados reintegren dentro del término que se señalará, a favor de la sociedad conyugal formada entre los esposos Alfredo Mosquera Garzón y Ursulina Trujillo, la suma de treinta y un millones veinte mil pesos (\$31'020.000.00) mcte., valor de los frutos civiles provenientes de los arrendamientos de los lotes de terreno, por tenerse este concepto como el más adecuado para tasar los citados rendimientos, ante dificultades para determinarlos por otros procedimientos, expuestos por los peritos y que la Sala acepta" (fls. 143 y 144, C-4).

8.- Insiste, luego el tribunal en que conforme a lo prescrito por los artículos 38, 40 y 100 del Estatuto de Notariado y Registro, la escritura pública que no haya sido autorizada por Notario es inexistente como tal y, en consecuencia, el contrato en

*ma de Justicia*

ella contenido ha de tenerse por no celebrado y sin efecto alguno.

9.- Por último, el sentenciador expresa que, "ningún pronunciamiento hará la Sala respecto de la décimosegunda copia auténtica de la escritura pública #866 del 22 de julio de 1975, procedente de la Notaría Segunda de Neiva, que fuera firmada por el Notario actual, en razón de la autorización que para el efecto otorgó la Superintendencia de Notariado y Registro, por medio de la Resolución #2736 del 14 de mayo de 1992, por tratarse de documento aportado al proceso inobservando la preceptiva de los artículos 174 y 183 del C. de P.C." (fl. 147, C-4).

### III - LAS DEMANDAS DE CASACION

Dos demandas fueron presentadas para sustentar los recursos extraordinarios de casación por ellos interpuestos contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva - Sala de Familia-, en este proceso: la primera, por Gratiniano Mosquera Trujillo (folios 6 a 27, cdno. Corte); y la segunda, por Alfredo Mosquera Garzón, Alfredo, Jorge y Fernando Mosquera Trujillo (fls. 29 a 36, cdno. Corte).

Dado que, el único cargo propuesto en la

PLP-4293-12

*ma de Justicia*

primera de las demandas citadas y el primero de la segunda de ellas, son de idéntico contenido y están llamados a prosperar, la Corte solo avocará el estudio de estos, pues, en tales condiciones, el análisis de los demás se hace innecesario.

**CARGOS UNICO DE LA PRIMERA DEMANDA Y  
PRIMERO DE LA SEGUNDA DEMANDA**

Como aparece a folios 17 a 27 y 39 a 49 del cuaderno de la Corte, en los cargos único de la primera demanda y primero de la segunda, -en texto idéntico-, se acusa la sentencia impugnada, "con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por la vía indirecta, por ser violatoria, por indebida aplicación del artículo 100 del Decreto-ley 960 de 1970, infracción proveniente de error de derecho consistente en la violación medio, por falta de aplicación, del artículo 228 de la Constitución Nacional y de los artículos 179, 180 y el inciso 4o. del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, contenido de una norma de carácter probatorio, y por indebida aplicación de los artículos 174 y 183 del mismo Código", infracciones todas relacionadas con la negativa a la apreciación de la décima segunda copia auténtica de la escritura pública número 866 de 22 de julio de 1975, Notaría Segunda de Neiva (fls. 17 a 18, de este cuaderno, primera demanda, y 39 a 40 del mismo, segunda demanda).

*Sala de Justicia*

En desarrollo de la argumentación expuesta para la sustentación de los cargos así formulados, manifiestan los recurrentes que para el mejor entendimiento de la acusación es necesario recordar que en proceso anterior entre las mismas partes se impetró declarar la simulación del contrato de compraventa de que da cuenta la escritura pública No.866 de 22 de julio de 1975, Notaría Segunda de Neiva, declaración que fue denegada luego de casado el fallo de segunda instancia en ese proceso, en cuya sentencia de reemplazo la Sala de Casación Civil entonces "se abstuvo de declarar inexistente la escritura, porque estimó que tal inexistencia era apenas temporal y no definitiva, toda vez que los interesados podían hacerla válida con la intervención de la Superintendencia de Notariado y Registro." (fls. 18 y 40, primera y segunda demanda, respectivamente).

A continuación, los casacionistas expresan que: "Lo que la Corte advirtió que podía ocurrir fue lo que sucedió en el curso de este proceso. Que como el vicio de que adolecía la escritura 866 fue solamente la falta de la firma del Notario, pues en todo lo demás están cumplidos la plenitud de los requisitos que la ley exige para la validez del contrato de compraventa en ella contenido, la inexistencia transitoria desapareció". (fls. 19 y 41, cdno. Corte, primera y segunda demanda, en su orden). De tal manera que, en relación con tal escritura pública, "el Tribunal vió eso, que era inexistente pero no lo es. Vió la verdad real, la verdad

verdadera, pero se atuvo a una realidad procesal desaparecida, con apoyo en que la prueba de la existencia de la escritura que adolecía de inexistencia temporal fue aportada al proceso en forma irregular", actuación esta del tribunal que, a juicio de los recurrentes, coloca al sentenciador de segundo grado en posición de desconocer la verdad real, "para rendirle culto a principios procesales desde luego mal aplicados, como se verá a continuación", pues, con ello, "prevalció la ley procesal sobre la ley sustancial, con lo cual se viola el artículo 228 de la Constitución Nacional" (fls. 19 y 41, cdno. Corte, primera y segunda demanda en su orden).

Señalan luego los censores que el tribunal, al aducir como razón para dejar de apreciar la décimosegunda copia de la escritura pública en cuestión, dizque porque ella se adujo fuera de las oportunidades prescritas por los artículos 174 y 183 del Código de Procedimiento Civil, no tuvo en cuenta que la firma de ese documento por el señor Notario Segundo de Neiva en mayo 27 de 1992, es un hecho posterior a la época de presentación y de contestación de la demanda y que, en este caso, olvidó el tribunal que se trata "de hechos nuevos que acaecen con posterioridad a la iniciación del proceso, los cuales obviamente no pueden estar debidamente probados hasta cuando sucedan". (fls. 20 y 42, cdno. Corte), por lo que, en casos tales, la ley impone su alegación al interesado, quien está gravado con la aportación de la prueba, para que se aprecie por el juez,

*Trema de Justicia*

aún decretando esa prueba en forma oficiosa (art. 179 y 180 del C.P.C.), aunque el artículo 305 manda que el juzgador, una vez que la prueba obre en autos debe "considerarla de oficio" en la sentencia.

Aducen además los recurrentes, que la controversia sobre la inexistencia de la escritura pública debatida en este proceso, necesariamente ha de verse afectada por el hecho de haber sido firmada por el Notario con autorización de la Superintendencia de Notariado y Registro, hecho ocurrido con posterioridad a la demanda, como que esta "se presentó el 3 de junio de 1983 y la escritura adquirió la existencia de que adolecía el 27 de mayo de 1992, al ser firmada por el señor Notario" (fls. 22 y 44, cdno. Corte, demandas primera y segunda, en su orden), circunstancia esta que fue debidamente alegada antes de proferir el fallo impugnado, en la audiencia de segunda instancia durante el trámite del recurso de apelación. Ello significa, que el tribunal aplicó al caso litigado indebidamente los artículos 174 y 183 del Código de Procedimiento Civil y dejó de aplicar el artículo 305 del mismo estatuto, aplicable al caso por tratarse de "hechos nuevos", cuya ocurrencia fue posterior a la demanda. Por tal razón, a juicio de los censores, ha de ser casada la sentencia que se impugna y, en su reemplazo, en sede de instancia, se ha de revocar la de primera, para en su lugar, declarar la existencia de la escritura pública No.866 de 22 de julio de 1975, otorgada en la Notaría Segunda de Neiva

*Sala de Justicia*

(fls. 26 y 49 de este cuaderno, primera y segunda demandas de casación).

**CONSIDERACIONES**

1.- Es verdad averiguada que las sentencias de segundo grado pueden ser atacadas por violación indirecta de las normas sustanciales, cuando, según las circunstancias que se tuvieran o debieran tener presente, se sujetan en su formulación a la técnica de casación.

1.1.- Primeramente advierte la Sala que se encuentran sometidas a estatuto especial tanto las formalidades de las escrituras públicas, como aquellas que en particular se refieren a la autorización y firma del notario.

1.1.1.- En efecto, recuerda la Sala que conforme a lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto-Ley 960 de 1970, el proceso de "perfeccionamiento" de una escritura pública, comprende varias etapas sucesivas e independientes entre sí, que, aunque de suyo son actos separables, en conjunto constituyen un acto complejo, al término del cual nace a la vida jurídica esa categoría especial de instrumento público que el legislador denomina escritura pública, es decir, el documento contentivo de declaraciones emitidas ante notario en

*Suprema de Justicia*

actos jurídicos y que se incorpora al respectivo protocolo.

En ese orden de ideas se distinguen con absoluta claridad, la recepción de las declaraciones; la extensión de las mismas, o sea su "versión escrita"; el otorgamiento, o sea el asentimiento de los otorgantes al texto que ha sido extendido; y, por último, la autorización que, conforme al tenor de la ley (art. 14, Decreto-Ley 960 de 1970), "es la fe que imprime el notario" al instrumento, "en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes, y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados". Es decir, el Notario como guardián de la fé pública, con su firma, que estampa "en último lugar" (art. 40, Decreto-Ley 960 de 1970), asevera que ese instrumento público fue elaborado con estricto cumplimiento "de los requisitos formales del caso" y que los otorgantes, de otro lado, "presentaron los comprobantes pertinentes"; y, a virtud de ello, le imprime entonces con el acto de firmarla, el carácter de escritura pública en ese documento que habrá de ser protocolizado como tal.

1.1.2.- De otra parte, con estricto rigor lógico-jurídico, el decreto 960 de 1970, por el cual se expidió el "Estatuto del Notariado", dedica el Título III a la "Invalidez y Subsanación de los Actos Notariales", lo que, de entrada, muestra a las claras que el legislador extraordinario distinguió ab-

*tema de Justicia*

inicio entre los actos nulos y aquellos simplemente irregulares. Los primeros, son los que tienen ocurrencia cuando "desde el punto de vista formal", se omite el "cumplimiento de los requisitos esenciales" en los casos específicamente determinados por el artículo 99 de ese estatuto, y se sanciona con la invalidez el acto notarial que adolezca de uno cualquiera de los vicios allí señalados. En cuanto a los demás, es decir, los afectados de simple irregularidad, pueden ser objeto de "subsana-ción", de enmienda o corrección, y de ello se ocupan las restantes normas del citado Título III del Decreto-Ley 960 de 1970. Ello acontece con el artículo 100 de ese estatuto, según el cual, cuando quiera que en un instru-mento público en proceso de perfeccionamiento como la escritura pública faltare la autorización notarial, mientras ella no se produzca, no se adquiere esa calidad, ni ese documento tiene existencia como escritura pública.

Con todo, si al instrumento "faltare solamente la firma del notario", sin causa que justifique la negativa a su autorización, puede quien se encuentre en el cargo suscribir el instrumento previa autorización de la Superintendencia de Notariado y Registro (arts.100, Decreto-Ley 960 de 1970 y 47 del Decreto 2148 de 1983), la que será concedida "con conocimiento de causa", hipótesis esta en la que por el cumplimiento de la última de las etapas previstas en la ley para que el "perfeccionamiento" de la escritura pública, es decir, por la "autorización" (arts.13 y 14,

*Suprema de Justicia*

D-Ley 960 de 1970), el instrumento que hasta antes de ella era inexistente como escritura pública, adquiere plena existencia como tal.

1.2.- Siendo así las cosas, resulta pertinente concebir varias posibilidades de alteraciones de documentos escriturarios, tal como cuando iniciado un proceso declarativo de inexistencia de escritura pública por falta de la firma del notario, con posterioridad a dicha iniciación y estando en curso dicho proceso, se obtiene la subsanación de la firma con autorización de la superintendencia de notariado y registro, la que antes de la sentencia de primer o segundo grado es aducida y aportada por las partes para que sea tenida en cuenta en la decisión final de aquella pretensión. En tal situación, el juez puede encontrarse en el deber excepcional o ineludible de decretar de oficio la prueba, so pena de violar las reglas de disciplina probatoria aplicable a la norma.

1.2.1.- Ciertamente, como en muchas ocasiones lo ha reiterado esta Corporación la atribución que la ley le otorga al juez o magistrado para decretar pruebas de oficio cuando quiera que "las considera útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes" (art.179 C.P.C.) si bien, por el interés público del proceso, no constituye una facultad sino un deber para tales funcionarios establecida para garantizar la búsqueda de la verdad real que no aparece en el expediente (Sentencia

*Suprema de Justicia*

No.444 del 26 de octubre de 1988); no es menos cierto que sólo le corresponde al mencionado funcionario juzgador, juez o magistrado, determinar previamente a la decisión del decreto de oficio de pruebas, cuales son las alegaciones de las partes y los hechos relacionados con éstas, así como cuáles de estos hechos requieren de su verificación o prueba y cuáles estima o considera útiles para tal efecto. De allí que si bien no se trata de una mera discrecionalidad del juzgador de la atribución para decretar o no decretar de oficio una prueba, sino de un deber edificado sobre el juicio y conclusión razonable del juzgador, no es menos cierto que solo a él le compete hacer dicho análisis y adoptar la decisión que estime pertinente de decretar o no la prueba de oficio, pues le basta decretarlas sin recurso alguno (art.179, inc. 2o. C.P.C.) o simplemente abstenerse de hacerlo (pues, solo depende de su iniciativa). Por ello resulta explicable que no se incurra en error de derecho cuando el juez, en uso de sus atribuciones, se abstiene de decretar pruebas de oficio y, por consiguiente, no procede a darle valoración a prueba inexistente o a prueba irregularmente presentada o incorporada al proceso.

1.2.2.- Sin embargo, cosa distinta acontece cuando quiera que en un proceso, como el sub-exámine, con posterioridad a la presentación de la demanda, de una parte, sobrevenga un hecho que de manera esencial y notoria altere o extinga la pretensión inicial; y, de la otra, se aduzca o aporte, aunque sea

*Suprema de Justicia*

inoportunamente, la prueba idónea de dicho hecho que no ha sido incorporada legalmente al proceso. Porque en tal evento las circunstancias objetivas, ajena a toda negligencia o argucia de las partes, ponen de manifiesto ante el juez o magistrado la siguiente alternativa: la una consistente en adoptar decisión que, con prescindencia de la prueba irregularmente aportada, resultaría abiertamente contraria a la realidad que, de acuerdo con el hecho sobreviniente, muestra la pretensión al momento del fallo; y la otra, la de optar, previo decreto de oficio de la prueba con la correspondiente contradicción, por una decisión que puede resultar mas ajustada a la nueva realidad probatoria de los hechos en que se funda la pretensión inicial. Si ello es así, corresponde al juez el deber ineludible de decretar de oficio dicha prueba para que, una vez incorporada y controvertida legalmente en el proceso, pueda proceder mediante su apreciación a adoptar una decisión conforme a la realidad probatoria de los hechos iniciales y sobrevinientes. Porque la atribución legal para decretar de oficio las pruebas, por las circunstancias objetivas y ostensibles que rodean el caso, imponen el deber ineludible de hacer uso de dicha atribución, pues no hay fundamento alguno para considerar inútil dicha prueba, ni para estimarla extraña a las alegaciones de las partes, sino, por el contrario, dicha prueba resulta necesaria para precaver una decisión absurda y contraria a la realidad.

Y ello precisamente se presenta

PLP-4293-22

*tema de Justicia*

cuando frente a una pretensión inicial de inexistencia de una escritura pública determinada fundada en la omisión de la firma notarial, le sobreviene durante el proceso la alegación y prueba de la subsanación por orden del competente, de la firma del notario. Porque en dicho evento, al prescindirse de esta prueba (por no incorporarse legalmente) se arriesga el juzgador a adoptar una decisión relativa a la ausencia de firma del notario, cuando, de acuerdo con la prueba aducida, se sugiere, a pesar de que aún no sea regular, que ella ya existe de acuerdo con el procedimiento posterior. Luego autorizar una decisión en este sentido no solo resulta absurda sino igualmente contraria a la realidad, porque sería permitir que se adopte una resolución sobre una prueba de una escritura que carece de la firma del notario, cuando por otra parte existe otra prueba de la misma escritura que muestra lo contrario, es decir, que sí tiene firma. De allí que la interpretación legal que autorice tal absurdo, que se consigue no decretando de oficio la referida prueba, no deba estimarse como la mas acertada. Luego, esta última no ha de ser otra que la de asumir el deber ineludible de dictar el decreto de oficio de la prueba correspondiente, para proceder luego a la decisión pertinente.

Luego, bajo la inteligencia que aquí se le da al artículo 179 del C.P.C., en armonía con el 180 ibidem, el deber de decretar de oficio una prueba asume el carácter ineludible cuando quiera que por las

*Suprema de Justicia*

circunstancias objetivas (ajenas a la negligencia, y maniobras de las partes) y ostensibles del proceso, es la actitud pertinente para ajustar la realidad probatoria a los hechos sobrevinientes aducidos y probados, que impidan fallos absurdos contrarios a la realidad última alegada y probada. Si ello es así, síguese entonces que la violación de este deber que excepcionalmente se torna ineludible en este caso, constituye un quebranto a la norma de disciplina probatoria mencionada, que, a su vez, impide, contrariando dicho precepto, otorgarle valoración probatoria precisamente a la prueba que, por los anteriores motivos, debió ineludiblemente ser decretada e incorporada de oficio con la consiguiente contradicción del caso. Por esta razón, excepcionalmente en este caso se incurriría en error de derecho alegable en casación cuando frente a la situación concreta mencionada, que, como se vió, supone la preexistencia de la prueba pertinente de un hecho sobreviniente, que al no ser decretado de oficio, contrariando la ley, de contera conduce al juzgador al quebrantamiento indirecto de la norma sustancial contemplada en el artículo 100 del Decreto 960 de 1970.

2.- Sentado lo anterior, se observa por la Corte que los cargos propuestos como único en la primera demanda y como primera en la segunda, han de prosperar, por las razones que van a expresarse a continuación:

*Tribunal de Justicia*

2.1.- Es verdad incontrovertida en este proceso, que el objeto del litigio es que se declare la inexistencia de la escritura pública No. 866 de 22 de julio de 1975, Notaría Segunda de Neiva, como quedó establecido en la demanda y su contestación.

Es igualmente cierto que al expediente fue allegada copia auténtica (décimosegunda) de la referida escritura pública, en el texto de la cual aparece una constancia suscrita por el señor Notario Segundo del Círculo de Neiva el 27 de mayo de 1992, en la que expresa que la suscribe, con autorización de la Superintendencia de Notariado y Registro, "conforme a la Resolución No.2736 del 14 de mayo de 1992, protocolizada mediante escritura No.1407 de fecha 25 de mayo de 1992" (folio 96, C-4).

2.2.- En la sentencia objeto de impugnación mediante los recursos extraordinarios en los cuales se formulan los cargos que se analizan ahora por la Corte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva -Sala de Familia-, manifestó que sobre la copia auténtica de la escritura pública mencionada en el numeral inmediatamente precedente, no haría "ningún pronunciamiento" en la parte resolutive, en razón de "tratarse de documento aportado a proceso inobservando la preceptiva de los artículo 174 y 183 del C. de P.C." (fl. 147, C-4).

*Este Suprema de Justicia*

2.3.- Así las cosas, salta a la vista que el sentenciador de segundo grado pasó por alto en forma absoluta lo dispuesto por los artículos 179, 180 y 305 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de no darle cumplimiento al deber ineludible que este caso tenía para decretar de oficio la prueba que con relación a un hecho se le aducía como extintivo de la pretensión inicial formulada, con lo cual impidió igualmente la posibilidad de la aplicación del artículo 305 citado; lo que, en su conjunto llevó al sentenciador a violar indirectamente el artículo 100 del Decreto 960 de 1970.

2.3.1.- En efecto, por ese deber, ineluctable en este caso, el juzgador de instancia también quebrantó el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, norma esta que precisamente para impedir fallos contrarios a la realidad de la vida, formalmente impecables pero en contraevidencia rotunda con la verdad material, ordena al juzgador que cuando ocurran con posterioridad a la presentación de la demanda hechos nuevos, que por su propia índole sean modificatorios o extingan la relación jurídico-sustancial controvertida, esos hechos sobrevinientes habrán de ser tenidos en cuenta en la sentencia, supuesto, como es obvio, que aparezcan probados y que hubieren sido alegados a más tardar en los alegatos de conclusión, lo que, en rigor se cumplió a cabalidad en el caso sub-lite, como aparece de bulto en el acta de la audiencia pública que en virtud de lo pedido por la parte demandada y en cumplimiento de lo

*Arma de Justicia*

prescrito por el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, se celebró en el curso de la segunda instancia (fls. 113 a 115, C-4).

2.3.2.- Si, como aparece en el acta mencionada, los apoderados de las partes en forma expresa se refieren a la décimo-segunda copia de la escritura pública cuya inexistencia se impetró declarar por la jurisdicción, y está aceptado por ellos que la firma del Notario fue impuesta en ese instrumento luego de presentada la demanda y antes de la audiencia referida (la escritura pública fue firmada por el Notario el 27 de mayo de 1992, por autorización de la Superintendencia de Notariado y Registro conferida por Resolución # 2736 de 14 de mayo de 1992, y la audiencia pública aludida se celebró el 3 de septiembre de 1992), es imperativa la conclusión de que el hecho sobreviniente, debió ser objeto de decreto de prueba de oficio por reunir las condiciones arriba citadas, a fin de que pudiera ser apreciada "en la sentencia". Más, como así no procedió el sentenciador de segundo grado, resulta de ello que se llevó de calle lo preceptuado por los artículos 179, 180 y 305 del Código de Procedimiento Civil pretextando que la prueba de haberse suscrito tal escritura pública no se allegó dentro de las oportunidades probatorias (arts. 174 y 183, C.P.C.), pues, como se dijo, estaba, conforme a las normas citadas, en el deber forzoso de decretar de oficio esa prueba, antes de proceder a dictar sentencia. En efecto, resulta de bulto que el hecho sobreviniente en

*to Suprema de Justicia*

torno a la relación jurídico-sustancial materia de debate judicial ocurrió después y no antes de la demanda inicial de este proceso y, además, que la prueba del mismo se allegó antes de la audiencia convocada durante el trámite del recurso de apelación (art. 360 C.P.C.) y que, por si fuera poco, a la escritura pública ya firmada por el Notario se refirieron las partes, sin objetarla ni tacharla, durante la celebración de esa audiencia, ni tampoco con posterioridad a ella. Sin embargo, fue ostensible el incumplimiento del juzgado frente al deber ineludible que existía en el presente caso para decretar de oficio dicha prueba, a fin de que, una vez incorporada al proceso y controvertida, pudiera ser apreciada en la sentencia en el sentido que resulta pertinente. Luego, al no hacerlo así incurrió en error de derecho al quebrantar las mencionadas normas de disciplina probatoria con relación a la citada prueba, y que, de contera, le impidió darle el valor probatorio que le asigna la ley para la incorporación regular.

2.3.3.- Agréguese a lo dicho, que el pronunciamiento judicial de ser la escritura pública en cuestión inexistente como tal, pese a que el Estado, por conducto de la autoridad pública (Superintendencia de Notariado y Registro) autorizó su suscripción posterior por el Notario Segundo de Neiva, equivaldría a desconocer por completo, sin razón jurídica alguna la validez y eficacia de ese acto, para dar por no existente lo que manifiestamente existe, posición esta que sería no

solo reñida con la lógica, sino violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 305 del C.P.C. y 100 del Decreto 960 de 1970.

2.3.4.- Viene entonces de lo dicho, que la sentencia impugnada habrá de ser casada por la Corte. Sin embargo, previamente a la sentencia sustitutiva esta Corporación decretará de oficio algunas pruebas (arts.375, 179 y 180 C.P.C.).

IV - D E C I S I O N :

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, C A S A la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva -Sala de Familia-, el 29 de septiembre de 1992 en el proceso iniciado por GILMA MOSQUERA DE DIAZ contra la sociedad "AGROPECUARIA MOSQUERA HERMANOS LTDA. (en liquidación), ALFREDO MOSQUERA GARZON, ALFREDO, JORGE, FERNANDO Y GRATINIANO MOSQUERA TRUJILLO y, actuando en sede de instancia, previamente al fallo correspondiente, conforme a lo dispuesto por los artículos 375, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, RESUELVE:

DECRETAR de oficio la incorporación como prueba regular del presente proceso las copias auténticas de las escrituras públicas No.866 del 22 de julio de 1975 y No.1407 del 25 de mayo de 1992 de la Notaría Segunda del Círculo de Neiva, que obran a folios 92 a 103, C-4,

*Suprema de Justicia*

presentadas por el demandado Gratiniano Mosquera Trujillo (fl.90, C-4), y a las cuales aludieron las partes en la audiencia a folios 113 y ss. del C-4.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación, por su prosperidad. Tásense en su oportunidad.

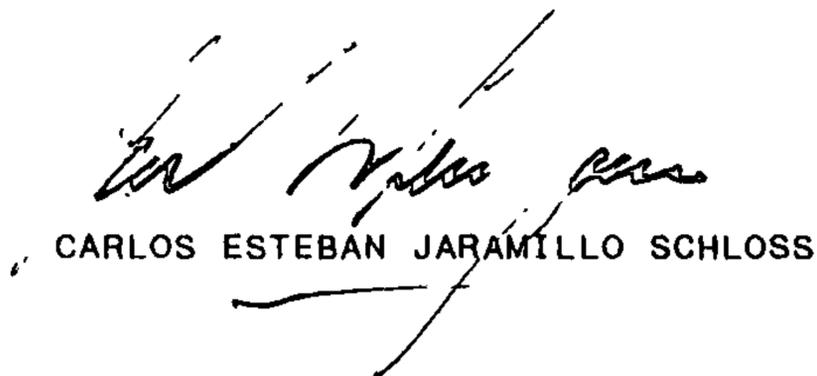
Cópiese, notifíquese y devuélvase.



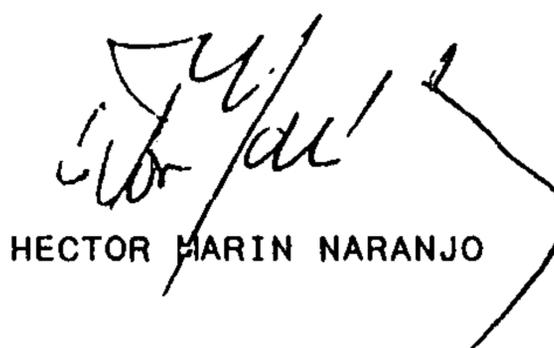
PEDRO FARGONI PIANETTA



EDUARDO GARCIA SARMIENTO



CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS

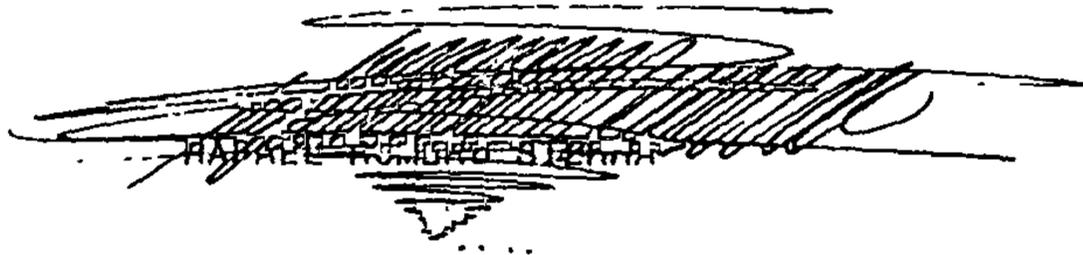


HECTOR MARIN NARANJO

*Suprema de Justicia*

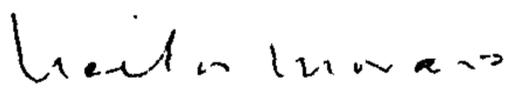
Referencia: Expediente No.4293

ALBERTO OSPINA BOTERO  
en permiso



Santafé de Bogotá, D.C., septiembre doce (12) de mil novecientos  
noventa y cuatro (1994)

La presente providencia no la suscribe el magistrado doctor Alberto  
Ospina Botero, por cuanto no participó en su discusión y aprobación  
por encontrarse en uso de permiso.

  
HECTOR MORENO ALDANA  
Secretario

## **Sentencia SU768/14**

### **ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Requisitos generales y especiales de procedibilidad**

### **JUEZ EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Significado y sentido de la labor/DIRECCION DEL PROCESO JUDICIAL EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

*El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”, convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material. El derecho sustancial es aquel que se refiere a los derechos subjetivos de las personas, en oposición al derecho formal que establece los medios para buscar la efectividad del primero. Bajo los principios de la nueva Constitución se considera que la justicia se logra precisamente mediante la aplicación de la ley sustancial. Ahora bien, “no se puede perder de vista que una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar el equilibrio perfecto entre la búsqueda del valor de la verdad y la efectividad del derecho material”. De esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si esta es siquiera alcanzable, jurídicamente “la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares”. Así las cosas, el marco filosófico de la Constitución Política de 1991 convoca y empodera a los jueces de la República como los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso, tendiente a materializar un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial, y con ello la realización de la justicia material.*

### **PRUEBA DE OFICIO EN LOS ESTATUTOS PROCESALES- Facultad del juez para distribuir las cargas procesales**

### **PRUEBA DE OFICIO-Importancia/DECRETO DE PRUEBAS DE OFICIO-Relevancia constitucional**

*En relación con las pruebas de oficio, la jurisprudencia constitucional ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas. Tal potestad no debe*

*entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como “un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial”. El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes.*

**FACULTADES Y PODERES DEL JUEZ-**Deber de practicar pruebas de oficio en los procesos que se surten ante la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso administrativo

### **JUEZ DE TUTELA Y PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD EN MATERIA PROBATORIA**

*La oficiosidad del juez cobra mayor fuerza en el escenario de la acción de amparo. La jurisprudencia ha enseñado que “en el trámite de la acción de tutela la oficiosidad del juez ha de ser un criterio determinante para la consecución de su objetivo, esto es, el de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales”, sobre todo cuando se encuentran en discusión los derechos de sujetos en condición de vulnerabilidad, como ocurre con la población desplazada, frente a los cuales el juez “no puede escatimar en razones ni medios de prueba para que la justicia se materialice”. Y es precisamente a fin de lograr la efectividad de los derechos fundamentales que se pretende conseguir por medio de esta acción constitucional, que el Decreto 2591 de 1991 faculta al juez a pedir informes a la autoridad o entidad accionada respecto de la solicitud de amparo impetrada en su contra, e impone la consecuencia jurídica de presunción de veracidad de los hechos narrados por el accionante, cuando el informe solicitado a la parte accionada no fuere rendido dentro del plazo determinado.*

### **LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO COMPARADO**

**LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO-**Tratados internacionales vinculantes para el Estado colombiano

**LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO-**En el Código de procedimiento civil

**SISTEMA MIXTO DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO**-Consagra simultáneamente los poderes oficiosos del juez junto con la diligencia de las partes en la obtención del derecho extranjero

*El ordenamiento jurídico colombiano se inclina por una alternativa intermedia, tanto en su legislación interna como en los tratados regionales en lo que se ha hecho partícipe. En principio, dispone que el derecho extranjero es investigado de oficio por la autoridad judicial (C.P.C., art. 188), como si se tratara de su propio ordenamiento (Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, art. 2). Sin embargo, también acepta la colaboración de las partes (C.P.C., art. 188) para que estas puedan alegar y probar su existencia y contenido (Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, art. 2). De este modo, el derecho extranjero no se aborda como una simple cuestión fáctica en tanto existe una responsabilidad expresa en cabeza de las autoridades judiciales en su consecución, pero tampoco es un asunto de puro derecho, por cuanto el ordenamiento colombiano reconoce que su contenido, alcance y vigencia puede ser alegado, probado y discutido también por las partes interesadas.*

**CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL DERECHO EXTRANJERO**-Relevancia, calidad de las partes y disponibilidad de la norma como criterios del juez en su análisis

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES**-Procedencia por defecto sustantivo por cuanto hubo desconocimiento del deber de impulso oficioso del juez en la obtención del derecho extranjero para determinar propiedad de barco en acción de reparación

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES**-Vulneración del debido proceso y acceso a la administración de justicia por falta de impulso oficioso que corresponde al juez en la obtención del derecho extranjero

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES**-Procedencia por defecto fáctico por omisión en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de la legitimación en la causa en el derecho extranjero que determinan propiedad de barco

Expediente: T-3.955.581.

Referencia: Acción de tutela de Joseph Mora Van Wichen contra la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.

Asunto: La carga de la prueba del derecho extranjero y la labor del juez en el Estado Social de Derecho.

Magistrado Ponente:  
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

### SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela emitido por la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en el expediente T-3.955.581.

#### I. ANTECEDENTES.

Joseph Mora Van Wichen interpone acción de tutela contra la sentencia proferida por la Subsección C, Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado. Considera vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna, el mínimo vital y el debido proceso, al haberse confirmado el fallo de instancia que negó las pretensiones dentro de la demanda de reparación directa promovida por el actor contra la Nación.

#### 1. Hechos y relato contenido en el expediente<sup>1</sup>.

##### *A. Antecedentes:*

1. El accionante manifiesta que el barco de su propiedad, Zeetor, matriculado en el puerto hondureño de San Lorenzo, arribó a Colombia el 31 de diciembre de 1991 con un cargamento de harina de pescado. Fue recibido legalmente por la Capitanía del Puerto de Buenaventura. A su llegada, asegura, fueron verificados todos los documentos que por convenios internacionales debía tener la motonave.

2. No obstante, sostiene que su agente Navieros de Occidente Ltda. le incumplió lo acordado en relación con el cargamento y el pago de los fletes, ya que los cobró al dueño de la carga pero no los transfirió correctamente. Como consecuencia de lo anterior, la Capitanía del puerto de Buenaventura

---

<sup>1</sup> El presente capítulo resume la narración hecha por el actor, así como otros elementos fácticos y jurídicos observados en el expediente, los cuales se consideran relevantes para comprender la complejidad del caso.

negó la autorización de zarpe, en decisión del 20 de enero de 1992, aduciendo que la embarcación tenía deudas pendientes con Colpuertos.

3. Pone de presente que estando en el Puerto de Buenaventura, el señor Juan Montes de Oca, Capitán del Zeetor para ese entonces, realizó las liquidaciones de algunos créditos laborales a favor de la tripulación, las cuales fueron homologadas con la firma del Capitán de Puerto. Uno de los créditos resultantes fue el de un tripulante de nombre Reinaldo Escultero, quien esgrimió estos documentos como título ejecutivo ante el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura en demanda que interpuso contra Joseph Mora y la compañía Pacific Coasting S.A., solidariamente.

4. Afirma que el 10 de abril de 1992 el Juzgado 2º Laboral de Buenaventura profirió orden de embargo y secuestro del Zeetor, en razón a las acreencias alegadas por el tripulante Escultero, medida cautelar que si bien fue posteriormente anulada estuvo vigente por más de cuatro años y dio origen a una serie de calamidades e infortunios que comprometieron gravemente su estabilidad física, emocional, familiar y económica.

5. Relata que desde mayo de 1992 hasta finales de 1993 se vio forzado a permanecer en el país, por cuanto se expidió en su contra una orden de prohibición de salida por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), como resultado de una indagación por un presunto hurto de un bote de rescate. Embarcación de su propiedad que había sacado a tierra, asegura, para protegerlo del vandalismo.

6. Asegura que en febrero de 1998, intentando proteger su barco de cinco ladrones, estos le ocasionaron múltiples heridas en la cabeza e incluso le enterraron un destornillador en el pecho, luego de lo cual se apropiaron de lo que pudieron llevarse en canoas.

7. Sostiene que durante todo este tiempo y debido a la inmovilización del único patrimonio que tenía para subsistir, sus ahorros disminuyeron radicalmente hasta el punto de tener que recurrir a la caridad de vecinos. Igualmente, relata que su situación familiar se deterioró considerablemente en tanto su compañera sentimental e hijos residían en Perú, país que no pudo volver a frecuentar mientras intentaba resolver sus problemas judiciales en Colombia.

#### *B. Demanda de reparación directa contra la Nación:*

8. Con fundamento en los sucesos e infortunios descritos anteriormente, especialmente el embargo y secuestro judicial del barco (el cual en el transcurso del proceso fue totalmente desvalijado y se lo “comió el mar”, en palabras del accionante<sup>2</sup>), el señor Joseph Mora Van Wichen interpuso acción de reparación directa en 1997 contra la Nación (Ministerio de Defensa,

---

<sup>2</sup> Cuaderno de tutela, folio 2.

Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura), alegando un error judicial. Explicó que dentro del proceso laboral se libró un mandamiento de pago sin examinar que el título era uno de aquellos que la ley denomina complejos, por lo que debía verificarse con los libros de registro del Buque y, en todo caso, la medida no era procedente por tratarse de un buque con bandera extranjera<sup>3</sup>.

9. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en fallo del 15 de diciembre de 2000, negó las pretensiones de la demanda. En su sentir, (i) no se determinó quién era el propietario de la motonave Zeetor por la cual se reclamaban los perjuicios, si era de la compañía Panameña Pacific Coasting S.A., del señor Joseph Mora Van Wichen, o de ambas partes; (ii) no se precisó en qué calidad se solicitaban los daños, si como propietario, poseedor o tenedor; y lo más importante, (iii) de acuerdo con el artículo 1442 del Código de Comercio, debió haberse probado *“cuáles son los requisitos de la legislación de Honduras para demostrar la propiedad de ese bien, cuestión que le correspondía a la parte demandante que es la interesada en que se le paguen perjuicios por los daños de la nave de bandera extranjera”*<sup>4</sup>.

10. En su oportunidad, el apoderado judicial del señor Mora interpuso recurso de apelación. Con respecto a la legitimación en la causa por activa, propuso como argumento principal la propiedad de Pacific Coasting S.A. sobre la moto nave Zeetor y subsidiariamente la posesión que ejercía el mandante (Joseph Mora Van Wichen) sobre el buque, la que igualmente daría derecho a reclamar perjuicios en forma total. Señaló que dentro del expediente obraba copia auténtica de la *“patente definitiva de navegación”*, que equivalía al título de propiedad de la motonave Zeetor y fungía como el pasaporte en cada puerto a donde llegaba la motonave. Aseguró además que esta patente, junto con otros documentos de salubridad y seguridad, dieron lugar a que se generara una constancia que por ser pública tenía todo el valor probatorio: el acta de visita.

De igual manera, el apoderado resaltó que en dos procesos anteriores (el de ejecución laboral adelantado en contra del señor Mora y una acción de tutela a su favor), tales documentos fueron suficientes para acreditar la propiedad del barco. Por ello opinó que *“no sería jurídicamente bien visto que en dos procesos la justicia sí tuviera como prueba de la propiedad de unos documentos idóneos, y así le generara toda la confianza al demandante y ahora, después de cuatro largos años, se pretenda sostener que no se tiene o no se probó la titularidad”*<sup>5</sup>.

Por último, solicitó aceptar como pruebas de oficio los siguientes documentos:

- i. Copia auténtica del original de la escritura de adjudicación por remate de la motonave Zeetor, de fecha 22 de mayo de 1989, con todas las

<sup>3</sup> Cuaderno Principal, folio 1280.

<sup>4</sup> Cuaderno Principal, folio 1146.

<sup>5</sup> Cuaderno Principal, folio 1156.

legalizaciones del caso establecidas por el Código de Procedimiento Civil.

- ii. Copia auténtica del original del registro de la matrícula de la motonave Zeetor en Honduras con todas las legalizaciones del caso establecidas por el Código de Procedimiento Civil.
- iii. Copia auténtica del original de la patente definitiva de navegación.

11. En auto del 29 de octubre de 2001, el Consejero Ponente negó la solicitud de pruebas. Explicó que el periodo probatorio en segunda instancia era excepcional, dado que sólo se podían decretar pruebas en los eventos previstos en el artículo 214 del C.C.A., y que en este caso la petición se hizo por fuera de tales supuestos.

No obstante, al resolverse el recurso de súplica, la Sala consideró que respecto a la prueba trasladada de los documentos aportados en la acción de tutela le asistía razón al señor Mora, en tanto la misma había sido solicitada y decretada en la primera instancia, pero no contestada en debida forma por la entidad judicial oficiada. En virtud de lo anterior, ofició al Juzgado Segundo Penal del Circuito para que remitiera copia del proceso de tutela instaurado por Joseph Mora Van Wichen contra el Juzgado 2º Laboral del Circuito<sup>6</sup>.

En cuanto a las pruebas que se solicitaron fueran decretadas de oficio, aseveró que *“en su momento la Sala hará uso de la facultad prevista en el artículo 169 del C.C.A. y 179 del C. de P. C. si lo considera necesario”*<sup>7</sup>.

12. Mediante auto de fecha 26 de julio de 2004, el Consejo de Estado negó la solicitud de prelación del fallo elevada por el Ministerio Público, quien a su vez actuó en atención a la solicitud efectuada por la Embajada de Holanda. El demandante insistió en el beneficio a través de sendas peticiones radicadas el 23 de noviembre de 2007, 12 de febrero de 2008, 6 de agosto de 2008, 8 de agosto de 2008 y 9 de febrero de 2009, las cuales fueron rechazadas sistemáticamente por el Consejo de Estado<sup>8</sup>. Finalmente, en auto del 26 de marzo de 2009, la Corporación accedió a la prelación formulada<sup>9</sup>.

13. El 22 de julio de 2009<sup>10</sup> la Sección Tercera profirió un auto en el cual, atendiendo el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, dispuso incluir como pruebas de oficio los siguientes documentos: (i) Escritura de adjudicación por remate de una motonave, otorgada por el Décimo Octavo Juzgado de Primera Instancia Civil de Lima, a favor de la Pacific Coasting Sociedad Anónima, suscrita en la ciudad de Lima el 22 de mayo de 1989; (ii) Patente definitiva de navegación, República de Honduras, número L0322948; y (iii) Testimonio – Instrumento número cincuenta y tres (53) otorgado en

<sup>6</sup> Proceso instaurado por el señor Mora con el objetivo que se le permitiera darle mantenimiento al buque Zeetor y prevenir la salinidad corrosiva.

<sup>7</sup> Cuaderno Principal, folio 1235.

<sup>8</sup> Según recuento realizado por el propio Consejo de Estado en la sentencia. Cuaderno Principal, folios 1658 y siguientes.

<sup>9</sup> Cuaderno Principal, folio 1526.

<sup>10</sup> Cuaderno Principal, folio 1535.

Tegucigalpa, Honduras, el 24 de mayo de 1990, por el notario del Distrito Central.

14. Dentro del trámite de la demanda de reparación directa el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, profirió fallo de segunda instancia el 9 de mayo de 2012. Esta sentencia – objeto de la presente acción de tutela- confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el sentido que el accionante no demostró su legitimación por activa.

La Sección Tercera expuso que la legislación comercial había instituido una regulación propia, que a su vez desarrollaba los convenios internacionales suscritos por Colombia, en relación con la transmisión de la propiedad de naves marinas. Se trataba de un régimen excepcional consagrado en el Código de Comercio (art. 1427), que reemplazaba la consensualidad de los actos que versan sobre bienes muebles, *“por la solemnidad de la escritura pública para el perfeccionamiento de los actos o contratos que afecten el dominio o que tengan por objeto la constitución de derechos reales sobre naves mayores y determinó que la tradición se efectuará mediante la inscripción de dicho título en la capitanía del puerto”*<sup>11</sup>.

Respecto a la tradición, la sentencia precisó que el artículo 1442 prescribía que la propiedad sobre las naves matriculadas o construidas en país extranjero se probaría por los medios que estableciera la legislación correspondiente de cada país. En opinión de la Sección Tercera, este postulado simplemente recogió *“el principio general según el cual a los bienes muebles se les aplican las leyes del lugar al cual pertenecen, entendido éste como un verdadero respeto y defensa de la nacionalidad del buque extranjero, de donde nace su derecho a recibir el tratamiento legal que su Nación de origen le ofrece”*<sup>12</sup>.

Una vez aclarado lo anterior, surgía un segundo problema jurídico relacionado con la prueba de la ley extranjera. Para el Consejo de Estado, la carga probatoria correspondía al actor, quien derivaba su interés procesal del derecho de propiedad que ostentaba sobre la denominada nave Zeetor. De manera que estaba *“obligado a acreditar dos elementos esenciales, el primero de ellos, [1] la legislación hondureña vigente en materia de adquisición del derecho real de dominio sobre naves y, el segundo, [2] el cumplimiento pleno de dicha legislación”*<sup>13</sup>.

La Sección Tercera respaldó esta postura en el principio de la *“sumisión voluntaria”*<sup>14</sup>, según el cual era razonable pensar que el accionante conocía la legislación extranjera y tenía fácil acceso a ella en la medida en que se

<sup>11</sup> Cuaderno Principal, folio 1667.

<sup>12</sup> Cuaderno Principal, folio 1668.

<sup>13</sup> Cuaderno Principal, folio 1668.

<sup>14</sup> Biocca Cárdena Basz, Lecciones de Derecho Internacional Privado, parte general. Ed. Universidad, Buenos Aires – Argentina, pág. 126. Citado en el fallo.

sometió a dicho Derecho cuando matriculó su nave en la nación de Honduras. En razón a lo anterior, descartó la necesidad de un impulso oficioso por parte del juez administrativo, por cuanto estas facultades “*no fueron establecidas para invadir la esfera de los intervinientes en el proceso sino para velar por la justicia (...) sin que pueda perderse de vista que nos encontramos en un sistema judicial esencialmente rogado y en cuyo ejercicio se requiere la intervención de un profesional del Derecho*”<sup>15</sup>.

### C. Demanda de tutela:

15. Inconforme con la decisión, Joseph Mora Van Wichen ejerció, el 4 de junio de 2012, acción de tutela contra la providencia emitida. De la multiplicidad de argumentos formulados por el señor Mora es posible identificar que su reclamo principal gira en torno a la vulneración del debido proceso. En primer lugar, esgrimió que sí se aportaron los medios de prueba idóneos para dar cuenta de la propiedad sobre el barco, particularmente dos escrituras públicas que se hicieron llegar al proceso oportunamente.

Recalcó que tales documentos eran suficientes para atestiguar el dominio sobre el buque de acuerdo con la legislación vigente, especialmente el artículo 1442 del Código de Comercio, en virtud del cual “*no hay ninguna otra exigencia en la prueba de la propiedad de un barco: es con el título y el modo. El uno la escritura de compra y el otro la de matrícula*”<sup>16</sup>. En este sentido, el accionante consideró que el Consejo de Estado había errado al declarar que el Tratado de Montevideo de 1889 sobre Derecho Comercial Internacional no estaba vigente para Colombia, puesto que si bien fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia el 18 de junio de 1987, su contenido fue nuevamente recogido por la Ley 33 de 1992.

El señor Mora aseguró que el Consejo de Estado debió haber ordenado a las “*autoridades competentes la llegada de la ley extranjera al proceso, es decir, si lo consideraba irrestrictamente necesario para decidir el caso de fondo, ha debido solicitarla*”. Por último, alegó la violación al mínimo vital y a una vida digna al encontrarse en una situación ostensible de debilidad. Sostuvo que la falta de reconocimiento de sus derechos constituía un perjuicio irremediable por cuanto representaban los únicos ingresos destinados a solventar sus necesidades básicas y las de su familia, de quienes se había visto forzado a separarse. Manifestó que todos estos daños físicos y morales se han visto agravados por la excesiva mora de la justicia colombiana, la cual prolongó más allá de lo razonable la concreción de sus aspiraciones de reparación.

## 2. Trámite procesal.

Mediante auto del 20 de junio de 2012, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, admitió la demanda de tutela, notificó a los demandados (Consejo de Estado y Tribunal Administrativo del

<sup>15</sup> Cuaderno Principal, folio 1669.

<sup>16</sup> Cuaderno de tutela, folio 15.

Valle del Cauca) y corrió traslado al Ministro de la Defensa Nacional, al Ministro de Justicia y a los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura para que se pronunciasen acerca de los hechos materia de la acción, como terceros interesados.

### **3. Contestación de las entidades vinculadas.**

3.1 El Consejero ponente de la sentencia allegó memorial de contestación en el que solicitó negar la petición de tutela. Explicó que el requerimiento del señor Mora, lejos de plantear una verdadera cuestión de importancia constitucional, pretendía reabrir el debate que se surtió.

Con respecto a la discusión de fondo, advirtió que la lectura del artículo 1442 del Código de Comercio debía realizarse conjuntamente con el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, para concluir que *“si el juez no conoce la legislación del país de origen de la nave, se encuentra imposibilitado para corroborar la idoneidad de los documentos aportados como prueba de la propiedad y su autenticidad”*. Consideró, en consecuencia, que la legislación extranjera *“como todos los hechos y elementos que procesalmente se debaten requiere su acreditación probatoria”*<sup>17</sup>.

3.2 El Jefe de la Oficina Asesora del Ministerio de Justicia y del Derecho alegó la excepción de falta de legitimación por pasiva, por cuanto la entidad no representa legalmente a la Nación - Rama Judicial. Además, hizo énfasis en que el poder judicial es autónomo e independiente en sus decisiones.

3.3 La Directora de la Unidad de Asistencia Legal de Administración Judicial señaló que el amparo debía ser negado en tanto dentro del proceso de reparación directa el accionante no demostró el daño causado ni mucho menos el nexo causal con un supuesto error judicial. En este sentido, la tutela no podía emplearse para revivir una acción legal ya denegada.

## **II. DECISIONES DE INSTANCIA.**

1. En providencia del 19 de julio de 2012, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, declaró improcedente la petición de amparo. Consideró que a través de este mecanismo excepcional no era posible cuestionar las providencias que dictaban los órganos de cierre de cada jurisdicción:

*“Si bien la Sala considera que la acción de tutela procede de manera excepcional contra providencias judiciales, no ocurre lo mismo con las providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional –órganos de cierre de cada jurisdicción- y por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura –como máxima autoridad en materia*

---

<sup>17</sup> Cuaderno de tutela, folio 93.

*jurisdiccional disciplinaria-. Las providencias judiciales de los órganos de cierre no pueden cuestionarse por medio de la acción de tutela, pues eso sería tanto como admitir que se prolongue la discusión, en detrimento del principio de seguridad jurídica. Los órganos de cierre en cada jurisdicción son los encargados de fijar las reglas que permiten a los jueces de inferior jerarquía resolver los conflictos jurídicos”<sup>18</sup>.*

2. En segunda instancia, la Sección Quinta rectificó la postura en torno a la procedencia de la acción de tutela, al precisar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo del 31 de julio de 2012, unificó la diversidad de juicios que existían al interior del Consejo de Estado sobre la materia. Explicó que a partir de esta providencia, *“la Corporación debe modificar su criterio sobre la improcedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, estudiar las que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente”<sup>19</sup>.*

Al estudiar el caso concreto, declaró que la acción de tutela del señor Mora satisfacía los requisitos generales de procedibilidad tanto de inmediatez como de subsidiariedad. Explicó que los argumentos del actor no encajaban en las causales taxativas contempladas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, referente al recurso extraordinario de revisión, vigente para la época de tramitación del proceso; y por este motivo la acción de tutela era el único medio de defensa judicial efectivo.

No obstante, al entrar en el análisis de fondo, concluyó que no le asistía razón al señor Mora debido a que: (i) las providencias enjuiciadas se encontraban enmarcadas en el principio de autonomía judicial que ostentan los jueces de la República; (ii) el *ad quem* sí valoró las pruebas allegadas a la actuación y fundamentó la decisión de declarar la falta de la legitimación en la causa justamente en la ausencia de demostración de la calidad de propietario invocada, cuya carga probatoria concernía al demandante; (iii) la Ley 33 de 1992, aprobatoria de los tratados de Montevideo, no señalaba lo que pretendía el actor sobre la oficiosidad en cabeza de los jueces. Por las consideraciones expuestas, modificó el fallo de instancia que rechazó el amparo solicitado y en su lugar lo negó.

### **III. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN.**

1. Mediante auto del 11 de octubre de 2013, el Magistrado sustanciador dispuso, con la finalidad de allegar al proceso de tutela elementos de juicio relevantes, solicitar a la Subsección C, Sección Tercera de la Sala de lo Contenciosos Administrativo del Consejo de Estado enviar a esta Corporación el expediente número 76001-23-31-000-1997-03251-01, número interno 20507, de Joseph Mora Van Wichen contra la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura y el Ministerio de Defensa.

<sup>18</sup> Cuaderno de tutela, folio 132.

<sup>19</sup> Cuaderno de tutela, folio 170.

2. En oficio C-2013-2766 recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el día 29 de noviembre de 2013, se allegó la prueba solicitada en siete cuadernos relacionados así:

- Cuaderno principal: folios 1119-1689.
- Cuaderno 1A: folios 514-1118.
- Cuaderno 1: folios 1-43.
- Cuaderno 2: folios 1-277.
- Cuaderno 3: folios 2-262.
- Cuaderno 4: folios 01-77.
- Cuaderno 5: folios 1-511.

#### **IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.**

##### **1. Competencia.**

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para conocer de los fallos materia de revisión. El estudio por la Plenaria fue decidido bajo los lineamientos del artículo 54 A del Reglamento Interno de esta Corporación.

##### **2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.**

**2.1** A partir de los antecedentes referidos, la Sala observa que el ciudadano belga Joseph Mora Van Wichen presenta un extenso relato relacionado con su llegada al puerto de Buenaventura (Colombia), a bordo de un barco con bandera hondureña, en diciembre de 1991. Transportaba un cargamento de harina de pescado para lo que esperaba fuera un paso transitorio por el país.

No obstante, aduce que desde los primeros días de su arribo se vio expuesto a un sinnúmero de infortunios, incluidas demandas laborales producto de una supuesta acción desleal del capitán del barco, una investigación penal, la prohibición de salir del país, varios hurtos (uno de los cuales casi cobra su vida) y lo más grave, un largo proceso de embargo sobre su embarcación, el Zeetor. Cúmulo de situaciones que finalmente concluyeron en la desaparición del barco<sup>20</sup>.

Ante lo que considera fueron un suma de errores judiciales y administrativos, inició un proceso de reparación directa contra la Nación, el cual fue desestimado por el Consejo de Estado al establecer que si bien el actor aportó extemporáneamente algunos elementos relacionados con la titularidad sobre el barco, no acreditó la normatividad hondureña bajo la cual se adquirió el

---

<sup>20</sup> “Hoy 2012, se lo comió el mar, fue totalmente desvalijado, desapareció, no existe” aseguró el accionante en su escrito de tutela. Cuaderno de tutela, folio 2.

dominio del bien ni su vigencia para el caso concreto, carga que le correspondía como parte interesada.

Hoy, dos décadas después, manifiesta que su estabilidad emocional, familiar y económica está gravemente comprometida por la desaparición del único patrimonio que tenía para subsistir. Recurre, como último recurso, a la acción de tutela. Considera que los fallos de la justicia colombiana configuran una vía de hecho al no haber interpretado correctamente la normatividad nacional e internacional en torno a la prueba del derecho extranjero y al haber omitido valorar las pruebas debidamente aportadas al proceso que atestiguaban su propiedad sobre el Zeetor.

**2.2** Las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, fungiendo como jueces de tutela, denegaron el amparo invocado. Sostuvieron, en términos generales, que las providencias enjuiciadas se encontraban enmarcadas en el principio de autonomía que ostentan los jueces de la República, especialmente los tribunales de cierre. Asimismo, resaltaron que dentro del proceso de reparación directa sí fueron valoradas las pruebas allegadas, pero que las mismas no eran suficientes para acreditar el dominio sobre el barco de acuerdo al derecho hondureño. Aspecto que no podía ser remediado invocando los poderes oficiosos del juez administrativo.

**2.3** De la reseña fáctica transcrita, así como de las pruebas recolectadas por esta Corporación, se advierte que la vulneración denunciada por el ciudadano belga denota una dificultad de raigambre constitucional, relacionada con el derecho fundamental al debido proceso, que podría abstraerse en el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera el derecho fundamental al debido proceso la decisión judicial que niega las pretensiones de un demandante bajo el argumento que este no acreditó ni aportó el derecho extranjero conforme al cual se estructura su pretensión?

Para dar respuesta a lo anterior la Corte se pronunciará sobre los siguientes aspectos: (i) la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales; (ii) el rol del juez en el Estado social de derecho; (iii) la prueba del derecho extranjero en la doctrina y el derecho comparado; (iv) la prueba del derecho extranjero en el ordenamiento jurídico colombiano; finalmente, (v) resolverá el caso concreto.

### **3. La procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.**

#### **3.1 Aspectos generales.**

Desde los primeros pronunciamientos de esta Corporación<sup>21</sup>, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución Política de 1991 (art. 241), se ha venido señalando que la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales<sup>22</sup>. Esta postura descansa sobre un sólido fundamento normativo, los artículos 2 y 86 de la Carta que reconocen su procedencia cuando los derechos fundamentales “*resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*”, así como el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la obligación de los Estados parte de proveer un recurso efectivo para la protección de los derechos humanos.

La supremacía de la Constitución se traduce en la “*omnipresencia*”<sup>23</sup> del texto Superior en todas las áreas jurídicas y en la responsabilidad de las autoridades judiciales dentro de los procesos ordinarios, como primer escenario para asegurar la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente, podrá el juez constitucional intervenir cuando advierta la trasgresión del mandato constitucional.

La Sala Plena de esta Corporación, mediante providencia C-543 de 1992, si bien declaró inexecutable los artículos 11 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991, previó también la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales al afirmar lo siguiente:

*“Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable (...) En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia” (Subrayado fuera del original).*

No obstante, es evidente un desarrollo jurisprudencial sobre la materia. En un comienzo, la Corte Constitucional recurrió al concepto de la “*vía de hecho*”, definida como la actuación judicial absolutamente caprichosa o carente de

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencias T-006 de 1992, T-223 de 1992, T-413 de 1992, T-474 de 1992, entre otras.

<sup>22</sup> Recientemente la Sala Plena reiteró esta línea jurisprudencial en la sentencia SU-195 de 2012.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-917 de 2010.

cualquier fundamento jurídico. Posteriormente, el precedente se rediseñó para dar paso a los “*criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales*” e incluir aquellas situaciones en las que “*si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales*”<sup>24</sup>. Esta nueva aproximación fue sistematizada por la sentencia C-590 de 2005, mediante la cual la Corte explicó que el juez constitucional debe comenzar por verificar las condiciones generales de procedencia, entendidas como “*aquellas cuya ocurrencia habilita al juez de tutela para adentrarse en el contenido de la providencia judicial que se impugna*”<sup>25</sup>. Tales requisitos genéricos son:

*“(i) si la problemática tiene relevancia constitucional; (ii) si han sido agotados todos los recursos o medios –ordinarios o extraordinarios- de defensa de los derechos, a menos que se trate de impedir un perjuicio irremediable o que los recursos sean ineficaces en las circunstancias particulares del peticionario; (iii) si se cumple el requisito de la inmediatez (es decir, si se solicita el amparo pasado un tiempo razonable desde el hecho que originó la violación); (iv) si se trata de irregularidades procesales, que ellas hubieran tenido incidencia en la decisión cuestionada, salvo que de suyo afecten gravemente los derechos fundamentales; (v) si el actor identifica debidamente los hechos que originaron la violación, así como los derechos vulnerados y si –de haber sido posible- lo mencionó oportunamente en las instancias del proceso ordinario o contencioso; (vi) si la providencia impugnada no es una sentencia de tutela”*<sup>26</sup>.

A continuación, el juez de tutela podrá conceder el amparo solicitado si halla probada la ocurrencia de al menos una de las causales específicas de procedibilidad, que la Corte ha organizado de la siguiente forma<sup>27</sup>:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.*
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.*
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.*

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia T-060 de 2012.

<sup>26</sup> Corte Constitucional, sentencias T-282 de 2009 y T-015 de 2012.

<sup>27</sup> Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.

*e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*

*f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.*

*g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.*

*h. Violación directa de la Constitución.*

Ahora bien, tratándose de tutelas contra sentencias proferidas por Altas Cortes, en particular por la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, y el Consejo de Estado, tribunal supremo de lo contencioso administrativo, esta Corporación ha reconocido que el amparo resulta “*más restrictivo, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional*”<sup>28</sup>.

En estos eventos, particularmente excepcionales, la intervención del juez constitucional no debe entenderse como un argumento de autoridad<sup>29</sup>. El control realizado en sede de revisión de tutela no supone una corrección del fallo ordinario o administrativo desde un punto de vista legal, sino desde una perspectiva constitucional, a diferencia del ejercicio de otras Altas Cortes cuya labor inmediata gira en torno a la aplicación del marco legal vigente. Este diseño institucional es el que realmente legitima a la Corte Constitucional como órgano de cierre en los temas constitucionales:

*“[S]i bien es cierto que la expansión del principio de supremacía constitucional ha irradiado a toda la jurisdicción en Colombia, y por ende, los fallos de los jueces administrativos consultan igualmente el espíritu de la Constitución, también lo es que, en su quehacer interpretativo y argumentativo la ley sigue ocupando un lugar de primer orden. Por el contrario, el juez constitucional, al no encontrarse atado por el texto de aquella, ni ser tampoco el llamado a interpretarla y aplicarla en casos concretos, suele adelantar una lectura distinta de las cláusulas de derechos fundamentales”*<sup>30</sup>.

### **3.2 Defecto sustantivo.**

<sup>28</sup> Corte Constitucional, sentencias SU-917 de 2010 y SU-131 de 2013.

<sup>29</sup> Corte Constitucional, sentencia T-726 de 2012.

<sup>30</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-691 de 2011.

Esta Corporación<sup>31</sup> ha explicado que el defecto sustancial o material se presenta cuando “*la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica*”<sup>32</sup>. De esta manera, la Corte en diversas decisiones ha venido construyendo los distintos supuestos que pueden configurar esta anomalía conforme a las siguientes situaciones:

*“(i) cuando la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente, b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada, c) es inexistente, d) ha sido declarada contraria a la Constitución, e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional ‘no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador’; (ii) cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma, al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o ‘la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes’ o cuando en una decisión judicial ‘se aplica una norma jurídica manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial’; (iii) cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes; (iv) la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución; (v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza ‘para un fin no previsto en la disposición’; (vi) cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso, (vii) cuando se desconoce la norma aplicable al caso concreto; (viii) con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación que afecte derechos fundamentales; (ix) ‘cuando se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente si se hubiese acogido la jurisprudencia’; o (ix) ‘cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso’<sup>33</sup>”.*

Es importante resaltar que la Corte ha insistido en que, no obstante la autonomía de los jueces para determinar las normas aplicables al caso concreto y establecer la interpretación e integración del ordenamiento

<sup>31</sup> Corte Constitucional, sentencias SU-515 de 2013 y SU-915 de 2013.

<sup>32</sup> Corte Constitucional, sentencias SU-159 de 2002, T-043 de 2005, T-295 de 2005, T-657 de 2006, T-686 de 2007, T-743 de 2008, T-033 de 2010, T-792 de 2010, entre otras.

<sup>33</sup> Corte Constitucional, sentencias T-343 de 2011, T-138 de 2011, T-792 de 2010, T-364 de 2009, T-808 de 2007 y T-086 de 2007, entre otras.

jurídico, no les es dable en esta labor apartarse de las disposiciones y principios constitucionales o legales<sup>34</sup>.

### 3.3 Defecto fáctico.

Este defecto guarda relación con las “*fallas en el fundamento probatorio*”<sup>35</sup> de la sentencia judicial atacada. Corresponde al juez constitucional establecer si al dictarse la providencia el operador judicial desconoció “*la realidad probatoria del proceso*”<sup>36</sup>. Para la Corte<sup>37</sup>, el defecto fáctico puede darse tanto en una dimensión negativa como positiva<sup>38</sup>. Desde la primera perspectiva, se reprocha la omisión del fallador en la “*valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez*”<sup>39</sup>. La segunda aproximación “*abarca la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar, sin desconocer la Constitución*”<sup>40</sup>. Como ejemplos de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha identificado los siguientes casos:

- “(i) Omitir el decreto o la práctica de las pruebas, siendo estas conducentes, pertinentes y útiles, lo que deriva en una insuficiencia probatoria en el proceso judicial,
- (ii) Omitir la valoración de las pruebas, ya sea porque el juzgador no las advierte o simplemente no las tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva,
- (iii) Valorar las pruebas de forma inadecuada, arbitraria, irracional, caprichosa o con desconocimiento de las reglas de la sana crítica y,
- (iv) No excluir y valorar pruebas ilegales o indebidamente recaudadas”<sup>41</sup>.

La Corte Constitucional ha advertido que la intervención del juez de tutela, en relación con el manejo dado por el juez de conocimiento, debe ser “*de carácter extremadamente reducido*”<sup>42</sup>. El respeto por los principios de autonomía judicial y del juez natural, impiden que el juez de tutela realice un examen exhaustivo del material probatorio. La Corte ha subrayado que “*en lo que hace al análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia*”<sup>43</sup>.

En razón de lo anterior y entendiendo que la autonomía judicial alcanza su máxima expresión en el análisis probatorio, el defecto fáctico debe satisfacer los requisitos de irrazonabilidad y trascendencia<sup>44</sup>: (i) El error denunciado

<sup>34</sup> Sentencias T-284 de 2006 y T-466 de 2012.

<sup>35</sup> Sentencia T-060 de 2012

<sup>36</sup> Es ese sentido las sentencias T-510 de 2011, T-064 de 2010 y T-456 de 2010.

<sup>37</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-198 de 2013.

<sup>38</sup> Sentencias T-538 de 1994, SU-159 de 2002 y T-061 de 2007.

<sup>39</sup> Sentencia T-442 de 1994.

<sup>40</sup> Sentencia SU-159 de 2002.

<sup>41</sup> Sentencia T-060 de 2012, cita original con pies de página.

<sup>42</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-198 de 2013.

<sup>43</sup> Corte Constitucional, sentencias T-055 de 1997 y T-590 de 2009.

<sup>44</sup> Sentencia T-060 de 2012.

debe ser “*ostensible, flagrante y manifiesto*”<sup>45</sup>, y (ii) debe tener “*incidencia directa*”, “*transcendencia fundamental*” o “*repercusión sustancial*” en la decisión judicial adoptada, lo que quiere decir que, de no haberse presentado, la decisión hubiera sido distinta<sup>46</sup>.

#### **4. El Juez en el Estado social y democrático de derecho.**

##### ***4.1. La representación iconográfica de la justicia y su simbología.***

La justicia es tradicionalmente representada como una mujer que viste toga grecorromana y que sostiene en una de sus manos la balanza, en la que sopesa los reclamos de quienes acuden a ella y le permite proceder equitativamente; en su otra mano, blande una espada como símbolo de la fuerza que respalda el cumplimiento de sus veredictos; y en algunas imágenes se incluye, adicionalmente, una venda que sugiere el análisis incorrupto e imparcial frente a los litigantes<sup>47</sup>.

Pero la venda no siempre estuvo allí. En un comienzo, incluso, esta era asumida negativamente como una profunda limitación para cualquier persona así agobiada con la falta de visión. En un grabado atribuido a Durero y que ilustra la obra de Sebastian Brant de 1494, “*La nave de los necios*”, aparece uno de los necios (que siempre visten sombreros con orejas de asno) poniéndole la venda a la justicia y, por ende, induciéndola al error y a la estulticia<sup>48</sup>.

Es probable que el imaginario común de la justicia de ojos vendados, como aquel frío e impávido funcionario que se limita a esperar que las partes dispongan sus pretensiones sobre la balanza, no represente a cabalidad el ideal del Juez dentro del Estado social y democrático de derecho. Como se procederá a explicar en el siguiente acápite, la Constitución de 1991 reclama una justicia que se quite la venda y observe la realidad de las partes y del proceso; una justicia que no permanezca inmóvil sino una activa y llamada a ejercer una función directiva del proceso en aras de alcanzar una decisión acorde con el derecho sustancial.

##### ***4.2. La dirección del proceso judicial en el marco del Estado social de derecho.***

En el devenir de las sociedades, particularmente con la aparición de los Estados modernos, la rama judicial del poder público denota especial trascendencia ante el inevitable surgimiento de conflictos, producto del

<sup>45</sup> Sentencias T-064 de 2010, T-456 de 2010, T-217 de 2010, T-067 de 2010 y T-009 de 2010. En similar sentido, las sentencias T-505 de 2010 y T-014 de 2011.

<sup>46</sup> Sentencia T-067 de 2010. En igual sentido, sentencia T-009 de 2010 y T-466 de 2012.

<sup>47</sup> Sobre la iconografía de la justicia en occidente se puede consultar: Resnik, Judith y Curtis, Dennis E. “*Representing Justice: from renaissance iconography to twenty first century Courthouses*”. Proceedings of the American Philosophical Society, Vol. 151, No. 2 (Jun. 2007) pp. 139-183.

<sup>48</sup> López Medina, Diego Eduardo. *Nuevas tendencias en la dirección del proceso*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla: 2005. p. 27.

choque de intereses particulares, del ejercicio de la autoridad estatal o de la simple aplicación de las normas a un caso concreto. El aparato de justicia implica entonces todo un andamiaje para el reconocimiento y satisfacción de un derecho, para la solución de disputas en torno a estos y finalmente para el mantenimiento de la armonía social<sup>49</sup>.

Sin embargo, la consecución de una sociedad pacífica que pueda canalizar sus diferencias a través de los medios estatales no ha obedecido a un único modelo de administración de justicia. Históricamente, al menos desde la perspectiva de occidente, han existido dos sistemas distintos –y por momentos opuestos- en torno a la dirección del proceso judicial: el dispositivo y el publicista o inquisitivo.

En líneas generales podría decirse que los ordenamientos establecidos en los códigos luego de la Revolución francesa y hasta bien entrado el siglo XX estaban caracterizados por una comprensión privatista e individualista de los fines del proceso. A esta comprensión los autores la empezaron a llamar “*principio dispositivo*”, para acentuar la capacidad de los litigantes de asumir la iniciación, el impulso y la terminación del proceso civil, con el que se buscaba únicamente la protección de derechos de naturaleza individual.

Es entonces la iniciativa de las partes la que desde esta visión prevalece y determina el rumbo del proceso judicial. Son ellas las que disponen del derecho. Este sistema se caracteriza por los siguientes principios: (i) el juez no puede iniciar de oficio (*nemo jure sine actore*); (ii) el juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (*quod non est in actis non est in mundo*); (iii) el juez debe tener por ciertos los hechos en que las partes estén de acuerdo (*ubi partis sunt conoceres nihil ab judicem*); (iv) la sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y probado (*secundum allegata et probata*); (v) el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda (*en eat ultra petita partium*)<sup>50</sup>.

No obstante, la teoría del liberalismo decimonónico que soportaba el principio dispositivo fue severamente criticada. Desde finales del siglo XIX surgió en Europa la “publicización” del proceso, un fenómeno que buscaba “*corregir el excesivo individualismo y la falta de igualdad material entre las partes que acuden a la justicia estatal a resolver sus conflictos*”<sup>51</sup>. El principal aporte de esta nueva doctrina consistió en advertir que si bien era cierto que en los procesos jurídicos se discutían y definían derechos individuales, también lo era que la sociedad, en su conjunto, tenía un interés legítimo en lograr soluciones igualitarias, acordes con la realidad y justas.

<sup>49</sup> Ver sentencias C-548 de 1997, C-790 de 2006 y T-600 de 2009.

<sup>50</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003.

<sup>51</sup> López. Op. Cit. p. 127.

En la obra “*El derecho civil y los pobres*”<sup>52</sup> (1890) del jurista austriaco Anton Menger, es posible observar ya el germen de un nuevo modelo. Este comienza por denunciar cómo la supuesta igualdad de las partes ante la ley y la fría objetividad del juez determinan el infortunio de quienes tropiezan con los tecnicismos y las desventajas materiales reproducidas dentro del sistema judicial:

*“La nueva legislación procesal civil ha seguido sin reservas el camino opuesto al de la legislación económica y social de estos últimos tiempos. Un siglo hace se creía que, dejando en libertad las fuerzas económicas, se obtendría una producción mayor en cantidad de los diferentes objetos, y en su virtud se alcanzaría el bienestar económico de todos (doctrina de Manchester). Tratando a todos los ciudadanos de un modo perfectamente igual, sin atender a sus cualidades personales y a su posición económica; permitiendo que entre ellos se estableciese una competencia sin freno, se ha logrado, sin duda, elevar la producción hasta el infinito; pero al propio tiempo se ha conseguido que los pobres y los débiles tomasen una parte escasísima en ese aumento de producción [...]*

*Nuestra reciente legislación procesal civil se halla aún bajo el imperio de aquella vieja filosofía, no pudiendo desconocerse que la ciencia del derecho es, de todas las disciplinas, lo que permanece más inmóvil y adelante con más retraso, pareciéndose en esto a ciertas ciudades de provincia en las cuales las modas en desuso en la capital se aceptan como otras tantas novedades [...]*

*Está, sin duda, en la naturaleza de las cosas, que el Juez no pueda obligar a nadie a defender sus derechos privados, supuesto que estos, según el concepto fundamental del moderno Derecho civil, constituyen un asunto privado de los interesados. Pero cuando el interesado ha presentado al Juez una demanda manifestando así la voluntad de defender su derecho, parece que este debía aplicar todos los medios legales para hacer triunfar el derecho lesionado. Sin embargo, no se obra así. El Tribunal, según la legislación procesal civil vigente en todos los Estados civilizados, aun después de iniciado el litigio, debe ser impulsado particularmente a realizar todos los actos importantes, como el mecanismo de un reloj, que es preciso también impulsarlo para que se mueva, aunque sea por breves momentos.*

*Esas condiciones jurídicas son cómodas y beneficiosas para las clases ricas, porque cultas como son y bien acondicionadas, si hace falta, pueden tomar oportunamente la iniciativa. En cambio los pobres, que para defender su derecho tropiezan con un mecanismo tan complicado como es el procedimiento, sin consejo y malamente representadas, deben recoger de la pasividad judicial gravísimos perjuicios”<sup>53</sup>.*

La preocupación por la pasividad del juez y el interés por alcanzar decisiones justas, no solo medidas por el rasero del procedimiento formal sino

<sup>52</sup> Original en alemán: “*Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*”.

<sup>53</sup> Anton Menger “*El derecho civil y los pobres*”. Citado en Diego López. Op. cit. p. 50.

consultando la realidad de las partes, conllevó a una paulatina reformulación del papel del funcionario judicial, quien dejó de ser un espectador pasivo para convertirse en un verdadero protagonista en la realización de los fines públicos del proceso. Un funcionario dispuesto a investigar la verdad, prescindiendo incluso de la actividad de las partes. Por tanto, facultado para iniciar oficiosamente el proceso, decretar pruebas de oficio, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio tendiente a buscar la verdad<sup>54</sup>.

La mejor muestra en nuestro país de la tendencia hacia el abandono del sistema dispositivo puro y de la incorporación de facultades inquisitivas del juez, que permiten calificar de mixto al proceso civil colombiano<sup>55</sup>, llegó con el Código de Procedimiento Civil de 1970<sup>56</sup>, cuyo artículo 2º rezaba:

*“Artículo 2. Iniciación e impulso de los procesos. Los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio.*

*Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por negligencia suya”.*

En esta medida resulta inevitable pensar que los redactores del Código de Procedimiento Civil se anticiparon al Constituyente de 1991<sup>57</sup>, en aspectos determinantes como la dirección del proceso en cabeza del juez y los poderes con que este fue investido para lograrlo. En efecto, como lo dice el artículo 37 del mismo estatuto, el primer deber del juez es el de *“dirigir el proceso, velar por su rápida solución y adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal”*, al tiempo que *“hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga”*. Esta disposición representa el objetivo dual, aunque difícil de alcanzar, de una justicia que, al mismo tiempo, sea genuinamente eficiente y genuinamente justa<sup>58</sup>:

*“La mayor eficacia en cuanto a la justa composición de un litigio se obtiene a partir de un delicado equilibrio entre la iniciativa de las partes –principio dispositivo- y el poder oficioso del juez –principio inquisitivo-, facultades de naturaleza distinta que operadas de forma coordinada deben concurrir en un mismo y único propósito: la solución justa y eficiente del proceso”<sup>59</sup>.*

Tal reconfiguración del proceso que revitalizaba y empoderaba al funcionario judicial, encontró fuerte respaldo en la Constitución Política de 1991. La

<sup>54</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003.

<sup>55</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003.

<sup>56</sup> Decreto 1400 de 1970.

<sup>57</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 1995.

<sup>58</sup> López. Op. cit. p. 131.

<sup>59</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-599 de 2009.

aspiración última del pueblo de alcanzar un marco que garantizara un “orden justo”<sup>60</sup>, la consagración de la administración de justicia como una función pública esencial<sup>61</sup> y como un derecho fundamental de cada persona<sup>62</sup>, así como la prevalencia del derecho sustancial<sup>63</sup>, significaron en su conjunto un fortalecimiento de la función judicial y un compromiso férreo de los servidores públicos con la consecución de la justicia material.

Mandato que cobra especial sentido en el contexto colombiano, en el cual, dadas las particularidades de su andamiaje institucional, todos los jueces son constitucionales, y en atención a las condiciones históricas de violencia y exclusión hace que recaiga sobre la justicia una pesada tarea<sup>64</sup> al tiempo que herramientas ingeniosas de acción<sup>65</sup>.

Es importante aclarar que el ordenamiento constitucional colombiano no aboga por la superación plena del principio dispositivo; de hecho, cada rama del derecho ajusta de forma particular la tensión entre el principio inquisitivo y el dispositivo. En reiterada jurisprudencia esta Corporación se ha referido a la amplia potestad de configuración que le asiste al legislador para definir los procesos judiciales y sus características<sup>66</sup>.

Lo que resulta cierto, en todo caso, aunque nuestro ordenamiento permita un sistema mixto<sup>67</sup>, es que los jueces de la República “*son los primeros llamados a ejercer una función directiva en la conducción de los procesos a su cargo, para lo cual el Legislador les ha otorgado la potestad de asegurar, por todos los medios legítimos a su alcance, que las diferentes actuaciones se lleven a cabo*”<sup>68</sup>. En el marco del Estado social y democrático de derecho constituido para la realización de un orden justo, se reclama un mayor dinamismo del juez y una especial sensibilidad con la realidad viviente que le rodea. Al analizar la constitucionalidad de la Ley estatutaria de justicia, la Corte explicó este propósito así:

*“Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se*

<sup>60</sup> Carta Política 1991, preámbulo.

<sup>61</sup> Carta Política 1991, art. 228. Ver también Ley estatutaria de justicia (Ley 270 de 1996), art. 125.

<sup>62</sup> Carta Política 1991, art. 229.

<sup>63</sup> Carta Política 1991, art. 228.

<sup>64</sup> “*En una Colombia atribulada por hondos padecimientos éticos, económicos y políticos, y afectada por una crisis de fe institucional, subsisten aún dos valores capaces de rescatarla de tan perturbadora conjura: el pueblo y sus jueces; en aquel está la esencia de la patria: orgullo, autenticidad, valor, sacrificio y amor; en estos, la probidad, el equilibrio conceptual y la serena entrega al cumplimiento del supremo deber de juzgar, sin otras armas que las inmateriales de la ley, sin más protección que el escudo invisible de su propia investidura*”. Palabras de Alfonso Reyes Echandía en el homenaje que le brindó el Externado por su designación como Presidente de la Corte Suprema de Justicia, 15 de febrero de 1985. Mensaje que aún hoy sigue vigente.

<sup>65</sup> Duhamel, Olivier y Cepeda Espinosa, Manuel José. *Las democracias: entre el derecho constitucional y la política*. Bogotá: Universidad de los Andes y T.M Editores, 2001. p. 364.

<sup>66</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003.

<sup>67</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-264 de 2009 y T-213 de 2012

<sup>68</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

*definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados. Se trata, como bien lo anota la disposición que se revisa, del compromiso general en alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo. Para el logro de esos cometidos, no sobra aclararlo, resulta indispensable la colaboración y la confianza de los particulares en sus instituciones y, por lo mismo, la demostración de parte de éstas de que pueden estar a la altura de su grave compromiso con la sociedad. Así, en lo que atañe a la administración de justicia, cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver.*

*Las consideraciones precedentes implican, en últimas, una tarea que requiere, como consecuencia de haber sido nuestro país consagrado en la Carta Política como un Estado social de derecho, un mayor dinamismo judicial, pues sin lugar a dudas es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección. Así, entonces, la justicia ha pasado de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública, como bien la define el artículo 228 del Estatuto Fundamental. Significa lo anterior que tanto en cabeza de los más altos tribunales como en la de cada uno de los juzgados de la República, en todas las instancias, radica una responsabilidad similar, cual es la de hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se resumen en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados; en otras palabras, que ésta no sea simple letra muerta sino una realidad viviente para todos*<sup>69</sup> (subrayado fuera del original).

El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “*frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley*”<sup>70</sup>, convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales<sup>71</sup>. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material.

El derecho sustancial es aquel que se refiere a los derechos subjetivos de las personas, en oposición al derecho formal que establece los medios para buscar

<sup>69</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.

<sup>70</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009.

<sup>71</sup> Ver Sentencia C-159 de 2007.

la efectividad del primero<sup>72</sup>. Bajo los principios de la nueva Constitución se considera que la justicia se logra precisamente mediante la aplicación de la ley sustancial. Ahora bien, *“no se puede perder de vista que una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar el equilibrio perfecto entre la búsqueda del valor de la verdad y la efectividad del derecho material”*<sup>73</sup>. De esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si esta es siquiera alcanzable, jurídicamente *“la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares”*<sup>74</sup>.

Así las cosas, el marco filosófico de la Constitución Política de 1991 convoca y empodera a los jueces de la República como los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso, tendiente a materializar un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial, y con ello la realización de la justicia material.

#### **4.3. La prueba de oficio en los estatutos procesales.**

Los poderes en cabeza del juez, en aras del impulso oficioso de los procesos, cualesquiera que sean<sup>75</sup>, han venido siendo reiterados por los diversos estatutos procesales<sup>76</sup>. En el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), se lee que *“los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos”*<sup>77</sup>, al tiempo que les encomienda el deber expreso de *“dirigir el proceso, velar por su rápida solución y adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal”*, así como *“hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga”*<sup>78</sup>. Más específicamente, dispone que el juez puede decretar pruebas de oficio cuando *“las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”*<sup>79</sup>. En la misma dirección, el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) señala que *“en cualquiera de las instancias el ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad”*. Incluso, *“en la oportunidad procesal de decidir, la Sala, Sección o Subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda”*<sup>80</sup>.

<sup>72</sup> Ver Sentencia C-029 de 1995 y T-264 de 2009.

<sup>73</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-213 de 2012.

<sup>74</sup> Corte Constitucional, C-396 de 2007.

<sup>75</sup> Ley 270 de 1996, art. 60A.

<sup>76</sup> En este acápite se hace énfasis en los procedimientos civil y administrativo, en tanto guardan relevancia para el caso en discusión. En materia penal puede consultarse la sentencia C-396 de 2007.

<sup>77</sup> Decreto 1400 de 1970, artículo 2.

<sup>78</sup> Decreto 1400 de 1970, artículo 37.

<sup>79</sup> Decreto 1400 de 1970, artículo 179.

<sup>80</sup> Decreto 01 de 1984, Artículo 169.

Más recientemente, los nuevos estatutos han seguido y fortalecido el propósito del constituyente en este sentido. El Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) dispone que el juez debe hacer uso de los poderes que le otorga *“para lograr la igualdad real de las partes”*<sup>81</sup>. Asimismo, prescribe que será el funcionario, por regla general, el encargado de *“adelantar los procesos por sí mismo”*<sup>82</sup>. Para ello, deberá decretar las pruebas de oficio *“cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”*<sup>83</sup>. Es preciso destacar que el señalado estatuto introduce una suerte de carga dinámica de la prueba al establecer, en su artículo 167, la potestad del juez para distribuir las cargas procesales, *“exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”*.

De forma análoga, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) señala en relación con la función administrativa que, en virtud del principio de imparcialidad, *“las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna”*<sup>84</sup>. La imparcialidad no se erige entonces como una excusa para la inacción y la pasividad, sino como un compromiso con el derecho sustancial. Postulado que es sintetizado para la función jurisdiccional por el artículo 103, al establecer que los *“procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico”*<sup>85</sup>. Desde esta perspectiva, que supera la mera legalidad<sup>86</sup>, el Código autoriza el decreto de pruebas de oficio en cualquiera de las instancias cuando se *“considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad”*<sup>87</sup>.

---

<sup>81</sup> Ley 1564 de 2012, art. 4°.

<sup>82</sup> Ley 1564 de 2012, art. 8°.

<sup>83</sup> Ley 1564 de 2012, art. 42 y 169.

<sup>84</sup> Ley 1437 de 2011, art. 3°.

<sup>85</sup> Ley 1437 de 2011, art. 103.

<sup>86</sup> *“En forma simultánea a la modificación de la concepción de los fines y principios de la Función Administrativa y de la Administración Pública, la Constitución de 1991 creó instituciones que también afectaron a la jurisdicción contencioso-administrativa. El doble carácter, axiológico y normativo de la Constitución varió la tradicional función del juez administrativo en la que este se limitaba a verificar que no se vulnerara la legalidad. Ahora, adicionalmente, el juez contencioso-administrativo debe procurar el cumplimiento de la nueva finalidad: garantizar los derechos constitucionales de los asociados”* Exposición de motivos. Proyecto de Ley 198/2009. Gaceta del Congreso 1173 de 2009.

<sup>87</sup> Ley 1437 de 2011, art. 213. El antiguo Código de lo Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) incluía una regulación similar en el artículo 169: *“En cualquiera de las instancias el Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes; pero, si éstas no las solicitan, el Ponente sólo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista.*

En relación con las pruebas de oficio, la jurisprudencia constitucional ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas<sup>88</sup>. Tal potestad no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como “*un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial*”<sup>89</sup>.

El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación<sup>90</sup>, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes<sup>91</sup>.

Con relación a la jurisdicción civil, por ejemplo, mediante sentencia T-417 de 2008 la Corte evaluó la constitucionalidad de una providencia judicial que le ponía fin a un proceso civil, negando las pretensiones de la demandante bajo el entendido de que no estaban demostrados los hechos fundantes de la demanda. La razón que llevó al juez ordinario a tomar esa decisión, fue que en el curso del proceso se aportaron dos dictámenes técnicos contradictorios, y no un dictamen pericial que permitiera llegar al convencimiento necesario para decidir. La Corporación advirtió que en un contexto como ese “*es deber del juez de primera o de segunda instancia decretar un peritaje cuando exista contradicción entre experticias emitidas por instituciones o profesionales especializados y si el juez no cumple este deber incurre en vía de hecho por omisión por cuanto impide que se establezca la verdad de los hechos materia del proceso*”.

En este mismo sentido, en la sentencia T-264 de 2009 la Corte concedió la tutela contra la providencia de un juez que, en el marco de un proceso de responsabilidad civil extracontractual, les negó a la demandante y a sus hijos la personería para demandar porque no acreditaron con un medio de prueba conducente sus calidades de cónyuge e hijos de la persona por cuyo fallecimiento reclamaban reparación. La Corte Constitucional indicó que aunque la copia de una sentencia penal no era conducente para acreditar la relación de parentesco exigida por la ley para demandar, era indicio suficiente

---

*Además, en la oportunidad procesal de decidir, la Sala, Sección o Subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso”.*

<sup>88</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-264 de 2009 y T-213 de 2012.

<sup>89</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-264 de 2009 y C-159 de 2007.

<sup>90</sup> Esta subregla fue formulada originalmente por la sentencia T-264 de 2009 para el procedimiento civil y posteriormente fue aplicada a las controversias Contencioso Administrativas por el fallo T-950 de 2011.

<sup>91</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-599 de 2009.

de la legitimidad y en tal orden era deber del juez decretar las pruebas necesarias para cumplir con la formalidad exigida. Con ello se trasgredieron los derechos fundamentales de la peticionaria y sus hijos menores a la verdad del proceso y a la justicia material (a obtener un fallo de fondo). De esta manera, *“bajo el manto de una sentencia de fondo desestimatoria, es decir, contraria a las pretensiones de la actora en virtud de su falta de legitimidad para actuar, escondió una sentencia inicua, en razón al desinterés de la autoridad judicial por acercarse a la verdad real”*. La Corte añadió:

*“Situaciones similares a la sucedida en esta oportunidad han llevado a la Corte a referirse a los fallos inhibitorios manifiestos e implícitos. La Corporación ha explicado que el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia comporta la garantía de la obtención de una respuesta de fondo por parte de los jueces, quienes, a su vez, se hallan obligados a evitar a toda costa fallos que, basados en obstáculos formales, impidan la vigencia del derecho material o de los derechos subjetivos. Esto ocurre tanto en los fallos que son inhibitorios de forma manifiesta como en aquellos que lo son de forma implícita, es decir, bajo la apariencia de un pronunciamiento de mérito (sentencia T-134 de 2004, citada)”*.

La Sala Plena de esta Corporación ha reprochado la proliferación de fallos inhibitorios con los cuales el juez pone fin a un proceso, *“pero en realidad se abstiene de penetrar en la materia del asunto que se le plantea, dejando de adoptar resolución de mérito, esto es, ‘resolviendo’ apenas formalmente, de lo cual resulta que el problema que ante él ha sido llevado queda en el mismo estado inicial. La indefinición subsiste”*<sup>92</sup>. Tal proceder resulta ser la antítesis a la función judicial y al papel activo del juez en la búsqueda de la verdad y de la genuina realización de los valores del Estado social de derecho.

En materia contenciosa administrativa, el razonamiento de la Corte ha sido similar. En providencia T-817 de 2012 se estudió si un juez de la república podía desconocer los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de una persona, cuando ésta no aportó en el trámite de nulidad y restablecimiento del derecho donde fue llamada como litisconsorte necesario, el registro civil de matrimonio para acceder a la sustitución pensional de su difunto esposo, y aquel no decretó de oficio la prueba *ad substantiam actus* que se requería para garantizar los derechos sustanciales. La Corte consideró que las autoridades judiciales accionadas *“incurrieron en defecto por exceso ritual manifiesto (el cual tiene relación directa con el defecto fáctico que alega el actor), al dejar de hacer uso de la facultad que les otorga la norma procesal para decretar la prueba de oficio solicitando la aportación del respectivo registro civil de matrimonio, con el fin de establecer si la señora Clara Nancy Herrera en verdad figura como cónyuge del causante José Antonio Cárdenas Pachón para, a partir de la información obtenida, proveer el fondo del asunto con mayores elementos de juicio”*.

---

<sup>92</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-666 de 1996.

En el estudio de un proceso electoral, sentencia T-654 de 2009<sup>93</sup>, la Corte recordó que aunque el deber del juez de decretar pruebas de oficio no esté enunciado puntualmente en el ordenamiento, en determinados casos concretos es posible advertir que la Constitución obliga al juez a ordenar tales pruebas: *“La fuente específica de ese deber sería, entonces, la fuerza normativa de los derechos fundamentales, que en ocasiones demandan una participación activa del juez en su defensa y protección efectiva”*.

En virtud de lo anterior, la oficiosidad del juez cobra mayor fuerza en el escenario de la acción de amparo. La jurisprudencia ha enseñado que *“en el trámite de la acción de tutela la oficiosidad del juez ha de ser un criterio determinante para la consecución de su objetivo, esto es, el de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales”*<sup>94</sup>, sobre todo cuando se encuentran en discusión los derechos de sujetos en condición de vulnerabilidad, como ocurre con la población desplazada, frente a los cuales el juez *“no puede escatimar en razones ni medios de prueba para que la justicia se materialice”*<sup>95</sup>. Y es precisamente a fin de lograr la efectividad de los derechos fundamentales que se pretende conseguir por medio de esta acción constitucional, que el Decreto 2591 de 1991 faculta al juez a pedir informes a la autoridad o entidad accionada respecto de la solicitud de amparo impetrada en su contra, e impone la consecuencia jurídica de *presunción de veracidad* de los hechos narrados por el accionante, cuando el informe solicitado a la parte accionada no fuere rendido dentro del plazo determinado.

## **5. La prueba del derecho extranjero en la doctrina y el derecho comparado.**

**5.1** Asistimos a un mundo en creciente proceso de globalización, impulsado principalmente desde la economía y la integración de los mercados. No obstante, desde un punto de vista jurídico la comunidad internacional *“mantiene un elevado grado de fraccionamiento”*<sup>96</sup>. Esto afecta directamente la continuidad de las relaciones jurídicas entabladas entre los particulares de distintos Estados y las expectativas de seguridad en su resolución legal.

Ante esta necesidad latente surge el derecho internacional privado, cuya finalidad central radica en proveer una respuesta adecuada y justa a los problemas a los que las personas se ven expuestas como consecuencia de la existencia de una pluralidad de ordenamientos independientes. En tal escenario, *“la potencial aplicación de un Derecho distinto al del foro se convierte en la piedra angular de todo el modelo de Derecho internacional*

<sup>93</sup> En dicha ocasión la Corte censuró la renuencia del Juzgado Administrativo a decretar oficiosamente el envío de la copia auténtica de los formularios E-10 y E-11 de las mesas de votación, lo que en últimas conducía a una decisión materialmente inhibitoria basada en la ausencia de un requisito de carácter simplemente formal.

<sup>94</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-885 de 2009.

<sup>95</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-923 de 2009.

<sup>96</sup> Espluges Mota, Carlos e Iglesias Buhigues, José Luis. Derecho Internacional Privado (2ª Ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008. p. 31.

*privado de base conflictual*<sup>97</sup>. Así, las preguntas centrales giran en torno a ¿Cuál derecho debe ser aplicado ante una disputa entre nacionales de distintos Estados?; ¿Qué juez es competente para aplicarlo?; ¿Cómo debe ser probado este derecho?

**5.2** Empíricamente, un reciente estudio del Instituto Suizo de Derecho Comparado<sup>98</sup> demuestra que la multiplicidad y dispersión de ordenamientos legales repercute en la baja tasa de litigantes europeos que recurren a elementos del derecho extranjero, dentro de procesos civiles adelantados en sus países de origen, pese a que estos fueran relevantes para la decisión. Una muestra representativa obtenida entre los abogados de países de la Unión Europea evidenció que alrededor de una tercera parte de los encuestados expresamente reconoció que suelen evitar traer al proceso argumentos relacionados con componentes de derecho extranjero.

La principal razón es el difícil acceso a la normatividad foránea, ya sea por razones de idioma, disponibilidad, o los costos relacionados con su obtención. La búsqueda por medio de internet genera aún muchas inquietudes sobre su calidad; y los canales diplomáticos, por su parte, no se han desarrollado eficazmente o son desconocidos por los litigantes<sup>99</sup>. Otra razón que desincentiva en la práctica el uso del derecho extranjero es el temor de los abogados por que la invocación del mismo conlleve a retrasos y demoras procedimentales.

Estos obstáculos bien podrían trasladarse al contexto colombiano, donde pese a la falta de estudios concretos es posible pensar que el uso del derecho extranjero es mínimo.

**5.3** Jurídicamente, al interior del continente Europeo han surgido dos modelos principales y con resultados divergentes en torno a la aplicación del derecho extranjero por parte de tribunales nacionales. En el fondo de esta discrepancia subyace una distinción conceptual entre la postura que asume al derecho extranjero como una asunto de derecho y otra que le considera como una cuestión de hecho. A partir de esta clasificación se definen aspectos tan relevantes como (i) la manera en que el derecho extranjero ingresa a un proceso nacional y (ii) si el mismo es objeto de prueba.

En principio, los hechos deben ser alegados por las partes interesadas, mientras que las cuestiones de derecho deben ser asumidas, de oficio, por los jueces; regla de distribución del trabajo procesal presente desde el derecho romano, bajo el aforismo latino “*Da mihi factum, dabo tibi ius*”<sup>100</sup>. Asimismo, las cuestiones fácticas han de ser probadas por las partes, particularmente por aquellas a quienes les resulta favorable; mientras que si resulta ser un asunto

<sup>97</sup> *Ibidem*. p. 32.

<sup>98</sup> Swiss Institute of Comparative Law. *The application of foreign law in civil matters in the EU member states and its perspectives for the future*. Lausanne: 2011.

<sup>99</sup> *Ibid*, p. 6.

<sup>100</sup> “Dame los hechos, yo te daré el derecho”.

de derecho opera la máxima “*iuris novit curia*”<sup>101</sup>, bajo la cual el conocimiento y aprehensión de una norma recae exclusivamente sobre el juez<sup>102</sup>.

El primer modelo, representado en países como Austria, Bulgaria, Estonia, Francia, Italia, Holanda, Polonia, España, Eslovenia y Alemania, ha optado por entender al derecho extranjero como una cuestión de derecho. En aquellos Estados el ordenamiento jurídico confiere a los jueces el deber de establecer, *ex officio*, el contenido y alcance del derecho extranjero. No obstante el rol activo que desempeña la autoridad judicial, estos sistemas no descartan la asistencia de las partes interesadas en la constatación de las normas extranjeras, ya sea como resultado de un requerimiento judicial o bajo su propia iniciativa (ver por ejemplo Francia y Holanda)<sup>103</sup>.

El segundo modelo, consistente con la tradición anglosajona, dispone que la carga de la prueba sobre el derecho extranjero recae exclusivamente sobre las partes. Desde el siglo XVIII el sistema inglés ha dispuesto que el derecho foráneo debe ser tratado como una cuestión fáctica<sup>104</sup>. Por ello, el rol de los jueces en estados como Gran Bretaña, Letonia, Irlanda y Luxemburgo está seriamente limitado. Cualquier investigación o conocimiento personal del juez en relación al derecho extranjero está prohibido, así como lo está cualquier referencia a disposiciones no sometidas a consideración por los interesados<sup>105</sup>.

Existe un tercer modelo que presenta una alternativa intermedia a las aproximaciones tradicionales. Es una suerte de sistema de colaboración entre las partes y el juez que permite examinar, caso a caso, la forma más eficiente de determinar el derecho extranjero, teniendo en cuenta criterios como: las características y relevancia del caso, los recursos económicos de las partes y el conocimiento personal del juez. Este modelo se viene implementado en países como Finlandia y Suecia<sup>106</sup>.

**5.4 Subsidiariamente**, ante la imposibilidad de establecer en un término razonable el contenido de una norma extranjera, la solución más extendida ha sido acudir al derecho local (“*law of the forum*”) del país donde se está llevando a cabo el proceso. Esta medida se encuentra expresamente consagrada en Austria, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Reino Unido, Rumania, Eslovenia y Suecia.

<sup>101</sup> “El juez conoce el derecho”.

<sup>102</sup> Hausmann, Rainer. *Pleading and Proof of Foreign Law - a Comparative Analysis*. The European Legal Forum (E) 1-2008, 1 – 14. München: 2008.

<sup>103</sup> Swiss Institute of Comparative Law. Op. cit.

<sup>104</sup> Hausmann, Rainer. Op. cit.

<sup>105</sup> Swiss Institute of Comparative Law. Op. cit.

<sup>106</sup> *Ibid.*

Aunque menos frecuente, existe otra solución adoptada en Alemania, Portugal y Holanda, consistente en buscar una norma o principio dentro del ordenamiento jurídico más afín (“*most closely connected legal order*”).

## **6. La prueba del derecho extranjero en el ordenamiento jurídico colombiano.**

El ordenamiento jurídico colombiano reúne un conjunto de disposiciones tanto internacionales como locales que regulan la aplicación del derecho extranjero en los procesos que se adelanten en el país. A continuación, se presentan las normas más relevantes y posteriormente se realizará un análisis sobre las mismas.

### **6.1 Tratados internacionales vinculantes para el Estado Colombiano.**

#### 6.1.1 Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado<sup>107</sup>.

Este tratado fue acordado en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 8 de mayo de 1979 en la ciudad de Montevideo, Uruguay. Se proyecta como un esfuerzo regional para atender los inconvenientes que puedan surgir con ocasión del conflicto de competencia entre diversas leyes invocadas para regular una misma situación jurídica. Aboga por una aplicación armónica que procure realizar las finalidades específicas de cada una de las legislaciones<sup>108</sup>. En relación con la naturaleza y aplicación del derecho extranjero consagra la siguiente regla:

*“Artículo 2*

*Los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”.*

Nótese cómo la Convención asimila, en principio, la norma extranjera con una cuestión de derecho y, en esta medida, sitúa la responsabilidad principal de su aplicación en cabeza de los jueces. Sin embargo, no descarta la posibilidad de que las partes interesadas en el proceso puedan participar en la prueba del contenido de la disposición extranjera.

Ahora bien, la Convención, ateniendo el principio de soberanía nacional, contempla dos excepciones al traslado de normas extranjeras, en casos que el Estado receptor la considere manifiestamente contraria a sus principios de

<sup>107</sup> Ratificada por Colombia mediante la Ley 21 de 1981.

<sup>108</sup> Artículo 9º: “*Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto*”.

orden público (artículo 5<sup>109</sup>) o cuando se haya invocado con intención fraudulenta (artículo 6<sup>110</sup>).

#### 6.1.2 Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero<sup>111</sup>.

Este tratado también fue suscrito en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979, dentro del contexto de la Organización de Estados Americanos (OEA). Tiene por objeto “*establecer normas sobre la cooperación internacional entre los Estados Partes para la obtención de elementos de prueba e información acerca del derecho de cada uno de ellos*” (artículo 1º). En razón de lo anterior, consagra un conjunto de directrices en favor de una colaboración efectiva entre los Estados firmantes.

Las autoridades jurisdiccionales directamente o a través de la autoridad central del Estado requirente (artículo 7º) quedan facultadas para solicitar los elementos probatorios o informes sobre texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho (artículo 2º). Solicitud que obliga al Estado requerido a responder la consulta (artículo 6º).

La Convención, en todo caso, consagra una excepción a este deber de cooperación “*cuando los intereses de dichos Estados estuvieren afectados por la cuestión que diere origen a la petición de información o cuando la respuesta pudiere afectar su seguridad o soberanía*” (artículo 10).

#### 6.1.3 Tratados de Derecho Civil Internacional y de Derecho Comercial Internacional de Montevideo (1889).

Ambos instrumentos fueron adoptados el 12 de febrero de 1889 en una conferencia suscrita en Montevideo, Uruguay. Por medio de la Ley 40 de 1933 el Congreso de la República de Colombia autorizó al gobierno a adherir a los mencionados tratados. No obstante, medio siglo después de estar plenamente perfeccionados y vigentes los tratados de Montevideo, dicha ley fue demandada por un ciudadano ante la Corte Suprema de Justicia. Esta Corporación, mediante fallo proferido el 18 de junio de 1987, la declaró inexecutable por considerar que le había otorgado al ejecutivo autorizaciones para funciones que constitucionalmente le correspondían sin necesidad de ley, y por tanto había asumido una competencia que la Constitución no le otorgaba y que tampoco le exigía el Derecho Internacional<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> Artículo 5: “*La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifestamente contraria a los principios de su orden público*”.

<sup>110</sup> Artículo 6º: “*No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificialmente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.*”

<sup>111</sup> Ratificada por Colombia mediante la Ley 49 de 1982.

<sup>112</sup> Según el recuento histórico presentado en la sentencia C-276 de 1993.

Ante la importancia de tales convenciones, su contenido fue nuevamente ratificado por el Congreso de la República de Colombia a través de la Ley 33 de 1992, declarada executable en sus aspectos formales mediante sentencia C-276 de 1993 de la Corte Constitucional.

El señor Joseph Mora Van Wichen, en múltiples memoriales, invoca el contenido del artículo 2º para fundamentar el deber de oficiosidad por parte de los jueces en la obtención de la prueba sobre el derecho extranjero. En su tenor literal, esta disposición señala lo siguiente:

*“Artículo 2º: Su aplicación [las leyes de los Estados contratantes] será hecha de oficio por el Juez de la causa, sin perjuicio de que las Partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada”*

Si bien el sentido de la norma resulta claro, es necesario advertir que la misma no puede ser invocada con efectos vinculantes dentro del ordenamiento jurídico nacional. Lo primero que hay que aclarar es que esta disposición se encuentra contenida en el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889. Dicho Protocolo, a diferencia del tratado matriz, no fue sometido a ratificación por parte del Congreso de la República. En este sentido, el Estado Colombiano no ha adherido al Protocolo Facultativo, cuyas normas, en consecuencia, no resultan obligatorias para el país.

En efecto, los tratados internacionales constituyen actos jurídicos complejos, en cuya conformación participan las tres ramas del poder público, proceso que ha sido conceptualizado por esta Corporación como *“la triada constitucional de los tratados”*<sup>113</sup>. Ello significa que ni el Presidente de la República ni ninguna otra autoridad pueden asumir compromisos internacionales de manera autónoma o sin el concurso y aprobación de las demás autoridades competentes bajo el esquema de la Carta Política de 1991<sup>114</sup>.

<sup>113</sup> *“(i) En primer lugar es imprescindible la intervención del Presidente de la República, quien en su calidad de director de las relaciones internacionales tiene la potestad exclusiva y excluyente de tomar la iniciativa para celebrar tratados o convenios con otros Estados o entidades de derecho internacional. Es el Ejecutivo quien directamente o por intermedio de sus delegados puede entablar negociaciones, fijar los términos y alcance de las mismas, avalar o no los acuerdos logrados y, en últimas, suscribir el texto de un tratado o abstenerse de hacerlo. Sin embargo, su intervención es ad referendum, en la medida en que debe someter los tratados a la aprobación del Congreso (art. 189-2 CP).*

*(ii) En segundo lugar, la Constitución exige la intervención de la rama legislativa del poder público. Como laboratorio de la democracia y foro político por excelencia, al Congreso de la República corresponde “aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional” (art. 150-16 CP).*

*(iii) En tercer lugar, la intervención de la rama judicial se desarrolla por intermedio de la Corte Constitucional, a quien compete ejercer el control de constitucionalidad de los acuerdos celebrados, como condición previa a la manifestación del consentimiento por el Presidente de la República y con ello la adquisición formal de nuevos compromisos internacionales (art. 241 CP).*

*(iv) Finalmente, con posterioridad a la revisión de constitucionalidad, el Presidente interviene de nuevo a efecto de proceder a la ratificación del tratado, lo que desde luego ejerce de manera autónoma, reafirmando entonces su calidad de director de las relaciones internacionales”. Corte Constitucional, Auto 288 de 2010*

<sup>114</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-477/92, C-504/92, C-562/92, C-563/92, C-564/92, C-589/92, C-027/93, C-276/93, C-400/98, C-363/00, C-1258/00, C-1439/00, C-303/01, C-862/01, C-264/02, C-896/03, C-962/03, C-280/04, C-533/04, C-557/04, C-622/04, C-1144/04, C-150/05, C-154/05, C-176/06, C-239/06, C-926/07, C-944/08 y C-379/09, entre muchas otras.

Cabría pensar en la posibilidad de que el Protocolo Adicional fuese una especie de “*acuerdo simplificado*”. Estos instrumentos aunque también son convenios internacionales, resultan de un proceso más sencillo de aprobación y verificación de la voluntad soberana de los Estados, por un acto distinto de la ratificación del Congreso de la República, como podría ser la aprobación, la notificación o la aceptación por parte del Poder Ejecutivo. Esta flexibilización se justifica en tanto los acuerdos simplificados no generan nuevas obligaciones sino que se limitan a desarrollar las adquiridas previamente a través de un tratado solemne, caso en el cual no requieren aprobación parlamentaria ni control previo de constitucionalidad<sup>115</sup>.

No obstante, el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 no es un evento de acuerdo simplificado. Es evidente, en el caso específico del artículo 2º transcrito anteriormente, que el Protocolo introduce una obligación nueva de oficiosidad que excede o, por lo menos amplía, el compromiso legalmente adquirido por los Estados firmantes de los Tratados de Montevideo de 1889. Así, no resulta válido justificar la obligatoriedad del Protocolo para Colombia como si este fuese un simple desarrollo o precisión del compromiso internacional adquirido originalmente en virtud de los Tratados de Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional.

En esta misma línea, debe explicarse que la Convención sobre derecho internacional privado (también conocido como Código Bustamante), aducida por el accionante a su favor<sup>116</sup>, tampoco se encuentra vigente para el Estado Colombiano. Esta Convención suscrita el 20 de febrero de 1928, en la Sexta Conferencia Internacional Americana en La Habana, jamás fue ratificada por nuestro país. En todo caso vale decir que estos instrumentos internacionales ofrecen una guía sobre la orientación regional en materia de prueba y acreditación del derecho extranjero.

## **6.2. El Código de Procedimiento Civil.**

Para la época en que se resolvió la demanda de reparación directa se encontraba vigente el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970)<sup>117</sup>. Su artículo 188 reglamenta la prueba sobre el derecho extranjero así:

<sup>115</sup> Corte Constitucional, sentencia C-363 de 2000.

<sup>116</sup> “Artículo 408. Los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere”.

<sup>117</sup> Actualmente rige el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), cuyo artículo 177 tiene una redacción similar respecto a la carga de la prueba del derecho extranjero:

“Artículo 177. Prueba de las normas jurídicas.

El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte.

La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, por el cónsul de ese país en Colombia o solicitarse al cónsul colombiano en ese país.

También podrá adjuntarse dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí.

Cuando se trate de ley extranjera no escrita, podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen o mediante dictamen pericial en los términos del inciso precedente.

*“Artículo 188. Normas jurídicas de alcance no nacional y leyes extranjeras.*

El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte.

La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, autenticada en la forma prevista en artículo 259. También podrá ser expedida por el Cónsul de ese país en Colombia, cuya firma autenticará el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Cuando se trate de ley extranjera no escrita, ésta podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen”.

El primer inciso establece de forma general que la responsabilidad frente a la prueba del derecho extranjero recae tanto en la autoridad judicial (de oficio) como en la iniciativa de las partes procesales. El segundo y tercer inciso regulan qué tipo de prueba resulta idónea en este campo. Tratándose de una norma extranjera escrita, consagra que debe aportarse copia total o parcial expedida por la autoridad competente del respectivo país y debidamente autenticada por las autoridades locales, aunque también otorga la posibilidad que la norma sea expedida por el Cónsul de ese país en Colombia; si la disposición foránea no se encuentra escrita, la prueba idónea será el testimonio de dos o más abogados del país de origen<sup>118</sup>.

### ***6.3 Conclusión: El sistema mixto de prueba del derecho extranjero en el ordenamiento colombiano.***

La creciente interdependencia de las comunidades nacionales dentro de un escenario global formula un desafío mayúsculo para el orden jurídico. Uno de los principales obstáculos que enfrenta el derecho internacional privado ante la multiplicidad y superposición de sistemas legales radica, entonces, en encontrar una respuesta objetiva sobre cuál sistema jurídico debe ser aplicado y cómo se prueban las normas extranjeras que resulten relevantes para la resolución de un caso concreto.

Históricamente se han gestado dos modelos predominantes. El primero, cuyo máximo representante es el Reino Unido, asume el derecho extranjero como una cuestión fáctica. En ese sentido se convierte en una carga procesal

---

Estas reglas se aplicarán a las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades administrativas. Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente.

Parágrafo.

Cuando sea necesario se solicitará constancia de su vigencia” (subrayado fuera del original).

<sup>118</sup> Precepto que debe entenderse sistemáticamente con lo dispuesto por el Código de Comercio en su artículo 8º: *“Prueba de Costumbre Mercantil Extranjera*. Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3º, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”. Disposición que también fue derogada por la Ley 1564 de 2012, aunque para el momento de los hechos se encontraba vigente.

exclusiva de las partes interesadas a quienes les corresponde probar su vigencia y contenido, no pudiendo el juez interferir de manera alguna en su obtención. Del otro lado, el modelo continental alemán entiende la norma extranjera como asunto de derecho, razón por la cual el juez adquiere la misión, *ex officio*, de auscultar su alcance para el caso concreto, incluso cuando las partes no han invocado su aplicación.

El ordenamiento jurídico colombiano se inclina por una alternativa intermedia, tanto en su legislación interna como en los tratados regionales en lo que se ha hecho partícipe. En principio, dispone que el derecho extranjero es investigado de oficio por la autoridad judicial (C.P.C., art. 188), como si se tratara de su propio ordenamiento (Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, art. 2). Sin embargo, también acepta la colaboración de las partes (C.P.C., art. 188) para que estas puedan alegar y probar su existencia y contenido (Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, art. 2).

De este modo, el derecho extranjero no se aborda como una simple cuestión fáctica en tanto existe una responsabilidad expresa en cabeza de las autoridades judiciales en su consecución, pero tampoco es un asunto de puro derecho, por cuanto el ordenamiento colombiano reconoce que su contenido, alcance y vigencia puede ser alegado, probado y discutido también por las partes interesadas.

¿Cómo entender un sistema que como el colombiano consagra simultáneamente los poderes oficiosos del juez junto con la diligencia de las partes en la obtención del derecho extranjero? El principio probatorio según el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (C.P.C art. 177), no resulta suficiente en la medida que el derecho extranjero no se puede reducir a un asunto fáctico y el propio legislador consagró expresamente los deberes oficiosos del juez en este campo.

Una respuesta satisfactoria habría de comenzar por reconocer que el análisis debe efectuarse caso a caso, en tanto el ordenamiento jurídico no estableció prevalencia alguna -al menos no expresamente- entre el deber oficioso del juez y la actividad de las partes en la obtención del derecho extranjero. En segundo lugar, se hace necesario fijar unos criterios que permitan determinar razonablemente una justa y eficiente distribución de las cargas procesales en el caso concreto<sup>119</sup>. A manera de guía, el juez debería considerar los siguientes criterios dentro de su análisis:

---

<sup>119</sup> “En este orden de consideraciones, quedaría por analizar qué ocurre si en abstracto la Constitución no especifica puntual y detalladamente un deber del juez de decretar pruebas de oficio, pero la ley le confiere a éste la facultad de hacerlo cuando las considere útiles. En ese caso, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que, si bien el deber del juez de decretar pruebas de oficio no está enunciado puntualmente y en abstracto en la Constitución o en la ley, en determinados casos concretos es posible advertir que la Constitución obliga al juez a decretar esas pruebas de oficio. La fuente específica de ese deber sería, entonces, la fuerza normativa de los derechos fundamentales, que en ocasiones demandan una participación activa del juez en su defensa y protección efectiva. De allí que, además del contexto constitucional y legal, es

## (i) Relevancia:

Es posible que en el caso concreto el derecho extranjero resulte ser un elemento accesorio dentro de la disputa contenciosa o las pretensiones de las partes, evento en el cual adquiere mayor sentido la diligencia de las personas interesadas en su demostración. En caso contrario, cuando la legislación extranjera constituye un aspecto central dentro del examen judicial del cual depende el goce efectivo de los derechos<sup>120</sup>, el impulso oficioso del juez debe ser mayor en atención a la primacía del derecho sustancial y la búsqueda de la verdad.

## (ii) Calidad de las partes:

Cuando la parte interesada en la prueba del derecho extranjero es una persona natural o jurídica con fácil acceso a la norma foránea (p.e. porque es una multinacional con sede y representación en el otro país), el deber oficioso en cabeza de las autoridades jurisdiccionales se reduce. Por el contrario, cuando se está en presencia de un sujeto de especial protección constitucional, con recursos financieros y profesionales limitados, cobra mayor fuerza la intervención del juez en la obtención del derecho extranjero con el propósito de asegurar la vigencia de un orden justo<sup>121</sup> y la prevalencia del derecho sustancial<sup>122</sup>.

## (iii) Disponibilidad de la norma:

En atención al principio de celeridad en la administración de justicia y el deber de lealtad procesal<sup>123</sup>, las partes interesadas deben allegar desde un comienzo la prueba del derecho extranjero que respalde su pretensión, más aún cuando este se encuentre disponible y resulte de fácil acceso (p.e. porque está en el mismo idioma y existe una referencia oficial en internet). En caso contrario, el juez debe ser más activo en la búsqueda del derecho extranjero, haciendo uso de los canales diplomáticos a los que puede acudir por medio de la Cancillería, especialmente con los países con los que se haya acordado un convenio de cooperación sobre la materia<sup>124</sup>.

El análisis conjunto de los anteriores tres criterios (relevancia, calidad de las partes y disponibilidad de la norma) permitirá que el operador judicial decida razonablemente, en un caso concreto, la carga de la prueba en la obtención del derecho extranjero y el alcance de la colaboración que las partes interesadas deben satisfacer. De esta manera será posible determinar, incluso, la eventual configuración de una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, ante la omisión del juez en su deber oficioso y

---

*necesario evaluar el contexto fáctico para concretar el deber del juez de decretar pruebas de oficio.” Corte Constitucional, sentencia T-654 de 2009.*

<sup>120</sup> Corte Constitucional, sentencias T-417 de 2008, T-654 de 2009

<sup>121</sup> Constitución Política, art. 2º.

<sup>122</sup> Constitución Política, art. 229.

<sup>123</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 71 -1.

<sup>124</sup> Al respecto tener en cuenta la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero.

el sacrificio del derecho fundamental a acceder a la administración de justicia y obtener una decisión de fondo<sup>125</sup>.

## 7. Análisis del caso concreto.

Según fue reseñado, Joseph Mora Van Wichen interpuso acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la vida digna y al mínimo vital, con ocasión de la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 9 de mayo de 2012, mediante la cual confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el sentido que el accionante no había demostrado su legitimación por activa dentro del proceso de reparación directa iniciado en contra de la Nación.

Conforme a la demanda y a las contestaciones allegadas, la Sala Plena interpreta que en esta ocasión el estudio de la acción de amparo debe concentrarse en la eventual vulneración del derecho fundamental al debido proceso. En esta medida habrá de determinarse si la carga de la prueba sobre el derecho extranjero que la Sección Tercera del Consejo de Estado sitúa sobre el señor Joseph Mora Van Wichen, se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico nacional. Para lo anterior, se analizará en el caso concreto (i) si concurren todas las causales genéricas de procedibilidad y en caso afirmativo, (ii) por lo menos una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

### 7.1. Causales genéricas de procedibilidad.

#### 7.1.1. Relevancia constitucional de las cuestiones discutidas.

En el proceso objeto de estudio el Consejo de Estado desestimó las pretensiones de reparación invocadas por el ciudadano belga en contra de la nación colombiana. El accionante esgrime que debido a excesivos formalismos e inaplicación del impulso oficioso por parte del juez administrativo se le obstruyó el acceso efectivo a la administración de justicia.

En caso de hallarse fundados los cargos, la negación de la demanda de reparación directa atentaría contra principios rectores de la administración de justicia como el acceso efectivo a la misma, la celeridad y el deber oficioso en cabeza de las autoridades jurisdiccionales. Además, la prueba del derecho

<sup>125</sup> Constitución Política, art. 229. Al respecto, ha explicado la jurisprudencia que: “*En ese contexto, el derecho de acceso a la administración de justicia aparece, ciertamente, como el derecho formal a acceder a la justicia, pero además a acceder a una justicia que busque, en la mayor medida posible, proveer una decisión de fondo para el asunto presentado. Así, una violación del derecho a acceder a la administración de justicia se presenta no sólo cuando al actor se le dificulta o imposibilita tal acceso, sino también cuando la administración de justicia le permite acceder, pero no evalúa sus pretensiones o las evalúa tan sólo en apariencia, pues acaba tomando en realidad una decisión con base en consideraciones superficiales o de carácter excesivamente formal, que no tienen valor instrumental en la garantía de otros derechos fundamentales, en un caso en que es posible adoptar una decisión diferente con fundamento en una interpretación orientada a la protección efectiva de los derechos fundamentales*”. Sentencia T-264 de 2009 y T-654 de 2009.

extranjero es un aspecto incipiente en la jurisprudencia nacional, por lo que merece un desarrollo ulterior.

En consecuencia, el asunto sometido a consideración de la Sala Plena tiene evidente relevancia constitucional.

*7.1.2. Agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial.*

Contra la decisión objeto de controversia constitucional no proceden recursos ordinarios, por tratarse de una apelación resuelta por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro de un proceso de reparación directa.

Aunque cabría pensar en el recurso extraordinario de revisión dispuesto en el artículo 185 y siguientes del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), vigente para la época de los hechos, debe recordarse que el principio de subsidiariedad ordena el agotamiento de los medios judiciales de defensa idóneos y efectivos para resolver la controversia, y no aquellos que claramente no posean esas características. Al respecto, fue la propia Sección Quinta del Consejo de Estado la que, actuando como juez de tutela, estableció que las causales taxativas del recurso de revisión no cubrían el reclamo presentado por el señor Mora:

*“Cabe destacar que los argumentos presentados por la parte actora, a saber: (i) desconocimiento de las pruebas aportadas al expediente que daban cuenta de la propiedad del barco y de los perjuicios económicos – materiales y morales–, que sufrió como consecuencia del tiempo que estuvo retenido en el puerto de Buenaventura; y (ii) la no aplicación al caso concreto de la Ley 33 de 1992 que aprobó los Tratados de Derecho Civil Internacional y de Derecho de Comercio Internacional firmados en Montevideo el 22 de febrero de 1889; no se encuentran incluidos en las causales taxativas contempladas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época de tramitación del proceso, lo cual habilita al Juez Constitucional para abordar el fondo del asunto”<sup>126</sup>.*

En este sentido, resultaría irrazonable exigir al peticionario la carga procesal de acudir a un recurso que no está diseñado para soportar la controversia constitucional planteada.

*7.1.3. Cumplimiento del requisito de la inmediatez.*

Toda vez que la providencia de segunda instancia atacada es de fecha 9 de mayo de 2012 y la demanda de tutela se radicó el 4 de junio de la misma anualidad, se satisface el requisito de inmediatez, en tanto fue presentada en un término razonable.

---

<sup>126</sup> Cuaderno de tutela, folio 171.

*7.1.4. No se discute una irregularidad procesal.*

Del relato y consideraciones presentadas por el señor Joseph Mora Van Wichen se desprende que su reclamo constitucional no tiene por objeto una irregularidad procesal sino la debida aplicación de las normas que regulan la prueba del derecho extranjero en nuestro país.

*7.1.5. El accionante ha identificado de forma razonable los hechos que generan la violación.*

La Sala encuentra que el accionante presentó de una forma suficiente y razonable los argumentos que se dirigen a denunciar el supuesto yerro cometido por el Consejo de Estado, Sección Tercera, al descartar sus pretensiones por no haber allegado la prueba del derecho hondureño que demostraría su propiedad sobre el “Zeetor”. Cuestión que también fue alegada por el accionante dentro del trámite correspondiente ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

*7.1.6. No se trata de sentencia de tutela.*

La presente acción de tutela no se dirige contra una providencia de la misma naturaleza, sino contra la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, como segunda instancia en un proceso de reparación directa.

**7.2. Causales específicas de procedibilidad.**

Según se desprende del expediente de tutela y de las consideraciones desarrolladas en los capítulos anteriores, (i) se configuró un defecto sustantivo debido a que la interpretación del artículo 188 del Código de Procedimiento Civil que realizó la Sección Tercera no se ajusta a la Constitución. Además, el Alto Tribunal omitió el análisis de otras disposiciones aplicables al caso, como lo es la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado. Esto, a su vez, condujo a (ii) un defecto fáctico en el momento en que el juez administrativo no valoró otras pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos denunciados.

***7.2.1 Defecto sustantivo: desconocimiento del deber de impulso oficioso del juez en la obtención del derecho extranjero.***

1. Para descartar las pretensiones del señor Joseph Mora Van Wichen, la Sección Tercera del Consejo de Estado considera, en resumen, que si bien el accionante allegó algunos documentos que demostrarían su propiedad sobre el buque “Zeetor”, no acreditó debidamente el derecho extranjero (en este caso hondureño) bajo el cual habría adquirido el dominio. Destacó al respecto:

*“la sala encuentra que aunque el demandante allegó, extemporáneamente, algunos documentos con los que pretendía demostrar su titularidad sobre la motonave, no acreditó la normatividad bajo la cual se adquirió el dominio del bien ni su vigencia, aspecto éste que impide determinar si tales documentos son o no las pruebas idóneas para acreditar la titularidad del dominio sobre la nave de bandera hondureña, motivo suficiente para declarar no probada la legitimación en la causa por activa, como acertadamente lo hizo el a quo, y en consecuencia negar las pretensiones de la demanda”<sup>127</sup>.*

Para justificar su postura la sentencia explica que, en relación con la transferencia de la propiedad sobre buques, el Código de Comercio consagró un régimen excepcional que estipula la *“solemnidad de la escritura pública para el perfeccionamiento de los actos o contratos que afecten el dominio o que tengan por objeto la constitución de derechos reales sobre naves mayores y determinó que la tradición se efectuará mediante la inscripción de dicho título en la capitanía del puerto”*<sup>128</sup>. En este mismo sentido, precisa que la propiedad sobre las naves matriculadas o construidas en país extranjero se probará por los medios que establezca la legislación correspondiente.

Ahora bien, para fijar la carga de la prueba en la obtención de la legislación extranjera que acredita el dominio, el Alto Tribunal considera que esta recae exclusivamente sobre el accionante Joseph Mora Van Wilchen. Para ello hace referencia: (i) al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la carga de la prueba concierne al demandante; (ii) al artículo 188 del mismo estatuto, que dispone que el texto de leyes extranjeras debe ser presentado al proceso en copia auténtica, expedida por la autoridad competente del respectivo país o por el Cónsul de ese país en Colombia, cuya firma debe venir autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores; y por último, (iii) descarta la aplicación del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 y el Código de Bustamante de 1928, por cuanto estos *“instrumentos no han sido ratificados por Colombia y en consecuencia no son vinculantes para nuestro Derecho interno”*. A partir de esto, concluye que la obtención del derecho extranjero recae exclusivamente sobre el demandante:

*“Al respecto, como se dijo ab initio, el actor, que deriva su interés procesal del derecho de propiedad que ostenta sobre la denominada nave ZEETOR, tiene la carga probatoria que debe surtirse con plena observancia de los rigores legales contenidos en la norma transcrita, de manera que está obligado a acreditar dos elementos esenciales, el primero de ellos, [1] la legislación hondureña vigente en materia de adquisición del derecho real de dominio sobre naves y, el segundo, [2] el cumplimiento pleno de dicha legislación”<sup>129</sup>.*

---

<sup>127</sup> Cuaderno Principal, folio 1670.

<sup>128</sup> Cuaderno Principal, folio 1667.

<sup>129</sup> Cuaderno Principal, folio 1668.

2. En principio, le asiste razón al Consejo de Estado al explicar que *“la propiedad de las naves matriculadas o construidas en país extranjero, se probará por los medios que establezca la legislación del correspondiente país”*<sup>130</sup>. Sin embargo, se aleja injustificadamente del ordenamiento jurídico colombiano al estipular, en el caso concreto, que la carga probatoria sobre dicho derecho extranjero recae exclusivamente en el señor Joseph Mora.

En primer lugar, el artículo 177 que enuncia el principio general probatorio no puede entenderse aisladamente de otras disposiciones aplicables al caso, como lo es el artículo 188, que regula específicamente la prueba sobre normas jurídicas de alcance no nacional y leyes extranjeras. Esta disposición, a diferencia de la lectura parcial que realiza la Sección Tercera, señala expresamente que el texto de tales normas *“se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte”*.

De otra parte, la providencia atacada omitió considerar la Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, debidamente ratificada por el Estado colombiano mediante la Ley 21 de 1981. En su artículo 2º, esta ordena que *“[l]os jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”*.

Es por todo lo anterior que la sentencia proferida el 9 de mayo de 2012 incurrió en un defecto sustantivo al haber optado por una interpretación regresiva e incompleta del artículo 188 C.P.C. que contraría los postulados de la prevalencia del derecho sustancial y la vigencia de un orden justo, consagradas como cláusulas rectoras de la administración de justicia. No es válido concluir que el accionante es el único encargado de allegar al proceso la prueba sobre el contenido y alcance de una norma extranjera, cuando el propio Código de Procedimiento Civil advierte la responsabilidad oficiosa de los jueces locales en su obtención. Postulado que además es reiterado por el tratado ratificado mediante la Ley 21 de 1981 que dispuso que los jueces debían aplicar el derecho extranjero como si se tratara de su propio ordenamiento.

3. Ahora bien, en el capítulo 5º de esta providencia se evidenció cómo el ordenamiento jurídico colombiano se inclina por una alternativa intermedia, de acuerdo con la cual el derecho extranjero no se asume como una simple cuestión fáctica, pero tampoco como un asunto de puro derecho. Por ello, autoriza que este pueda ser investigado tanto de oficio por la autoridad judicial como alegado y probado por las partes interesadas. Posibilidad que debe ser valorada caso a caso.

---

<sup>130</sup> Código de Comercio, art. 1442.

Atendiendo a las particularidades del presente expediente y a la condición vulnerable en que se encuentra el accionante Joseph Mora Van Wichen, la obtención oficiosa del derecho extranjero cobraba mayor sentido, mientras que la pasividad del Consejo de Estado al respecto trasgredía gravemente su derecho fundamental al debido proceso.

En primer lugar, la prueba del derecho hondureño en relación con la transmisión de la propiedad sobre naves era de suma importancia para el caso concreto. Tanto así que la Sección Tercera se abstuvo de examinar los elementos de la responsabilidad del Estado y valorar el fondo de la demanda impetrada por el ciudadano belga, ante la supuesta falta de certeza sobre la propiedad del barco. De este modo, el impulso oficioso se hacía necesario para garantizar un verdadero acceso a la justicia.

En segundo lugar, la especial condición de Joseph Mora Van Wichen justificaba una intervención más activa por parte del juez administrativo. En efecto, el ciudadano belga, cuando llegó a Colombia en 1991, tenía 50 años de edad<sup>131</sup> y era un naviero que esperaba estar unos pocos días en el puerto de Buenaventura para depositar un cargamento de harina de pescado. No obstante, una serie de disputas con su tripulación e inconsistencias en el pago de impuestos lo forzaron a permanecer muchos años más.

Durante estas más de dos décadas en nuestro país, el señor Mora se vio expuesto a una prohibición del DAS para salir de Colombia por el supuesto robo de un bote salvavidas del “Zeetor”<sup>132</sup>, múltiples procesos laborales iniciados en su contra y varios hurtos, uno de los cuales, asegura, casi le cobra la vida mientras dormía en el buque. A esto se sumó un malestar emocional *“por la forzosa separación con mis hijos (tanto los menores, como los mayores de edad), y separado del resto de mi familia, situaciones estas, que me afligieron como persona y más, siendo yo extranjero aquí en Colombia, sin vínculos familiares ni personales”*<sup>133</sup>. Del progresivo distanciamiento familiar<sup>134</sup> dan cuenta las comunicaciones que vía electrónica intentó mantener con sus hijos<sup>135</sup>, quienes incluso dudaban que un proceso pudiera durar tanto en Colombia y pensaban que era una excusa para no regresar al Perú con ellos.

A nivel económico podría afirmarse que una persona que alega ser dueña de un buque de carga internacional con capacidad de 950 toneladas, tiene

<sup>131</sup> Según se observa en el Registro Civil de Nacimiento de sus hijos proferido por la Municipalidad de San Isidro, Perú. Cuaderno Principal, folios 1478 y 1479.

<sup>132</sup> Hecho del cual da fe la Embajada de Bélgica. Cuaderno Principal, folio 1480.

<sup>133</sup> Cuaderno de tutela, folio 3.

<sup>134</sup> *“Mis hijos mayores de edad se casaron sin que conozca sus cónyuges, ni mis nietos. Actualmente, tengo siete nietos que sólo conozco por fotografías enviadas por internet. Y mis hijos menores en Perú, de quienes no he podido seguir su infancia, a quienes no he visto en 14 años, viven muy humilde y totalmente desprotegidos, esperando alguna razón, en donde yo pueda solucionarles y compensarles lo que han perdido en estudio y mejoramiento de su calidad de vida, porque actualmente solo sobreviven”* Cuaderno de Tutela, folio 5.

<sup>135</sup> Cuaderno Principal, folios 1461-1469. Por respeto a la intimidad de la familia y los derechos prevalentes de los menores de edad, no se citan los apartes de las comunicaciones.

ampliamente satisfecha su estabilidad financiera. Joseph Mora, por el contrario, relata que el barco era su único activo y fuente de ingresos, por lo que al ser embargado y posteriormente desvalijado y puesto fuera de servicio<sup>136</sup>, su familia y él quedaron sin nada<sup>137</sup>. Denuncia que encuentra respaldo en las notas de prensa local que se escribieron sobre su infortunio en Colombia y que relatan cómo se alojó en el hotel Felipe II, de Buenaventura, hasta que los ahorros se agotaron y tuvo que regresar a su cabina en el Zeetor<sup>138</sup>, cómo se vio obligado a rematar su casa en Miraflores (Perú) por 40.000 dólares, vender dos automóviles<sup>139</sup> y finalmente retirar a sus niños del colegio en Perú<sup>140</sup>.

Tan precaria se volvió su situación que fue cobijado judicialmente con el amparo de pobreza<sup>141</sup>. Incluso, se hizo necesaria la ayuda de vecinos como Hercilia Carabalí Sinisterra<sup>142</sup> y Hernán Morales Morales<sup>143</sup>, quienes en declaraciones extra juicio aseguraron haber colaborado por medio de rifas y ayudas en especie (comida, alojamiento y transporte) a la subsistencia del ciudadano Belga.

Bajo estas condiciones, exigir al accionante allegar al proceso la legislación hondureña, debidamente autenticada, sobre transmisión de la propiedad, resultaba desproporcionado e ignoraba las capacidades y recursos de un ciudadano extranjero, quien había perdido su única fuente de ingresos y agotado sus ahorros tras un largo proceso judicial<sup>144</sup>. En efecto, al momento en el que el Consejo de Estado falló el recurso de apelación, el señor Mora tenía más de 70 años de edad y el “Zeetor” había claudicado finalmente bajo

<sup>136</sup> Según se observa en los recortes de prensa. Cuaderno Principal, folios 1347-1352.

<sup>137</sup> Cuaderno de tutela, folio 3.

<sup>138</sup> Revista Cambio 16. Número 40, Marzo de 1994. Artículo “Un Maqroll de carne y hueso”. Cuaderno Principal, folio 1348-1349.

<sup>139</sup> Periódico El Tiempo, agosto de 1994. “El Zeetor arruinó a su dueño”. Cuaderno 1A, folio 542. Ver también Periódico El Tiempo, 22 de octubre de 1995, “Un belga anclado en Buenaventura”, Cuaderno 1A, folio 544.

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> Auto admisorio del 24 de febrero de 1997 proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera. Cuaderno 1A. Folio 548-549.

<sup>142</sup> “En el mes de septiembre de 1994 el señor Joseph Mora fue operado de dos hernias en una clínica en la ciudad de Bogotá, y cuando había vuelto a Buenaventura le di una habitación y comida en mi casa donde él pudo recuperar su salud y además porque pensé que era peligroso quedarse en el hotel donde todo el mundo sabía que él podía encontrarse. La razón porque era que [sic] a su llegada en Buenaventura fue asesinada la juez segunda laboral del circuito, entonces involucrada en el caso Zeetor y el señor Joseph Mora había recibido varias llamadas de personas desconocidas.

Desde este momento he ayudado al señor Joseph Mora junto con otras personas solidarias al caso del señor Joseph Mora, con hospedaje y comida. Organicé rifas para financiar sus viajes a Cali y Bogotá cuando era necesario ir a cada una de estas ciudades, para atender el proceso de la motonave contra el Estado colombiano” Cuaderno Principal, folio 1470

<sup>143</sup> “En el año de 1997 por lapso de tres (3) meses [le ayudé] con su manutención, comprendida con: hospedaje en mi residencia, alimentación y dinero en efecto, este último con el fin de que pudiera atender los trámites judiciales de su demanda contra el Estado colombiano. También lo ayudé en el periodo del año 2001 y 2002 con la consecución de estudiantes que recibieron instrucción de su parte, de los idiomas inglés y francés, con fin de apoyarlo con algo para su subsistencia y pudiera sobrevivir en estos últimos años en Colombia”. Cuaderno Principal, folio 1473.

<sup>144</sup> “Todo esto lo encaminó hacia una situación económica de ruina y como los documentos de escritura y certificado de matrícula tienen un costo aproximado de 3.000 dólares no se pudieron allegar al proceso judicial administrativo, aparte de que los únicos que se tenían se anexaron como pruebas en la tutela del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buenaventura y, como esta prueba se pidió en la demanda, se asumió la confianza legítima y legal de la propiedad que ya estaba demostrada” Cuaderno Principal, folio 1209.

el océano pacífico. Denegar en este punto, y luego de más de 12 años que duró el proceso en conocimiento de la Sección Tercera, la demanda de reparación por falta de prueba del derecho extranjero constituye una vía de hecho que no solo se aparta del ordenamiento legal colombiano sino que desconoce los principios constitucionales que abogan por un efectivo acceso a la administración de justicia, mediante decisiones de fondo y que consulten la realidad material, así como la protección reforzada a los sujetos de especial consideración.

**7.2.2 Defecto fáctico: Omisión en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.**

La postura de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según la cual la prueba del alcance y vigencia del derecho extranjero recae exclusivamente sobre la parte interesada, conllevó asimismo a la configuración de un defecto fáctico, en su dimensión negativa. En la sentencia del 9 de mayo de 2012 se omitió la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de la legitimación en la causa alegada por el señor Joseph Mora Van Wichen, específicamente los siguientes documentos aportados al proceso y reconocidos como prueba, en su momento, por la Sección Tercera<sup>145</sup>:

(i) La Escritura de adjudicación por remate de una motonave, otorgada por el Décimo Octavo Juzgado de Primera Instancia Civil de Lima, a favor de la Pacific Coasting Sociedad Anónima. Lima 22 de mayo de 1989.

(ii) La patente definitiva de navegación, República de Honduras, No. L0322948.

(iii) Testimonio – Instrumento número cincuenta y tres (53) otorgado en Tegucigalpa, Honduras, el 24 de mayo de 1990, por el notario Municipio del Distrito Central.

Estos fueron descartados “*ab initio*” por el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo al considerar que la ausencia de prueba sobre el derecho extranjero “[impedía] *determinar si tales documentos son o no las pruebas idóneas para acreditar la titularidad del dominio sobre la nave de bandera hondureña*”<sup>146</sup>. Al sostener esta postura, el Consejo de Estado se apartó del ordenamiento procesal colombiano y del impulso oficioso que este consagra en relación con la obtención del derecho no nacional. Resultaba necesario que el Consejo de Estado analizara tales elementos probatorios para poder concluir sobre la pertenencia del buque Zeetor y las pretensiones de fondo formuladas por el actor.

<sup>145</sup> Mediante auto del 22 de julio de 2009, la Sección Tercera, aceptó como pruebas de oficio los documentos aportados por el demandante.

<sup>146</sup> Cuaderno Principal, folio 1670.

### **7.3 Conclusión y decisión a tomar para restablecer los derechos fundamentales.**

El ordenamiento jurídico colombiano, tanto en su legislación interna como en los tratados regionales en los que se ha hecho partícipe, se ha inclinado por una alternativa intermedia en lo que se refiere a la obtención del derecho extranjero dentro de los procesos que se surtan en el territorio nacional. En efecto, el sistema colombiano prescribe que este debe ser investigado de oficio por la autoridad judicial, como si se tratara de su propio ordenamiento, aunque no descarta la colaboración de las partes interesadas, quienes podrán invocar y probar su existencia y contenido.

En consecuencia, ninguna autoridad judicial puede, sin vulnerar el derecho fundamental al debido proceso y a la efectiva administración de justicia, desconocer su corresponsabilidad en la materia y pretender trasladar completamente esa carga a las partes procesales. Más aún, en los casos en que la norma extranjera resulta indispensable para la resolución de la disputa y es de difícil obtención para los particulares, debido a sus limitaciones financieras o logísticas.

En el expediente se observa una abierta restricción a la administración de justicia por parte de la sentencia atacada, la que no profiere una decisión de fondo, bajo la excusa de la inactividad probatoria del accionante, sino un fallo inhibitorio, bajo la apariencia de un pronunciamiento de mérito<sup>147</sup>.

Lo hasta aquí expuesto no implica reconocer que el señor Joseph Mora Van Wichen sea el legítimo propietario del buque “Zeetor”, ni mucho menos que se encuentre acreditada la responsabilidad del Estado colombiano por los daños patrimoniales y morales que se le hayan podido ocasionar. Estos elementos deberán ser valorados por el juez competente de lo contencioso administrativo, en este caso, la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Lo que la Corte Constitucional específicamente reprocha es que la sentencia atacada no haya entrado a resolver de fondo la demanda presentada por el ciudadano belga, con el argumento que este no aportó copia auténtica del derecho hondureño para demostrar la legítima transmisión de la propiedad sobre la nave. Si el fallador tenía alguna duda sobre el derecho extranjero aplicable, contaba con el tiempo y las competencias jurisdiccionales necesarias para auscultar su contenido.

En consecuencia, la Sala Plena dejará sin efectos la decisión objeto de censura, dictada por la Subsección C, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en segunda instancia, el nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012), por la cual se negaron íntegramente las pretensiones del señor Joseph Mora Van Wichen.

---

<sup>147</sup> Corte Constitucional, sentencia T-264 de 2009.

Asimismo, en virtud del principio de eficacia en la administración de justicia, atendiendo la particular situación del demandante y dado el amplio tiempo transcurrido desde que presentó la demanda de reparación directa, se hace indispensable remitir el expediente nuevamente a la Subsección mencionada para que esta, luego de practicar las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad, dicte sentencia de segunda instancia en el término máximo de tres meses, de conformidad con los parámetros establecidos en la parte motiva de esta providencia y, concretamente, con estricto respeto del impulso oficioso que corresponde al juez en la obtención del derecho extranjero.

## **V. DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO.- LEVANTAR** los términos suspendidos dentro del trámite de la referencia.

**SEGUNDO.- REVOCAR** la sentencia de tutela de segunda instancia proferida el 18 de abril de 2013 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela (T-3.955.581) instaurada por Joseph Mora Van Wichen, mediante la cual se negó el amparo. En su lugar, **CONCEDER** la protección del derecho fundamental al debido proceso.

**TERCERO.- DEJAR SIN EFECTO** la providencia proferida por la Subsección C, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en segunda instancia, el nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012), por la cual se negaron íntegramente las pretensiones del señor Joseph Mora Van Wichen, en el proceso de reparación directa adelantado contra la Nación.

**CUARTO.- REMITIR** el expediente a la Subsección C, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, para que dicte sentencia de segunda instancia, en el término máximo de tres meses, de conformidad con los parámetros establecidos en la parte motiva de esta providencia y, concretamente, con estricto respeto del impulso oficioso que corresponde al juez en la obtención del derecho extranjero.

**QUINTO.- LÍBRESE** por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA  
Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA  
Magistrada  
*Ausente con excusa*

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO  
Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ  
Magistrado  
*Ausente en comisión*

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO  
Magistrado  
*Con salvamento de voto*

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO  
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO  
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB  
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ  
Magistrada (E)

ANDRÉS MUTIS VANEGAS  
Secretario General (E)

**SALVAMENTO DE VOTO DEL  
MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO  
MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA  
SU768/14**

**CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL DERECHO EXTRANJERO**-El deber contenido en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado de aplicar el derecho extranjero no puede confundirse con el deber de allegar el derecho foráneo (Salvamento de voto)

**CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL DERECHO EXTRANJERO**-No debió interpretarse que la expresión ‘solicitud de parte’ contenida en el artículo 188 del CPC se suplió por las múltiples dificultades que sufrió el actor, toda vez que no se observa una actitud mínimamente diligente del mismo en todo el proceso (Salvamento de voto)

**CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL DERECHO EXTRANJERO**-Deberes del juez en el marco del Estado Social de Derecho no relevan a los particulares de cumplir con carga de la prueba de forma diligente (Salvamento de voto)

Referencia: expediente T-3.955.581

Acción de tutela de Joseph Mora Van Wichén contra la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado

Asunto: La carga de la prueba del derecho extranjero

Magistrado Ponente:  
JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Con el acostumbrado respeto que me merecen las decisiones adoptadas por el Pleno de la Corte Constitucional, en esta ocasión, me permito manifestar mi disidencia frente a la concesión del amparo deprecado por el Señor Joseph Mora. Estimó la Sala que se vulneró el debido proceso del actor, cuando el juez contencioso, no incorporó al expediente el derecho extranjero que se requería para fundar una decisión frente a las pretensiones del demandante.

En mi sentir, las razones aducidas en la ponencia y apoyadas por la mayoría presentan las siguientes inconsistencias:

- a. En relación con la normatividad que debió servir de fundamento al Consejo de Estado para acopiar el derecho extranjero, consideró la mayoría que el artículo 2 de la *Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado*, se constituye en fundamento de una obligación de la autoridad nacional, para recaudar el derecho extranjero. Al respecto vale citar a tenor literal el precepto:

*"Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a **aplicar** el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuya derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada "* (negrillas fuera de texto)

Vista la disposición, se observa que el deber es de aplicación del derecho foráneo, el cual, no se puede confundir con un deber de allegar dicho derecho. Un deber, no implica *per se* la existencia del otro. Es cierto que la aplicación del derecho extranjero requiere el conocimiento del mismo, pero, no necesariamente quien está obligado a aplicarlo, está obligado a allegarlo. En la disposición citada, se advierte que se establece una potestad para las partes de alegar y probar el derecho externo invocado. Esta prerrogativa, se aviene correctamente con el espíritu del derecho privado, en el cual, quien alega sus intereses, generalmente debe actuar diligentemente, pues, la jurisdicción no es sustitua de la negligencia de las partes. En suma, quien tiene el interés, cuenta con la facultad para probar y alegar el derecho extranjero y, estando este en el expediente surge en esa circunstancia el deber para el juez, de aplicar dicha normatividad. Así pues, me aparto de la lectura de la disposición convencional, hecha por la mayoría en esta providencia y de las consecuencias extraídas de la misma.

- b. Por lo que respecta al otro fundamento normativo citado en la ponencia, para censurar el actuar del Consejo de Estado, esto es, el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil interpretado de consuno con el artículo 177 del mismo cuerpo legislativo, cabe decir que el último de los mandatos, indica que el derecho extranjero debe aducirse de oficio o a solicitud de parte, de lo cual, la ponencia concluye un imperativo legal para el Juez de aportar el derecho foráneo. Al hilo de la argumentación, el fallo prohiado por la mayoría, encuentra como soporte fáctico de ese deber en cabeza del Consejo de Estado, las dificultades personales a las que se vio enfrentado el accionante.

No se desconocen las vicisitudes que sufrió el actor, pero, lo que no resulta tan claro, es que ellas hubiesen impedido durante varios años, gestiones con miras a lograr probar el derecho hondureño. En la ponencia se indica que el proceso se inició en 1997 y, concluyó en 2012, pero no se encuentra en ella, reseña alguna que dé cuenta, durante ese prolongado periodo de

tiempo, de una actividad mínimamente diligente por parte del señor Mora respecto de la consecución de lo que aquí interesa. No se registran requerimientos a consulados o misiones diplomáticas, no se tiene noticia del uso de pedimentos por vía electrónica o comunicaciones por correo o, por vía telefónica o, fax, a autoridades del país centroamericano; lo que permitiría inferir y verificar una actitud diligente por parte del interesado. La decisión mayoritaria se contrae a referir los momentos adversos que agobiaron el actor y, sin más, hace responsable al Juez Contencioso de aportar el derecho extranjero. No parece pues esta forma de razonar, la que más armonice los deberes del juez con la carga de la prueba que incumbe a las partes.

- c. Finalmente, resulta necesario advertir que las profusas consideraciones sobre el Estado Social de Derecho, no alcanzan a ser el fundamento directo de una obligación judicial a hacer uso de la facultad oficiosa en el marco de controversias de orden patrimonial, en las cuales, no aparece probada la diligencia del actor. La cláusula del Estado Social de Derecho, es sin duda, determinante y obligatoria en la lectura del ordenamiento jurídico, pero, no se constituye en un precepto que releve a los particulares del cumplimiento de sus deberes legales cuando de reclamar sus intereses económicos se trata. Sin duda, esta consideración puede ser matizada acorde con las peculiaridades del caso concreto, pero, en esta oportunidad, tales particularidades no ofrecen la claridad deseable para llegar a la conclusión a la que la providencia llegó. Lo que no es de recibo, es el uso generalizado de la cláusula del Estado Social de Derecho como un expediente que quepa invocar frente a situaciones procesales tan particulares como las reglas de la carga prueba, cuando estas se incumplen por falta de diligencia de los interesados. Las directrices del Estado Social de Derecho no se oponen a esas específicas regulaciones probatorias. Por el contrario, las prohíben al ser expresión de la responsabilidad y autonomía del individuo.

Es pues, la falta de fuerza persuasiva de lo expuesto en la ponencia, lo que explica y justifica mi disidencia.

*Fecha ut supra,*

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO  
Magistrado



**MEMORIAL DR. YAYA PEÑA RV: Sustentacion recurso Proceso 110013103-013-2011-00775-03**

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

Lun 18/04/2022 14:11

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

MEMORIAL DR. YAYA PEÑA

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:** RODRIGO JAVIER GARCIA CORDOBA <rodrigojgarcia@gmail.com>

**Enviado:** lunes, 18 de abril de 2022 1:29 p. m.

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

**Cc:** mariatere911@gmail.com <mariatere911@gmail.com>

**Asunto:** Sustentacion recurso Proceso 110013103-013-2011-00775-03

Cordial saludo.

Agradezco dar trámite al oficio, en el proceso de la referencia.

De igual manera Atendiendo lo consagrado en el Decreto legislativo 806 de 2020, copio la actuación a la apoderada de la contraparte.

**HONORABLE  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.  
MAGISTRADO PONENTE OSCAR FERANDO YAYA PEÑA  
SALA CIVIL  
E. S. D.**

**Proceso: REIVINDICATORIO / DEMANDA RECONVENCIÓN  
PERTENENCIA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA**

**Demandante: ACTIVAR EMPRESA DE SERVICIOS Y ALMACENAJES  
S.A.S.**

**Demandados: GUSTAVO PUERTO RODRIGUEZ Y MARIA INES CASTILLO  
PUERTO (LITISCONSORTE)**

**Radicación: 110013103-013-2011-00775-03**

**Asunto: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION**

**RODRIGO JAVIER GARCIA CORDOBA**, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado de la parte actora dentro de la demanda principal **REINVICATORIO**, de conformidad con el auto que admitió el Recurso de Apelación de fecha 19 de marzo de 2022 notificado por estado el 30 de marzo de 2022 y ejecutoriado el 4 de abril 2022, y encontrándome dentro del término legal que reza el art. 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, me permito sustentar el Recurso de Apelación contra la Sentencia de primera instancia de fecha 10 de febrero de 2022, de la siguiente manera:

### **INCONFORMIDAD SETENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Como se indicó mediante el memorial presentado, respecto de los reparos que se presentan en la sentencia de primera instancia y que no se encuentra ajustada a derecho, me permito presentar la sustentación del Recurso de Apelación de la siguiente manera:

En este orden y en primer lugar, me referiré a la demanda principal de la Acción Reivindicatoria:

1. Indica el fallador de primera instancia respecto a la Acción Reivindicatoria art. 946 del Código Civil, que no es más sino el derecho que tiene el dueño de una cosa singular y que no está en su posesión, para que por este procedimiento el poseedor de ella sea condenado a restituirla.

En ese orden precisa el *a quo* que el demandante debe acreditar los siguientes presupuestos para que sus suplicas fuesen acogidas:

- 1). *Que el demandante tenga la propiedad*
- 2)- *Que la posesión la tenga el demandado*
- 3). *Que haya identidad entre el bien perseguido por el primero y el que ostenta en posesión el segundo*
- 4). *Singularidad del objeto materia de pretensión, o cuota determinada de esté. (Sentencia SC-211 de 2017, M.P. Luis Armando Tolosa).*

Los presupuestos exigidos fueron debidamente acreditados por el demandante así:

1). Que el demandante tenga la propiedad: Tal y como se desprende del Certificado de libertad 50N-959275 – anotación 9 y la Escritura Pública No. 5492 del 05 de noviembre de 2010 de la Notaria 32 de Bogotá D.C., que se aportaron y obran en el expediente, el propietario inscrito es ACTIVAR SERVICIOS Y ALMACENES S.A.S., quien es la parte actora.

2). Que la posesión la tenga el demandado: El demandado señor GUSTAVO PUERTO RODRIGUEZ, quien dentro del presente proceso ha alegado su calidad de poseedor. Es de anotar que la señora MARIA INES CASTILLO DE PUERTO, no fue demandada, pero de conformidad con la providencia del 11 de abril de 2013 se ordenó tenerla como Litis Consorte, quien posteriormente se notificó y contestó la demanda y propuso excepciones.

3). Que haya identidad entre el bien perseguido por el primero y el que ostenta en posesión el segundo:

Contrario a las consideraciones de la demanda que sustentan el Resuelve de la providencia objeto del presente recurso, el inmueble o franja que se solicita reivindicar por mi poderdante se encuentra debidamente descrita y alinderada como resultado de la prueba pericial solicitada con la demanda de Acción Reivindicatoria, como se verifica en el acápite de Pruebas – **“Inspección Judicial”** con intervención de peritos con el objeto de constatar **1. La identificación del inmueble** y que corresponde de igual forma al inmueble que ostenta la en posesión la parte demandada, y no como equivocadamente lo presenta en el fallador de primera instancia.

En ese sentido el bien inmueble a Reivindicar quedó debidamente identificado de conformidad con el Dictamen Pericial que obra a folios 161 al 171 y su aclaración a folios 187 al 189, motivo por el cual no es procedente el fundamento en que se basó el fallador de primera instancia, para NO dar prosperidad a la acción reivindicatoria, cuando contrariamente al principio de imparcialidad y debido proceso, desde su posición, esté dictamen SI es tenido en cuenta como prueba para la demanda de reconvenición y excepción de Prescripción Adquisitivo para singularizar el inmueble, apoyando su fallo en el que llama **“segundo presupuesto axiológico”**; pero contrario sensu respecto a la **Acción Reivindicatoria**, la prueba solicitada por la actora y ordenada en la Inspección Judicial, no es admisible para el *a quo*. El inmueble consignado y singularizado por la perito designada es el siguiente:

LOTE DE TERRENO ubicado en el sector urbano oficial AC 222 No. 45-11 INTERIOR 1, antes AC 222 No.49-11 MJ. Lote 53 MZ G. M J (JARDIN), ZONA NORTE, de uso Residencial, cocheras, enramadas, casa, etc., con área de construcción de **502.10 M2**, y un área de terreno objeto de esta pretensión de **1.796.52 M2**, comprendido dentro de los siguientes linderos ESPECIALES: POR EL NORTE: Con AC 222 en extensión de 31.22 metros; POR EL ORIENTE: Con la Autopista Norte o Avenida Los Libertadores, ex extensión de 55.11 metros; POR EL SUR: En extensión de 29.62 metros, con propiedad que es o fue del Dr. Alejandro Ángel; POR EL OCCIDENTE: En extensión de 67.11 metros, con el lote de mayor extensión antes de CEMEX COLOMBIA, hoy de la SOCIEDAD ACTIVAR ALMACENAJE S.A.S, y encierra.

La matrícula del predio de mayor extensión es 50N-959275.

Anudado a lo anterior, es importante recalcar que en la demanda de Acción Reivindicatoria, se presentaron los linderos del lote de mayor extensión cuya área es de **9.405.71 M2**.

4). Singularidad del objeto materia de pretensión, o cuota determinada de esté. (Sentencia SC-211 de 2017, M.P. Luis Armando Tolosa):  
Para el presente presupuesto, el fallador de primera instancia establece “*La verificación de la identidad del bien reivindicable se obtiene de cotejar objetivamente la prueba de la propiedad en cabeza del actor, la demanda y los medios de persuasión útiles para el efecto. Ese ejercicio permite determinar si el terreno detentado por el accionado, en realidad corresponde al reclamado.*”

Como se indicó, en el anterior presupuesto (3), para el *a quo* el inmueble para la Acción de Reivindicatoria, NO es determinable ni está singularizado, o sea, que la prueba pericial solicitada por la actora NO tiene valor en el proceso reivindicatorio, aunque contraria apreciación del fallador de primera instancia, el inmueble SI quedo plenamente identificado en la demanda de Acción Reivindicatoria como obra en el plenario, por su ubicación, área, linderos dentro del predio de mayor extensión, dando cumplimiento con la singularidad del objeto materia de la pretensión; en ese orden con la demanda se presentaron los linderos del lote de mayor extensión cuya área es de **9.405.71 M2.** y posteriormente la singularidad del lote objeto del proceso por el dictamen pericial que corresponde a un área de **1.796.52 M2.**

De conformidad con lo antes expuesto se puede establecer que SI se cumplieron los presupuestos jurisprudenciales para que prospera la Acción Reivindicatoria del art. 946 del Código Civil.

2. Anudado a lo anterior, también nos apartamos de la conclusión que llega el fallador de primera instancia, al indicar “*Frente a todo lo dicho se concluye, que al no poderse determinar los presupuestos que viabilizan el ejercicio de la acción reivindicatoria, amén el extremo actor no probo su titularidad (...)*” conjuntamente cuando se igual forma indica que “*(...) dando paso a las defensas propuestas por el extremo pasivo denominadas “posesión el demandado en la demanda principal y demandante en reconvención anterior al título del reivindicante”*”

Contrario a lo enunciado en las consideraciones de la sentencia de primera instancia, la parte actora si probó su titularidad y se adjuntó los títulos correspondientes a la tradición anterior al momento que se acredito por el despacho de conocimiento la posesión tal y como se desprende del certificado de libertad 50N-959275.

En ese orden indica expresamente el *a quo* al respecto “*(...) por tanto teniendo en cuenta el momento desde el cual se acredita la posesión – 1989 – por parte de los demandantes, es que debemos asumir los 20 años, establecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 791 de 2002 ...*”.

Sin entrar a mayores conjeturas, como obra en el expediente, se aportaron las Escrituras Públicas de la tradición de los propietarios anteriores a la parte actora, conforme a las anotaciones del certificado de libertad 50N-959275 así:

- Anotación 4: Escritura Pública No. 4040 del 31-12-1987 Notaria 30 de Bogotá D.C. Compraventa de CLUB MUSEO DE JARRAS S.A. - JARRAS a CENTRAL DE MESCLAS S.A.
- Anotación 7: Escritura Pública No. 8620 del 22-12-2004 Notaria 45 de Bogotá D.C. Escisión Reforma Estatutaria en la Escisión Central de Mezclas de CENTRAL DE MESCLAS S.A. a OPERACIONES CONCRETAS LTDA.

- Anotación 8: Escritura Pública No. 4769 del 13-09-2005 Notaria 45 de Bogotá D.C. Adjudicación Liquidación Sociedad Comercial de OPERACIONES CONCRETAS LTDA. EN LIQUIDACION a CEMEX COLOMBIA S.A.
- Anotación 9: Escritura Pública No. 54492 del 05-11-2010 Notaria 32 de Bogotá D.C. Compraventa de CEMEX COLOMBIA S.A. a ACTIVAR SERVICIOS Y ALMACENAJE S.A.S

En este orden, si como lo establece el fallador de primera instancia, el momento en que se acredita la posesión es desde el año 1989, y como lo establece la jurisprudencia en un enfrentamiento de títulos, la tradición aportada y presentada por el parte actora corresponde como se ha anotado desde el año 1987, o sea, dos años antes del momento en que el fallador tiene como acreditada la posesión 1989; por lo cual NO se dan los presupuestos esgrimidos en la sentencia de primera instancia.

3. Continuando con el orden, en segundo lugar, me referiré a la demanda de reconvencción donde se invoca la Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

Precisa el *a quo* que esta requiere para su prosperidad, según la legislación civil de nuestro ordenamiento nacional, el lleno de los siguientes requisitos:

- a). *Que el asunto verse sobre cosa prescriptible legalmente*
- b). *Que se trate de cosa singular que se haya podido identificar y determinar plenamente y que sea la misma descrita en el libelo*
- c). *Que sobre dicho bien ejerza, quien pretende adquirir su dominio, posesión material, pacífica, pública e ininterrumpida por espacio no inferior a 20 años según el otrora artículo 2535 ejusdem, ...”*

En este precepto, solo me pronunciaré respecto a los requisitos que NO se pudieron probar en demanda de reconvencción antes citada y que el fallador de primera instancia tuvo una indebida valoración de las pruebas aportadas de la siguiente manera:

b). Que se trate de cosa singular que se haya podido identificar y determinar plenamente y que sea la misma descrita en el libelo: Donde nos apartamos nuevamente del *a quo* es en la indebida valoración de las pruebas, toda vez, que le da total valor al dictamen como prueba para la demanda de reconvencción y excepción de Prescripción Adquisitivo para singularizar el inmueble, apoyando su fallo en el que llama “**segundo presupuesto axiológico**”; pero contrario sensu respecto a la **Acción Reivindicatoria**, la prueba solicitada por la actora y ordenada en la Inspección Judicial, no es admisible para el *a quo* contraria su apreciación, el inmueble SI quedo plenamente identificado, por su ubicación, área, linderos dentro del predio de mayor extensión, el cual de igual forma se identificó en la demanda de Acción Reivindicatoria por su ubicación, área y linderos.

c). Que sobre dicho bien ejerza, quien pretende adquirir su dominio, posesión material, pacífica, pública e ininterrumpida por espacio no inferior a 20 años según el otrora artículo 2535 ejusdem: En la sentencia recurrida el fallador de primera instancia, precisa que el momento en que se acredita la posesión es desde el año 1989, bajo ese presupuesto es de suma importancia recalcar una prueba que NO fue debidamente valorada por el *a quo* y que por lo tanto no se dan los presupuestos que exige el art. 2535 del Código Civil.

Mediante documento aportado, que nunca refutado por los demandados en la principal y demandantes en reconvencción y que obra en el expediente a folios 35 al 52, por el cual se adelantó por la ALCALDIA LOCAL DE SUBA de fecha **29 de abril de 1999**, fue requerido mediante querrela el aquí demandado señor GUSTAVO PUERTO RODRIGUEZ, por invasión de bien inmueble, en donde preguntado por el representante del órgano local responde expresamente: *“informe cuanto tiempo hace que construyo la cerca del predio ubicado en la autopista norte con diagonal 222, con qué fin lo realizo si el predio es propiedad público o privado, si posee escrituras públicas del mismo, si la cerca está o no sobre espacio público. CONTESTO: desde el año 1965 he visto esa cerca en alambre ahí, simplemente yo le hecho mantenimiento; ahí es un paramento o franja de 30 metros de ancho por 80 metros de frente de la autopista que viene desde “La Caro” **es de propiedad pública**. Yo siempre he pastado animales la cerca siempre ha sido del espacio público **y es del Estado los otros colindantes se están beneficiando del terreno público**. “Yo entrego esa franja en el momento en que el Estado lo necesite y no cuando los vecinos quieran. Tan pronto se esté ampliando la Autopista yo me voy”* El despacho de igual resalta que está afirmación esta precedida de otra afirmación así: *“**Este lote no es mío**, tengo una posesión de 40 años, empecé entrando mis animales, y yo vivo ahí y cuido de mis animales lo he hecho durante 40 años, nadie ha reclamado ese terreno, razón por la cual no tengo ni idea acerca del dueño, he hecho cerramiento en varias oportunidades”*.

Ante las afirmaciones realizadas por el señor Puerto, que resultan claramente contundentes para concluir que el señor Puerto reconoce que existe un dueño (diferente a él) y que está en disposición de entregar la franja, a quien a su juicio es el propietario, el Estado. También es importante tener en cuenta, que esta prueba no fue refutada por mi contraparte ni tachada de falsa y corresponde a una afirmación que emana de mismo GUSTAVO PUERTO RODRIGUEZ quien actúa en calidad de demandando y demandante en reconvencción en este proceso.

Anudado a lo anterior esta la afirmación de la apoderada de los señores Puerto y Castillo contraria a la posesión que alega de 40 años al manifestarse en la contestación de la demanda al Hecho sexto. *“Es parcialmente cierto en cuanto es poseedor del inmueble del proceso de pertenecía. Lo anterior, como quisiera que efectivamente mi representado es poseedor junto con su esposa y se reputan dueños, pero no en virtud de contrato alguno.*

*El contrato de arriendo que existió lo fue con relación al predio de **9.405.71 metros** que hoy están en poder de la empresa demandante y que recibió de manos del señor **GUSTAVO PUERTO, aquí demandado, entrega que hizo cuando la empresa CEMEX DE COLOMBIA S.A., lo vendió a la aquí demandante.**”*

Este es un claro reconocimiento de los demandados que la propiedad del inmueble se encuentra en cabeza de persona distinta a ellos. Nótese que el área de mayor extensión y de la cual hace parte el lote a reivindicar conforme a las pruebas, entre otras la escritura pública de compraventa 5492 del 05/11/2010 Notaria 32 de Bogotá D.C., y que obran en el proceso, es de **9.405,71 metros cuadrados**.

Por lo expuesto, y lo manifestado por el demandado señor GUSTAVO PUERTO RODRIGUEZ, es claro que al reconocer la propiedad se presentó “Interrupción de la Prescripción Extintiva naturalmente”.

Predica el art. 2539 del Código Civil *“La prescripción que extingue las obligaciones ajenas, pueden interrumpirse, ya naturalmente, ya civilmente.*

*Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresamente, ya tácitamente.*

*Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524.*

Por lo tanto, como se desprende del documento aportado y por la manifestación efectuada por el demandado, se interrumpió la prescripción el **29 de abril de 1999**; razón por la cual y en concordancia con el inciso 3 del art. 2536 del Código Civil, una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse de nuevamente el respectivo término.

En el presente caso, contrario a lo manifestado por el fallador de primera instancia, NO se dan los presupuestos ejercidos de posesión contados desde – 1989 – y consolidados según su posición en el año 2009, toda vez, que la demanda fue sometida a reparto en el año 2011; en el entendido de que por el hecho de reconocer propiedad en un tercero y de igual forma precisar que este lote no es mío en un documento público, el aquí demandado interrumpió el termino de prescripción, razón por lo cual, una vez interrumpida, comenzará a contarse nuevamente el respectivo termino, en ese orden comenzará a contarse a partir del **29 de abril de 1999** nuevamente 20 años, por lo cual a la fecha de presentación de la demanda 2011 no se había consolidado la prescripción.

Lo anterior, sin dejar de analizar los testimonios y demás pruebas aportadas donde se puede establecer que NO había razón contundente para establecer el momento que acredita el despacho la posesión objeto de la inconformidad.

3. La indebida valoración de las pruebas que obran en el proceso y en especial las siguientes:

- La declaración de impuesto. Predial unificado correspondientes a los periodos: 2001, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010 que aportó la contraparte, evidencian que los demandados únicamente exteriorizan su Ánimo de señor y dueño al momento de cumplir con esta obligación.
- El contrato de arrendamiento aportado, data del 4 de Noviembre de 2005, con este contrato los señores Puerto y Castillo solo exteriorizaron su ánimo de señor y dueño a partir de esta fecha.
- No se dio valor alguno al Contrato de arrendamiento y el acta de entrega, prueba aportada por la sociedad que represento, documento que prueba plenamente que existo un contrato de arrendamiento por la TOTALIDAD DEL LOTE entre mi representada y la y la sociedad CEMEX DE COLOMBIA. Contrariando en forma contundente las afirmaciones del señor Puerto, al afirmar que fue este quien entrego el lote a mi representada.
- En la apreciación que realizo el despacho sobre el dictamen pericial efectuado por a Perito designada, valoró subjetivamente la vetustez de las construcciones ya que optó por darle “una antigüedad de aproximadamente veinticinco años, concordante con las declaraciones que figuran dentro del proceso”. Cuando en realidad la afirmación del

perito en el capítulo que denomino ANTIGUEDAD DE LOS INMUEBLES. (Que obra a folio 169) es: “los inmuebles tienen (sic) dos periodos de construcción la primera casa tiene una antigüedad 15 años (sic), la segunda casa con su baño tiene una antigüedad de tres años aproximadamente. La construcción de las marraneras tiene una antigüedad de 25 años aproximadamente” y en la aclaración que efectuó y que obra a folios 178 a 189 “Los inmuebles objeto de pertenencia se encuentra dos casas una de estas la del costado sur se encuentra en buen estado de conservación ya que tiene aproximadamente cinco años de construcción, la segunda casa que esta al costado norte se encuentra en regular estado de conservación ya que tiene doce años aproximadamente de construcción, las cocheras, el vivero, la casta de gaseosas, la caseta de montallantas, también se encuentran en regular estado de conservación. El inmueble de mayor extensión cuenta con los servicios públicos de luz, agua y línea telefónica. El inmueble objeto de pertenencia no cuenta con los servicios públicos de agua y luz, y los tiene clandestinos.”

- También es importante tener en cuenta que ninguno de los testigos afirma que las construcciones daten de 25 años, por el contrario, la totalidad de ellos coinciden en que los inmuebles fueron construidos no más de 15 años (de la fecha del testimonio).

En cuanto a las pruebas testimoniales:

- Los señores JOSE ORLANDO CASTRO APERADOR, JOSE ALIRIO PINZON MONETENEGRO, FERNANDO SANDOVAL PLAZAS, coinciden en afirmar que conocen a los señores Puerto” y Castillo: los dos primeros a partir del año 1992 y el ultimo desde el año 1991. En ese orden de ideas sorprende la posición adoptada por el despacho que las pruebas testimoniales son contundentes y partir de estas para decretar la posesión de los señores Puerto y Castillo desde 1983.
- En el interrogativo del señor GUSTAVO PUERTO RODRIGUEZ admite y da plena validez a las afirmaciones donde reconoce la propiedad en cabeza de persona diferente a él, las cuales fueron mencionadas en el cuestionario que absolvió ante la ALCALDIA LOCAL DE SUBA de fecha 29 de abril de 1999.
- De igual forma el tenor GUSTAVO PUERTO RODRIGUEZ reconoce que la construcción de la vivienda data de 15 años (desde la fecha de la práctica de la diligencia) y en el mismo interrogatorio afirma que habita junto con su esposa y sus hijos desde hace más de 40 años. Es claro que la vivienda solo se construyó hace 15 años, momento a partir del cual pudo ser habitado por el señor Puerto y su familia por lo que el despacho erróneamente considero que lo

habitaron hace más de 40 años.

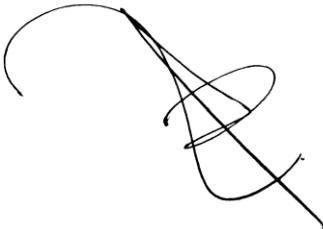
- Sumado a lo anterior, el A quo, da total credibilidad al dicho Gustavo Puerto al manifestar que “había entrado en posesión cuando era un lote totalmente abandonado” contradiciendo lo confesado por su apoderada quien en la contestación de la demanda manifestó que existió un contrato de arrendamiento entre GUSTAVO PUERTO RODRIGUEZ y CEMEX DE COLOMBIA S.A. Las pruebas aportadas por el reivindicante para demostrar que Puerto no ostenta la posesión para adquirir por prescripción, demuestran que la posesión alegada falta uno de los elementos que la conforman, el *animus*, el cual debe existir en la persona que detenta la cosa, de lo contrario es un mero tenedor.

### **PRUEBAS**

1. Las que obran en el plenario.

Por lo anteriormente expuesto y de conformidad con las pruebas que obran en el proceso, atentamente solicito se REVOQUE la sentencia de primera instancia y en su lugar declarar la prosperidad de las pretensiones de la Acción Reivindicatoria.

Del señor Magistrado,



**RODRIGO JAVIER GARCIA CORDOBA**  
**C.C. # 79.694.256 de Bogotá D.C.**  
**T.P. # 108.183 del Consejo Superior de la Judicatura**

**MEMORIAL DR. VALENZUELA VALBUENA RV: PROCESO EJECUTIVO 2019-00716-01  
SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

&lt;secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co&gt;

Lun 18/04/2022 15:14

Para: GRUPO CIVIL &lt;grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co&gt;

MEMORIAL DR. VALENZUELA VALBUENA

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co****De:** ARC\_Lista\_DirJuridica <DirJuridica@arconstrucciones.com>**Enviado:** lunes, 18 de abril de 2022 3:08 p. m.**Para:** Secretaria Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>;

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota &lt;secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co&gt;;

Despacho 19 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. &lt;des19ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co&gt;

**Cc:** ARC\_Lista\_DirJuridica <DirJuridica@arconstrucciones.com>**Asunto:** PROCESO EJECUTIVO 2019-00716-01 SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Señores

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL****MAGISTRADO: DR. GERMÁN VALENZUELA VALBUENA**[secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)[secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)[des19ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:des19ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

E. S. D.

Referencia: **PROCESO EJECUTIVO**  
Radicado: 11001-31-03-028-2019-00716-01  
Demandante: **AR CONSTRUCCIONES S.A.S.**  
Demandado: **CARMEN CONSTANZA CHAVES ZAMUDIO Y JORGE ENRIQUE CHAVES ZAMUDIO**

Asunto: **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE FECHA 4 DE JUNIO DE 2021  
PROFERIDA POR EL JUZGADO 28 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

**ANGÉLICA SIERRA RODRÍGUEZ**, mayor de edad y vecina de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 1.015.406.113 de Bogotá y tarjeta profesional No. 290.479 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderada especial de la sociedad **AR CONSTRUCCIONES S.A.S.**, identificada con NIT 900.378.893-8 y domiciliada en

Bogotá, por medio del presente escrito me permito presentar **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN en contra de la sentencia proferida el pasado 4 de junio de 2021 por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá**

Cordialmente,



**ANGÉLICA SIERRA RODRÍGUEZ**

**Abogada**

Tel: (571)6462333 - 3178948531

Calle 113 # 7-80

[DirJuridica@arconstrucciones.com](mailto:DirJuridica@arconstrucciones.com)

Bogota, Colombia

[www.arconstrucciones.com](http://www.arconstrucciones.com)

gerencia | diseño | construcción | comercialización

P Antes de imprimir, piense en su responsabilidad y compromiso con el **MEDIO AMBIENTE**

Este mensaje y sus archivos adjuntos van dirigidos exclusivamente a su destinatario pudiendo contener información confidencial sometida a secreto profesional. No está permitida su reproducción o distribución sin la autorización expresa de **AR CONSTRUCCIONES S.A.S.** Si usted no es el destinatario final por favor elimínelo e infórmenos por este mismo medio. De acuerdo con la Ley Estatutaria 1581 de 2012 de Protección de Datos y normas concordantes, le informamos que **AR CONSTRUCCIONES S.A.S.** cuenta con política para el tratamiento de los datos personales almacenados en sus bases de datos, la cual puede ser consultada en el siguiente link: [https://www.arconstrucciones.com/protccion-de-datos/Manual\\_Interno\\_de\\_Politicas\\_y\\_Procedimientos.pdf](https://www.arconstrucciones.com/protccion-de-datos/Manual_Interno_de_Politicas_y_Procedimientos.pdf)

Puede usted ejercitar los derechos de acceso, corrección, supresión, revocación o reclamo por infracción sobre sus datos, mediante escrito dirigido a **AR CONSTRUCCIONES S.A.S.** a la dirección de correo electrónico [protecciondedatos@arconstrucciones.com](mailto:protecciondedatos@arconstrucciones.com), indicando en el asunto el derecho que desea ejercitar, o mediante correo remitido a la Calle 153 # 56 - 90 (Sede Servicio al Cliente) de la ciudad de Bogotá.

Señores

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

**MAGISTRADO: DR. GERMÁN VALENZUELA VALBUENA**

[secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

[secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

[des19ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:des19ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

E. S. D.

Referencia: **PROCESO EJECUTIVO**  
Radicado: **11001-31-03-028-2019-00716-01**  
Demandante: **AR CONSTRUCCIONES S.A.S.**  
Demandado: **CARMEN CONSTANZA CHAVES ZAMUDIO Y JORGE ENRIQUE CHAVES ZAMUDIO**

Asunto: **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE FECHA 4 DE JUNIO DE 2021 PROFERIDA POR EL JUZGADO 28 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

**ANGÉLICA SIERRA RODRÍGUEZ**, mayor de edad y vecina de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 1.015.406.113 de Bogotá y tarjeta profesional No. 290.479 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderada especial de la sociedad **AR CONSTRUCCIONES S.A.S.**, identificada con NIT 900.378.893-8 y domiciliada en Bogotá, por medio del presente escrito me permito presentar **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN en contra de la sentencia proferida el pasado 4 de junio de 2021 por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá**, teniendo en cuenta lo siguiente:

**I. OPORTUNIDAD**

La presente sustentación al recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el 4 de junio de 2021 por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá se presenta oportunamente conforme a lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, que dispone que *"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"*, ya que el auto que negó la práctica de pruebas en segunda instancia de fecha 29 de marzo de 2022 fue notificado en anotación en estados del día 30 de marzo de 2022, por lo que el término de ejecutoria del mismo transcurre durante los días 31 de marzo, 1 y 4 de abril de 2022 y los cinco días siguientes para sustentar el recurso corren durante los días 5, 6, 7, 8 y 18 de abril de 2022, lapso dentro del cual se presenta este documento.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Previo al desarrollo de cada uno de los argumentos y consideraciones que fundamentan el presente recurso de apelación, resulta indispensable hacer las siguientes aclaraciones previas respecto al negocio jurídico subyacente y el título valor base de ejecución.

**PRIMERO:** El Juez de primera instancia en el numeral cinco de las consideraciones, entabló como problema jurídico, *“determinar si los espacios en blanco del pagaré fueron completados con sujeción a las instrucciones dejadas por el creador del documento, particularmente si el mismo podía ser diligenciado para cobrar el importe de la cláusula penal pactado en el negocio jurídico subyacente que dio origen a la suscripción del cartular”*.

No obstante, en el análisis efectuado por el Juez, éste omitió evaluar íntegramente el negocio jurídico, toda vez que, si bien es cierto, el contrato denominado *“CONTRATO PARA LA TRANSFERENCIA DEL DERECHO DE DOMINIO DEL INMUEBLE LA AURORA”* consagra que la suma de TRESCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL CORRIENTE (\$360.000.000 M/CTE) por concepto de impuestos, sería respaldada con un pagaré, **no menciona o regula que será la única suma garantizada por este título valor.**

Por el contrario, en virtud de la autonomía privada de la voluntad de los demandados Chaves Zamudio, estos confirieron instrucciones claras y expresas por las cuales podría ejecutarse dicho título valor, las cuales fueron plasmadas en la carta de instrucciones del mismo pagaré, en donde se menciona que *“el monto de capital será igual al valor de todas las obligaciones exigibles que a nuestro cargo y a favor de Ar Construcciones existan al momento de ser llenado el pagaré, pro los siguientes conceptos: a) cualquier suma de dinero que adeudemos a Ar Construcciones S.A.S., que conste en cualquier documentos como cheque, pagarés, acuerdo de recibo de pago de impuestos, recibos de servicios públicos, o cualquier otro documentos que contenga una obligación a mi cargo y a favor de Ar Construcciones S.A.S. cualquier suma de dinero que le adeudemos a Ar Construcciones*

**Por lo tanto, sí los señores Chaves Zamudio únicamente hubiesen tenido la intención de respaldar la suma de TRESCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL CORRIENTE (\$360.000.000 M/CTE). por concepto de IMPUESTOS, así lo hubiesen mencionado en la carta de instrucciones, o por el contrario hubiesen otorgado un pagaré cerrado por dicha suma sin espacios en blanco. Pero como se puede evidenciar no fue así, ya que la voluntad de los ejecutados fue garantizar cualquier**

**suma de dinero que pudiera adeudarse con ocasión del negocio jurídico celebrado con AR CONSTRUCCIONES.**

Aunado a lo anterior, yerra el Juez de primera instancia al desconocer el contenido de la carta de instrucciones del pagaré, documento que consagra las directrices claras y expresas que sirven como orientación al tenedor para su diligenciamiento y que, como lo mencionó la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC2768-2019 con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello:

*(...) De la emisión del título valor, con el cumplimiento de todas las formalidades que le sean propias, nacerá un derecho económico autónomo, ajeno por completo al negocio fundamental (...)*

Así las cosas, el derecho que se incorporó en el título ejecutivo con sujeción a la carta de instrucciones, consagra, plasma y refleja la intención de sus creadores, los señores Chaves Zamudio, de garantizar todas las obligaciones a su cargo y a favor de AR CONSTRUCCIONES S.A.S., lo que legitima a este último para pretender la ejecución del pagaré.

**SEGUNDO:** Por otra parte, se equivoca el Juez de primera instancia al concluir precipitadamente en la consideración número once que *“No puede negarse que el negocio jurídico subyacente se resolvió, pues operaron los presupuestos de la condición resolutoria pactada en su cláusula decima primera”* pero a renglones seguidos, consideración catorce manifiesta erróneamente que mi representada no cumplió, así: *“Aunado a los anteriores razonamientos, no concurren los presupuestos para cobrar la cláusula penal, pues fue estipulada como indemnización anticipada de perjuicios en un contrato bilateral y el reclamante no acreditó que hubiese cumplido o allanado a cumplir con las prestaciones a su cargo”* y posteriormente menciona *“en el interrogatorio absuelto por su representante legal, Daniel Giraldo se reconoce que: No entregó el dinero para pagar los impuestos prediales que el inmueble adeudaba, (...)*

Al respecto, también se requiere un análisis integral del negocio jurídico, que a todas luces no tuvo en cuenta el *a-quo*, toda vez que, por una parte, es claro el incumplimiento de los demandados antes de configurarse la condición resolutoria, al tener tratativas y prometer en venta el inmueble a la constructora Milán Desarrollos Inmobiliarios y realizar acciones dilatorias y amañadas para desconocer el negocio jurídico con AR CONSTRUCCIONES, las cuales se expondrán más adelante con mayor detalle.

Y por otra parte, contrario a lo manifestado en la sentencia de primera instancia, resulta evidente el cumplimiento de AR CONSTRUCCIONES de las obligaciones que

de acuerdo a la estructura del negocio jurídico para la fecha debían cumplirse, tales como, la constitución de un patrimonio autónomo, pues no puede desconocerse que varias de las obligaciones a cargo de AR CONSTRUCCIONES como el pago de dinero, eran exigibles previo a la configuración de condiciones suspensivas.

**TERCERO:** Es importante resaltar que, el negocio jurídico celebrado entre AR CONSTRUCCIONES y los demandados si bien versaba sobre un bien inmueble, no puede confundirse con una compraventa pura y simple, pues su objeto es *“regular los términos y el procedimiento bajo los cuales LOS PROPIETARIOS transferirán el derecho de dominio sobre EL INMUEBLE “La Aurora”, al patrimonio autónomo que AR habrá de constituir para el efecto, y en los que éste último, posteriormente, pagará el valor del precio convenido. (...)*

Por lo anterior, también yerra el juez de primera instancia al pretender o exigir que este negocio jurídico tenga las formalidades de una compraventa, pretendiendo dejar sin efecto y desconocer que la voluntad de las partes también es manifestada de manera verbal y resulta vinculante, como lo fue, para el caso subexamine, la intención manifiesta y engañosa de los demandados de continuar con el negocio jurídico.

**CUARTO:** AR CONSTRUCCIONES S.A.S. persigue el reconocimiento de la indemnización legítimamente, debido a que, el pagaré como un derecho económico autónomo, garantiza cualquier obligación a favor de AR CONSTRUCCIONES S.A.S., incluyendo el valor establecido como cláusula penal, del contrato denominado *“CONTRATO PARA LA TRANSFERENCIA DEL DERECHO DE DOMINIO DEL INMUEBLE LA AURORA”*, la cual señala la facultad de exigir a la parte incumplida la indemnización de perjuicios anticipada por incumplimiento, materializado este, con el actuar desleal de los demandados de negociar el lote y prometerlo en venta a un tercero, desconociendo las obligaciones y compromisos adquiridos con mi representada.

**QUINTO:** El proceso de la referencia es un proceso ejecutivo singular en el cual no se discuten obligaciones, toda vez que, esto es propio de los procesos declarativos. Sin embargo, el *a quo*, vulnera el derecho al debido proceso que le asiste a la sociedad AR CONSTRUCCIONES, no solo planteando y evaluando erróneamente el presunto incumplimiento de las obligaciones a cargo de esta, sino aceptando, sin justificación, la presentación extemporánea de los reparos contra los requisitos formales del título valor, específicamente su exigibilidad, reparos plasmados y disfrazados en el documento de traslado de la demanda en donde se esbozaron las excepciones de mérito, que refleja una falta de garantía sustancial y procesal para la ejecutante.

Es de resaltar que, con la presentación de la demanda, se allegó el pagaré de con fecha de vencimiento 15 de noviembre de 2019 que cumple con los requisitos formales al ser una obligación clara, expresa y exigible, lo que conllevó a la admisión de ésta, en donde los ejecutados guardaron silencio, pues no interpusieron recurso de reposición que permitiera legitimar sus reparos contra los requisitos formales del título.

### III. SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

#### 3.1. INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE DEMANDADA PREVIO A LA CONFIGURACIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

En el transcurso del proceso se demostró que los demandados mucho antes de iniciar las negociaciones con AR CONSTRUCCIONES ya tenían otro acuerdo con la sociedad Milán Desarrollos Inmobiliarios por el inmueble denominado La Aurora, de ahí que cuando se suscribió el "CONTRATO PARA LA TRANSFERENCIA DEL DERECHO DE DOMINIO DEL INMUEBLE LA AURORA" con la demandante, ya sabían que no iban a cumplir el mismo al tener el bien comprometido con otra persona, por lo que efectuaron acciones tendientes a estropear el acuerdo y desarrollaron actos para que se diera la condición resolutoria del mismo, lo cual es contrario a la buena fe comercial, de ahí que esa situación se considera un incumplimiento que da derecho al cobro de la cláusula penal a través del pagaré base de ejecución.

Sobre lo relativo a la obligación de buena fe, el tratadista Vladimir Monsalve Caballero<sup>1</sup> ha manifestado lo siguiente:

*"Buena fe es tenida en cuenta como una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. **Las partes no se deben solo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone. Aquí la buena fe debe ser entendida como rectitud y honradez en el trato. Supone un certero comportamiento o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos**". (Énfasis añadido)*

---

<sup>1</sup> MONSALVE CABALLERO Vladimir, "LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE CONDUCTA: UNA DOCTRINA EUROPEA EN CONSTRUCCIÓN" Revista de Derecho No. 30 Barranquilla Julio/Diciembre. 2008.

En efecto, los señores Carmen Constanza Chaves Zamudio y Jorge Enrique Chaves Zamudio, generaron expectativas legítimas a AR CONSTRUCCIONES, aunque estaban realizando gestiones paralelas que mostraban que no tenían la menor intención de cumplir el negocio jurídico, y de hecho ejecutaron de mala fe el contrato, pues ya habían hecho otras tratativas sobre el inmueble La Aurora e incluso, según la comunicación de fecha 21 de noviembre de 2019 enviada por CONSTRUCTORA MILAN DESARROLLOS INMOBILIARIOS S.A.S., obrante a folio 174 del cuaderno principal, firmaron un Contrato de promesa compraventa con un tercero, como lo manifestó el representante legal de esa sociedad, así:

*“Acuso recibido de su comunicación de la fecha y al respecto me permito hacer las siguientes precisiones*

*1. Desde hace aproximadamente dos años hemos tenido acercamiento con los propietarios del predio La Aurora al que ustedes se refieren*

*(...)*

*5. Efectivamente ya hemos firmado con los propietarios una promesa de compraventa sobre el inmueble, hemos pagado las acreencias que se garantizaba con una hipoteca sobre dicho bien y cuya ejecución se adelanta ante el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, y nos consta que se ha radicado la solicitud de desembargo del inmueble suscrita por los acreedores.”*

Por ende, los ejecutados eran conscientes de que no podrían cumplir a AR CONSTRUCCIONES y buscaron excusarse de sus obligaciones, por lo cual se dio un sentido erróneo de la carta de instrucciones que acompaña al pagaré, interpretación acogida de forma equivocada por el *a-quo*, ya que debió darse alcance a lo dispuesto por la cláusula décimo segunda del mencionado acuerdo referente a la garantía de saneamiento, con el fin de establecer y poner de presente la cláusula incumplida por parte de los demandados que reza así:

#### **“CLAUSULA DECIMA SEGUNDA – GARANTIA DE SANEAMIENTO**

*Los propietarios garantizan que EL INMUEBLE es de su plena y exclusiva propiedad, que ejerce actualmente la posesión quieta, regular pacífica y de buena fe sobre el mismo, y que ostenta la tenencia material de ellos, que para el momento de la transferencia de EL INMUEBLE al patrimonio autónomo, se obliga a que el mismo este totalmente libre de gravámenes y limitaciones a su dominio, posesión y tenencia. **Así mismo, LOS PROPIETARIOS manifiestan que no han***

**enajenado ni prometido enajenar por acto anterior al presente,** y que el mismo se encuentra libre de servidumbres, desmembraciones del dominio, usufructo, uso o habitación a favor de terceros, arrendatarios, condiciones resolutorias de dominio, pleito, censos, anticresis, patrimonio de familia, diferentes a la garantía hipotecaria y embargo dispuestos en las anotaciones 5 y 8 del folio de matrícula inmobiliaria No 50S-40524069." (Énfasis añadido)

En concordancia con lo anterior, es evidente, cierto, palpable y salta a la vista el claro incumplimiento de los demandados frente a las declaraciones y obligaciones derivadas del acuerdo privado, pues como se mencionó, muy a pesar de estar comprometiéndose a no haber prometido enajenar el inmueble a un tercero, y por supuesto tampoco enajenarlo en virtud del acuerdo privado, los demandantes SI estaban sosteniendo negociaciones con un tercero por el inmueble en cuestión e incluso firmaron Promesa de Compraventa para su enajenación, según como lo menciona y asegura el Representante Legal de Milán Desarrollos Inmobiliarios, pues asegura que con ellos si se firmó dicho contrato, lo que resulta en un acto defraudatorio que incluso podría considerarse como un tipo penal.

Adicionalmente, las partes establecieron en el Acuerdo Privado que se allega como documento integrante del título ejecutivo, que, en caso de incumplimiento de alguna de las partes, daría lugar a la aplicación de la cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios, facultad que AR CONSTRUCCIONES ejerció a través de este proceso ejecutivo de forma legítima, lo cual no fue tenido en cuenta por el juez de primera instancia.

Frente a la interpretación del contrato por parte de los contratantes y el Juez debe tenerse en cuenta lo manifestado en reiterada jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia citada en Sentencia SC3047-2018 del 31 de julio del 2018:

*" La labor hermenéutica de las estipulaciones contractuales, se hace particularmente imprescindible cuando las mismas presentan vacíos o exteriorizan ausencia de claridad, originada en manifestaciones confusas o contradictorias, o por cualquier otra circunstancia que se erija como un obstáculo para comprender el querer de los contratantes, y dado que corresponde a una labor técnica, el juzgador no goza de plena o irrestricta libertad para realizarla, por lo que se debe apoyar para desarrollar esa tarea, entre otras, en las pautas o directrices legales.*

*En lo atinente a la interpretación de los convenios mercantiles, en virtud de la expresa remisión que para el efecto hace el artículo 822 del*

Código Comercio, a los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil, procede la aplicación de las reglas a que se refieren los artículos 1618 y siguientes del Código Civil; sin excluir la incidencia que en dicha actividad cumplen los principios consagrados por la legislación mercantil aplicables a las obligaciones en general, por ejemplo, la consensualidad, la presunción de solidaridad, el abuso del derecho, la buena fe, entre otros.

Aquel ha sido el criterio de esta Corporación, el cual expuso entre otras, en la sentencia CSJ SC, 24 jul. 2012, rad. n.º 2005-00595-01, en la que sostuvo:

**“Para averiguar el querer de los obligados, a más del tenor literal de sus cláusulas y las directrices establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, 5º y 823 del Código de Comercio, se debe tener en cuenta el intérprete diversos factores que inciden en el acuerdo, tales como las condiciones particulares de los intervinientes y su proceder en los diferentes momentos contractuales, esto es, antes, durante y después de su celebración, de tal manera que se refleje de manera precisa el ánimo que los inspiró a vincularse.**

En ese sentido, [...], advirtió la Corte que ‘la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consistente en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la ‘recíproca intención de las partes’ (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aun siendo ‘claro’ el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión y oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que ‘[...] los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato’ (cas. civ. junio 28/1989)’”

(...)

Así mismo, en sentencia CSJ SC, 28 feb. 2005, rad. n.º 7504, en lo pertinente expuso:

(...)

[...] *Ahora bien, **el criterio basilar en esta materia - más no el único, útil es memorarlo- es, pues, el señalado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, 'conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras', en cuya puesta en práctica sirve de fundamento, entre otras pautas o reglas, la prevista en el inciso final del artículo 1622 ib., a cuyo tenor las cláusulas de un contrato se interpretarán 'por la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra'.***

*Esa búsqueda -o rastreo ex post- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues **no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, inradice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborío hermenéutico.** No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, 'la letra mata, y el espíritu vivifica'.*

(...)

[...] *tratándose de contratos mercantiles, el juzgador no puede circunscribir su atención exclusivamente a las precitadas reglas hermenéuticas, todas ellas establecidas en el Código Civil, pero aplicables a los negocios jurídicos de esa estirpe, por la integración normativa que dispone el artículo 822 del Código de Comercio, sino que debe igualmente atender los principios -o directrices- que, de manera especial, consagra esta última codificación, entre ellos vía de ejemplo, el que aparece entronizado en el artículo 871, conforme al cual, **'los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a todo lo que corresponde a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad natural'**. (Énfasis añadido)*

Así las cosas, no puede ser de recibo la interpretación del Juez de primera instancia de pretender alegar la aplicación de la cláusula resolutoria dispuesta en la cláusula décimo tercera del contrato para la transferencia del inmueble La Aurora sin tener en cuenta la intención de las partes de no efectuar tratativas con otras personas posiblemente interesadas en un negocio similar, pues la interpretación ahora se realiza en aprovechamiento de un evento posterior al incumplimiento para tenerlo

como excusa para evitar el pago de la cláusula penal, esta actitud es contraria a la buena fe comercial y debe ser reprochada por el Ordenamiento Jurídico Colombiano, ya que el incumplimiento inició desde el momento mismo de la firma del Acuerdo privado al hacer manifestaciones contrarias a la realidad en dicho documento y generar expectativas que llevaron incluso a la inversión de recursos para la estructuración del proyecto, como pago de estudios de factibilidad, de títulos, abogados, ingenieros y demás profesionales, además de la constitución de un fideicomiso, el cual fue signado por los Chaves Zamudio en una visita a las instalaciones de AR CONSTRUCCIONES -aunque ellos lo nieguen, a pesar de que exista el documento donde se observa sus firmas-.

En las declaraciones rendidas al proceso se logró evidenciar que los demandantes de forma consciente provocaron un perjuicio patrimonial a AR CONSTRUCCIONES, al inducirlo a error y aprovecharse de esta situación, ya que con los estudios efectuados por la actora pudieron corroborar la viabilidad de prometer en venta su predio a otra constructora, como finalmente ocurrió, generando un detrimento patrimonial de la ejecutante que debe ser resarcido a través del cobro de la cláusula penal.

De ahí que, los demandados incumplieron e instaron a que los acreedores hipotecarios, cuya voluntad estaba involucrada en el acuerdo, a que no aceptaran las condiciones del negocio jurídico con AR CONSTRUCCIONES en el plazo citado en el referido contrato.

En igual forma, debe considerarse que en el hipotético caso en que los acreedores hipotecarios hubiesen aprobado el levantamiento de la afectación a la propiedad, el objeto del contrato ya había sido violado y sería imposible su cumplimiento pues para la fecha, dado que los señores Carmen Constanza Chaves Zamudio y Jorge Enrique Chaves Zamudio ya habían adelantado conversaciones, negociado, e incluso firmado contrato de Promesa de Compraventa con el tercero Milán Desarrollos Inmobiliarios -situación que se conoció en la comunicación de fecha 21 de noviembre de 2019 obrante a folio 174-, mostrando su actuar de mala fe para con AR CONSTRUCCIONES e instaron a que la demandante incurriera en gastos y acciones para llevar a cabo un negocio que los demandados sabían que no iban a poder cumplir.

### **3.2. EJERCICIO DE LA FACULTAD DE AR CONSTRUCCIONES DE DILIGENCIAR EL PAGARÉ BASE DE EJECUCIÓN**

Como se indicó al presentar la demanda ejecutiva, el título valor base de ejecución respalda y garantiza **CUALQUIER OBLIGACIÓN** a cargo de los demandados y a

favor de AR CONSTRUCCIONES S.A.S, conforme a lo menciona los literales a) y del numeral 5) de la carta de instrucciones, así:

*“(...) 5.- Los espacios en blanco **se llenarán cuando ocurra una cualquiera de las siguientes obligaciones: a) cuando incumplamos y/o se haga exigible una cualquiera de las obligaciones a cargo nuestro y a favor de AR Construcciones S.A.S. b) Cuando inicien en contra nuestra un proceso ejecutivo (...)**” (Énfasis añadido).*

De igual forma, el numeral 7) de la carta de instrucciones consagra las amplias facultades para diligenciar el pagaré, en cuanto lo que **NO HAYA SIDO EXPRESAMENTE AUTORIZADO**, así:

*“7.- En todo **caso LOS DEUDORES, autorizan con las más amplias facultades a AR CONSTRUCCIONES S.A.S. y/o al tenedor de este documento, a llenar los espacios en blanco, en cuanto a lo que no haya sido expresamente autorizado, para lo cual manifiesta su expresa conformidad.**” (Énfasis añadido)*

Por otro lado, se debe tener en cuenta que los negocios jurídicos que se celebran sobre un título valor son independientes unos de otros y si los mismos llegaren a ser nulos, no afectan la validez del título valor, tal como lo menciona el artículo 627 del Código de Comercio:

*“**Art. 627.\_ Autonomía de la obligación de cada suscriptor.** Todo suscriptor de un título valor se obligará autónomamente. **Las circunstancias que invaliden la obligación de alguno o algunos de los signatarios, no afectarán las obligaciones de los demás.**” (Énfasis añadido)*

Conforme a lo anterior, es claro que el razonamiento del Juez de primera instancia para interpretar las cláusulas aplicables del contrato para la suscripción del pagaré es errónea, pues además que la integralidad del acuerdo comercial habilitaba el cobro de la cláusula penal por parte de AR CONSTRUCCIONES, la autonomía del título valor entregado para su diligenciamiento, el cual fue llenado conforme a la carta de instrucciones anexa, hace que el cobro de este título sea procedente.

Debe tenerse en cuenta que para que el Juez tome en cuenta como excepción los asuntos propios del negocio, estos deben haberse probado plenamente, lo cual no sucedió, pues la parte demandada se aprovechó de la cláusula resolutoria del contrato para encubrir su incumplimiento. Sobre el particular en jurisprudencia de las Altas Cortes se ha indicado que:

*"[...] la Corte Constitucional acerca del tema ha entendido que "si el deudor opta por hacer oponibles asuntos propios del negocio subyacente, le corresponderá probar (i) las características particulares del mismo; y (ii) las consecuencias jurídicas que, en razón de su grado de importancia, tienen el estatus suficiente para afectar el carácter autónomo y la exigibilidad propia del derecho de crédito incorporado en un título valor. (...) Así, toda la carga de la prueba se impone exclusivamente al deudor, al ejecutado que propone la excepción" (Sentencia T-310/09 de 30 de abril de 2009).*

Entonces, al dar prosperidad a las excepciones de mérito presentadas por los demandados sin que estas cuenten con el suficiente sustento probatorio, se desconoce la voluntad de las partes al suscribir el pagaré y la carta de instrucciones, ya que no puede limitarse ni desconocerse el alcance de los mismos a lo relativo a los impuestos del negocio subyacente u otras sumas indicadas en el acuerdo para la transferencia del inmueble La Aurora, cuando la carta de instrucciones que acompañaba el título valor entregaba amplias facultades a AR CONSTRUCCIONES para el diligenciamiento del pagaré, instrucción que fue malinterpretada por el A-quo.

### **3.3. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS EN EL ACUERDO POR PARTE DE AR CONSTRUCCIONES, QUE HABILITAN EL COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL A TRAVÉS DEL PAGARÉ**

De forma equivocada el juez interpretó la no ocurrencia de los presupuestos para el no pago de la cláusula penal, pues contrario a su razonamiento, AR CONSTRUCCIONES cumplió con el contrato y ejecutó acciones tendientes a cumplir con el acuerdo suscrito con los ejecutados para materializar la transferencia de dominio del lote La Aurora, pues cumplió todas las obligaciones establecidas, tales como constituir el patrimonio autónomo en el término acordado, esto es el 15 de agosto de 2019, para lo cual incluso se contó con la firma de los señores Chaves Zamudio, el cual era uno de sus compromisos acordados en el contrato.

De la lectura del numeral 7.1.) de la cláusula séptima del CONTRATO PARA LA TRANSFERENCIA DEL DERECHO DE DOMINIO DEL INMUEBLE LA AURORA se tiene que la primera obligación a cargo de AR CONSTRUCCIONES era:

*"7.1. Constituir el patrimonio autónomo que será titular del derecho de dominio sobre EL INMUEBLE, a más tardar, dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la suscripción del presente contrato."*

De igual forma, AR CONSTRUCCIONES hizo estudios de títulos, estudios de factibilidad, contrato profesionales como abogados e ingenieros y desembolsó recursos económicos para materializar el objeto del contrato, elementos que hacían parte de sus obligaciones contractuales, por lo tanto, a diferencia de lo manifestado por el Juez, AR CONSTRUCCIONES si dio cumplimiento con las prestaciones, que lo facultaban para exigir la cláusula penal como indemnización anticipada de los perjuicios, contrario a los Chaves Zamudio, quienes no cumplieron ninguna de sus obligaciones.

A su vez, las demás obligaciones a cargo de la ejecutante dependían de que los demandados efectuaran sus obligaciones, pues involucraban la transferencia de dominio del denominado lote La Aurora y la gestión de aquellos para que eso fuera posible.

Visto esto, es claro que el Juez de primera instancia no tuvo en cuenta las reglas del artículo 1546 del Código Civil para hacer efectiva la cláusula penal y ordenar seguir adelante con la ejecución. Frente a este aspecto, la Corte Suprema de Justicia en memorada jurisprudencia expuso lo siguiente:

*“En el ámbito de los contratos bilaterales y en cuanto toca con la facultad legal que, según los términos del artículo 1546 del Código Civil, en ellos va implícita de obtener la resolución por incumplimiento, hoy en día se tiene por verdad sabida que es requisito indispensable para su buen suceso en un caso determinado, la fidelidad a sus compromisos observada por quien ejercita esa facultad habida cuenta que, como lo ha señalado la Corte, el contenido literal de aquel precepto basta para poner de manifiesto que el contratante incumplido utilizando el sistema de la condición resolutoria tácita no puede pretender liberarse de las obligaciones que contrajo.*

*Es preciso entender, entonces, que no hay lugar a resolución de este linaje en provecho de aquella de las partes que sin motivo también ha incurrido en falta y por tanto se encuentra en situación de incumplimiento jurídicamente relevante, lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda culpa, habiendo cumplido rigurosamente con sus obligaciones, al paso que sea la otra quien no haya hecho lo propio, de donde se sigue que “...el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el*

*aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor” CSJ SC 5319 de 7 marzo del 2000.*

Teniendo en cuenta lo precedente, la manifestación del *a-quo* acerca de que AR CONSTRUCCIONES “*no adoso elementos demostrativos que acrediten la satisfacción de las obligaciones a su cargo*” es equivocada, pues, además de no acatar las disposiciones normativas y jurisprudenciales acerca que debía verificar de que fuera el extremo ejecutado quien probara que cumplió a cabalidad el contrato y no realizó tratativas con otras personas sobre el inmueble La Aurora para dar prosperidad a su excepción, siguiendo las reglas de carga de la prueba de que trata el artículo 167 del C.G.P.; el Juez de Primera Instancia desconoció el real cumplimiento del contrato de la ejecutante, ya que más allá de la entrega de dinero a la parte demandada, las obligaciones efectuadas por la actora también involucraban desgaste de tiempo y dinero que facultan a la demandante al cobro de la cláusula penal a través del pagaré de que trata este proceso ejecutivo.

Inclusive, en el negocio fiduciario suscrito por AR CONSTRUCCIONES y los demandados para constituir el patrimonio autónomo, se pactaron obligaciones a favor de Abigail Molano y Alfonso Cuervo para el pago del bien La Aurora y otras obligaciones a cargo de los Chaves Zamudio para el efectivo desembolso del dinero, lo que ellos desconocieron, por lo que es inaudita la posición del juez de primera instancia al inclinarse a la prosperidad de las excepciones de mérito presentadas por la pasiva.

Pues, si el juez tenía dudas acerca de las prestaciones realizadas por la ejecutante debió haber decretado pruebas de oficio para obtener certeza de lo indicado en sentencia, ya que conforme al artículo 42 del C.G.P. este es un deber del Juez, toda vez que las afirmaciones realizadas en la providencia sobre este aspecto no resultan verídicas y desconocen las acciones de AR CONSTRUCCIONES, vulnerando el debido proceso de mi representada.

#### **3.4. EL A-QUO DESCONOCIÓ EL TÉRMINO CON QUE CONTABAN LOS EJECUTADOS PARA ATACAR LOS REQUISITOS FORMALES DEL TÍTULO VALOR**

El Juez, contrariando la disposición del inciso segundo del artículo 430 del C.G.P., permitió a los demandados atacar, vía excepciones de mérito, los requisitos formales del título ejecutivo, que en este caso es el pagaré, lo anterior teniendo en cuenta que la oportunidad legal para ello era mediante recurso de reposición, medio de impugnación que los demandados nunca interpusieron.

Pues, es preciso tener en cuenta que los requisitos formales de los títulos ejecutivos solo y únicamente se pueden alegar mediante recurso de reposición contra el mandamiento de pago, tal como lo establece el artículo 430 del C.G.P., que menciona:

*“Artículo 430. Mandamiento ejecutivo. Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal.*

**Los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso.**

*Cuando como consecuencia del recurso de reposición el juez revoque el mandamiento de pago por ausencia de los requisitos del título ejecutivo, el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto, podrá presentar demanda ante el juez para que se adelante proceso declarativo dentro del mismo expediente, sin que haya lugar a nuevo reparto. El juez se pronunciará sobre la demanda declarativa y, si la admite, ordenará notificar por estado a quien ya estuviese vinculado en el proceso ejecutivo.*

*Vencido el plazo previsto en el inciso anterior, la demanda podrá formularse en proceso separado.*

*De presentarse en tiempo la demanda declarativa, en el nuevo proceso seguirá teniendo vigencia la interrupción de la prescripción y la inoperancia de la caducidad generados en el proceso ejecutivo.*

*El trámite de la demanda declarativa no impedirá formular y tramitar el incidente de liquidación de perjuicios en contra del demandante, si a ello hubiere lugar.” (Énfasis añadido)*

Por consiguiente y tal como lo menciona el artículo 318 del C.G.P., los recursos de reposición solo podrán presentarse durante los tres días siguientes a la notificación del auto que se pretende impugnar.

En atención a lo anterior, es pertinente referirnos a los elementos formales de los títulos valores y bajo el entendido que la norma no los menciona como tal, debemos decantarlos de su definición propia, por lo que también se debe traer a colación el artículo 422 que define el título valor, así:

*“Artículo 422. **Título ejecutivo.** Pueden demandarse ejecutivamente las **obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él**, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.”* (Subraya y negrilla fuera de texto)

Analizado el artículo anterior, se puede depurar que los requisitos formales de los títulos ejecutivos son: una obligación que conste en un documento; que dicha obligación sea clara; que sea expresa y que sea exigible; que dicho documento provenga del deudor o causante; y que tal documento constituya plena prueba contra él.

Por lo dicho, si bien los demandados estaban en su derecho de presentar excepciones de mérito contra el mandamiento ejecutivo, dichas excepciones no podían estar encaminadas a afectar o pretender atacar la validez de los requisitos atrás mencionados, con argumentos disfrazados como 1. *Inexistencia del negocio subyacente fuente del título valor aportado*”; 2. *“Mala fe del demandante, al llenar espacios en blanco del título valor en blanco, contrariando lo establecido en la carta de instrucciones”*; 3. *Inexistencia de incumplimiento por efecto de la cláusula resolutoria*”; y 4. *“abuso de tenedor del pagaré al carecer de facultad para declarar supuesto incumplimiento del contrato”*; ya que esta no era la oportunidad procesal para realizarlo.

Por todo lo anterior, se debe dejar claro que el pagaré es un documento obligacional proveniente de los demandados, en el que consta una obligación clara, expresa y exigible y como tal constituye plena prueba contra los mismos y tal afirmación no puede ser rebatida, pues su oportunidad procesal correspondiente expiró antes de la presentación de las excepciones de mérito, y por tal razón, el despacho de primera instancia no debía pronunciarse en sentido de afectar la validez de los requisitos formales del título ejecutivo objeto del presente proceso.

### **3.5. EXTRALIMITACIÓN DE LAS FACULTADES POR PARTE DEL JUEZ AL ORDENAR LA ENTREGA DE LOS DOCUMENTOS APORTADOS CON LA DEMANDA A LOS DEMANDADOS**

Resulta sorprendente que en la parte resolutoria de la sentencia de 4 de junio de 2020, el despacho anotó lo siguiente:

*“Cuarto: Disponer el desglose de los documentos aportados como fundamento del recaudo y **su entrega a los demandados con la constancia del caso**” (Énfasis añadido)*

Por su parte, el artículo 443 del C.G.P., referente a las reglas para el trámite de las excepciones, en su numeral 3º menciona que:

*“3. La sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquel haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso.”*

Vista la norma anterior, no se explica por qué el *a-quo*, quien profirió una sentencia favorable al demandado, da la orden de entregar los documentos base de ejecución al demandado, pues más allá de sus consideraciones acerca del negocio causal, el juzgador está dando una orden que no se encuentra expresamente facultada por la legislación.

Debe tenerse en cuenta que en las excepciones formuladas por los demandados, y que de forma errónea prosperaron en la sentencia de primera instancia, no se alegó la referente al pago total o novación de la obligación que se pretendía ejecutar, de ahí que no resulte procedente la entrega del título base de ejecución como regla de presunción de pago, conforme a lo pregonado por el artículo 882 del Código de Comercio.

Sobre el particular, los doctrinantes José Guillermo Castro-Ayala y Nattaly Ximena Calonje-Londoño, en su obra *“Derecho de obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización”*<sup>2</sup> manifestaron lo siguiente:

---

<sup>2</sup> CASTRO-AYALA, José Guillermo y CALONJE-LONDOÑO, Nattaly Ximena. *“Derecho de obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización”*. Colección *JUS* privado No. 2. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015. Págs. 218 y 219

*“En materia de Derecho Comercial, la entrega de Títulos Valores que haga el deudor a su acreedor valdrá como pago de la obligación que ha contraído aquel, y por lo tanto, llevará implícita la condición resolutoria del pago en caso de que el objeto sea rechazado. De esta manera, nuestro ordenamiento a través del artículo 882 inciso 1° del Código Comercio otorga efecto novatorio a la entrega del título valor, extinguiéndose así mismo la obligación anterior y despejando la duda de si tal acto constituía o no novación.”*

Así, resulta contradictoria la determinación del juez de primera instancia, quien contra la voluntad de la parte ejecutante y en contra de lo indicado por el estatuto procesal, pretende entregar los documentos base de la acción ejecutiva a la parte demandada, despojando de la posibilidad de usar los documentos arrimados a este proceso para ejercer cualquier otra acción judicial que resulte procedente, si esa fuera la voluntad de la actora.

#### **IV. PETICIÓN**

Conforme a lo anterior, solicito a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que revoque la sentencia proferida el pasado 4 de junio de 2021 por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, y consecuentemente, desestime las excepciones propuestas por los demandados y ordene continuar con la ejecución del pagaré arrimado como base de ejecución, conforme se indicó en el mandamiento de pago fechado 29 de noviembre de 2019.

Respetuosamente,

**Angélica Sierra R**

**ANGÉLICA SIERRA RODRÍGUEZ**

Apoderada Especial

C.C. 1.015.406.113

T.P. No. 290.479 del C.S de la J.

Honorables Magistrados:  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL  
M.P. Dra. Adriana Ayala Pulgarín

Ref.: Demandante: MANTELTEX S.A.S.  
Demandado: THOMAS GREG SEGURIDAD INTEGRAL S.A.S.  
Radicación: 1100131033320190002501  
Clase: VERBAL  
Asunto: SUSTENTACION APELACIÓN

Obrando en mi condición de apoderado de la sociedad demandante y en virtud de lo previsto por el inciso segundo del artículo 14 del decreto 806 de 2020, presento la sustentación del recurso de apelación, en la siguiente forma:

### **OPORTUNIDAD**

El inciso segundo del artículo 14 del decreto 806 de 2020 establece:

*“Apelación de sentencias en materia civil y familia. (...)”*

***Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niegue la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. (...)***

Teniendo en cuenta lo anterior y como quiera que el auto que negó las pruebas adicionales fue notificado por estado del 2 de febrero de 2022, la sustentación del recurso de apelación se presenta dentro de la oportunidad señalada por la norma antes citada.

### **SUSTENTACIÓN**

#### **1. Existencia del nexo causal entre el incumplimiento contractual y el daño sufrido por Manteltex.**

En la sentencia, el a quo señaló que no estaba demostrada la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, pues el informe de Bomberos sobre la causa del incendio, señala: *“ignición de material solido combustible (textil), debido a la transferencia de calor generado por un motor eléctrico energizado de una máquina plana en el área de tejido”*, lo que significa que el incendio no se causó por un acto

u omisión imputable a la demandada, en cuanto al sistema de monitoreo de alarmas, sino a una situación ajena al sistema que estaba siendo reinstalado en las bodegas.

En lo que respecta a la no activación de los sensores, señaló que *“habiéndose efectuado de manera parcial el traslado de los sensores a la bodega nueva, conforme se advierte en los hechos de la demanda, la contestación y en las pruebas documentales obrantes en el expediente, la instalación llevaba un porcentaje del 90% precisándose conforme correo electrónico ya referido y remitido por el ingeniero ERIC LEONARDO MUNEVAR RODRIGUEZ, en este se indicó que se procedió de manera prioritaria con la instalación de los equipos de bodega de producto terminado transfiriendo el sistema de producto existente a la Central de Monitoreo, quiere ello decir que solamente era la bodega de producto terminado la que contaba con el sistema de protección al momento de la ocurrencia del incendio”*, luego señaló que conforme a lo señalado en el hecho 23 de la demanda, el suceso ocurrió en el área de producción y que por ello, si bien se encontraba instalado uno de los sensores este no estaba funcionando.

Inicialmente, debo señalar que en la demanda jamás se dijo que THOMAS GREG fue el causante del incendio y que contrario a lo dicho por el a quo, **si** existió un incumplimiento contractual por parte de THOMAS GREG, incumplimiento que ocasionó daños a mi representada.

En lo que respecta al incumplimiento en que incurrió la sociedad demandada, comenzaré por señalar que el contrato de prestación de servicio de monitoreo de alarmas MONF- 1044 tenía el siguiente objeto:

*“OBJETO: LA COMPAÑÍA se obliga a prestar en forma independiente a EL CLIENTE a través de una central de monitoreo ubicada en las instalaciones de LA COMPAÑÍA, el servicio de Recepción y Administración de las señales que son emitidas desde el sistema de alarma instalado en la(s) instalación (es) de EL CLIENTE relacionado a continuación y/o en anexo adjunto: (...) y recibidas en la central de monitoreo de LA COMPAÑÍA veinticuatro (24) horas al día 365 días al año.”*

Así mismo, en la cláusula quinta del contrato se estableció que la demandada tenía como obligaciones, entre otras, las siguientes *“SERVICIO DE MONITOREO DE SEÑALES DE ALARMA A) Monitorear permanentemente las señales recibidas en la central de Monitoreo y proceder de acuerdo con el protocolo establecido descrito en los literales B y C de la presente cláusula. B) Establecer comunicación telefónica y/o por correo electrónico con EL CLIENTE o con la(s) persona(s) designada(s) por este y mediante los santo y señas definidos de mutuo acuerdo, informar sobre las señales de alarma recibidas y aperturas y cierres irregulares (no efectuados o*

*efectuados en rangos de horarios no establecidos) C) Proceder de acuerdo a notificación del cliente para registrar la novedad como una falsa alarma o por solicitud de EL CLIENTE informar a la autoridad competente sobre la señal de alarma recibida y el sitio de ocurrencia. D) Enviar por solicitud de EL CLIENTE al sitio de ocurrencia del evento a un funcionario de LA COMPAÑÍA o autorizado por esta a fin de verificar la causa de la señal. (...)*”

Es decir, tanto en el objeto del contrato de monitoreo de alarmas, como en la cláusula donde se establecieron las obligaciones a cargo de la sociedad demandada, se estableció que THOMAS GREG tenía la obligación de realizar un continuo monitoreo (24 horas, 365 días al año), de las señales de alarma emitidas por el sistema ubicado en las instalaciones de MANTELTEX y recibidas en la central de THOMAS GREG, para darle aviso a su cliente y a las autoridades respectivas, sobre la ocurrencia de la señal de alarma.

Aclarado lo anterior, se tiene que en noviembre de 2015, MANTELTEX pidió el traslado del servicio de monitoreo de alarmas, solicitud que dio lugar a la propuesta comercial TGS120150117-B del 23 de noviembre de 2015, para la “INSTALACIÓN, CONFIGURACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE SISTEMA CCTV Y ALARMA (contempla la instalación de 6 movimientos, 4 humos, 4 magnéticos y 7 cámaras), así como el monitoreo mensual, por la suma de \$135.000 más IVA.

En ésta misma propuesta se señaló que 2 sensores de humo serían utilizados para la “Bodega producto terminado” y los otros 2 sensores de humo serían utilizados para la “Bodega Cojines”.

Así mismo, dentro de la mencionada propuesta se señaló *“Se reutilizarán todos los equipos existentes actualmente, en caso tal de que alguno falle, este deberá ser cotizado de forma adicional.”*

Habiéndose presentado la propuesta la misma fue aprobada por mi representada, lo que dio lugar a que se adelantara el traslado e instalación en el nuevo predio a partir del 2 de diciembre de 2015. En desarrollo de la instalación, THOMAS GREG remitió el correo electrónico del 15 de diciembre de 2015, donde señaló:

000042

De: Eric Leonardo Munevar Rodriguez Eric.munevar@thomasgreg.com  
Asunto: SISTEMA CCTV Y ALARMA BODEGA MANTELTEX  
Fecha: 15 de diciembre de 2015, 12:18 p.m.  
Para: Pawlette Levy plevy@manteltext.com, philippehane@manteltext.com  
Cc: Servicio Al Cliente Seguridad Electronica LTDA servicioalcliente.se@thomasgreg.com; Fabian Gomez Buitrago fabian.gomez@thomasgreg.com

Buenos días Sr. Phillipe,

Nos permitimos informar que el trabajo de instalación de Sistema de CCTV y Alarma ya se encuentra finalizado en un 90%, solo queda pendiente la configuración y pruebas finales de los dispositivos, la cual se está realizando en estos momentos. Como es de su conocimiento las labores se iniciaron el día dos (2) de diciembre con el desmonte de equipos de acuerdo a las indicaciones y desocupamiento de las bodegas iniciando por cámaras y sensores del tercer piso de la bodega principal, luego se procedió a instalar de manera prioritaria los equipos de bodega producto terminado transfiriendo el reporte del sistema existente a nuestra central de monitoreo. Finalmente, continuamos con el desmonte de acuerdo a como nos lo indicaban y El día viernes once (11) de Diciembre el Sr. Martín le indicó el estado de la obra y la calidad con la que se realizaron los trabajos. El día sábado él le iba a indicar los equipos faltantes pero ustedes no se encontraban presentes en la obra. Con respecto a esto, agradecemos nos indique como procederemos, si se los cotizamos o ustedes nos los proveen. Al frente de cada uno colocamos el valor unitario del equipo para que puedan tomar una decisión y nos indique si le enviamos la cotización formalmente.

Sensores de Humo: 2 Unidades (Valor: \$188.000 + IVA C/U) ✓  
Adaptadores de Voltaje: 4 unidades (Valor: \$21.600 + IVA C/U) ✓ Apnel  
Video Balun: 15 unidades (Valor: \$20.000 + IVA C/U) ✓ Acoban  
Contacto magnético de Apertura: 3 unidades (Valor: \$14.000 + IVA C/U) ✓ - por confirmación 1

Por último, enviamos el listado de cantidades utilizado para el desarrollo de las actividades en referencia.

De acuerdo con lo anterior, mediante correo del 15 de diciembre de 2015, ERIC LEONARDO MUNEVAR RODRIGUEZ, informó que la instalación del sistema de alarma y CCTV se encontraba *“finalizado en un 90%”* y que únicamente quedaba pendiente **“la configuración y pruebas finales de los dispositivos, la cual se está realizando en estos momentos”**.

Tal como consta en el correo remitido por la demandada, las labores de desmonte e instalación en la nueva bodega, iniciaron desde el 2 de diciembre de 2015 y el trabajo había iniciado por *“cámaras y sensores del tercer piso de la bodega principal, luego se procedió a instalar de manera prioritaria los equipos de **bodega producto terminado transfiriendo el reporte del sistema existente a nuestra central de monitoreo”**”*

Teniendo en cuenta lo anterior acertó el a quo cuando concluyó que la instalación y monitoreo en la bodega de producto terminado, quedó finalizada el día 15 de diciembre de 2015, **pero se equivocó cuando concluyó que el área de producción donde se generó el incendio no formaba parte y no estaba ubicado dentro de la bodega denominada como “producto terminado”**.

Lo anterior por cuanto en la demanda se explicó que el traslado del sistema de monitoreo de alarmas se realizaría en 2 bodegas, para identificarlas se señaló que la **“BODEGA A”** estaba ubicada en la Cr 69 Q No. 75 -62 y correspondía a aquella dentro de la cual se había producido la conflagración, mientras que la **“BODEGA B”**, estaba ubicada en la Cra. 69 Q No. 75 -76.

En efecto, el hecho 14 de la demanda señala

*“14. Aun cuando en la propuesta de THOMAS se señaló que se haría la instalación de 4 sensores de humo (2 para cada una de las bodegas), **MANTELTEX aclaró a THOMAS que en la “BODEGA A” ya existían 2 sensores de humo (tal como se acredita con el registro fotográfico que se anexa como prueba), elementos que fueron aceptados por THOMAS para efectuar el monitoreo de las alarmas.** Así las cosas solamente se hacía necesario efectuar la instalación de 2 sensores adicionales que serían acondicionados en la “BODEGA B””*

Al contestar este hecho, el apoderado de THOMAS señaló:

*“14.- No es cierto, los **dos sensores usados fueron recibidos** no aceptados por Thomas.*

*En la propuesta se consideró lo solicitado por MANTELTEX relacionado con el uso de equipos usados, haciendo claridad que ante equipos que presenten falla (por ser usados) MANTELTEX los debería aprobar para cambiarlos.*

***Los otros 2 sensores a instalar nunca fueron aprobados”***

De acuerdo con lo anterior, la demandada confesó haber recibido los 2 sensores referidos en el hecho 14 de la demanda para la “BODEGA A”, los cuales ya existían en la bodega siniestrada<sup>1</sup>, así mismo revisado el correo electrónico del 15 de diciembre de 2015, se concluye que contrario a lo dicho en la contestación del hecho, los sensores que existían en la bodega siniestrada sí fueron aceptados y destinados para la bodega de “PRODUCTO TERMINADO”, es decir, aquella descrita como “BODEGA A”, lugar donde se produjo el incendio, porque si no fuera así, entonces, por qué razón en el correo del 15 de diciembre sólo se solicitó aprobación para 2 sensores y no 4?

Lo cierto es que aun cuando THOMAS dice no haber utilizado o retomado los 2 sensores que recibió, de la lectura del correo del 15 de diciembre de 2015 claramente se evidencia que la demandada únicamente solicitó aprobación para 2 sensores de humo que conforme a lo explicado en precedencia serían destinados a la otra bodega, esto es, la “BODEGA B” o “COJINES”, lugar donde no se presentó el siniestro.

Es por ello que el testigo PHILPPE HANE refiriéndose a los sensores de humo, explicó:

---

<sup>1</sup> Ver fotografías 20151030\_164614.jpg, 20151030\_16464.jpg, 20151030\_164705.jpg, 20151030\_164717.jpg, 20151030\_164753.jpg, carpeta 03FOLIO368 del expediente digital.

*“En cuanto a los sensores de humo, en el sitio donde según el parte de los bomberos inició el fuego, había 2 monitores de humo como consta en las fotografías que tiene mi apoderada legal, ahí justo encima existían 2 monitores de humo, los cuales no funcionaron la noche del incendio ...”* (minuto 1:51:22)

Más adelante cuando se le preguntó si THOMAS GREG había aprobado éstos 2 sensores para formar parte del sistema de monitoreo de alarmas instalado en la bodega que se incendió, respondió:

*“Sí señora, esos 2 sensores de humo se encontraban justo encima de donde el parte de bomberos indica que hubo un recalentamiento de una máquina de coser y ahí inició el fuego, esos sensores fueron avalados por el señor ERIC ... MUÑOZ, no recuerdo el apellido, fueron avalados, **puesto que él pidió 4 sensores y posteriormente solo pidió 2 que iban para la bodega de cojines** y producto terminado no para la bodega de costura que fue donde inició el fuego (...).”* (minuto 2:00:12 a 2:01:30).

Teniendo en cuenta lo anterior, los sensores de humo que se encontraban en la bodega siniestrada no solo fueron aceptados y utilizados para el sistema de monitoreo de alarmas.

Aunado a lo anterior, el sistema de monitoreo de alarmas se encontraba funcionando y emitiendo señales desde hacía varios días, tal como obra en la prueba documental que obra en el expediente.

En efecto, obran en el expediente los reportes de eventos de la bodega siniestrada, documento expedido por la sociedad THOMAS GREG donde quedaron registradas las señales que generó el sistema de monitoreo de alarmas, sin solución de continuidad durante el mes de diciembre de 2015<sup>2</sup>, registros dentro de los cuales se resaltan las siguientes anotaciones:

- a. El 20 de diciembre de 2015, siendo las 02:32 “SUPERVISOR HACE PRESENCIA Y MANIFIESTA BOMBEROS SE ENCUENTRAN EN LA BODEGA 1 VA A VALIDAR LO SUCEDIDO.”
- b. El 20 de diciembre de 2015, siendo las 02:34 “SUPERVISOR REPORTA QUE VERIFICA LA DIRECCION Y CONFIRMA QUE ES EN LA BODEGA NUEVA DONDE SE PRESENTÓ LA NOVEDAD CRA. 69 Q No. 75 – 62”
- c. El 20 de diciembre de 2015, siendo las 02:35 “SUPERVISOR MANIFIESTA QUE AL PARECER LLEGAN LOS DUEÑOS”
- d. El 20 de diciembre de 2015, siendo las 02:39 “SUPERVISOR INFORMA QUE EL INCENDIO AL PARECER SE PRESENTO EN EL 3ER PISO, LOS BOMBEROS AUN ESTÁN INTENTANDO CONTROLAR EL INCENDIO.

---

<sup>2</sup> Folio 48 y siguientes del cuaderno principal No. 1.

*MANIFIESTA QUE LLEGÓ UNA SEÑORA Y ESTA BASTANTE DISGUSTADA Y NO LE CONFIRMÓ NOMBRE. EN SEGUIMIENTO...”*

- e. El 20 de diciembre de 2015, siendo las 03:17 *“SUPERVISOR INFORMA QUE BOMBEROS AUN NO HAN DADO REPORTE HASTA EL MOMENTO.”*
- f. El 20 de diciembre de 2015, siendo las 03:47 *“SUPERVISOR INFORMA QUE PERSONAL DE BOMBEROS NO LES HA PERMITIDO ACERCARSE, PERO LO QUE EL OBSERVA ES QUE EN EL 3ER PISO LOS VIDRIOS ESTAN ROTOS, EN EL 2DO PISO NO HAY RUPTURA DE VIDRIOS Y LOS BOMBEROS CORTARON UNA PARTE DE LA PUERTA PARA PODER INGRESAR”*
- g. El 20 de diciembre de 2015, siendo las 04:22 *“SUPERVISOR INFORMA EL INCENDIO SE CONTROLA HACE 30 MIN APROX MANIFIESTA QUE YA INGREARON Y QUE SE INCENDIO EL 1ER PISO, 2DO PISO Y 3ER PISO”*
- h. El 20 de diciembre de 2015, siendo las 04:35:31 *“NO OBSERVA PUERTAS FORZADAS, MANIFIESTA QUE LA VECINA QUIEN INFORMÓ A LA SRA PAULETTE LEVY, LE LA LLAMARON CUANDO VIERON LAS LLAMAS EN L 3ER PISO, NO SONO LA SIRENA”*
- i. El 20 de diciembre de 2015, siendo las 04:52 *“SE INFORMÓ AL SR FABIAN GOMEZ LA INDICACIÓN DEL SR PEDRO BERNAL ES DEJAR EL SUPERVISOR Y QUE SE RELEVEN EN ESTE LUGAR. EL SEÑOR RODOLFO MACIAS MANIFIESTA QUE SOBRE LAS 06:00 HRS SE COMUNICARA CON LA SRA PAULETTE LEVY PARA DIALOGAR RESPECTO AL TEMA.”*
- j. El 20 de diciembre de 2015, siendo las 06:27:10 *“SE REALIZA CAMBIO DE TURNO DEL SUPERVISOR EN EL PUNTO, EL SEÑOR FREDY BEJARANO INFORMA LOS BOMBEROS NO HAN DADO NINGUNA INFORMACIÓN ESTÁN ESPERANDO QUE LLEGUE EL GRUPO DE INVESTIGACIÓN PARA QUE DEN EL REPORTE. CONTINUAN LOS BOMBEROS EN EL PUNTO PORQUE TODAVIA EXISTE CONATO DE INCENDIO”*
- k. El 20 de diciembre de 2015, siendo las 09:14 *“EL SUPERVISOR INFORMA YA SE ENCUENTRA EN EL PUNTO EL GRUO DE INVESTIGACION DE INCENDIOS Y DESASTRES CAMIONETA OCK253”*
- l. Desde los días 21 de diciembre de 2015 en adelante, se registran varias anotaciones en las que se indica que el supervisor PASA REVISTA SIN NOVEDAD.

Sobre la instalación del sistema de monitoreo de alarmas, así como el funcionamiento y la emisión de señales, se indagó al testigo PHILIPPE HANE, quien respondió:

*“sí señora, varias veces llamaron a alguno de nuestros colaboradores o a nosotros informándonos de que algún que se había disparado la alarma, aunque al no haber más movimiento ella sola se restablecía, pero tuvimos por lo menos 4, 5 llamadas en ese lapso” (minuto 1:59:10 al a 1:59:39).*

Más adelante agregó:

*“nosotros teníamos un horario de 7 a.m. a 6 p.m., si por algún motivo se cerraba después de las 6 p.m., nos llamaban y nos decían no se ha activado, por qué?”*  
(minuto 1:59:55 a 2:00:10)

Así mismo, la testigo MONICA ORTIZ, ex trabajadora de MANTELTEX, explicó que ella era quien abría la bodega y manejaba la clave para la activación y desactivación del sistema de alarmas y cuando se le preguntó por el traslado del sistema explicó:

*“que yo me acuerde era el mismo sistema, el mismo sistema de monitoreo, porque yo pues inclusive manejaba el mismo código, el mismo código para entrar, yo tenía, la señora Paulette tenía 2 bodegas, **la bodega 1 y la bodega 2 de la empresa, que era una de cojines y otra que era la nueva**, siempre se identificaban como bodega 1 y bodega 2, y la bodega 1 siempre conservó el mismo código cuando se pasó a la bodega nueva”* (minuto 2:32:14 a minuto 2:32:51), incluso la testigo narró que la empresa había tenido que salir de personal y explicó que las pocas personas que quedaron, habían sido ubicada en “*el área de cojines*” (minutos 2:37:44 a 2:37:54), esto es, la testigo aclaró que el incendio no se produjo en la bodega de cojines, porque precisamente a ese sector, habían sido trasladados unos trabajadores de la empresa.

Más adelante, cuando se le preguntó por la instalación y puesta en funcionamiento del sistema de monitoreo de alarmas, respondió:

*“Cuando yo estaba manejando la primera bodega, o sea la bodega que estaba arrendada, yo me acuerdo que había un técnico que estaba revisando la parte de la bodega nueva antes de pasarnos, a mi me hicieron ir para darme digamos otra vez el nuevo código que pues yo dejé el mismo que yo tenía y pues en ese entonces estaban revisando todo, o sea yo me acuerdo de eso, que estaban como pues revisando que todo estuviera en orden y pues yo me imagino que si ya me estaban dando el código de entrada era porque ya tenían todo activado pienso yo”* (minuto 2:41:25 a 2:42:07)

Esta misma testigo, al ser preguntada por el área donde había ocurrido el incendio, explicó que había sido el área de confección (minuto 2:42:19), luego cuando se le preguntó por la existencia de sensores de humo en ese sector de la bodega, respondió: *“habían 2, habían 2 como en 2 extremos, sí señora”* (2:42:34 a 2:42:44).

Respecto a éstas alertas, la testigo MONICA ORTIZ explicó:

*“Cuando recién nos pasamos, inclusive yo tenía que cerrar un sábado ... me acuerdo mucho que me tocó quedarme una hora después del horario de salida porque no me activaba la alarma, no me activaba y ellos tenían en su sistema o*

*algo así, los horarios en que se cerraba la empresa, entonces ellos me llamaban que qué había pasado, si era que nos íbamos a demorar más, porque no habíamos activado la alarma, digámoslo así el tablero y uno de esos días nos pasó eso y me tocó quedarme casi una hora e incluso llegó un muchacho en una moto que fue el que me ayudó como a hacer el paso a paso de la activación, porque realmente no la pude hacer ese día” (minuto 2:38:34 a 2:39:40), a continuación aclaró que el motorizado era funcionario de THOMAS GREG.*

Por su parte, DEYSI ESTUPIÑAN, refiriéndose al traslado del sistema de monitoreo y el funcionamiento de un panel de alarmas a la bodega que se incendió, respondió:

“Sí había un panel instalado” (minuto 1:25:19 a minuto 1:25:32).

Respecto a la activación y desactivación del panel de alarmas, la testigo confirmó que ese procedimiento se llevaba a cabo en la mañana y en la noche, así mismo, cuando se le indagó por alertas que THOMAS GREG hubiera dado durante los días anteriores al incendio, la testigo explicó:

*“Sí, en repetidas ocasiones yo recibí llamadas, en donde me informaban que se habían presentado activación en diferentes zonas de la planta y había activación de la alarma y se retomaba nuevamente el servicio con normalidad (...) se suponía que teníamos un ingreso de gatos porque al otro día encontrábamos las huellas del animal y se restablecía normalmente el servicio, la alarma retomaba otra vez, volvía a retomar su servicio” (minuto 1:26:12 a 1:26:50).*

Así mismo, la testigo coincidió en que cuando se producían aperturas o cierres tardíos, THOMAS GREG reportaba la novedad y aclaró que esas llamadas de verificación se habían generado en la bodega nueva donde se había producido el incendio (minuto 1:27:00 a minuto 1:27:25).

Incluso, cuando se le preguntó a la testigo si el día del incendio el sistema se había desarmado y activado con normalidad, la testigo respondió de manera afirmativa e incluso narró que ella era quien había realizado la activación del mismo (minuto 1:29:07 a minuto 1:29:29).

Así mismo, obran dentro del proceso las facturas No. 22A0012601 y 22A0012863, mediante las cuales la sociedad demandante realizó el cobro del **servicio de monitoreo** correspondiente a los meses de diciembre de 2015 y enero de 2016, aspecto sobre el cual el testigo PHILIPPE HANE, explicó que el servicio que allí se cobraba correspondía al siguiente concepto:

*“Es correcto, ellos enviaron las facturas cobrando el monitoreo”*, respuesta frente a la cual se le indagó sobre qué inmueble se le estaba cobrando, ante lo cual respondió *“Del inmueble donde estábamos, donde tenía sede MANTELTEX, que era la Cra. 69 Q No. 75-62”*, para mayor claridad, se le preguntó al testigo si ésta era la dirección donde se había producido el incendio, frente a lo cual respondió *“es correcto”* (minuto 1:58:08 al minuto 1:58:51).

Por ello, el a quo erró al interpretar las pruebas recaudadas, porque:

1. La bodega donde se produjo la conflagración corresponde a aquella que en correo electrónico del 15 de diciembre de 2015 se denominó como bodega de “PRODUCTO TERMINADO” y sobre la cual se había realizado el traslado del monitoreo a la central de THOMAS GREG.
2. Conforme al correo electrónico del 15 de diciembre de 2015, la sociedad demandada únicamente solicitó aprobación para 2 sensores adicionales, manifestación que constituye una clara aceptación de los otros 2 sensores que se encontraban en la bodega donde se produjo la conflagración.
3. La información que se encuentra incorporada en los reportes que obran en el expediente prueban que el sistema de monitoreo estaba funcionando y que el servicio se prestó sin solución de continuidad.

Así las cosas, habiéndose ejecutado la totalidad de las obras en la “bodega producto terminado” o “BODEGA A”, los 2 sensores faltantes a los que hace referencia el correo del 15 de diciembre de 2015, estaban destinados para la bodega denominada “cojines” o “BODEGA B”, por ello, contrario a lo dicho por el a quo, lo el sistema de monitoreo de alarmas sí había completado su traslado en la bodega incendiada, sin embargo, ninguno de los sensores de movimiento o de humo, emitió alguna señal de alerta que habría servido para mitigar y controlar los graves daños sufridos por mi representada.

En efecto, nótese que además de los sensores de humo, la sociedad demandada también instaló unos sensores de movimiento que también han debido emitir señales ante los movimientos que se estaban presentando en el interior de la bodega, tales como los producidos por las llamas, la caída de elementos, entre otros.

En consecuencia, la omisión en que incurrió la demandada, esto es, la ausencia total de señales de alarma por parte del sistema de monitoreo que diseño e implementó en la bodega siniestrada, significó que no se hubiera dado una alerta temprana a mi representada y a los bomberos, circunstancia que permitió que la conflagración alcanzara niveles incontrolables que significaron la pérdida total de

todos los elementos que se encontraban en su interior, mismos que fueron valorados por la perito de parte.

En conclusión, se equivoca el juez de primera instancia al señalar que no existe incumplimiento contractual de THOMAS GREG.

## **2. El deber del profesional**

El contrato de monitoreo de alarmas, fue celebrado entre una sociedad que se dedica al área textil y que acudió ante un profesional en materia de seguridad a efectos de que trasladara y prestara un servicio de monitoreo de alarmas con el fin de proteger los bienes que resguardados en el inmueble.

Por ello, resulta importante realizar un análisis del deber del profesional por parte de la demandada, para lo cual se advierte que conforme a la información incluida en el brochure, THOMAS GREG es miembro del grupo empresarial THOMAS GREG & SONS LIMITED S.A., siendo líder en Colombia en la prestación de servicios de seguridad desde hace más de 50 años, así mismo se presenta como una empresa que presta servicios de montaje de equipos electrónicos de seguridad, monitoreo de alarmas y mantenimiento de los mismos, así mismo anuncia que dentro de su portafolio de servicios incluye instalaciones eléctricas, sistemas electrónicos de seguridad, monitoreo de alarmas, entre otros.

En ese orden de ideas, en el certificado de existencia y representación de la demandada, ésta tiene por objeto el siguiente:

### **CERTIFICA:**

OBJETO SOCIAL: 1. LA PRESTACIÓN REMUNERADA DE SERVICIOS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA CON O SIN ARMAS, EN LAS MODALIDADES DE VIGILANCIA FIJA, VIGILANCIA MÓVIL Y ESCOLTA A PERSONAS, VEHÍCULOS Y MERCANCÍAS, EMPLEANDO PARA ELLO CUALQUIER MEDIO AUTORIZADO POR LA SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA, MATERIAL O TECNOLÓGICO, TALES COMO ARMAS, CENTRALES DE MONITOREO Y ALARMA, CIRCUITOS CERRADOS, EQUIPOS DE DETENCIÓN, CONTROLES DE ACCESO, CONTROLES PERIMÉTRICOS, PERIFÉRICOS Y SIMILARES. 2. LA PRESTACIÓN DIRECTA O INDIRECTA DE SERVICIOS BASICOS DE COMUNICACIONES CON UTILIZACIÓN DEL ESPECTRO RADIOELECTRICO PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA. 3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ASESORIA, CONSULTORIA, INVESTIGACIÓN EN SEGURIDAD O CUALQUIER OTRO SERVICIO SIMILAR RELACIONADO CON LA VIGILANCIA O LA SEGURIDAD PRIVADA, EN FORMA REMUNERADA A TERCEROS. 4. EFECTUAR DONACIONES. EN DESARROLLO DE SU OBJETO Y DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 99 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, LA SOCIEDAD PODRÁ REALIZAR TODOS LOS ACTOS DIRECTAMENTE RELACIONADOS CON EL OBJETO SOCIAL Y LOS QUE TENGAN COMO FINALIDAD EJERCER LOS DERECHOS O CUMPLIR LAS OBLIGACIONES LEGALES O CONVENCIONALMENTE DERIVADOS DE LA EXISTENCIA Y ACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD.

Es así como en ejercicio del mencionado objeto social, THOMAS GREG, expone ante sus potenciales clientes la totalidad de las ventajas de los servicios que ofrece, señalando en su brochure como promesa de servicio *“Satisfacer las necesidades y expectativas de*

*nuestros clientes aportando en la mitigación del riesgo de sus instalaciones ...” igualmente establece como misión ser una “... aliada estratégica de sus clientes en la protección de sus bienes, a través de un equipo de trabajo competente, soluciones integrales de seguridad con medios tecnológicos y el uso de tecnología vanguardista ...”*

Pese a lo dicho, lo cierto es que el sistema instalado por THOMAS GREG, no cumplió con el objeto prometido, esto es, la *“recepción y administración de señales emitidas desde el sistema de alarma instalado en las instalaciones del cliente ... y recibidas en la central de monitoreo de la compañía veinticuatro horas al día, 365 días al año”*.

El servicio que la demandada ofrece a sus usuarios consiste en una protección vinculada a las señales transmitidas por el sistema de monitoreo de alarmas, por lo que se requiere para ello un especial conocimiento que pareciera no haberse utilizado en la debida forma, pues en el presente caso, está probado que para la fecha en que se produjo el incendio, la demandada llevaba por lo menos 17 días instalando el sistema, incluso 2 días antes de la conflagración aseguró que el trabajo se había completado en un 90% **y sólo faltaban unas pruebas finales que se estaban completando ese día.**

No es aceptable que el profesional en seguridad, que se dedica a advertir tempranamente cualquier tipo de señal de alarma en los inmuebles protegidos, argumente que no le fue posible cumplir con el objeto del contrato porque el sistema no se encontraba en un 100%, cuando lo cierto es que conforme a los reportes diarios y al correo del 15 de diciembre de 2015, el sistema había sido transferido a la bodega siniestrada y éste permaneció emitiendo señales sin solución de continuidad durante el mes de diciembre de 2015.

Es por ello que la jurisprudencia ha señalado:

*“Conforme a una difundida opinión jurisprudencial, la responsabilidad **profesional** es extensa, desde la negligencia grave hasta el acto doloso puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro”, impregnándose no solo de la “aplicación de los principios técnicos y científicos” exigibles, sino de “normas protectoras del individuo y de la sociedad”, que a más de conocimientos y experiencia, presuponen especial cuidado y previsión (cas civ. sentencia del 5 de marzo de 1940, XLIX, 177); por regla general, la responsabilidad contractual del **profesional**, está referida a las obligaciones de medios, resultado, garantía y seguridad (René DEMOGUE, *Traité des obligations*, édition Rousseau, Paris, 1922, t.5, n°1237, t.6, n°599 ; Emilio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 1, pp. 40 ss; André. PLANCQUEEL., *Obligations de moyens, obligations de résultat, Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d’inexécution*, R.T.D.Civ.1972, p.334; A. TUNC., *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, J.C.P. éd. G, 1945, n° 449 ; cas. civ. sentencias de 31 mayo*

1938, XLVI, p. 572; 5 de marzo de 1940, XLIX, 177; Cas. Civ. 7 de junio de 1951, LXIX, 688; 27 de noviembre de 1952, LXXXIII, 728; 12 de julio de 1955, LXXX, 688; 30 de noviembre de 1955, XLIII, 178 ss; cas. 21 mayo 1968 CXXIV, p. 174; 11 de mayo de 1970, CXXXIV, 124; 30 de enero de 2001, no publicada) y al conjunto de reglas o directrices explícitas e implícitas que regulan el ejercicio de las profesiones, incluidos los **deberes** o compromisos derivados de la *lex artis*, los de las cláusulas generales o estándares de comportamiento, en especial, los de corrección, probidad, lealtad, fides, sagacidad, previsión, advertencia con especificidad, concreción e individuación a los servicios técnicos, financieros o prácticos y a la concreta relación o posición de las partes.

(...)

Naturalmente, la responsabilidad del fiduciario en el manejo del patrimonio autónomo está indisolublemente vinculada a su carácter de **profesional** especializado y a la confianza rectora de estos actos, conforme a la regulación normativa de su profesión y de este negocio jurídico.

Por ello, la inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de **profesional** experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus **deberes** legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada, compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla, por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados”<sup>3</sup>.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“Desde esta perspectiva, cada uno de los contratantes, debe salvaguardar la confianza depositada por su contraparte y actuar con lealtad y corrección. En consecuencia, cada parte está obligada, de **buena fe**, a desplegar todos los esfuerzos razonables para que no sólo ella, sino también su contraparte, alcance la finalidad perseguida con el negocio y reciba la utilidad esperada (Massimo Bianca, *Diritto civile*, vol. 3 – *Il contratto*. Milano, Giuffrè, 1998, p. 477).

Esta concepción objetiva de la **buena fe** entendida como corrección, que no se restringe a la conciencia subjetiva de obrar conforme a derecho, permea todo nuestro derecho privado, creando diversos deberes de diligencia y salvaguarda para las partes de toda relación contractual: “Los **contratos**... obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural” (art. 871 del Código de Comercio, y en términos similares, art. 1603 del Código Civil). De esta forma quienes celebran un contrato están en la obligación de

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, expediente Exp. 11001 3103 039 2000 00310 01, M.P. William Namen

“desplegar todo el esfuerzo apropiado según criterios de normalidad, empleando medios materiales, observando normas técnicas y jurídicas, adoptando cautelas adecuadas, entre otras”, con el fin de alcanzar los objetivos propuestos en el negocio (Bianca, op. cit., p. 478). En caso de incumplimiento, la responsabilidad de las partes se evaluará tomando en cuenta si cumplieron el deber de diligencia.

Aún más, ha dicho la Corte que “el deber de probidad y la cláusula general de corrección se concretiza en un comportamiento razonablemente idóneo, para prevenir y corregir toda conducta incorrecta con una actuación prístina orientada a la realización de los fines inherentes a la contratación, regularidad y certidumbre del tráfico jurídico. Por ello, se impone un deber de diligencia a los contratantes y, en su caso, **de advertencia, comunicación e información de condiciones cognoscibles, asumiendo cada parte en interés recíproco una carga respecto de la otra en lo concerniente a la plenitud del acto, la realización de su función y la evitación de causas de ineficacia o irrelevancia.** (...), las partes, contraen la carga correlativa de evitar causas de ineficacia del negocio jurídico y, el juzgador al interpretarlo y decidir las controversias, procurar dentro de los límites racionales compatibles con el ordenamiento jurídico, su utilidad y eficacia, según corresponde a la ratio legis de toda conocida ordenación normativa.” (cas.civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, exp. 2001-06915-01).

**Los deberes de diligencia son más gravosos en relación con aquellos sujetos que desempeñan profesionalmente una actividad mercantil,** como en el caso del armador en los **contratos** de transporte marítimo de mercaderías. Nuestro ordenamiento jurídico de manera expresa les impone un régimen de responsabilidad particularmente gravoso frente a las pérdidas, menoscabos o retrasos en la ejecución de sus prestaciones (como se demuestra de la simple lectura de los artículos 1605 y siguientes del Código de Comercio, y casación de 12 de junio de 1990, G. J. CC, pp. 263 y ss.). **Además, dada su experiencia y pericia sobre estos temas, la buena fe les exige que desplieguen un especial cuidado en la celebración y ejecución de los negocios que tienen que ver con su profesión.** Por ello, al transportador a quien se encarga el traslado de una mercancía de un puerto a otro, cuando el conocimiento de embarque expedido con su firma, la de su representante o capitán de la nave, menciona expressis verbis documentos indicativos del valor de las mercancías y, que por lo mismo, según elementales pautas de lógica, sentido común y las reglas de experiencia, son parte integral de su contenido, no puede ignorar la declaración de valor así plasmada en el título. Y, desde luego, su responsabilidad, igualmente se tasaré teniendo en cuenta esta circunstancia, el deber de diligencia y **buena fe.**<sup>4</sup>

### **3. Prestación del servicio sin solución de continuidad en la bodega A– inexistencia de interrupción o suspensión del contrato de monitoreo de alarmas para la fecha del incendio**

---

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 8 de septiembre de 2011, M.P. William Namen, expediente 11001310302820000436601.

Sostuvo el fallador, que al haberse señalado que la instalación se encontraba en un 90%, se debía concluir que por estar pendiente la ejecución de unos trabajos, operó la exclusión de responsabilidad pactada en el parágrafo primero del literal H de la cláusula sexta del contrato de monitoreo de alarmas, misma que habría operado de manera automática, porque el contrato era ley para las partes, concluyendo que se habría producido la suspensión de las obligaciones que se derivan del de monitoreo a favor de THOMAS GREG.

Teniendo en cuenta lo anterior, obsérvese que el parágrafo primero del literal H de la cláusula sexta del contrato, establece:

*“PARÁGRAFO PRIMERO: **Durante el lapso en que los equipos no se encuentren en funcionamiento** LA COMPAÑÍA no asume ninguna responsabilidad debiendo tomar EL CLIENTE todas las medidas preventivas que considere del caso hasta tanto los equipos queden funcionando correctamente para los fines previstos en el presente documento.”*

Pues bien, como quedó explicado en el numeral 1º del presente escrito, el servicio de monitoreo de alarmas ya se encontraba instalado y en funcionamiento cuando se produjo el incendio en la “BODEGA A”, también denominada “PRODUCTO TERMINADO”, lugar donde se ubicaba el área de confección, toda vez que a lo largo del mes de diciembre de 2015, el servicio de monitoreo se prestó en esa bodega sin solución de continuidad y se registraron varios reportes, alarmas o alertas por parte del sistema de monitoreo que había sido objeto de traslado por parte de la demandada, tal como consta en el registro de eventos que fue expedido por parte de THOMAS GREG, denominado “MANTELTEX LTDA BODEGA No. 2” (prueba documental 1.15 de la demanda), documento que contiene todos y cada uno de los registros que fueron incorporados por la sociedad demandada a lo largo del mes de diciembre de 2015, sobre el cual se hizo una extensa relación en el numeral anterior y dentro del cual se puede observar que para el día en que ocurrió el incendio, el sistema se encontraba funcionando con normalidad, por ello, se encuentran registrados no solo la apertura y el cierre de la instalación incendiada, sino que además se encuentran incorporados varios test periódicos que fueron emitidos por el sistema en las horas previas al siniestro, lo que demuestra sin lugar a dudas que el sistema estaba instalado y en perfecto funcionamiento.

Lo anterior, por cuanto en el correo electrónico del 15 de diciembre de 2015, la sociedad demandada informó que ese día la instalación de la alarma se encontraba en un 90% y que **“solo queda pendiente la configuración y pruebas finales de los dispositivos, la cual se está realizando en éstos momentos.”**

Es decir, contrario a lo que sostuvo el a quo, el 15 de diciembre de 2015, es decir, 4 días antes del siniestro, la sociedad demandada había informado que la instalación del sistema de monitoreo de alarmas en la bodega siniestrada, quedaría finalizada en esa fecha, por ello el sistema arrojaba las señales que se encuentran relacionadas en el reporte de eventos correspondiente a la prueba documental aportada con la demanda<sup>5</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que se haya configurado la exclusión de responsabilidad en favor de la sociedad THOMAS GREG, toda vez que conforme con el material probatorio que obra en el proceso, para la fecha en que se produjo la conflagración el sistema de monitoreo de alarmas se encontraba funcionando, sin embargo los sensores de movimiento y de humo que habían sido instalados, revisados y aprobados no generaron ninguna señal de alarma que habría permitido mitigar a tiempo la conflagración.

#### **4. Contrato de adhesión - Cláusula abusiva**

El juez de primera sostuvo que si en gracia de discusión hubiera habido lugar al pago de una indemnización a favor de la demandante, no se podría ordenar el pago de la totalidad de lo pretendido, por cuanto la cláusula novena del contrato denominada indemnización en caso de un siniestro y por falla grave del servicio imputable a la demandada, solamente podría condenarse al pago de una suma equivalente a 4 meses del valor mensual del servicio prestado.

Respecto a ésta cláusula, basta con señalar que el contrato de monitoreo de alarmas, corresponde a un formato que no permite ninguna modificación o cambio, es decir, se trata de un contrato de adhesión, en ese orden de ideas, la cláusula impuesta por la demandada para reducir de forma irrisoria el monto por el cual podría salir condenada al pago de los perjuicios, en caso de incumplir con el contrato de monitoreo de alarmas, es ilegal.

Por ello, frente a las cláusulas abusivas que fueron incluidas en el contrato de adhesión suscrito por las partes, me permito citar un laudo arbitral proferido dentro de un proceso similar al que nos ocupa, de fecha 12 de diciembre de 2005, en el que actuó como árbitro único el doctor Carlos Esteban Jaramillo Schols, dentro de un tribunal de arbitramento entre Lexco S.A. y Colsecurity S.A., en el que se debatía una situación similar a éste caso:

---

<sup>5</sup> Folio 48 y siguientes del cuaderno principal No. 1

“En este orden de ideas y teniendo a la vista los principios recapitulados en la primera parte de estas consideraciones, cuando en las citadas cláusulas se expresa entre otras cosas: (i) Que el servicio de monitoreo contratado es de carácter esencialmente tecnológico, de tal modo que en cuanto a COLSECURITY S.A. esta entidad se limita a cumplir las obligaciones de recibir una señal de alarma y desarrollar el procedimiento de reacción, entendiéndose que aquél servicio lo delimitan “...las características tecnológicas de los equipos, de los accesorios y de los recursos adicionales de que se vale el sistema...”, (ii) Que frente al usuario, COLSECURITY S.A. no es responsable cuando el sistema sea inutilizado por terceras personas, por el propio usuario **o por hechos que le resulten ajenos**, hechos estos de los cuales, por vía de ejemplo, suministra un amplio muestra la cláusula 16ª. , (iii) Que COLSECURITY S.A., por conducto de su personal encargado, no presta el servicio de vigilancia física; y (iv) Que en la medida en que COLSECURITY S.A. “...no tiene supervisión permanente ni control sobre los equipos...”, **no asume contingencias fortuitas asociadas al funcionamiento de líneas telefónicas, cables de transmisión y transmisores de radio, es claro que si bien, mediante esta prolija serie, lo cierto es que quedó establecido un buen número de circunstancias de exoneración hasta el extremo que, de estarse a la literalidad de sus enunciados y si se lo examina con detenimiento en su conjunto, se podría llegar inclusive a decir que COLSECURITY S.A. retuvo para sí la exorbitante prerrogativa de alterar el sentido sustancial del contrato en contra de lo que razonablemente tenía derecho a esperar LEXCO S.A.**, es igualmente cierto que **una conclusión de esta estirpe no es aceptable en modo alguno y, por lo tanto, en pos de ella no se alcanza la solución jurídica de la controversia materia de arbitraje en el caso de autos que, de abrirse paso tan frágil argumento, quedaría circunscrita entonces a declarar, como lo pide la primera de dichas sociedades convocada en este proceso, que siendo las obligaciones a su cargo, producidas por el contrato de servicio de monitoreo suscrito, únicamente las de recibir señales de alarma reales y poner en práctica el procedimiento de reacción previsto en la cláusula 4ª., no le es deducible responsabilidad al haber sido inutilizado el sistema por terceros** (subrayado fuera del texto original): es inevitable verificar también y a hacerlo se procederá enseguida, si apreciándola en función de la prestación de asistencia técnica con anterioridad perfilada y entendida como un deber jurídico complementario integrante del contenido de las obligaciones contraídas por COLSECURITY S.A, la actividad por esta última desplegada en la especie guarda correspondencia o no al tipo de esfuerzo diligente propio de experto que, en virtud de aquél deber, le era exigible en orden a asegurarse, en la medida de lo posible y supuesta obviamente la buena fe exenta de culpa en LEXCO S.A., que por contar con los medios físicos y tecnológicos de protección adecuados según las circunstancias, la Estación Emisora de señales de alarma instalada en la bodega de esta última entidad operaría de modo tal que, sin el riesgo de experimentar previsibles contratiempos, le permitiera a LEXCO S.A. confiar honestamente en los ofrecimientos comerciales de COLSECURITY S.A. y “... disfrutar de sus descansos...” con el respaldo que le brinda un servicio idóneo y eficaz hasta el máximo de sus posibilidades técnicas.”

Así mismo, refiriéndose a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

*“Es que aludiendo a los requisitos para considerar como ineficaz una estipulación, por evidenciar un desequilibrio contractual, la Corte precisó que:*

*(...) son ‘características arquetípicas de las cláusula abusivas – primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial – vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva; buena fe, pobidad o lealtad, y c) que genere un desequilibrio significativo de cada a los derechos y las obligaciones que contraen las partes’ (CSJ SC de 13 dic 2002, rad. No. 6462)”*

*(...)*

*En tales eventos, la doctrina de la Corte ha sido enfática en señalar que es deber del juez delimitar el contenido de los pactos que excluyan o minimicen los deberes del extremo contractual predisponente en la relación negocial de que se trata, en perjuicio del adherente, porque lo contrario traduciría causa de exoneración unilateral de las obligaciones inicialmente adquiridas por aquella empresa, además es desmedro del objeto bien intencionado que posee el contrato de seguro.*

*(...)*

*Tal deber interpretativo en el juzgamiento de las referidas cláusulas es de orden constitucional, como quiera que la Carta Política, como también lo expuso esta Corte en la providencia citada, previó que es deber del stado evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (art, 333, inc 4º).*

*Esta tendencia asimismo ha sido expuesta por la doctrina especializada, al señalar, refiriéndose al control de las condiciones generales abusivas de los contratos, que ‘los límites al ejercicio de la actividad empresarial están entonces ordenados también a perseguir aquella situación de aprovechamiento económico. Las formas en que se manifiesta este desequilibrio son innumerables: (...) En breve reseña, dichos instrumentos consisten particularmente, y en primer término, en la predisposición unilateral de condiciones negociales uniformes y abusivas. (...) El derecho del consumidor a la seguridad económica y su correlato, el deber legal de garantía de la empresa, abrazan como sustento de jerarquía constitucional y dentro de un plexo defensivo de derechos humanos fundamentales, el imperativo del control de las cláusulas abusivas predispuestas en los contratos por adhesión. El*

*objetivo de la protección postulada en estos términos en un tema central de los modernos sistemas de control de los contratos, y –cuadre destacarlo una vez más– no consiste en hacer triunfar los derechos de una categoría social sobre los de otra, sino en un marco de convivencia de intereses, restablecer la igualdad real en las relaciones negociales, amenazada en detrimento del consumidor.”<sup>6</sup><sup>7</sup>*

Teniendo en cuenta lo anterior, el contenido de la cláusula contractual impuesta por parte de THOMAS GREG en el contrato de adhesión, no puede ser aplicable al presente asunto para que dicha sociedad resulta impune ante el grave incumplimiento contractual en que incurrió y generó enormes pérdidas económicas para mi representado.

Como consecuencia de lo anterior, solicito se revoque la sentencia proferida en primera instancia y se acceda a las pretensiones invocadas en la demanda.

Cordialmente,

**JAIME KLAHR GINZBURG**

C.C. 79'146.352 de Usaquén

T.P. 49.842

---

<sup>6</sup> Contratos por adhesión, Cláusulas abusivas y protección al consumidor. Ruben S. Stiglitz, Gabriel A. Stiglitz, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1985, Pags. 11 a 12.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, M.P. Aroldo Wilson Quiroz, sentencia del 12 de febrero de 2018, radicación 1001 – 31 – 03 – 036 – 2010 – 00364 – 01.

**MEMORIAL DR. YAYA PEÑA RV: MEMORIAL APELACIÓN - SUSTENTACIÓN REPAROS  
CONCRETOS ART. 14 D. 806 DE 2020 RAD: 2018-00377-04**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 04/04/2022 11:54

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

MEMORIAL DR. YAYA PEÑA

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:** julian david trujillo medina <judatru13@hotmail.com>

**Enviado:** lunes, 4 de abril de 2022 11:39 a. m.

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

**Asunto:** MEMORIAL APELACIÓN - SUSTENTACIÓN REPAROS CONCRETOS ART. 14 D. 806 DE 2020 RAD: 2018-00377-04

Cordial saludo, ruego que se incorpore el siguiente memorial en el proceso de la referencia:

**Honorable  
Magistrado Dr. OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL  
Ciudad**

**PROCESO:** IMPUGNACIÓN DE ACTA

**DEMANDANTE:** JORGE LUIS CORTES PARRA

**DEMANDADO:** METRIC LAB S.A.S. en Liquidación

**Rad:** 11-001-31-99-002-2018-00377-04

**Honorable**  
**Magistrado Dr. OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL**  
**Ciudad**

**PROCESO:** IMPUGNACIÓN DE ACTA  
**DEMANDANTE:** JORGE LUIS CORTES PARRA  
**DEMANDADO:** METRIC LAB S.A.S. en Liquidación  
**Rad:** 110013199002**20180037704**

**ASUNTO:** SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN DE CONFORMIDAD A LO ORDENADO EN EL ARTICULO 14 DEL DECRETO No. 806 DE 2020

JULIAN DAVID TRUJILLO MEDINA, reconocido en autos como apoderado del demandante JORGE LUIS CORTES PARRA, me permito presentar **sustentación del Recurso de Apelación de conformidad a lo ordenado en el artículo 14 del Decreto No. 806 de 2020** dentro del término legal dispuesto, que pido se tengan en cuenta al fallar el fondo de la Litis, así:

**OPORTUNIDAD**

El AUTO calendado del pasado 29 de marzo y fijado en el estado del 30 de marzo ambos de 2022, por medio del cual se ADMITE el presente recurso de alzada, se debe contabilizar su término de acuerdo al artículo 14 del decreto 806 de 2020, según el cual se tienen cinco días para sustentar el recurso de apelación.

Por ende dicho término vence el día 06 de abril de 2022. Fecha dentro de la cual se presenta el presente memorial.

**ADVERTENCIA INICIAL**

La **DELEGATURA PARA PROCEDIMIENTOS MERCANTILES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** mediante auto calendado del pasado en 14 de enero de 2022, ORDENO de oficio acumular dentro del proceso bajo el radicado **2018-800-377**, cuatro procesos en los que mi poderdante es demandante por impugnación de actas de que trata el artículo 382 del CGP, los cuales se encuentran identificados así:

**PROCESO:** IMPUGNACIÓN DE ACTA  
**DEMANDANTE:** JORGE LUIS CORTES PARRA  
**DEMANDADO:** METRIC LAB S.A.S. en Liquidación e ILAN PINSKI FARJI  
**Rad:** 2018-800-377

1

PROCESO: IMPUGNACIÓN DE ACTA

DEMANDANTE: JORGE LUIS CORTES PARRA

DEMANDADO: INVERSIONES PINSKI S EN C. en Liquidación e ILAN PINSKI FARJI

Rad: 2018-800-383

PROCESO: IMPUGNACIÓN DE ACTA

DEMANDANTE: JORGE LUIS CORTES PARRA

DEMANDADO: LEATHER TRADE SAS e ILAN PINSKI FARJI

Rad: 2018-800-395

PROCESO: IMPUGNACIÓN DE ACTA

DEMANDANTE: JORGE LUIS CORTES PARRA

DEMANDADO: LEATHER TRADE SAS e ILAN PINSKI FARJI

Rad: 2018-800-00401

Por ende cada uno de los reparos concretos se refiere a la totalidad de los cuatro procesos, y al explicar cada uno hare referencia a lo sustancial de cada uno, por ello solo me refiere a cada uno de ellos de la siguiente manera, al haber sido todos acumulados en el proceso bajo el radicado 2018-800-377.

## CONSIDERACIONES INICIALES

### PRIMER REPARO CONCRETO:

### **VIOLACIÓN DEL ORDEN POSITIVO POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 97 DEL CGP**

Dentro de cada uno de los cuatro procesos de impugnación de actas que se acumularon de oficio por parte de la Superintendencia de Sociedades dentro del presente cartulario, **ninguna de las sociedades demandadas (*METRIC LAB SAS, INVERSIONES PINSKI S. EN C. EN LIQUIDACIÓN y LETHER TRADE SAS*) contestaron la demanda, propusieron excepciones y no allegaron ninguna prueba.**

En virtud de lo anterior, fue que se le solicito a la Superintendencia de Sociedades dentro de cada proceso antes que se acumularan, que se les aplicara la sanción de que habla el artículo 97 del CGP **consistente en presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda,** pues dicha norma reza:

**“ARTÍCULO 97. FALTA DE CONTESTACIÓN O CONTESTACIÓN DEFICIENTE DE LA DEMANDA. La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.**

La falta del juramento estimatorio impedirá que sea considerada la respectiva reclamación del demandado, salvo que concrete la estimación juramentada dentro de

los cinco (5) días siguientes a la notificación del requerimiento que para tal efecto le haga el juez.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

## **HECHOS QUE SE PRESUMEN CIERTOS POR SER SUCEPTIBLES DE CONFESIÓN**

En virtud de que ninguna sociedad contesto ninguna de las demandas, y dando aplicación a la consecuencia procesal fijada en el artículo 97 del CGP, me permitiré transcribir los hechos de cada demanda que se deben presumir como ciertos por ser susceptibles de confesión:

### **DEMANDA CONTRA METRIC LAB SAS RAD.: 2018-800-00377**

Los hechos susceptibles de confesión en el escrito de demanda de este proceso son el 1, 2, 3 y 10, los cuales transcribo a continuación:

“1.El día 03 de Noviembre de 2009 yo **JORGE LUIS CORTÉS PARRA** cree la **Sociedad por Acciones Simplificada METRIC LAB S.A.S.**, mediante **acta de accionista único**, la cual fue debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el día 05 de Noviembre del mismo año, cumpliendo todos los requisitos de la ley 1258 de 2008.

2- Posteriormente, **La empresa METRIC LAB S.A.S.**, identificada con el NIT 900321878-1 y con matricula mercantil N° 01943601 constituida por mi, **JORGE LUIS CORTÉS PARRA** y representada legalmente por **MI MISMO**, **celebró un negocio comercial en el año 2010 con el señor SIMÓN PINSKI YANKELEVICH, a través de una cesión de cuotas que el señor PINSKI poseía en la sociedad INVERSIONES PINSKI Y CIA S en C NIT 830.031.903 -1**, la cual fue elevada mediante escritura pública N°1480, en la notaría 25 del circulo de Bogotá, y que posteriormente fue inscrita en el registro mercantil en el folio de matrícula de la mencionada sociedad el día 06 de julio de 2010. Lo descrito en este párrafo, marcó el inicio de una relación comercial y prácticamente de socios, entre YO JORGE CORTÉS PARRA y el señor SIMÓN PINSKI YANKELEVICH hasta la muerte de este último en el mes de noviembre de 2017.

3. **YO JORGE LUIS CORTÉS PARRA, desde que fue constituida la sociedad METRIC LAB S.A.S., he sido accionista único y figuré en el registro mercantil como representante legal de la mencionada empresa hasta el día 26 de julio de 2018**, o sea 8 años 8 meses y 21 días en ese cargo, fecha en la que arbitrariamente y sin ostentar al menos un título accionario valido, el señor ILAN PINSKI FARJI, heredero de SIMÓN PINSKI YANKELEVICH, obrando en calidad de representante de la Sucesión Ilíquida del CAUSAHABIENTE (PINSKI YANKELEVICH), me removió del cargo de representante legal y prácticamente usurpó mi título de accionista único, el cual ostentaba desde el acto de creación de la sociedad METRIC LAB S.A.S.

(...)

10. **YO JORGE CORTÉS, a través de la sociedad METRIC LAB S.A.S., ostentaba la condición de socio comanditario de otra empresa, denominada INVERSIONES PINSKI Y CIA S en C**, en la que el señor ILAN PINSKI FARJI también es socio y dicha sociedad que se encontraba en estado de liquidación, también fue objeto de

3

modificaciones en el registro mercantil de forma arbitraria por parte del señor PINSKI FARJI, pues una vez tomó el control de la sociedad METRIC LAB S.A.S. procedió a celebrar una “ASAMBLEA DE SOCIOS” en la ya mencionada INVERSIONES PINSKI Y CIA S en C, todo con el objeto de tomar abusivamente la propiedad de unos inmuebles que figuran a nombre de dicha sociedad y despojarme a mi JORGE CORTÉS de MI condición de PROPIETARIO. Así mismo, dentro de la “ASAMBLEA DE SOCIOS” que celebró el señor ILAN PINSKI, utilizó su nueva condición de representante legal del socio comanditario METRIC LAB S.A.S. con el fin de nombrarse liquidador de INVERSIONES PINSKI Y CIA S en C., sociedad que posee y es la dueña de unos inmuebles ubicados en Transversal 95 Bis A No 25 D – 41 de la ciudad de Bogotá.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

De lo anterior **se debe presumir como cierto por ser susceptible de confesión** lo siguiente:

- A. El señor JORGE LUIS CORTÉS PARRA **constituyo la Sociedad por Acciones Simplificada METRIC LAB S.A.S., mediante acta que lo acredita como accionista único** inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el día 05 de Noviembre del mismo 2009.
- B. El señor JORGE LUIS CORTÉS PARRA actuando como representante legal de la sociedad METRIC LAB SAS, celebró un negocio comercial en el año 2010 con el señor SIMÓN PINSKI YANKELEVICH, **a través de la cesión del 50% de las cuotas que el señor PINSKI poseía en la sociedad INVERSIONES PINSKI Y CIA S en C NIT 830.031.903 -1**, la cual fue elevada mediante escritura pública N°1480, en la notaría 25 del circulo de Bogotá, y que posteriormente fue inscrita en el registro mercantil en el folio de matrícula de la mencionada sociedad el día 06 de julio de 2010.
- C. El señor JORGE LUIS CORTÉS PARRA, desde que fue constituida la sociedad METRIC LAB S.A.S., **tuvo la calidad de accionista único** y figuro en el registro mercantil como representante legal de la mencionada empresa hasta el día 26 de julio de 2018.
- D. El señor JORGE CORTÉS, como accionista único de la sociedad METRIC LAB S.A.S., **ostentaba la condición de socio comanditario de otra empresa**, denominada INVERSIONES PINSKI Y CIA S en C con el 50% del paquete accionario de esta última.

4

## **DEMANDA CONTRA INVERSIONES PINSKI S. EN C. EN LIQUIDACIÓN RAD.: 2018-800-00383**

Los hechos susceptibles de confesión en el escrito de demanda de este proceso son el 1 y 3 que en realidad vendría a ser el 2, pero por error involuntario lo digito mal en la demanda, los cuales transcribo a continuación:

“1. A través de la empresa METRIC LAB S.A.S., identificada con el NIT 900321878-1 y con matrícula mercantil N° 01943601 **constituida por mi**, JORGE LUIS

**CORTÉS PARRA**, el día 3 de noviembre de 2009 y representada legalmente por **MI MISMO**, celebré un negocio comercial en el año 2010 con el señor SIMÓN PINSKI YANKELEVICH, a través de una cesión de cuotas que el señor PINSKI poseía en la sociedad INVERSIONES PINSKI Y CIA S en C NIT 830.031.903 -1, la cual fue elevada mediante escritura pública N°1480, en la notaría 25 del círculo de Bogotá, y que posteriormente fue inscrita en el registro mercantil en el folio de matrícula de la mencionada sociedad el día 06 de julio de 2010. Lo descrito en este párrafo, marcó el inicio de una relación comercial y prácticamente de socios, entre, YO JORGE CORTÉS PARRA y el señor SIMÓN PINSKI YANKELEVICH hasta la muerte de este último en el mes de noviembre de 2017.

3. **YO JORGE LUIS CORTÉS PARRA**, desde que fue celebrada la cesión de cuotas de la sociedad **INVERSIONES PINSKI Y CIA S EN C**, he sido socio de esta a través de la persona jurídica METRIC LAB S.A.S. y figuré en el registro mercantil como representante legal de la mencionada sociedad por acciones simplificada, hasta el día 26 de julio de 2018, o sea 8 años 8 meses y 21 días en ese cargo, fecha en la que arbitrariamente y sin ostentar al menos un título accionario válidamente inscrito en el correspondiente libro de registro de acciones, el señor **ILAN PINSKI FARJI**, heredero de **SIMÓN PINSKI YANKELEVICH**, obrando en calidad de representante de la Sucesión Ilíquida del CAUSAHABIENTE (**PINSKI YANKELEVICH**), me removió del cargo de representante legal y prácticamente usurpó mi título de accionista único, el cual ostentaba desde el acto de creación de la sociedad **METRIC LAB S.A.S.**” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De lo anterior se debe presumir como cierto por ser susceptible de confesión lo siguiente:

5

- A. El señor **JORGE LUIS CORTÉS PARRA** constituyo la **Sociedad por Acciones Simplificada METRIC LAB S.A.S.**
- B. El señor **JORGE LUIS CORTÉS PARRA** actuando como representante legal de la sociedad **METRIC LAB SAS**, celebró un negocio comercial en el año 2010 con el señor **SIMÓN PINSKI YANKELEVICH**, a través de una cesión de cuotas que el señor PINSKI poseía en la sociedad INVERSIONES PINSKI Y CIA S en C NIT 830.031.903 -1, la cual fue elevada mediante escritura pública N°1480, en la notaría 25 del círculo de Bogotá, y que posteriormente fue inscrita en el registro mercantil en el folio de matrícula de la mencionada sociedad el día 06 de julio de 2010.
- C. El señor **JORGE CORTÉS**, como accionista único de la sociedad **METRIC LAB S.A.S.**, ostentaba la condición de socio comanditario de otra empresa, denominada **INVERSIONES PINSKI Y CIA S en C** con el 50% del paquete accionario de esta última.

#### **DEMANDA CONTRA LEATHER TRADE S.A.S RAD.: 2018-800-00395**

Los hechos susceptibles de confesión en el escrito de demanda de este proceso son el 1, el cual transcribo a continuación:

“1. El día 15 de marzo de 2017 Yo, JORGE LUIS CORTÉS PARRA, cree la Sociedad por Acciones Simplificada LEATHER TRADE S.A.S., mediante acta de accionista único, la cual fue debidamente inscrita en la Cámara de Comercio.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De lo anterior **se debe presumir como cierto por ser susceptible de confesión** lo siguiente:

A. El señor JORGE LUIS CORTÉS PARRA **constituyo la Sociedad por Acciones Simplificada LEATHER TRADE S.A.S., mediante acta que lo acreditaba como accionista único** inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el día 15 de marzo del mismo 2017.

Lo anterior fue reconocido y aceptado por el propio superintendente instructor, que el día de la audiencia celebrada el 31 de enero de 2022, al hacer el Interrogatorio de Parte al señor ILAN PINSKI FARJI como representante legal de METRIC LAB SAS, INVERSIONES PINSKI S. EN C. EN LIQUIDACIÓN y LEATHER TRADE SAS, **previo a hacer las respectivas preguntas ADVIRTIO que ninguna sociedad contesto la demanda en el término legal y que era su obligación aplicar las consecuencias procesales correspondientes**, pues así quedo registrado en dicha audiencia:

6

#### **RESPECTO A METRIC LAB S.A.S**

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de los 50 minutos con 00 segundos)*

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Terminado este interrogatorio oficioso, me dispongo a abrir la etapa de interrogatorio a la parte demandada, en primer lugar si ustedes así me lo permiten abordaremos la acción judicial 2018-800-00377, eee hago la siguiente consideración judicial, **una vez revisado el expediente, el despacho encontró que la demandada METRIC LAB SAS en liquidación no contesto la demanda dentro de la oportunidad procesal correspondiente, por lo anterior este despacho en la etapa pertinente impondrá las respectivas consecuencias de carácter procesal.** (Negrilla y subrayado del transcriptor)

#### **RESPECTO A INVERSIONES PINSKI S. EN C. EN LIQUIDACIÓN**

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de la hora 1 con 00 minutos con 46 segundos)*

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Procedemos con la acción judicial 2018-800-383, una vez revisado el expediente, **el despacho encontró que la demandada INVERSIONES PINSKI S. EN C. EN LIQUIDACIÓN no contesto la demanda dentro de la oportunidad procesal correspondiente, por lo anterior este despacho**

en la etapa procesal pertinente impondrá las respectivas consecuencias de carácter procesal. (Negrilla y subrayado del transcriptor)

#### RESPECTO A LEATHER TRADE S.A.S

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de la hora 1 con 06 minutos con 11 segundos)*

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Procedo a analizar la acción judicial 2018-800-00395 y 2018-800-00401 haciendo las siguientes consideraciones iniciales, una vez revisado el expediente, **el despacho encontró que la demandada INVERSIONES PINSKI S. EN C. (SIC) en liquidación no contesto la demanda dentro de la oportunidad procesal correspondiente, por lo tanto este despacho en la etapa procesal correspondiente impondrá las respectivas consecuencias de carácter procesal.**” (Negrilla y subrayado del transcriptor)

Este reparo se funda en que a pesar de existir una consecuencia procesal exegética en el artículo 97 del CGP que reza que la NO contestación de la demanda hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda y que el propio fallador acepte que no contestar la demanda tiene una consecuencia procesal; esté sin ninguna justificación legal, jurisprudencial o doctrinaria aplica una consecuencia distinta al decir que: **“ello genera una presunción de hecho y no de derecho que admite prueba en contrario”**, y peor aún, es que no justifica su alcance ni dice que prueba en contrario tumba las confesiones allí vertidas.

7

Pues en su fallo sobre este punto específico de que ninguna sociedad demandada haya contestado la demanda dijo que, **ello generaba una presunción de hecho y no de derecho**; pues así quedo registrado en su fallo:

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de las 3 horas 06 minutos con 56 segundos)*

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** En tercer lugar, en relación con el alegato de la parte demandante en relación con la no contestación de la demanda a tiempo de la demanda por parte del demandado, este hecho ciertamente deriva en la aplicación de las consecuencias procesales pertinentes, el despacho destaca que ello genera una presunción de hecho y no de derecho que admite prueba en contrario. En otras palabras estamos frente a presunciones de hecho y no de derecho.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

## **ES FALSO QUE LA CONFESIÓN FICTA O PRESUNTA GENERA UNA PRESUNCIÓN DE HECHO Y NO DE DERECHO**

De las varias clasificaciones de la **CONFESIÓN**, previstas en la legislación positiva, importa destacar que, en atención a su forma de obtención, ésta puede revestir el **carácter de provocada, espontánea y tácita o presunta**.

En relación con ésta última, que es la que aquí interesa, vemos que se encuentra regida por los artículos 97, 205 y el numeral 4 del artículo 372 del Código General del Proceso, en la cual todas coinciden con la misma consecuencia procesal cuál es que se harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión.

En cuanto al **mérito probatorio de la confesión ficta, tácita o presunta**, para su validez, se requiere se hayan cumplido las formalidades para que esta se configure, **que en el caso del artículo 97 del CGP depende de que NO se haya contestado la demanda**; como bien lo tiene dicho la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento ahora reiterado que:

“(…) que ese presunto confesante tenga capacidad para confesar y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; que “verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento”; y, por último, que recaiga sobre hechos susceptibles de ser probados por confesión (…)”

**Además de lo expuesto, para que haya confesión ficta o presunta, con las consecuencias de orden probatorio que se han indicado, requiérase sine qua non que en todo caso se hayan cumplido las formalidades que para la prueba de confesión exige la ley**<sup>1</sup>.

En este punto, se tiene por averiguado, y en verdad así se desprende del claro tenor del artículo 97, citado, que la confesión ficta, y en general todo medio de prueba de este tipo, **engendra una presunción de tipo legal**.

La no contestación de la demanda (*art 97*), la no comparecencia del citado a la audiencia donde habrá de llevarse a cabo el interrogatorio, o a la inicial o de instrucción y juzgamiento, cuando son concentradas (*art. 205 y Num. 4 art. 372*), da lugar, como se señaló precedentemente, a tener por ciertos los hechos susceptibles de este tipo de prueba.

En rigor, **se trata de una presunción de tipo legal o *juris tantum***, en la que **se infirió que la confesión ficta conlleva un cambio en la carga de la prueba dentro del proceso** y es a la parte pasiva a quien corresponde desvirtuarla, cosa que NO ocurrió en el presente proceso; pues así lo ha dicho la Sala Civil de la CSJ en pacífica jurisprudencia, al afirmar que:

<sup>1</sup> CSJ. SC. Sentencia de 10 de febrero de 1975.

“(…) la confesión ficta o presunta tiene la significación procesal de una auténtica presunción de las que en lenguaje técnico se denominan legales o *juris tantum*, lo que a la luz del artículo 176 del Código de Procedimiento Civil equivale a decir que invierte el peso de la prueba haciendo recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria pues de no hacerlo, las consecuencias de la presunción comentada, que es presunción acabada en buena medida definitiva respecto de la verdad de los hechos confesables afirmados por quien pidió interrogar –bien en cuestionario escrito, si lo hubo, o bien en el escrito rector correspondiente (demanda o contestación)-, naturalmente redundarán en contra de aquél”<sup>2</sup>.

### **PARA RESTAR VALOR PROBATORIO A LA CONFESIÓN FICTA, ES OBLIGATORIO QUE EL JUEZ ARGUMENTE QUE MEDIO DE PRUEBA TUVO ESE PODER**

Conforme a tales planteamientos, sobre todo las sentencias C-622 de 1998 y T-589 de 2010, la Corte Constitucional en Sentencia T – 513 de 2011, **declaró que se configura la existencia de un defecto fáctico cuando en un proceso se omitió la valoración de todas las pruebas en conjunto y no se desvirtuó la confesión ficta, es decir, porque no se presentó ninguna argumentación tendiente a desvirtuar la presunción que se desprendió de ella.** Algunos argumentos de la providencia de tutela, relevantes para el presente caso son los siguientes:

“1. No obstante, justamente sobre esas dos carencias versaba la confesión ficta. En efecto, no puede perderse de vista que de acuerdo con el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, la confesión ficta o presunta<sup>[27]</sup> le ordena al juez de la causa presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión de la demanda, cuando no se presente, como en este asunto, interrogatorio escrito.

La confesión ficta, que en este caso se presenta, al constatarse la no comparecencia de la parte demandada a la audiencia de interrogatorio, por su importancia, deberá ser valorada por el juez natural, que omitió en el fallo mencionarla.

32. Así las cosas, en criterio de esta Corte, la confesión ficta habría tenido la virtualidad de transformar, cuando menos, la valoración inicial del caso. Naturalmente, eso es compatible con el entendimiento de la confesión ficta como una presunción derrotable, a causa de otros medios de prueba. Interpretación que han acogido tanto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, como esta Corporación. **Pues aunque se trata de una presunción refutable, y por tanto la presencia de otros medios de prueba podría ser usada para derrotar la ficción legislativa y formular, si es el caso, una premisa fáctica incluso contraria a la que se derivaría de la confesión,<sup>[30]</sup> lo cierto es que en esta oportunidad el Juzgado Trece Civil del Circuito no tomó su decisión porque asumiera que otros medios más fuertes se hubieran impuesto sobre la confesión ficticia en el debate del proceso.** Dado que pruebas sí existen, pero por la supuesta falta de las mismas se le negó la demanda a la tutelante, la Corte concluye que la falta de apreciación de las

<sup>2</sup> CSJ. SC. Sentencia de 16 de febrero de 1994; reiterando otro pronunciamiento de 24 de junio de 1992.

mismas supuso una violación del derecho al debido proceso de (...). Por ende, impartirá la orden de manera que también se corrija ese defecto.”

Importa precisar que la confesión ficta tendrá el mismo valor y fuerza que a las confesiones propiamente dichas la ley les atribuye<sup>3</sup>, siempre y cuando, se insiste, no exista dentro del proceso prueba en contrario y para su incorporación se hayan cumplido las condiciones previstas en el artículo 191 del Código General del Proceso.

Y descendiendo al caso en concreto, vemos que el fallador de primera instancia, **nunca** expuso o sustento cual era esa prueba en contrario que evitaba que se configurara la confesión por la no contestación de la demanda en cada uno de los cuatro procesos.

Puesto que las pruebas de oficio que incorporo (*contratos de cesión de acciones*) **tienen fechas de elaboración posteriores** a las actas de constitución de las sociedades METRIC LAB SAS y LEATHER TRADE SAS, que acreditaban que el señor CORTES PARRA era el único socio y representante legal de las mismas desde su creación.

Y es que en este punto de la discusión conviene detenerse en los hechos que eran susceptibles de confesión por cómo fueron redactados que se consignaron en cada una de las cuatro demandas, **que no son cosa diferente a que el señor JORGE LUIS CORTES PARRA fue quien constituyo las sociedades METRIC LAB SAS y LEATHER TRADE SAS, era su único socio y fungía como representante legal de ellas, y que METRIC LAB SAS era dueño del 50% de las acciones de la sociedad INVERSIONES PINSKI S. EN C. en liquidación;** pero donde las pruebas incorporadas de oficio no le permitían al fallador de instancia optar por desestimar las pretensiones de cada una de las demandadas, como en efecto ocurrió.

Y acá se cuestiona la conducta del AD QUO quien luego de NO acudir al caudal probatorio que en tiempo fuese incorporado al proceso por la parte demandante, en virtud que las sociedades demandadas no contestaron ninguna de las cuatro demandadas y por ende no aportaron ninguna prueba, y ante la inexistencia de duda que lo habilitase para el decreto de una prueba oficiosa, y a pesar de lo antes mencionado opta por una decisión que desestima las confesiones vertidas en cada demanda por la no contestación de las mismas sin ninguna justificación aparente, pues NUNCA dijo cuál era esa prueba en contrario que tumbaba las confesiones allí vertidas por mandato legal del artículo 97 del CGP.

Así, a todas luces brota que yo como recurrente logro acreditar la existencia de un error evidente de hecho del sentenciador de instancia, pues ante la inexistencia de

<sup>3</sup> Sobre el valor probatorio de la confesión ficta, véase: CSJ. SC. Sentencia de 16 de febrero de 1994.

prueba que lograra desvirtuar la CONFESIÓN de los hechos de cada demanda que acreditaban que el señor JORGE LUIS CORTES PARRA ostentaba la calidad de UNICO socio en las sociedades METRIC LAB SAS y LEATHER TRADE SAS, y consecuencia de ello como único socio de METRIC LAB SAS era dueño del 50% de las acciones de la sociedad INVERSIONES PINSKI S. EN C.; y es allí que se torna evidente, palmario y de bulto la imprecisión en la actuación del fallador de no otorgar validez a dichas confesiones tal y como lo ordenaba el artículo 97 del CGP, en franca coherencia con lo discurrido, este reparo deberá prosperar.

## **SEGUNDO REPARO CONCRETO:**

### **VIOLACIÓN DEL ORDEN POSITIVO POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 280 DEL CGP**

La **motivación de la sentencia** es la exposición de las razones que determinan el sentido de la sentencia y que permiten conocer los motivos a fin de poder cuestionarlas o desvirtuarlas en el oportuno recurso. Motivar supone dar o explicar las razones que se han tenido en cuenta para adoptar la sentencia se en los términos en que se han hecho dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse

La motivación sólo puede entenderse cumplida, cuando se exponen las razones que motivan la resolución y esa exposición permite a la parte afectada conocer esas razones o motivos a fin de poder cuestionarlas o desvirtuarlas en el oportuno recurso, es decir, permitir que la parte conozca las razones fácticas y jurídicas sobre las que se asienta el fallo y hacer posible la adecuada revisión de éste a través del recurso.

El artículo 280 del CGP reza de manera exegética que la motivación de la sentencia **deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas**, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones. Pues dicha norma reza:

**“ARTÍCULO 280. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.”** (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Lo anterior, está en concordancia con el numeral 7 del artículo 42 del CGP que establece que es un DEBER de todo Juez el de **MOTIVAR LA SENTENCIA**, pues dicha norma reza:

**“ARTÍCULO 42. DEBERES DEL JUEZ.** Son deberes del juez:

7. **Motivar la sentencia y las demás providencias, salvo los autos de mero trámite.**

La sustentación de las providencias deberá también tener en cuenta lo previsto en el artículo 7 sobre doctrina probable.”

Es por ello que a continuación transcribiré la sentencia dictada por el superintendente instructor que hoy se ataca por esta vía vertical en el presente recurso de alzada, **la cual es en extremo sucinta, carece en absoluto de un examen critico de las pruebas, mucho menos da una explicación de manera razonada sobre sus conclusiones y está completamente huérfana de razonamientos constitucionales, legales y doctrinarios.**

Fue tan ANOMALA esta sentencia no solo por carecer de motivación alguna de acuerdo a los preceptos del artículo 280 del CGP sino también por lo breve y corta, puesto que el AD QUO tardo apenas **SEIS MINUTOS CON CUARENTA Y DOS SEGUNDOS (6 min con 42 seg)** su lectura incluida la introducción de las partes, las consideraciones y la parte resolutive, pues en el video la lectura se da a partir de las 3 horas 05 minutos con 28 segundos hasta las 3 horas 11 minutos con 10 segundos.

Es tan sucinto este fallo, que lo transcribiere a continuación para evidenciar que cabe en apenas una hoja del presente escrito **y resulta palmario o de bulto su completa ausencia de motivación** de acuerdo a las directrices del artículo 280 del CGP, el cual reza:

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de las 3 horas 05 minutos con 28 segundos)*

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Estando la parte demandante y demandada presentes en esta sala de audiencias en la superintendencia de sociedades en la delegatura de procedimiento mercantiles, este despacho se dispone a proferir sentencia oral de acuerdo con las previsiones que se le han otorgado por la ley en particular el articulo 373 numeral 5 del CGP. Me dispongo pues a proferir sentencia, no sin antes ya que hacen parte de ella, haciendo las siguientes consideraciones:

En primer lugar, me refiero al objeto del litigio: Se trata de una impugnación de a decisiones sociales en los cuatro procesos.

En segundo lugar, de los escritos subsanatorios de la demanda, el demandante se circunscribe a la impugnación de las decisiones sociales y no a asunto diferente.

En tercer lugar, en relación con el alegato de la parte demandante en relación con la no contestación de la demanda a tiempo de la demanda por parte del demandado, este hecho ciertamente deriva en la aplicación de las consecuencias procesales pertinentes, el despacho destaca que ello genera una presunción de hecho y no de derecho que admite prueba en contrario. En otras palabras estamos frente a presunciones de hecho y no de derecho.

En cuarto lugar, el despacho ha incorporado de oficio los contratos de cesión de acciones o cuotas de las tres sociedades según el caso, las cuales gozan de presunción de autenticidad de conformidad con el artículo 246 y que por lo demás no fueron tachados de falsedad.

En quinto lugar, en relación con los dichos del demandante de que el señor ILAN PINSKI no conocía o no conoce de los negocios de su padre fallecido el señor Simón Pinski ni de la minucia del manejo de estos negocios, para este despacho resulta irrelevante para el objeto del litigio expuesto en el numeral primero de esta sentencia.

En quinto lugar (sic), la parte demandante alego que los negocios fracasaron por no haberse dado ciertas circunstancias, verbigracia el otorgamiento de créditos o la adjudicación de ciertas licitaciones, lo que me lleva a decir y que lleva a este despacho a concluir, que al no existir una condición resolutoria en los contratos, este alegato carece de vocación de prosperar.

En consideración a lo expuesto el despacho desestima las consideraciones de la parte demandante y condena en costas a la parte demandante y fija como agencias en derecho la suma de 40 SMLMV.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para asuntos mercantiles quien habla, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la Ley, RESUELVE:

PRIMERO: Desestimar las pretensiones de las acciones judiciales con radicados 2018-800-377, 2018-800-383, 2018-800-395 y 2018-800-401.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho la suma de 40 SMLMV.

Liquidense por secretaria.” (Color de fuente insertada por el transcriptor)

Ahora, si descartamos los apartes resaltados en rojo en el mentado fallo que se transcribió líneas arriba, evidenciamos que su duración real en cuanto a lo que interesa en la resolución de estos procesos es de apenas **TRES MINUTOS CON TREINTA Y OCHO SEGUNDOS (3 min con 38 seg)** pues en el video de dicha audiencia, la lectura de las “consideraciones” se da a partir de las 3 horas 06 minutos con 1 segundos hasta las 3 horas 09 minutos con 39 segundos.

Acá lo que llama la atención es el hecho de que el superintendente instructor, en la sentencia de 31 de enero de 2022, **haya omitido establecer cualquier tipo de razonamiento jurídico justificatorio para denegar las pretensiones en los cuatro procesos**, ya que en el cuerpo de la providencia únicamente aludió al hecho de que **i)** la no contestación de la demanda en cada uno de los cuatro procesos genera una presunción de hecho y no de derecho que admite prueba en contrario sin especificar cuál era esa prueba y **ii)** los contratos de cesión de acciones o cuotas de las tres sociedades incorporados de oficio, gozan de presunción de autenticidad de conformidad con el artículo 246 por que no fueron tachados de falsedad sin siquiera intentar verificar la legalidad o no de dichos contratos.

A su turno, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-607 de 2000, ha sostenido que:

“la falta de motivación siquiera mínima de motivación de una decisión judicial lleva a decir que ésta “*reproduce las simples inclinaciones o prejuicios de quien debe resolver un asunto*”, **siendo constitutivo de una vía de hecho.**” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Y, por otro lado, también ha precisado que en el ejercicio de aplicación de las normas jurídicas los jueces pueden apoyarse en los precedentes judiciales y en las reglas de validez de la labor hermenéutica, respetando la autonomía de la que constitucionalmente gozan los jueces<sup>4</sup>.

Al respecto Taruffo<sup>5</sup> señala:

“...los juicios de valor pueden ser justificados a partir de hacer explícito el criterio de valoración utilizado, y sobre todo demostrando que, a partir de ese criterio de valoración, derivan como consecuencia lógica diversas ponderaciones específicas en el caso, lo que indica que también existe una lógica de los juicios de valor: **Ahora bien, regresando al tema de la necesaria obligación de que la motivación sea completa, podemos derivar que también los juicios de valor que el juez formula, y que por supuesto condicionan la forma en la cual toma la decisión, deben ser justificados.**”

En igual dirección ARNNIO<sup>6</sup> señala:

“En resumen, en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (*principio del Estado de Derecho*) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no solo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). (...) **El proceso de razonamiento debe ser racional y sus resultados deben satisfacer las demandas de justicia. Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima – en el sentido amplio de la palabra.**” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

<sup>4</sup> Ha dicho la Corte Constitucional que “*aunque la Carta Política reconoce la independencia de los jueces, no por ello sus decisiones pueden desligarse de los principios y valores constitucionales. Así las cosas, decisiones anteriores de la Corte identifican entre los criterios ordenadores de la función jurisdiccional, derivados de las dimensiones de la autonomía judicial, dos fronteras definidas: (i) El respeto al precedente jurisprudencial y (ii) La observancia de las reglas de validez de la labor hermenéutica propia de la decisión judicial.*” Corte Constitucional, sentencia T-1130 de 2003.

<sup>5</sup> TARUFFO, Michele. Proceso y decisión. lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 102-103

<sup>6</sup> AARNIO, Aulis. P. 26. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. En: Revista Doxa, No. 8 (1990), p. 23-38, especialmente 26. 22 ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Ibíd. p. 208.

El CONSEJO DE ESTADO en pacífica jurisprudencia ha dicho que el deber de motivar las decisiones judiciales consiste en la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión, **pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias consideradas como un capricho o elección libre e irracional del operador judicial**, pues sobre el particular ha dicho:

“Sobre estas circunstancias, la Sala destaca que la labor de motivar una decisión judicial, además de garantizar la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos que se encuentran en litigio (*y de este modo se trata de una obligación que emana del acceso material a la administración de justicia*) halla suficiente sustento en parte de la teoría jurídica posterior a la segunda mitad del siglo XX, **cuando el razonamiento jurídico deja de ser considerado como un capricho o elección libre e irracional del operador judicial de turno por argüirse la imposibilidad de efectuar un control de consistencia (o mejor de racionalidad) a los juicios de valor.**

En este orden de ideas, vale la pena destacar que el razonamiento jurídico se presenta como un caso especial del razonamiento práctico, es decir, **el enfocado a discutir enunciados normativos como aquello que es prohibido permitido u ordenado pero a luz del sistema jurídico vigente, que descansa en la formulación de proposiciones y argumentos tendientes a demostrar la justificación de las premisas que constituirán el sustento de la decisión adoptada, procedimiento éste que puede ser intersubjetivamente controlado por los potenciales destinatarios de la decisión, ofreciendo certeza jurídica**; es por ello que se ha sostenido que el discurso jurídico conlleva una pretensión de corrección o de acierto que implica que lo decidido “en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado”<sup>7</sup>

15

De esta manera, resulta lamentable el hecho de que el superintendente instructor no haya ofrecido ningún tipo de razón para justificar su negativa a conceder las pretensiones en los cuatro procesos; por lo cual la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá debe pasar a verificar si a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación y de la propia SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES conforme a lo probado en el proceso, hay lugar revocar la decisión de primera instancia dispuesta por el fallador de primer grado.

Esta cuestión merece un pronunciamiento de parte de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá al desatar el presente recurso de alzada, en tanto que el ejercicio de la función judicial, institucionalizada para los efectos de la aplicación y resolución de controversias jurídicas, demanda, por antonomasia, la formulación de razones jurídicas con los cuales se expongan los fundamentos que motivaron la toma de una decisión en determinado sentido. **Se trata del deber de motivar las decisiones judiciales a la luz del numeral 7 del artículo 42 y el artículo 280 del CGP.**

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 73001-23-31-000-2001-03445-01(27345)

## **Violación del artículo 280 del CGP por ausencia de un examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas en la sentencia**

Este reparo se sustenta en que el despacho no hace ningún pronunciamiento sobre las pruebas que se aportaron con la demanda, ni tampoco explica de manera razonada cual es el alcance que tuvieron las pruebas de oficio por él incorporadas para derruir las pretensiones de la demanda, pues su fallo carece en absoluto de un examen critico de las pruebas y no existe tampoco una explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, **y está completamente huérfana de razonamientos constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinarios.**

### **AUSENCIA DE EXAMEN CRITICO SOBRE LAS PRUEBAS APORTADAS CON CADA DEMANDA**

Ningún pronunciamiento hizo el AD QUO sobre que el señor JORGE LUIS CORTES PARRA aporto en debida forma **las actas de constitución** de las sociedades METRIC LAB SAS y LEATHER TRADE SAS que evidencia que él fue quien las constituyo, aunado que lo acreditaban como único socio y representante legal de cada una de ellas, pruebas documentales que tampoco fueron tachadas y gozaban también de presunción de autenticidad.

Tampoco valoro o hizo alusión alguna el AD QUO a los **ESTATUTOS** de la sociedad METRIC LAB SAS, prueba documental que también se incorporó con el escrito de demanda NO fue tachada y goza también de presunción de autenticidad. La cual era clara en indicar en su cláusula 17 que la sociedad METRIC LAB SAS contaba con una restricción de negociaciones de acciones por un término de cinco años desde su creación en el año 2009 hasta el año 2014.

Por ello correspondía al AD QUO contrastar las pruebas de oficio por él incorporadas, con las demás pruebas documentales obrantes en cada demanda, en virtud que cada sociedad demandada NO contesto ninguna demanda, por ende no propusieron excepciones ni aportaron ninguna prueba.

### **RESPECTO A METRIC LAB SAS e INVERSIONES PISNKI S EN C**

Por otro lado, llama poderosamente la atención, como pudo el Honorable Superintendente Delegado soslayar la prueba documental obrante a folio 49 del Proceso 2018-800-377 y folio 58 del Proceso 2018-800-383, denominada ***"CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2018"***, material probatorio de extrema importancia, pues en aquellos instrumentos se puede constatar sin entrar en análisis muy profundos, que el señor Ilan Pinski Farji no pudo haber acreditado su condición de accionista de la sociedad METRIC LAB S.A.S., al momento de celebrar la reunión de asamblea general en la que mediante decisión unánime destituyó a Jorge Luis Cortés Parra de su Cargo Como representante legal y Procedió a efectuar actos propios de dicho cargo, pues para el día 25 de julio de 2018, fecha en la que fue celebrada la mencionada reunión de la asamblea general de accionistas, aún no existía Libro de

16

Registro de accionistas o libro de actas debidamente inscritos en el registro mercantil, ya que se observa, dentro el cuerpo escrito del documento denominado "CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2018".

Ello toma RELEVANCIA en la medida que la fecha en la que estos libros fueron inscritos corresponde al día 27 de Julio de 2018, todo lo cual nos indica, que el señor Pinski Farji una vez se nombró representante legal ante la Cámara de Comercio de Bogotá, desplegó su primer acto como Representante Legal a través de la inscripción de los libros de registro de accionistas y de actas, **actuación que por sí misma demuestra que para el día 25 de julio hogaño el señor Pinski Farji no tenía inscrito ningún Título Accionario que acreditara su calidad de accionista, ante la sociedad Metric Lab S.A.S., pues para dicha fecha ni siquiera existía un Libro de Registro de acciones inscrito en el registro Mercantil.**

**En otras palabras, el señor ILAN PINSKI FARJI el día 25 de julio de 2018 primero se nombró representante legal y dos días después el día 27 de julio de 2018 se nombró socio de la sociedad METRIC LAB SAS, lo cual resulta harto impropio y fue convalidado sin justificación legal alguna por el AD QUO.**

17

Lo manifestado lo respaldo con la imagen que anexo a continuación en el presente documento denominado "CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2018":

CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS  
LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, CON FUNDAMENTO EN LAS MATRICULAS E  
INSCRIPCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL  
CERTIFICA:  
QUE : METRIC LAB SAS - EN LIQUIDACION  
APARECE MATRICULADO(A) EN EL REGISTRO MERCANTIL BAJO EL NUMERO :  
01943601 DEL 5 DE NOVIEMBRE DE 2009  
CERTIFICA:  
QUE A SU NOMBRE FIGURAN INSCRITOS LOS SIGUIENTES LIBROS DE COMERCIO :  
LIBRO REGISTRO FECHA HOJAS  
ACCIONISTAS 01727898 27/07/2018 10  
ACTAS 01727899 27/07/2018 10  
CERTIFICA:

Bajo este entendido, tenemos que decir que el señor Pinski celebró la reunión de Asamblea General de Accionistas adjudicándose la condición de accionista de la sociedad Metric Lab S.A.S., acudiendo o valiéndose de una vía de hecho, pues la única manera de acreditar la condición de accionista de una Sociedad de Capitales es a través del correspondiente título accionario debidamente inscrito en el libro de registro de accionistas, pues así lo dispone el artículo 406 del Código de Comercio, el cual reza lo siguiente:

“Artículo 406. Negociación de acciones nominativas

La enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes; **mas para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones**, mediante orden escrita del enajenante. Esta orden podrá darse en forma de endoso hecho sobre el título respectivo.

Para hacer la nueva inscripción y expedir el título al adquirente, será menester la previa cancelación de los títulos expedidos al tradente.

PARÁGRAFO. En las ventas forzadas y en las adjudicaciones judiciales de acciones nominativas, el registro se hará mediante exhibición del original o de copia auténtica de los documentos pertinentes.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Lo anterior queda Ratificado, pues el señor Pinski como representante de las Sociedades Demandadas jamás aportó prueba alguna de la existencia de al menos los títulos accionarios, expedidos a su nombre, después de haber cancelados los títulos que figuraban a nombre del señor Jorge Cortés en su condición de accionista fundador, ya que con la contestación extemporánea de la demanda, lo único que aportó fue una Cesión de Acciones que no contenía ningún anexo que correspondiese a un título accionario emitido a su nombre y mucho menos acreditó que este hubiese sido inscrito en el Libro de registro de accionistas para el día 25 de julio de 2018 o en fecha anterior a esta.

En estricto sentido, los documentos aportados, como prueba dentro de la contestación de la demanda efectuada de manera extemporánea, simplemente fueron el documento de Cesión de Acciones celebrado en el año 2010 entre Jorge Luis Cortés Parra y su padre Simón Pinski, **el cual es ineficaz conforme a la CLÁUSULA 17 de los Estatutos de la Sociedad Metric Lab S.A.S.** que reza:

“ARTICULO DECIMO SEPTIMO: **RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES**: Durante un término de cinco años contados a partir de la fecha de la inscripción en el registro mercantil de este documento, **las acciones no podrán ser transferidas a terceros** salvo que medie autorización expresa en asamblea general de accionistas representantes del 100% de las acciones suscritas. Esta restricción quedara sin efecto en caso de realizarse una transformación, fusión o escisión o cualquier otra operación en virtud de la cual la sociedad se transforme o de cualquier manera migre a otra especie asociativa.

La transferencia de acciones podrá efectuarse con sujeción a las restricciones que en estos estatutos se prevén, cuya estipulación obedeció al deseo de los fundadores de mantener la cohesión entre los accionistas de la sociedad” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Ello tiene respaldo jurídico en el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008 que reza:

“**ARTÍCULO 15. VIOLACIÓN DE LAS RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN.** Toda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo

previsto en los estatutos será ineficaz de pleno derecho.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Y por otro lado, se dispuso a aportar con la contestación extemporánea el libro de registro de accionistas en donde se registra la cesión de acciones a favor de Ilan Pinski **pero NO se anexan ni los títulos previamente cancelados y tampoco los que se emitieron supuestamente a nombre de Ilan Pinski Farji**, pues estos brillan por su ausencia y también se omite sobre los documentos aportados como folios pertenecientes a los Libros de registros de accionistas consignar la fecha de inscripción de dichos libros.

Así las cosas, sorprende muchísimo que el Señor Superintendente Delegado haya omitido analizar una prueba tan importante como la denominada “*CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2018*”, pues esta demostraba que Ilan Pinski Farji jamás habría podido adelantar legalmente la reunión de Asamblea General de Accionistas celebrada el día 25 de Julio de 2018, pues carecía de la condición de accionista Único de la Sociedad Metric Lab S.A.S..

Igualmente, resulta bastante anómalo y sospechoso que además de obviar el análisis sobre una prueba relevante para las resultas del proceso, **termine el AD QUO de oficio dándole relevancia, de manera caprichosa y arbitraria**, a una Cesión de Acciones (Celebrada en el año 2010) que obraba como prueba dentro de una Contestación de Demanda que extemporáneamente fue aportada por la parte demandada, que además era un documento ineficaz de pleno derecho y que aparte de todo no era el documento idóneo para probar la condición de accionista del señor Pinski Farji, todo de conformidad con lo establecido en el artículo 406 del Código de Comercio.

19

## RESPECTO A LEATHER TRADE SAS

Por último resulta Bastante desconcertante, que el mismo proceder, del Superintendente Delegado, se repita frente a la prueba documental denominada “*CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 04 DE OCTUBRE DE 2018*”, obrante a folio 47 del Proceso 2018-800-395 y folio 57 del Proceso 2018-800-401, dentro del cual se puede observar que nuevamente Ilan Pinski Farji se dispuso a inscribir el Libro de Registro de Accionistas de la Sociedad por Acciones LEATHER TRADE S.A.S., justamente al día siguiente de haberse nombrado arbitrariamente y sin ostentar la condición de socio accionista, pues el “*CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 04 DE OCTUBRE DE 2018*”, **da cuenta de que en el día 09 de agosto de 2018 se inscribieron los libros de accionistas y de actas en el registro mercantil, o sea un día después de haberse celebrado la ya mencionada Acta De Asamblea General, la cual ostenta como fecha de celebración el día 08 de agosto de 2018.**

**En otras palabras, el señor ILAN PINSKI FARJI el día 08 de agosto de 2018 primero se nombró representante legal y un día después el día 09 de agosto de 2018 se nombró socio de la sociedad LEATHER TRADE SAS, lo cual resulta harto impropio, y todo esto fue convalidado sin justificación legal alguna por el AD QUO.**

Lo expresado anteriormente lo respaldo anexando el extracto en imagen del documento denominado "CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 04 DE OCTUBRE DE 2018":

**CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS**

LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, CON FUNDAMENTO EN LAS MATRICULAS E INSCRIPCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL

CERTIFICA:

QUE : LEATHER TRADE S A S

APARECE MATRICULADO(A) EN EL REGISTRO MERCANTIL BAJO EL NUMERO : 02794664 DEL 17 DE MARZO DE 2017

CERTIFICA:

QUE A SU NOMBRE FIGURAN INSCRITOS LOS SIGUIENTES LIBROS DE COMERCIO :

	LIBRO	REGISTRO	FECHA	HOJAS
ACCIONISTAS		01728669	09/08/2018	10
ACTAS		01728670	09/08/2018	10

CERTIFICA:

20

Dicho documento demuestra, que Ilan Pinski Farji no podía acreditar su condición de accionista en los términos del artículo 406 del Código de Comercio para el 08 de agosto de 2018, día en el que celebró una reunión de Asamblea General de Accionistas mediante la cual fue removido arbitrariamente mi poderdante, el señor Jorge Luis Cortés Parra, razón por la cual no entendemos como el señor Superintendente Delegado se abstuvo de otorgarle valor probatorio a un documento que revestía y sigue revistiendo altísima relevancia.

En estricto sentido la Autoridad competente para resolver dentro de estos cuatro procesos, terminó apartándose de los principios de inmediación y sana crítica del acervo probatorio, para terminar parcializándose a favor de la parte demandada, en un claro favorecimiento que terminó derivándose en un fallo que pudiere derivar incluso en posibles conductas penales como lo es el tipo penal de prevaricato; ya que su conducta más que negligente en la valoración probatoria, pareciere más tendiente a favorecer los intereses de la parte demandada.

**CARENCIA DE UN EXAMEN CRÍTICO DE LAS PRUEBAS DE OFICIO INCORPORADAS POR EL AD QUO Y AUSENCIA DE UNA EXPLICACIÓN RAZONADA DE LAS CONCLUSIONES SOBRE ELLAS**

El AD QUO se limitó únicamente a hacer un examen crítico de las pruebas documentales incorporadas de oficio por él, diciendo que les daba plena valides a dichos "contrato de cesión de acciones" porque gozan de presunción de autenticidad por no haber sido tachadas de falsas; sin nunca contrastarlas con las demás pruebas

que obran en cada proceso como las actas de constitución de cada sociedad ni mucho menos los estatutos de las mismas o con el interrogatorio de parte vertido por el señor CORTES PARRA, pues en su fallo dijo sobre el particular:

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de las 3 horas 07 minutos con 38 segundos)*

“En cuarto lugar, el despacho ha incorporado de oficio los contratos de cesión de acciones o cuotas de las tres sociedades según el caso, **las cuales gozan de presunción de autenticidad de conformidad con el artículos 246 y que por lo demás no fueron tachados de falsedad.**” (Negrilla incorporada por el transcriptor)

Ya que AD QUO justifica el nombramiento del señor ILAN PINSKI como representante legal y socio de METRIC LAB SAS al concluir que dicho “*contrato de cesión de acciones*” de la sociedad METRIC LAB SAS calendaro del año 2010 **es un justo título para ello porque no fue tachado de falso y se presume autentico**, y por esa senda convalido las decisiones que tomo dentro de la sociedad INVERSIONES PINSKI pues sin decirlo se concluye que estuvo presente el 100% de las accionistas allí representadas, pues huelga recordar que el 50% de dichas acciones pertenecen a METRIC LAB SAS y al convalidar su nombramiento en dicha sociedad, completo el 100% de INVERSIONES PINSKI, pues el otro 50% de dichas acciones están en cabeza suya como persona natural.

21

Y pareciere que su única intención era favorecer al demandado con dicha decisión carente de cualquier hermenéutica jurídica, acéfala de sustentos legales y jurisprudenciales; **llevándose de frente o de lado la cláusula 17 de los estatutos de la sociedad METRIC LAB SAS, el propio artículo 15 de la Ley 1258 de 2008 y el PRINCIPIO DE CONGRUENCIA contemplado en el artículo 281 del CGP que reza que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda.**

Ahora, en lo que respecta a la sociedad **LEATHER TRADE SAS**, tampoco existe una explicación jurídica valida de como un “*contrato de cesión de acciones*” de dicha compañía celebrado en el año 2017 introducido como prueba documental de oficio al proceso, **concede la titularidad de dichas acciones al señor ILAN PINSKI si NUNCA se emitió título alguno a favor de su padre SIMON PINSKI YANQUELEVICH de conformidad lo establecido en el artículo 399 del Código de Comercio, norma que reza:**

“**ARTÍCULO 399. <EXPEDICIÓN DE TÍTULOS>. A todo suscriptor de acciones deberá expedírsele por la sociedad el título o títulos que justifiquen su calidad de tal.**”

Mientras la sociedad no haya obtenido *permiso de funcionamiento* no podrá expedir títulos ni certificados de acciones.

Dentro de los treinta días siguientes a la fecha del *permiso de funcionamiento* se expedirán los títulos o certificados de las acciones suscritas en el acto constitutivo, con el carácter de provisionales o definitivos, según el caso. **En las demás suscripciones la expedición se hará dentro de los treinta días siguientes a la fecha del respectivo contrato.**

Cuando los aportes fueren en especie, una vez verificada su entrega se expedirán los títulos correspondientes.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

También resulta censurable, que la incorporación de dichas pruebas de oficio tenía la única finalidad de suplir las cargas desatendidas por la parte pasiva quien NO contesto ninguna de las demandadas y por ende no propuso excepciones ni apporto pruebas en ninguno de los 4 procesos, abusando de la discrecionalidad con la cual cuenta el fallador al respecto.

A esta conclusión es fácil y evidente llegar, por la inadecuada y parcializada aplicación que dio el AD QUO del artículo 246 del CGP, norma usada como UNICO fundamento jurídico de todo su fallo y además como justificación legal para validar dichos “*contratos de cesión de acciones*” dentro de cada proceso. Puesto que dicha norma en clara en indicar en su párrafo 2 que **la parte contra quien se aduzca un documento con presunción de autenticidad podrá solicitar su cotejo con el original mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente**, ya que dicha norma reza:

“ARTÍCULO 246. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

**Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.**” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Y a pesar de existir dicho precepto normativo que permitía decretar la exhibición de documentos sobre dichos contratos, **el AD QUO de manera caprichosa NEGÓ dicha posibilidad a la parte demandante de cotejar dichos documentos con los originales a través de la exhibición de documentos, sin una justificación legal aparente más que su mera opinión**, pues durante la audiencia así quedo registrado la negativa del AD QUO a decretar la exhibición de documentos solicitada por la parte demandante sobre dicha prueba documental incorporada de oficio. Veamos la transcripción de dicha parte de la audiencia:

**(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de la hora 1 con 49 minutos con 55 segundos)**

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Bien, dando culminado nuestra etapa probatoria y en virtud del artículo 169 del CGP, **a este despacho se han allegado “contratos de cesión de acciones” firmados entre, este está firmado entre el señor**

**PINSKI YANQUELEVICH y el señor CORTES PARRA consta en el cuaderno 2 folio 225 radicado 2018-800-00401**, repito en virtud del artículo 169 no admite recurso, declaro la incorporación de esta prueba al proceso.

**Apoderado Sr. Cortes:** Su señoría, pido la palabra antes de continuar, si bien es cierto que no se admite recurso eso no impide que me lo pongan de conocimiento, no me lo han enviado al correo electrónico conforme al decreto 806, para saber que está incorporando?

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Tiene usted acceso a la prueba, intermediación de la prueba en esta audiencia.

**Apoderado Sr. Cortes:** Perfecto su señoría, esa es la que ellos están diciendo que están incorporando una denuncia penal?

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** No, no, eso no tiene nada que ver; estoy hablando de un “*contrato de cesión de acciones*”. **En el cuaderno principal numero 2 hago relación a la acción judicial 2018-800-00377, déjeme terminar abogado, le agradezco. Hago uso del artículo 169 del CGP que no admite recurso y doy por incorporada como prueba de oficio un “contrato de cesión de acciones” celebrado por el señor SIMON PINSKI YANQUELEVICH y el señor JORGE LUIS CORTES PARRA**, suscrito en la Notaria 43 del Circulo Notarial de Bogotá el 06 del 07 del año 2010 a las 3:49 pm. Dr. Sergio, señor secretario dele acceso a esta prueba al abogado de la parte demandante. **Y en tercer lugar, en la acción 2018-800-00383 en virtud del artículo 169 del CGP, incorporo como prueba el “contrato de cesión de acciones” firmado entre el señor SIMON PINSKI YANQUELEVICH y el señor JORGE LUIS CORTES PARRA** el 06 del 07 de 2010 a las 3:49 pm en la Notaria 43 del Circulo Notarial de Bogotá, que gozan de presunción de legalidad y que como bien lo dije, no admite recurso. Tenga usted la bondad Dr. Sergio de presentar este contrato de cesión de acciones al abogado de la parte demandante.

23

**Apoderado Sr. Cortes:** Gracias su señoría, le solicitaría que en virtud de la decisión que acaba de tomar, la adicione, porque como son pruebas de oficio y en efecto no tienen recurso de reposición, adicione su auto y sirva decretar de oficio unas pruebas que voy a poner de presente al despacho. **En primera medida para que se sirva ordenar a la parte que las allego exhibir los originales de dichos documentos y hagan exhibición de documentos.** El objetivo como muy bien dice la norma de exhibición de documentos es verificar si esos documentos existen y tiene que traer los originales respecto de ellos (...)

**VOVER A VER A PARTIR DE LAS DOS HORAS CON TREINTA Y CUATRO SEGUNDOS (2:0034) DEL VIDEO DE LA AUDIENCIA DEL 31 DE ENERO DE 2022**

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Abogado, yo le agradezco mucho la explicación, le agradezco mucho los documentos que no he visto, que los veré en un receso que decretare más adelante, pero yo le quiero recordar cual es el objeto del litigio que nos convoca en esta corte y que fui claro al inicio de esta audiencia y me voy a permitir leerlo de nuevo. Para este despacho queda suficientemente claro los objetos del presente litigio, son iguales para las 4 causas. Determinar si las decisiones sociales

adoptadas durante la sesión del 25 de julio, 30 de julio, 08 de agosto y 13 de agosto del 18 18 18 años, me refiero a los años, si la decisión asamblearia de esas fechas de la sociedad METRIC LAB SAS en liquidación, son susceptibles de ser declaradas nulas al amparo de la acción de impugnación de decisiones sociales. Ese es el objeto del litigio que hoy nos convoca, yo no soy autoridad penal, lamento que congestione o pongan en conocimiento de la fiscalía general de la nación sus disputas, cuanto daría yo como ciudadano y juez de la republica que eso no sucediera y llegar a acuerdos civilizados, pero no puedo detenerlos. Pero en virtud de ese objeto del litigio yo, pues si aparecen tres pruebas que usted tiene enfrente de su micrófono en el escritorio, que este despacho no puede desconocer y pruebas que gozan de la presunción de legalidad uno y de la presunción de autenticidad, habiendo dicho esto, si ustedes me permiten voy a decretar 5 minutos de receso.

***VOVER A VER A PARTIR DE LAS DOS HORAS CON CINCO MINUTOS Y CATORCE SEGUNDOS (2:05:14) DEL VIDEO DE LA AUDIENCIA DEL 31 DE ENERO DE 2022***

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Al señor apoderado de la parte demandante según los documentos que usted amablemente ha allegado así como sus argumentos verbales, me permito hacer uso del artículo 287 del CGP llamado adición que para que conste en la grabación en esta audiencia me permitiré leer: ***“ARTÍCULO 287. ADICIÓN. Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad. El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.”***. Y acá me remito al primer párrafo del artículo 287 del CGP el cual me permite decidir sobre la no adición de pruebas de oficio en esta etapa. Quiero sencillamente por cortesía de esta corte explicarle porque acogí la prueba de la parte demanda en relación con la denuncia penal sencillamente porque tenía que ver con una tacha y por ser parte de esta tacha fue acogida en el proceso.

24

**Apoderado Sr. Cortes:** Su señoría pido la palabra, **yo también solicite la exhibición de documentos que se incorporaron, los contratos de cesión y su señoría no se pronunció sobre eso.**

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Me pronunciare sobre eso en la sentencia.

***VOVER A VER A PARTIR DE LAS DOS HORAS CON NUEVE MINUTOS Y DIECINUEVE SEGUNDOS (2:09:19) DEL VIDEO DE LA AUDIENCIA DEL 31 DE ENERO DE 2022***

**Apoderado Sr. Cortes:** Su señoría antes que continuemos su señoría?

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Podemos dejar terminar a la persona que está hablando. Pero le voy a conceder la palabra en el tiempo que usted quiera.

**Apoderado Sr. Cortes:** Es por la actuación procesal anterior.

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** La actuación procesal quedo cerrada (inaudible).

**Apoderado Sr. Cortes:** Si su señoría pero tengo reposición a esa decisión.

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** No la presento en su momento.

**Apoderado Sr. Cortes:** Por eso pedí la palabra tres veces.

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Es que el señor Amaya ya había pedido la palabra.

**Apoderado Sr. Cortes:** Es que usted ni siquiera dio la oportunidad por eso estoy pidiendo la reposición.

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Concedo la reposición adelante por favor.

**Apoderado Sr. Cortes:** Gracias su señoría, como es bien sabido, las decisiones de los togados tienen que estar motivadas, entonces repongo la decisión en el sentido de que se sirva el despacho motivar la razón o los fundamentos por los cuales no es procedente la adición. **Toda vez que simplemente manifestó que no se recibían los documentos pero ninguna alusión hizo a porque se negaba la exhibición de documentos, en lo cardinal es necesario para ejercer mi derecho de defensa y conocer los motivos por los cuales y con el respeto debido su señoría, yo necesito también argumentar mi defensa y como bien sabe queda una segunda instancia y yo necesito saber porque denegó la prueba eso configuraría o abriría paso a pedir pruebas de segunda instancia. Entonces si le rogaría al despacho que sea un poco más nutrido y es con respeto, sea cual sea el argumento lo acojo, pero que sirva exponerse las razones o los motivos jurídicos, jurisprudenciales o doctrinarios por los cuales dice que no es necesario hacer una exhibición de documentos de tres documentos de oficio que incorpore, los cuales están en fotocopia.**

25

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Señor abogado, tal vez no fui lo suficientemente claro, pero antes del receso motive mi decisión, pero tengo mucho gusto en recordársela, **hice uso del artículo 246 del CGP y titula valor probatorio de las copias, no creo que tenga que entrar en más argumentos**, en segundo lugar en relación con su adición de las pruebas que usted solicita, también tome mi decisión basado en el artículo 287 que también me permití leer su primer párrafo, artículo 287

titulado adición, espero que así usted quede medianamente tranquilo.” (Negrilla y subrayado incluidos por el transcriptor)

De lo anteriormente transcrito, vemos que el superintendente instructor uso dos fundamentos legales para negar la exhibición de documentos que solicite sobre las tres pruebas documentales de oficio por él incorporadas a los procesos, cuales son el artículo 246 y 287 del CGP a los cuales les dio abiertamente unos alcances que dichas normas no tienen, y cuando se le requirió a través de un recurso de reposición para que motivara su decisión de porque **negaba la exhibición de documentos** se limitó a decir lo siguiente:

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de la hora 2 con 11 minutos con 48 segundos)*

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Señor abogado, tal vez no fui lo suficientemente claro, pero antes del receso motive mi decisión, pero tengo mucho gusto en recordársela, **hice uso del artículo 246 del CGP y titula valor probatorio de las copias, no creo que tenga que entrar en más argumentos, en segundo lugar en relación con su adición de las pruebas que usted solicita, también tome mi decisión basado en el artículo 287 que también me permití leer su primer párrafo, artículo 287 titulado adición, espero que así usted quede medianamente tranquilo.**” (Negrilla y subrayado incluidos por el transcriptor)

Sobre el artículo 246 del CGP, de manera clara y de forma consiente en un claro favorecimiento de la parte demandada, OMITE referirse al párrafo segundo de dicho artículo que claramente permite a la parte que se le aduzca un documento con presunción de autenticidad, para que pueda **solicitar su cotejo con el original mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente** ya que dicha norma reza en su párrafo segundo que:

“ARTICULO 246:

(...)

**Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.**” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Lo anteriormente citado, está en concordancia con el párrafo final del artículo 266<sup>8</sup> del CGP **que reza que este medio de prueba procede también cuando se**

---

<sup>8</sup> ARTÍCULO 266. TRÁMITE DE LA EXHIBICIÓN.

(...)

Presentado el documento el juez lo hará transcribir o reproducir, a menos que quien lo exhiba permita que se incorpore al expediente. **De la misma manera procederá cuando se exhiba espontáneamente un documento.**

**exhiba espontáneamente un documento**, como ocurrió en el caso concreto que fueron incorporados dos “*contratos de cesión de acciones*” durante la audiencia y de manera oficiosa por el superintendente instructor y se me corrió traslado dentro de la misma para conocerlo, pues en el video de la audiencia así quedo registrado:

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de la hora 1 con 51 minutos con 1 segundos)*

**Apoderado Sr. Cortes:** Su señoría, pido la palabra antes de continuar, si bien es cierto que no se admite recurso eso no impide que me lo pongan de conocimiento, no me lo han enviado al correo electrónico conforme al decreto 806, **para saber que está incorporando?**

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** **Tiene usted acceso a la prueba, intermediación de la prueba en esta audiencia.**

**Apoderado Sr. Cortes:** Perfecto su señoría, esa es la que ellos están diciendo que están incorporando una denuncia penal?

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** No, no, eso no tiene nada que ver; estoy hablando de un “*contrato de cesión de acciones*”. En el cuaderno principal numero 2 hago relación a la acción judicial 2018-800-00377, déjeme terminar abogado, le agradezco. Hago uso del artículo 169 del CGP que no admite recurso y doy por incorporada como prueba de oficio un “*contrato de cesión de acciones*” celebrado por el señor SIMON PINSKI YANQUELEVICH y el señor JORGE LUIS CORTES PARRA, suscrito en la Notaria 43 del Circulo Notarial de Bogotá el 06 del 07 del año 2010 a las 3:49 pm. Dr. Sergio, señor secretario dele acceso a esta prueba al abogado de la parte demandante. Y en tercer lugar, en la acción 2018-800-00383 en virtud del artículo 169 del CGP, incorporo como prueba el “*contrato de cesión de acciones*” firmado entre el señor SIMON PINSKI YANQUELEVICH y el señor JORGE LUIS CORTES PARRA el 06 del 07 de 2010 a las 3:49 pm en la Notaria 43 del Circulo Notarial de Bogotá, que gozan de presunción de legalidad y que como bien lo dije, no admite recurso. **Tenga usted la bondad Dr. Sergio de presentar este contrato de cesión de acciones al abogado de la parte demandante.** (Negrilla, tamaño de fuente y subrayado fuera de texto)

27

Luego sobre el artículo 287 del CGP, **en ninguno de sus apartes dice que se pueda negar la solicitud de pruebas de oficio, cual fue la justificación dada por el superintendente.** Pues sobre el particular dijo en su intervención en dicha audiencia:

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de la hora 2 con 05 minutos con 14 segundos)*

---

Si se trata de cosa distinta de documento el juez ordenará elaborar una representación física mediante fotografías, videograbación o cualquier otro medio idóneo.(Negrilla y subrayado fuera de texto)

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Al señor apoderado de la parte demandante según los documentos que usted amablemente ha allegado así como sus argumentos verbales, me permito hacer uso del artículo 287 del CGP llamado adición que para que conste en la grabación en esta audiencia me permitiré leer: “**ARTÍCULO 287. ADICIÓN.** Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad. El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.”. **Y acá me remito al primer párrafo del artículo 287 del CGP el cual me permite decidir sobre la no adición de pruebas de oficio en esta etapa. (...)**” (Negrilla y subrayado incluidos por el transcriptor)

Queda PROBADO entonces que la negativa sistemática del superintendente instructor de ordenar a la parte demandada la exhibición de los dos contratos originales de cesión de acciones incorporados de oficio a los procesos; citando fundamentos legales inexistentes en el caso del artículo 287 del CGP y cercenando el alcance de otro en el caso del artículo 246 del CGP pareciere tener como única finalidad favorecer a la parte demandada; toda vez que al ser dichos “*contratos de cesión de acciones*” las UNICAS pruebas con que contaba la parte pasiva por haber dejado vencer en silencio el término para contestar cada demanda y así evitar las consecuencias adversas que trae la NO exhibición de documentos en el artículo 267 del CGP correspondiente a **tener por ciertos los hechos de quien pidió la exhibición se proponía probar**, pues dicha norma reza:

28

“**ARTÍCULO 267. RENUENCIA Y OPOSICIÓN A LA EXHIBICIÓN.** Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, o en la diligencia en que ella se ordenó, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, **tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar**, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale.(...)” Negrilla y subrayado fuera de texto)

Vemos entonces que mi pedido sobre motivar o nutrir más el auto mediante el cual el superintendente instructor niega una exhibición de documentos, tiene un extenso soporte normativo de las decisiones que toma un juez al interior de los procesos, pues el numeral 7º del art. 42 del C.G.P., establece que uno de los deberes de los Jueces es «**motivar la sentencia y las demás providencias, salvo los autos de mero trámite**»

Anterior aspecto que también se revela en el primer inciso del art. 279 ibidem, al indicar:

«salvo los autos que se limiten a disponer un trámite, las providencias serán motivadas de manera breve y precisa. No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente. Las citas jurisprudenciales y doctrinales se limitarán a las que sean estrictamente necesarias para la adecuada fundamentación de la providencia» (Negrilla y subrayado por fuera del texto).

Sea lo primero decir que un AUTO DE TRAMITE, es la decisión que tiene por objeto dar impulso al proceso, pasando de una etapa a otra.

Mientras que los AUTO INTERLOCUTORIOS es que aquel que resuelve o decide un aspecto sustancial o de fondo.

Y acá estábamos frente a un AUTO INTERLOCUTORIO porque estaba decidiendo un aspecto de fondo, cual era decretar una exhibición de documento sobre una prueba que fue incorporada de oficio y de manera espontánea dentro del proceso, luego si debía motivar su decisión.

La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA<sup>9</sup>, en reciente jurisprudencia calendada del 09 de diciembre de 2020, con ponencia del magistrado Dr. OCTAVIO TEJEIRO DUQUE, **dijo que los operadores judiciales deben en sus decisiones tener una mayor carga argumentativa para respaldar las conclusiones sobre el punto en cuestión, pues de lo contrario violan el DEBIDO PROCESO**, pues sobre el particular dijo la Corte:

“En este caso, el desmedro proviene de los exiguos raciocinios que el sentenciador esgrimió al resolver las excepciones formuladas por esa compañía (cfr. min. 02:45:12 a 02:57:04 Archivo “003 -Continuación Audiencia 24 de agosto de 2020) y el inexistente pronunciamiento frente al mérito que podía tener el escrito de 4 de septiembre de 2018 que el representante legal de Leather Trade S.A.S. le dirigió a Angélica María Roa Espinosa comunicándole la «terminación unilateral del contrato de cesión» que hasta esa fecha sostenían (fls. 290 a 294 Exp. 2019 0242 00) y la copia del «contrato de arrendamiento entre Ginecar S.A.S. y Codere Colombia S.A.» suscrito el 26 de junio de 2020 (fls. 480 a 485 ibídem), relevantes para la definición de ese debate si se observa el contenido del inciso cuarto del artículo 281 del Código General del Proceso.

Aquí no debe perderse de vista que la carencia de sustentación del funcionario también violenta el «derecho al debido proceso» de las partes en litigio, toda vez que se les «impide conocer los reales alcances del respectivo pronunciamiento y su grado de convicción, razón por la cual, (...) se requiere de mayor carga argumentativa del operador judicial para respaldar las conclusiones sobre el punto en cuestión» (CSJ STC, 10 ago. 2011, rad. 00168-02; reiterada en STC10342-2018).

Con ese mismo enfoque la Corte ha advertido que «sufre mengua el derecho fundamental al debido proceso por obra de [providencias] en las que, a pesar de la existencia objetiva de argumentos y razones, la motivación resulta ser notoriamente

<sup>9</sup>SALA CIVIL - CSJ. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE. MAGISTRADO PONENTE. STC11190-2020. RADICACIÓN N° 11001-22-03-000-2020-01328-01. APROBADO EN SESIÓN VIRTUAL DE DOS DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE) BOGOTÁ, D.C., NUEVE (9) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020).

**insuficiente, contradictoria o impertinente frente a los requerimientos constitucionales**» (CSJ STC, 28 mar. 2008, rad. 00384-00; reiterado, entre otras, en CSJ STC, 10 sep. 2012, rad. 00588-01).

Téngase en cuenta que la «carga de motivación» es un imperativo propio del «debido proceso» consistente en brindar a los interlocutores la «prerrogativa» de asentir o disentir de la hermenéutica e intelección desplegada por el juzgador frente a «los concretos argumentos en que se erige un medio impugnativo, **lo que necesariamente implica que el juzgador de conocimiento, con fundamento en una argumentación que comprenda los puntos de disentimiento puestos a su consideración, emita sobre el particular postura jurídica según las competencias atribuidas**»(CSJSTC, 14 jul. 2010, rad. 2010-00154-01).”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Toda vez que la carga argumentativa que usa el despacho para negar tanto las pretensiones de la demanda en su sentencia, así como la exhibición de documentos sobre las pruebas de oficio mediante auto, **resulta ser notoriamente insuficiente; puesto que al decir que que aso se lo permite el artículo 246 y 287 Código General del Proceso para este fin, sin explicar cómo llega a dichas conclusiones, impide conocer los reales alcances del respectivo pronunciamiento.**

### **TERCERO REPARO CONCRETO:**

30

### **DARLE VALOR PROBATORIO A UN NEGOCIO JURÍDICO QUE NO GENERE NINGÚN EFECTO**

Huelga recordar que en los cuatro procesos, las sociedades demandadas dejaron vencer en silencio el término para contestar la demanda, proponer excepciones y allegar pruebas; en otras palabras, **NINGUNA de las sociedades demandadas en cada uno de los cuatro procesos contesto la demanda.**

Hecho este probado y aceptado por el AD QUO en su sentencia.

Y a pesar de que no aportaron pruebas ninguna de las sociedades demandadas, el AD QUO **de oficio** incorporo dos pruebas documentales cuales fueron dos "*Contratos de cesión de acciones*" a los que me refiere por separado.

### **RESPECTO A LOS PROCESOS 2018-800-377 Y 2018-800-383**

El primer "*contrato de cesión de acciones*" que se incorporó de oficio por parte del superintendente, corresponde a una cesión de acciones de la sociedad METRIC LAB SAS que **esta calendaro del 02 de julio de 2010.**

Al cual el superintendente dijo que gozaba de presunción de autenticidad, pero NUNCA explico o dijo cuál era su alcance probatorio o que desvirtuaba de la

demanda, **evidenciándose su ausencia continua de motivación a lo largo de su fallo, que se limitó a apreciaciones personales y superficiales.**

Sin embargo, dentro de la demanda bajo el radicado 2018-800-377, se aportó como prueba documental los estatutos de METRIC LAB SAS, que en su CLÁUSULA 17 se EVIDENCIA de manera clara que existía una **RESTRICCIÓN A LA NEGOCIACIÓN DE LAS ACCIONES** para el año 2010, pues dicha cláusula reza:

“ARTICULO DECIMO SEPTIMO: **RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES**: Durante un término de cinco años contados a partir de la fecha de la inscripción en el registro mercantil de este documento, **las acciones no podrán ser transferidas a terceros** salvo que medie autorización expresa en asamblea general de accionistas representantes del 100% de las acciones suscritas. Esta restricción quedara sin efecto en caso de realizarse una transformación, fusión o escisión o cualquier otra operación en virtud de la cual la sociedad se transforme o de cualquier manera migre a otra especie asociativa.

La transferencia de acciones podrá efectuarse con sujeción a las restricciones que en estos estatutos se prevén, cuya estipulación obedeció al deseo de los fundadores de mantener la cohesión entre los accionistas de la sociedad” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Incluso, en el hecho 11 del escrito de la demanda bajo el radicado 2018-800-377 se hizo referencia expresa a esta restricción de la negociación de las acciones, pues dicho hecho reza:

“11. Valga la pena anotar, que la sociedad METRIC LAB S.A.S. en el artículo 17 de sus estatutos, **establecía que la negociación de acciones estaba prohibida por 5 años contados desde el acto de inscripción en el registro mercantil**, razón por la cual, si es que existe un acto o contrato en el que se negociaron acciones de la ya mencionada sociedad, para que no sean estos considerados ineficaces de pleno derecho, ha debido este o estos ser celebrados pasados 5 años contados desde el acto de inscripción en el registro mercantil. **Lo anterior, también tiene sustento en el artículo 15 de la ley 1258 de 2008.**” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Por ende, al tratarse de una SOCIEDAD ANONIMA SIMPLIFICADA - S.A.S y al existir norma especial que regula la materia, ha debido el superintendente previo a darle validez a dicha prueba de oficio, era contrastarla con los estatutos de METRIC LAB SAS y los artículos 13 y 15 de la Ley 1258 de 2008 que rezan:

“ARTÍCULO 13. RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES. **En los estatutos podrá estipularse la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases**, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del término de diez (10) años, contados a partir de la emisión. Este término sólo podrá ser prorrogado por periodos adicionales no mayores de (10) años, por voluntad unánime de la totalidad de los accionistas.

(...)

ARTÍCULO 15. VIOLACIÓN DE LAS RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN. **Toda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo previsto en los estatutos será ineficaz de pleno derecho.** (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Lo más anómalo y contradictorio es que el propio superintendente instructor **si advirtió esta situación**, pero sin una justificación legal, jurisprudencial o doctrinaria más que su mera opinión, concedió valor probatorio en su fallo al "contrato de cesión de acciones" de METRIC LAB SAS a pesar que el propio despacho sabía que era ineficaz de pleno derecho por tener una restricción de negociación de acciones en los estatutos para el año 2010; bien sea por un absoluto desconocimiento de las reglas procesales que rigen a las Sociedades Anónimas Simplificadas (*Art. 15 Ley 1258 de 2008*) o por un presunto favorecimiento de la parte demandada.

Toda vez que durante el INTERROGATORIO DE PARTE adelantado al demandante señor JORGE LUIS CORTES PARRA quedaron registradas en el video de dicha audiencia estas preguntas y sus respectivas respuestas:

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de los 20 minutos con 44 segundos)*

32

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Con anterioridad a la inscripción de los libros realizada por el señor ILAN PINSKI FARJI en el año 2018, la pregunta es ¿Si existió algún negocio jurídico pendiente por inscribir y que haya tenido por finalidad ceder las acciones a favor de SIMON PINSKI YANQUELEVICH o ILAN PINSKI FARJI?

**Sr. CORTES PARRA:** Previo a la inscripción como accionista no hubo un negocio que se tuviera que inscribir, básicamente lo que hubo fue un intento de cesión de acciones con objeto de pasárselo al señor Pinski para que pudiera pasárselo como solicitud de créditos a los bancos, eso fue en el año 2010 o 2011. Él me pidió el favor porque no tenía como presentarse con la empresa de él porque se hallaba embargada, tenía muchas obligaciones por que el señor Pinski venia de una quiebra con su empresa Pinski Plantaciones, por ende para poderse presentar a unos créditos a Bancolombia, me pidió el favor porque él tenía que demostrar que era accionista de alguna empresa que lo respaldara. Me dijo que la asesora del banco le comento que podía ser demostrable con un contrato de cesión de acciones, contrato que finalmente fracaso porque los créditos fueron negados al señor Pinski porque no había posibilidad ni siquiera con ese contrato. **Por lo tanto ese contrato ni siquiera se inscribió, ni nunca se hicieron los trámites para inscribir acciones o hacerle un endoso porque ni siquiera hubo emisión de títulos, tampoco se cancelaron los títulos que se habían debido emitir en ese momento y tampoco se expidieron nuevos títulos para que hubiesen sido inscritos en los respectivos libros; ese fue el único negocio que existió, pues fue un negocio fallido. Además que posteriormente en revisión con el jurídico de Bancolombia, él fue el que nos puso de presente que en los estatutos de la**

**empresa, pues porque pidieron copia de esos documentos de eso, se establecía en el artículo 17 que no se podían hacer negociaciones, por lo tanto el negocio fracaso.**

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** En otras palabras señor Cortes y para mi mejor entendimiento, **debo yo suponer que no existió ningún negocio jurídico pendiente de inscribir y que ningún negocio jurídico pendiente por inscribir tenía la finalidad de ceder acciones a favor del señor Pinski Yanquelevich y el señor Pinski Farji?**

Sr. CORTES PARRA: No, no; ósea no había ningún negocio pendiente por inscribir.

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Muy bien siguiente pregunta señor Cortes, **en la demanda se ha argumentado que la negociación de las acciones de METRIC LAB SAS EN LIQUIDACIÓN se encontraban restringidas por el termino de cinco años contados desde la inscripción del acto de constitución en la cámara de comercio,** la pregunta es ¿Cuándo fue que quedo inscrito el respectivo acto de constitución?

Sr. CORTES PARRA: El acto de constitución de METRIC, en el año 2009; tendría que revisar el certificado de cámara de comercio.

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** El certificado de cámara de comercio señor Cortes reposa en el expediente y no es necesario revisarlo muchas gracias.

Sr. CORTES PARRA: Tengo acá el RUT, espere que acá se ve mejor, dice año 2009 mes 11 día 05, la fecha de inicio de actividad que fue cuando se inscribió.

**SUPERINTENDENTE INSTRUCTOR:** Gracias señor Cortes, siguiente pregunta, **en ese sentido cuando finalizo el termino de restricción para la negociación de acciones** teniendo en cuenta su respuesta anterior?

Sr. CORTES PARRA: **Aproximadamente en el año 2014, mes 11 del año 2014.**  
(Negrilla, fuente y subrayado del transcriptor)

Por lo anterior, se puede afirmar sin hesitación alguna que la prueba documental incorporada de oficio correspondiente a un "*contrato de cesión de acciones*" dentro de la sociedad METRIC LAB SAS calendaro del año de 2010 era **ineficaz de pleno derecho**, por estar expresamente prohibida su negociación en los estatutos y estar definida su consecuencia jurídica de manera expresa en la Ley; **por ende carece de valor probatorio alguno dicho "*contrato de cesión de acciones*" y por el contrario demuestra que el señor ILAN PINSKI FARJI se hizo nombrar socio y representante legal de la sociedad METRIC LAB SAS usando como título un contrato que es ineficaz de pleno derecho.**

Y lo más ANOMALO de la decisión tomada por el superintendente instructor, es la motivación dada en su fallo para darle valides a dicho "*contrato de cesión de*

acciones" de la sociedad METRIC LAB SAS calendado del año 2010, **incorporado de oficio por él mismo**, pues en su fallo dijo sobre el particular:

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de las 3 horas 07 minutos con 38 segundos)*

“En cuarto lugar, el despacho ha incorporado de oficio los contratos de cesión de acciones o cuotas de las tres sociedades según el caso, **las cuales gozan de presunción de autenticidad de conformidad con el artículos 246 y que por lo demás no fueron tachados de falsedad.**” (Negrilla incorporada por el transcriptor)

Y así, intento el AD QUO justificar el nombramiento del señor ILAN PINSKI como representante legal y socio de METRIC LAB SAS al concluir que dicho “*contrato de cesión de acciones*” de la sociedad METRIC LAB SAS calendado del año 2010 es un justo título para ello porque no fue tachado de falso y se presume autentico; pero pareciere que su única intención era favorecer al demandado con dicha decisión carente de cualquier hermenéutica jurídica, acéfala de sustentos legales y jurisprudenciales; **llevándose de frente o de lado la cláusula 17 de los estatutos de la sociedad METRIC LAB SAS, el propio artículo 15 de la Ley 1258 de 2008 y el PRINCIPIO DE CONGRUENCIA contemplado en el artículo 281 del CGP que reza que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda.**

34

Tomando como objeto de observación algo que NO se estaba debatiendo dentro del proceso que era si dichos contratos eran auténticos o no, ya que el cumplimiento de las formalidades tendientes a hallar la autenticidad de un documento, resulta relevante UNICAMENTE cuando está en tela de juicio la certeza sobre la persona que los había elaborado, manuscrito o firmado.

Lo que llama inmensamente la atención sobre el abismal desconocimiento la Ley 1258 de 2008 por parte de un superintendente delegado para asuntos mercantiles y levanta un manto de duda y sospecha sobre el anómalo proceder del AD QUO para validar una prueba incorporada de oficio que beneficia únicamente a la parte demanda al darle un alcance que no tiene por expreso mandato de la Ley; es que los efectos jurídicos derivados de la ineficacia de pleno derecho, han sido abordados por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES en pacífica y reiterada jurisprudencia al decir que **éstos no producen los efectos inmediatos ni los efectos finales que estaban llamados a producir eliminándolos automáticamente de la realidad jurídica como si estos nunca se hubieran realizado.**

Sobre el particular es de recordar lo indicado esta dependencia en el siguiente concepto<sup>10</sup> calendado del 30 de diciembre de 2019 que reza sobre la ineficacia de pleno derecho:

<sup>10</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-179372 (30 de diciembre de 2019). Asunto: Sentencias de procedimientos mercantiles. {En Línea}. Disponible en:

“(…) La jurisprudencia en este tema ha manifestado: “(…) *la ineficacia de pleno derecho o formula pro non scripta es la sanción que impone el ordenamiento jurídico a las cláusulas o pactos que contravienen las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres consistente en que éstas no produzcan los efectos inmediatos ni los efectos finales que estaban llamados a producir eliminándolos automáticamente de la realidad jurídica como si estos nunca se hubieran realizado* (…). Así, a diferencia de otras figuras la ineficacia de pleno derecho opera de forma inmediata en los casos expresamente previstos en la Ley y no requiere ser declarada judicialmente, pues a través de la misma lo que se persigue fundamentalmente es la conservación del negocio eliminando de la realidad jurídica únicamente aquella cláusula o pacto del acto dispositivo que contraviene el ordenamiento jurídico sin destruir o eliminar sus demás partes.”

(…)

“3.2 En cuanto al concepto de ineficacia, en términos generales se trae a colación lo dicho en Oficio 220- 104660 del 8 de septiembre de 2011, que al respecto mencionó:

“Sin perjuicio de lo anterior y con el ánimo de proporcionar una ilustración general que le permita contar con mayores elementos de juicio frente a la situación que motiva su solicitud, procede traer en seguida las consideraciones jurídicas que exponen grosso modo el criterio de esta Superintendencia en torno al tema, las cuales son sustento de la Resolución 321- 000930 del 17 de marzo de 2008: “ Así las cosas, es entendible que la ineficacia consiste en la sanción prevista por el legislador para que, en determinados supuestos, los actos jurídicos, desde el momento mismo de su otorgamiento, no produzcan los efectos a los cuales están destinados.

*Es característica especial de la ineficacia que por ministerio de la ley ante la presencia de precisos vicios en la formación y perfeccionamiento del acto jurídico se produce de manera automática la invalidez del mismo frente a sus destinatarios o terceros, sin necesidad de un pronunciamiento de autoridad judicial que así lo establezca. En este orden de ideas, el autor de las declaraciones de voluntad, sus destinatarios y los terceros interesados, en el momento y lugar permitido por la ley, están facultados para desconocer desde su otorgamiento los efectos buscados por un particular acto jurídico al encontrar en su formación y perfeccionamiento alguno de los vicios que como tarifa legal hayan sido señalados de manera previa y formal como causales de ineficacia.”* (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Así mismo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>11</sup> señaló:

[https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/OFICIO\\_220-179372\\_DE\\_2019.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-179372_DE_2019.pdf). {31/12/2020}

<sup>11</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3201-2018 (9 de agosto de 2018). M.P: Doctor Ariel Salazar Ramírez.  
{En Línea}. Disponible: <https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>. {30/12/2020}.

“Cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz (como el artículo 897 del Código de Comercio), **la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás.**” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Y si el superintendente instructor hubiese revisado una prueba que resultaba palmaria y de bulto cuales eran los estatutos de la sociedad METRIC LAB SAS de manera minuciosa, la cual fue debidamente recaudada con el escrito de demanda y hubiese usado algún fundamento legal o jurisprudencial más que su mera opinión a lo largo de su fallo, este Despacho hubiese podido observar algo que resultaba determinante y era que en los estatutos de METRIC LAB SAS se estableció una cláusula que consagrara de forma expresa una **RESTRICCIÓN A LA NEGOCIACIÓN DE LAS ACCIONES** por cinco años.

Y al haber sido creada la sociedad METRIC LAB SAS en el año 2009, tal y como reza su acta de constitución que también se aportó como prueba, surgía evidente que dicha restricción de cinco años vencía en el año 2014, ósea que para el año 2010 se encontraba vigente dicha restricción, **lo cual hacía que dicho “*contrato de cesión de acciones*” incorporado de oficio sea ineficaz de pleno derecho.**

A la luz de las anteriores consideraciones y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008, el AD QUEM debe de oficio, declarar la ineficacia respecto del negocio jurídico por medio del cual JORGE LUIS CORTES PARRA cedió la totalidad de su participación accionaria dentro de la sociedad METRIC LAB SAS al señor SIMON PISNKI y por ende declarar la nulidad de la acta mediante la cual su hijo el señor ILAN PINSKI FARJI se nombró socio y representante legal de la sociedad METRIC LAB SAS usando como título accionario dicho contrato que como ya se explicó líneas arriba es ineficaz de pleno derecho.

36

Sobre un caso exactamente igual, la propia SUPERINTENDENCIA DE SOCIDADES dentro del proceso verbal bajo el radicado 2018-800-00408 en fallo calendarado del 21 de febrero de 2020 en proceso de DANIELA VINASCO OCAMPO VS VITAL GREEN PRODUCTS SAS; **dijo que un acto ineficaz, NO puede generar título alguno para la adquisición de derechos en una sociedad tipo SAS,** pues dicho fallo reza:

En verdad, a diferencia del régimen aplicable a los tipos societarios regulados en el Código de Comercio, **el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008 estableció, respecto de las sociedades por acciones simplificadas, que: “[t]oda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo previsto en los estatutos será ineficaz de pleno derecho”.**

Bajo este régimen, entonces, las infracciones a los estatutos sociales que se verifiquen con ocasión de una transferencia de acciones en una SAS, vician de ineficacia el correspondiente negocio jurídico. Esta sanción, por supuesto, opera de pleno derecho,

sin perjuicio de que esta entidad, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, se encargue de reconocer sus presupuestos.<sup>12</sup>

**Por lo demás, es claro que un acto ineficaz, [no] puede generar título alguno para la adquisición de derechos. Al carecer de efectos, no puede proyectarse ninguna obligación, ni un título traslativo de dominio para las personas que ostenten la tenencia de derechos aparentemente transferidos, en virtud de un acto ineficaz [...]”**<sup>13</sup>

Así, pues, en vista de que este Despacho advertirá la ineficacia del negocio jurídico bajo análisis, se ordenará al representante legal de Vital Green Products S.A.S. que adopte las medidas que sean necesarias para darle cumplimiento a lo ordenado en esta sentencia.” (Negrilla, fuente y subrayado fuera de texto)

En consecuencia, sin necesidad de formular consideraciones adicionales, **le correspondía al superintendente instructor del presente proceso de oficio haber declarado la ineficacia del “*Contrato de Cesión de Acciones*” de la sociedad METRIC LAB SAS calendado del año 2010**, usado como justo título por el señor ILAN PINSKI FARJI para nombrarse representante legal en la ya mencionada reunión del 25 de julio de 2018, en los términos del artículo 133 de la Ley 446 de 1998 que reza:

#### “DEL RECONOCIMIENTO DE LA INEFICACIA

37

ARTICULO 133. COMPETENCIA. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 897 del Código de Comercio, las Superintendencias Bancaria, de Sociedades o de Valores **podrán de oficio efectuar el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio.** Así mismo, a falta de acuerdo de las partes sobre la ocurrencia de dichas causales de ineficacia, podrá una de ellas solicitar a la respectiva Superintendencia su reconocimiento. En relación con las sociedades no vigiladas permanentemente por las referidas entidades, tal función será asumida por la Superintendencia de Sociedades.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

#### **Acerca de las decisiones adoptadas en el acta demandada de la sociedad METRIC LAB SAS en el proceso bajo radicado: 2018-800-377**

Como ya se explicó, el demandante busca que a través de este proceso que se declare la nulidad de las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de **METRIC LAB SAS** durante la reunión extraordinaria del 25 de julio de 2018.

<sup>12</sup> En opinión de Martínez Neira, la finalidad perseguida por el legislador al consagrar la ineficacia [...] es la de sustraer a determinados asuntos del régimen de las nulidades en razón a que “[...] los hechos económicos se suceden con tal rapidez, que si después de un prolongado juicio se declara a nulidad, es difícil en la práctica retrotraer las cosas a su primitivo estado, tanto más cuanto en muchas ocasiones se han creado situaciones jurídicas que hay que defender porque en ellas han intervenido terceros de buena fe”.“ Cfr. Superintendencia de Sociedades, Resolución OA/BQ-00633 del 29 de enero de 1980. En: NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2014, Bogotá, Legis Editores S.A, 2º edición) 351.

<sup>13</sup> NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2014, Bogotá, Legis Editores S.A, 2º edición) 355.

Según como se acaba de demostrar de acuerdo a la **RESTRICCIÓN A LA NEGOCIACIÓN DE LAS ACCIONES** de la sociedad METRIC LAB SAS para el año 2010 en concordancia con el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008 y según como se indicó en los hechos de dicha demanda, la nulidad solicitada devendría del hecho de que en la referida sesión asamblearia no se encontraba presente el único titular de todas las acciones en METRIC LAB SAS. En esa medida, quien adoptó las determinaciones sociales en cuestión no revestía la condición de accionista de dicha sociedad.

Porque el “*Contrato de Cesión de Acciones*” usado por el señor ILAN PINSKI FARJI, **resulto ser un acto ineficaz, y el mismo NO puede generar título alguno para la adquisición de derechos dentro de una Sociedad Anónima Simplificada – S.A.S.**

### **Acerca de las decisiones adoptadas en el acta demandada de la sociedad INVERSIONES PINSKI S EN C EN LIQUIDACIÓN en el proceso bajo radicado 2018-800-383**

Huelga recordar que METRIC LAB SAS es dueña del 50% de las acciones de la sociedad INVERSIONES PINSKI S EN C EN LIQUIDACIÓN, y el otro 50% son de propiedad del señor ILAN PINSKI FARJI como persona natural, pues así aparece registrado en el certificado de existencia y representación legal de dicha sociedad que se aportó como prueba con el escrito de demanda.

38

Luego al haberse hecho nombrar el señor ILAN PINSKI FARJI como representante legal de la sociedad METRIC LAB SAS, esto lo convirtió en el dueño del 100% del poder decisorio dentro la Sociedad INVERSIONES PINSKI S en C, al poder representar el 100% de las cuotas que representan el capital social de dicha empresa.

Teniendo en cuenta las consideraciones formuladas en los reparos precedentes, para el 30 de julio de 2018, ILAN PINSKY FARJI al haberse nombrado como representante legal de METRIC LAB SAS con un título (*Contrato de cesión de acciones*) que era ineficaz de pleno derecho, **NO ostentaba la condición de accionista del 50% de participación de la sociedad INVERSIONES PINSKI S EN C EN LIQUIDACIÓN.**

Por lo tanto, a ambos asociados les asistía el derecho de participar con voz y voto en las deliberaciones sociales de INVERSIONES PINSKI, tanto al señor ILAN PINSKI FARJI con el 50 % de las acciones así como a la sociedad METRIC LAB SAS con el otro 50% de las acciones; sin embargo esta última, al advertirse que el señor ILAN PINSKI se hizo nombrar con un contrato que no genero título alguno al configurarse un presupuesto que da lugar a la sanción de ineficacia, queda demostrado que no

participaron la totalidad de los asociados de la sociedad INVERSIONES PINSKI S EN C. en el acta que acá se demanda.

En efecto, la mencionada acta tan solo da cuenta de la asistencia de ILAN PINSKI FARJI como persona natural propietaria del 50% de las cuotas, y nuevamente el mismo señor PINSKI FARJI como representante legal de la sociedad METRIC LAB SAS dueña del otro 50% de las cuotas de la sociedad INVERSIONES PINSKI.

Es decir que, contrario a lo señalado en ese documento, la sesión asamblearia no tuvo el carácter de universal. Toda vez que como ya se advirtió líneas arriba, **el señor ILAN PINSKI FARJI nunca ostento la calidad de socio ni mucho menos la de representante legal de la sociedad METRIC LAB SAS**, toda vez que el "*Contrato de Cesión de Acciones*" usado por el señor ILAN PINSKI FARJI, **resulto ser un acto ineficaz, y el mismo NO puede generar título alguno para la adquisición de derechos dentro de una sociedad tipo SAS como lo es METRIC LAB.**

Sobre el particular, el Código del Comercio es explícita en establecer que será válida una reunión de la asamblea si se hallare representada la totalidad de los asociados, al disponer en el inc. 2º del art.182 que:

“La junta de socios o la asamblea se reunirá válidamente cualquier día y en cualquier lugar sin previa convocatoria, **cuando se hallare representada la totalidad de los asociados.**”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

39

### **Acerca de las decisiones adoptadas en el acta demandada de la sociedad LEATHER TRADE SAS en el proceso bajo radicado 2018-800-395 y 2018-800-401**

Ahora, en lo que respecta a la sociedad **LEATHER TRADE SAS**, tampoco existe una explicación jurídica válida de como un "*contrato de cesión de acciones*" de dicha compañía celebrado en el año 2017 introducido como prueba documental de oficio al proceso, **concede la titularidad de dichas acciones al señor ILAN PINSKI si NUNCA se emitió título alguno a favor de su padre SIMON PINSKI YANQUELEVICH de conformidad lo establecido en el artículo 399 del código de comercio, norma que reza:**

“ARTÍCULO 399. <EXPEDICIÓN DE TÍTULOS>. **A todo suscriptor de acciones deberá expedírsele por la sociedad el título o títulos que justifiquen su calidad de tal.**

Mientras la sociedad no haya obtenido *permiso de funcionamiento* no podrá expedir títulos ni certificados de acciones.

Dentro de los treinta días siguientes a la fecha del *permiso de funcionamiento* se expedirán los títulos o certificados de las acciones suscritas en el acto constitutivo, con el carácter de provisionales o definitivos, según el caso. **En las demás suscripciones**

**la expedición se hará dentro de los treinta días siguientes a la fecha del respectivo contrato.**

Cuando los aportes fueren en especie, una vez verificada su entrega se expedirán los títulos correspondientes.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Por otro lado, frente al documento denominado “*contrato de cesión de acciones*” celebrado en el año 2017, respecto de las acciones que componen el capital social de la compañía LEATHER TRADE S.A.S., también se debe entender que este es ineficaz, todo de conformidad con el artículo 15 de la ley 1258 de 2008, puesto que las acciones cedidas, mediante la ya antes mencionada cesión celebrada en 2017, jamás fueron inscritas como lo dispone el artículo DÉCIMO de los Estatutos de la ya antes citada sociedad LEATHER TRADE S.A.S., el cual dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO DÉCIMO – NATURALEZA DE LAS ACCIONES: Las acciones serán nominativas **y deberán ser inscritas en el libro que la sociedad lleve conforme a la ley**. Mientras que subsista el derecho de preferencia y las demás restricciones para su enajenación, las acciones no podrán negociarse sino con arreglo a lo previsto sobre el particular en los presentes estatutos.”

Ahora bien por qué razón mi tesis sobre la ineficacia del documento denominado “*contrato de cesión de acciones*” celebrado en el año 2017, cobra sentido, pues me permito exponer mis argumentos así:

Aunque parezca en principio, que el artículo 15 de la ley 1258 de 2008, sólo haga referencia a la ineficacia derivada de las negociaciones de acciones efectuadas en contravía de las restricciones de tiempo establecidas en los estatutos, tal cosa no es lo que realmente expresa el mencionado artículo, pues al leerlo atentamente podemos observar que en su texto se hace alusión a cualquier tipo de negocio o transferencia de acciones que de manera general contravenga lo que establezca los estatutos será ineficaz. Para establecer mi punto me permito citar el mencionado artículo así:

“ARTÍCULO 15. VIOLACIÓN DE LAS RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN. Toda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo previsto en los estatutos será ineficaz de pleno derecho.”

Por lo anterior, vemos que NO sólo se hace referencia las restricciones de tiempo para poder negociar acciones, tal y como ya de dijo más arriba, sino que también dicha ineficacia podría derivarse de no cumplir con las reglas del derecho de preferencia, pues esto sería una contravención de lo dispuesto en los correspondientes estatutos o incluso como sucede en el presente caso, o sea en las demandas radicadas bajo el numero **2018-800-395 y 2018-800-401**, en las cuales observamos que se celebró una negociación de acciones en completa desatención al artículo DÉCIMO de los estatutos de la sociedad Leather Trade S.A.S..

No obstante lo anterior, en caso de que la tesis acabada de proponer líneas arriba no prospere, de cualquier forma nos encontraríamos inmersos en el fenómeno

denominado inexistencia o incluso frente a la inoponibilidad de la condición de accionista, pues la única forma de probar dicha condición de accionista, de conformidad con las leyes vigentes, únicamente es con el correspondiente título accionario que haya sido inscrito dentro del correspondiente libro de registro de accionistas.

Bajo este entendido, tenemos que la parte demandada jamás aportó ningún título accionario que haya sido inscrito en el correspondiente libro de registro de acciones, de la sociedad LEATHER TRADE S.A.S., el cual dicho sea de paso, aunque fue aportado con la contestación extemporáneamente presentada, **se nota inmediatamente que dicho libro de accionistas fue inscrito en una fecha posterior a la ocurrencia de la asamblea celebrada**, mediante el acta que es impugnada mediante las demandas radicada bajos los radicados 2018-800-395 y 2018-800-401.

#### **CUARTO REPARO CONCRETO:**

#### **INDEBIDA VALORACIÓN DEL INTERROGATORIO DE PARTE DEL SEÑOR ILAN PINSKI FARJI**

Inocultables fueron las imprecisiones en que incurrió el señor ILAN PINSKI FARJI al responder el interrogatorio de parte como representante legal de las sociedades METRIC LAB S.A.S, INVERSIONES PINSKI S. EN C. EN LIQUIDACIÓN y LEATHER TRADE S.A.S., particularmente, **en lo tocante a decir que su padre fue quien constituyo METRIC LAB SAS y LEATHER TRADE SAS cuando las actas de constitución de dichas sociedades aportadas como prueba en estos procesos, son claras en indicar que quien las constituyo fue el señor CORTES PARRA**; además de las múltiples contradicciones en que incurrió a lo largo de sus dichos.

41

Y es que acá, hay que recordar lo que dice el artículo 225 del CGP en relación a que:

“La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato.”

Luego queda demostrado que el señor Ilan Pinski como representante legal de las sociedades demandadas, **MINTIO** en varias oportunidades al afirmar que su padre había creado las sociedades METRIC LAB SAS y LEATHER TRADE SAS, cuando ello solo se prueba con las actas de constitución de dichas sociedades.

Y a pesar de ello, el superintendente instructor se limitó a decir en su fallo sin ningún soporte legal o jurisprudencial más que su mera opinión, **que todo lo dicho por el representante legal de las sociedades demandadas era irrelevante para el objeto del litigio**, pues en su sentencia sobre el particular reza lo siguiente:

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de las 3 horas 08 minutos con 17 segundos)*

En quinto lugar, en relación con los dichos del demandante de que el señor ILAN PINSKI no conocía o no conoce de los negocios de su padre fallecido el señor Simón Pinski ni de la minucia del manejo de estos negocios, **para este despacho resulta irrelevante para el objeto del litigio expuesto en el numeral primero de esta sentencia.**” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Es por ello, que transcribiere a continuación cada interrogatorio de parte que se surtió en cada proceso, que evidencia de manera palpable y de bulto las múltiples confesiones que dio el señor ILAN PINSKI como representante legal de las sociedades demandadas y que fueron desatendidas por el AD QUO con el único fin parece de beneficiar a la parte demandada, veamos:

### **INTERROGATORIO DE PARTE - METRIC LAB SAS**

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de los 53 minutos con 17 segundos)*

**SUPERINTENDENTE:** Procedo con el interrogatorio del señor Pinski, la primera pregunta, cuando fue constituida la sociedad METRIC LAB SAS en liquidación?

**ILAN PINSKI:** **Si bien recuerdo fue constituida en el año 2006 por mi padre, yo tenía 14 años.**

**SUPERINTENDENTE:** Señor Pinski, cuál era el giro ordinario de METRIC LAB SAS en liquidación?

**ILAN PINSKI:** Señor Juez, en lo que me concierne, de lo que me conto mi padre en sus negocios, esa sociedad era dueña de la mitad de los predios que le pertenecen a mi padre, sus negocios eran arrendar los predios.

**SUPERINTENDENTE:** Gracias, siguiente pregunta señor Pinski, ¿porque motivo se constituye la sociedad METRIC LAB SAS?

**ILAN PINSKI:** En lo que mejor se, se constituyó para ser la dueña de las propiedades por parte de mi padre.

**SUPERINTENDENTE:** Y complemento la pregunta anterior, este acto de constitución de la sociedad METRIC LAB SAS fue encargado por su padre el señor SIMOS PISNKI YANQUELEVICH o por usted señor ILAN PINSKI FARJI?

**ILAN PINSKI:** Como dije su señoría, yo era un menor de edad, y yo personalmente no pude encargar nada, pero en efecto la creación de esa sociedad así lo haya hecho mi padre personalmente o a través de alguno de sus empleados o si se efectuó por alguno de sus empleados, se efectuó por sus órdenes para hacer el buen uso de los bienes que le pertenecen a mi padre.

**SUPERINTENDENTE:** Gracias señor Pinski, siguiente pregunta, conoce usted señor Pinski, perdón, **conoce usted si su padre SIMON PINSKI YANQUELEVICH adquirió las acciones de METRIC LAB SAS con anterioridad a la asamblea que está en controversia en esta Litis, y mediante qué negocio jurídico y quien los suscribió?**

**ILAN PINSKI:** Me parece que sí señor Juez, **la sociedad estaba en su momento en cabeza de mi padre, quien siendo el dueño legítimo de los predios, y utilizo esa sociedad para ser dueña de las bodegas, los predios en cuestión.**

**SUPERINTENDENTE:** Conoce usted mediante qué negocio jurídico se emitieron dichas acciones?

**ILAN PINSKI:** Se efectuó por un contrato de cesión de acciones, que fue uno de los documentos que encontré en las cosas de mi padre después de fallecer, estaba firmado tanto por mi padre como por el señor JORGE LUIS CORTES.

**SUPERINTENDENTE:** Ya, puedo concluir que en su mejor entendimiento, lo suscribió su padre y el señor CORTES PARRA?

**ILAN PINSKI:** Si se suscribió claramente anterior a su muerte, aun cuando yo era menor de edad, pero bien como oí que mencionaba porque hasta el momento debo destacar no he podido oír lo que dicen los otros participantes, más o menos solo lo puedo oír a usted señor juez, en efecto esta sesión no fue inscrita en los libros, el encargado era el señor JORGE LUIS CORTES como empleado y abogado de mi papá, el desde antes de su muerte y después, lo que se ha enfocado en hacer es un mal manejo de lo que mi padre le concedió para manejar y nunca fue responsable con su tarea de representante legal, abogado y empleado y descuido todo, hasta el nivel de no suscribir esos contratos en los libros de accionistas.

**SUPERINTENDENTE:** Gracias, si usted me lo permite última pregunta, de acuerdo con lo que se ha relatado, durante el mes de julio del año 2010, el señor CORTES PARRA cedió a favor del señor Pinski la totalidad de las acciones de la sociedad METRIC LAB SAS, ¿sabe usted señor Ilan, porque motivo esa operación no se reflejó en el libro de accionistas de la compañía?

**ILAN PINSKI:** Nuevamente señor juez, desafortunadamente mi padre confió mucho en su abogado y todas esas actuaciones que debían haber quedado hechas no se hicieron, no se oficializaron, por eso nos encontramos hoy aquí con un desorden de él y falsedades. (Negrilla y subrayado del transcriptor)

De lo anteriormente transcrito, se puede concluir si hesitación alguna que el representante legal de la sociedad METRIC LAB SAS, señor ILAN PINSKI FARJI:

**Mintió** al decir que la sociedad METRIC LAB SAS fue constituida en el año 2006 por su padre, al decir que:

**“ILAN PINSKI: Si bien recuerdo fue constituida en el año 2006 por mi padre, yo tenía 14 años”** (Negrilla y subrayado del transcriptor)

**Mintió** también al decir que la sociedad METRIC LAB SAS estaba en cabeza de su padre, pues nunca se acreditó dentro del proceso que existiera un justo título ósea acciones que se hayan emitido a su nombre como ordena el artículo 399 del Código de Comercio, al decir que:

“ILAN PINSKI: Me parece que sí señor Juez, **la sociedad estaba en su momento en cabeza de mi padre, quien siendo el dueño legítimo de los predios, y utilizo esa sociedad para ser dueña de las bodegas, los predios en cuestión.**” (Negrilla y subrayado del transcriptor)

**Mintió** al decir que el señor JORGE LUIS CORTES PARRA era empleado de su padre dentro de la sociedad METRIC LAB SAS, a pesar de estar probado que el señor CORTES PARRA fue quien la constituyó y era su único socio, además que no obra en el proceso ningún contrato laboral o de prestación de servicios que confirme dicha afirmación, al decir que:

“ILAN PINSKI: Si se suscribió claramente anterior a su muerte, aun cuando yo era menor de edad, pero bien como oí que mencionaba porque hasta el momento debo destacar no he podido oír lo que dicen los otros participantes, más o menos solo lo puedo oír a usted señor juez, en efecto esta sesión no fue inscrita en los libros, **el encargado era el señor JORGE LUIS CORTES como empleado y abogado de mi papá,** el desde antes de su muerte y después, lo que se ha enfocado en hacer es un mal manejo de lo que mi padre le concedió para manejar y nunca fue responsable con su tarea de representante legal, abogado y empleado y descuido todo, hasta el nivel de no suscribir esos contratos en los libros de accionistas.” (Negrilla y subrayado del transcriptor)

44

**CONFIESA** que su padre el señor Simón Pinski, nunca ostentó la calidad de socio de METRIC LAB SAS por que dicho contrato de cesión de acciones **NUNCA se oficializo,** al decir que:

“ILAN PINSKI: Nuevamente señor juez, desafortunadamente mi padre confió mucho en su abogado **y todas esas actuaciones que debían haber quedado hechas no se hicieron, no se oficializaron,** por eso nos encontramos hoy aquí con un desorden de él y falsedades.” (Negrilla y subrayado del transcriptor)

## INTERROGATORIO DE PARTE – INVERSIONES PINSKI S. EN C.

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de la hora con 03 minutos con 15 segundos)*

**SUPERINTENDENTE:** Procedo con la primera pregunta señor Pinski, cuando fue constituida INVERSIONES PINSKI S EN C?

**ILAN PINSKI:** Eee no lo tengo claro, yo era un menor de edad, fue en los años 2000 tempranos.

**SUPERINTENDENTE:** Gracias, segunda pregunta, cuál era el giro ordinario de INVERSIONES PINSKI S EN C?

**ILAN PINSKI:** Eee nuevamente, era la propietaria de los bienes que le pertenecían a mi padre y por ende pues asumía negocios, como arriendos y eso.

**SUPERINTENDENTE:** Gracias señor Pinski, tercera pregunta, en que consistió el negocio jurídico celebrado en escritura pública # 1480 del 06 de julio de 2010 en la notaria 25 del circulo de notarios de Bogotá cuál era el giro ordinario de INVERSIONES PINSKI S EN C?

**ILAN PINSKI:** No me queda claro señor juez, no lo tengo en mi cabeza en este momento.

**SUPERINTENDENTE:** Cuarta pregunta, de acuerdo con la respuesta anterior o con lo que usted ha manifestado, ¿Quién es el socio o la socia única de INVERSIONES PINSKI S EN C?

**ILAN PINSKI:** Ok, el socio único soy yo, ILAN PINSKI como persona natural y la sociedad METRIC LAB perteneciente a mi padre.

**SUPERINTENDENTE:** Considera a la sociedad METRIC LAB SAS socio de INVERSIONES PINSKI S EN C.?

**ILAN PINSKI:** No, no creo que ese es el lenguaje legal adecuado, pero siento, no lo creo, para mi INVERSIONES PINSKI es una sociedad dueña de unos predios y la dueña de INVERSIONES PINSKI S EN C es METRIC LAB SAS y yo como persona natural. Si puedo relatar un poco, e mi padre siempre me había dicho que las bodegas, los predios yo era el dueño del 50% y él era el dueño del 50%. También incluso una vez me dijo que esto no estaba bien porque yo tenía un hermano menor y el otro 50% debería haber estado a su nombre.

**SUPERINTENDENTE:** Gracias señor Ilan.”

De lo anteriormente transcrito, se puede concluir si hesitación alguna que el representante legal de la sociedad INVERSIONES PINSKI S EN C EN LIQUIDACIÓN, señor ILAN PINSKI FARJI:

**NO SABIA** que a través de la Escritura Pública # 1480 del 06 de julio de 2010 en la Notaria 25 de Bogotá, fue que la sociedad METRIC LAB SAS adquirió el 50% de las acciones de INVERSIONES PINSKI, tal y como aparece inscrito en el registro de existencia y representación legal de dicha sociedad, a pesar que él es el representante legal de METRIC LAB SAS, al decir que:

“**SUPERINTENDENTE:** Gracias señor Pinski, tercera pregunta, en que consistió el negocio jurídico celebrado en escritura pública # 1480 del 06 de julio de 2010 en la notaria 25 del circulo de notarios de Bogotá cuál era el giro ordinario de INVERSIONES PINSKI S EN C?

**ILAN PINSKI: No me queda claro señor juez, no lo tengo en mi cabeza en este momento.** (Negrilla y subrayado del transcriptor)

**CONFIESA** que la sociedad METRIC LAB SAS si era dueña del 50% de las acciones de la sociedad INVERSIONES PINSKI, pero MIENTE al decir que METRIC LAB SAS era de su padre; al decir que:

**“SUPERINTENDENTE:** Cuarta pregunta, de acuerdo con la respuesta anterior o con lo que usted ha manifestado, **¿Quién es el socio o la socia única de INVERSIONES PINSKI S EN C?**

**ILAN PINSKI:** Ok, **el socio único soy yo, ILAN PINSKI como persona natural y la sociedad METRIC LAB perteneciente a mi padre.**” (Negrilla y subrayado del transcriptor)

**CONFIESA** nuevamente y ratifica que la sociedad METRIC LAB SAS es dueña del 50% de las cuotas de la sociedad INVERSIONES PINSKI, al decir:

**SUPERINTENDENTE:** Considera a la sociedad METRIC LAB SAS socio de INVERSIONES PINSKI S EN C.?

**ILAN PINSKI:** No, no creo que ese es el lenguaje legal adecuado, pero siento, no lo creo, para mi INVERSIONES PINSKI es una sociedad dueña de unos predios y **la dueña de INVERSIONES PINSKI S EN C es METRIC LAB SAS y yo como persona natural.** Si puedo relatar un poco, e mi padre siempre me había dicho que las bodegas, los predios yo era el dueño del 50% y él era el dueño del 50%. También incluso una vez me dijo que esto no estaba bien porque yo tenía un hermano menor y el otro 50% debería haber estado a su nombre.

46

#### **INTERROGATORIO DE PARTE – LEATHER TRADE S.A.S.**

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de la hora con 08 minutos con 35 segundos)*

**SUPERINTENDENTE:** Primera pregunta señor ILAN PINSKI, ¿Cuándo fue constituida LEATHER TRADE SAS?

**ILAN PINSKI:** Si no me equivoco, en el año 2017.

**SUPERINTENDENTE:** Disculpe señor, no oí muy bien?

**ILAN PINSKI:** Perdona, si no me equivoco en el año 2017.

**SUPERINTENDENTE:** Segunda pregunta, cuál era el giro ordinario de los negocios de LETHER TRADE SAS?

**ILAN PINSKI:** Ok, LETHER TRADE SAS era quien tenía en cabeza los arrendamientos de los predios que eran de mi padre y ahí se recibían los arriendos, era la titular que los había cedido el arriendo, pero es curioso el nombre de la sociedad que

es LEATHER TRADE SAS, cuando se trata de unas propiedades de bienes inmuebles y sobre esto tengo un poco más de conocimiento, yo ya estaba un poco más grande. Pues fue el año que murió mi padre también, y él me dijo que había constituido una sociedad nueva incluso me acuerdo que me dijo que lo podía ayudar con un logo porque iba a comenzar a vender cueros de manera independiente, él trabajaba en las curtiembres Búfalos SA en barranquilla, era el gerente de ventas o subgerente de Latinoamérica, no recuerdo ya. Pero era una sociedad para hacer negocios de cueros en el exterior, eso es lo que mi padre me conto hace unos años.

**SUPERINTENDENTE:** Gracias señor Pinski, tercera pregunta, ¿Por qué motivo se constituye LEATHER TRADE SAS?

**ILAN PINSKI:** Como acabo de mencionar, supuestamente de acuerdo a mi capacidad, lo que mejor se, se constituyó para hacer negocios sobre cueros que era la profesión de mi padre, pero efectivamente reconozco que se utilizó para recibir los arriendos de los predios de mi papá.

**SUPERINTENDENTE:** Señor Pinski, y este acto de constitución de la sociedad LEATHER TRADE SAS fue encargado por su padre el señor SIMON PINSKI YANQUELEVICH y o por usted el señor ILAN PINSKI FARJI?

**ILAN PINSKI:** NO, no por mí no, y si la creación de la sociedad fue encargada por mi padre, no sé si él fue personalmente a la cámara de comercio, no lo sé no lo creo, para eso tenía la asistencia de sus empleados y abogado, pero si definitivamente el la encargo crear.

47

**SUPERINTENDENTE:** Continuo señor PINSKI FARJI, cuarta pregunta, ¿Conoce usted si SIMON PINSKI YANQUELEVICH o alguna sociedad relacionada con este, adquirió las acciones de LEATHER TRADE SAS con anterioridad a la asamblea que se controvierte?

**ILAN PINSKI:** Si señor, como mencione había un contrato de cesión de acciones firmado por mi padre y el señor CORTES, ósea si.

**SUPERINTENDENTE:** Ósea entiendo, debo entender, usted me corregirá, no quiero suponer que el negocio jurídico fue una cesión?

**ILAN PINSKI:** ahh si correcto.

**SUPERINTENDENTE:** Quienes suscribieron este negocio jurídico?

**ILAN PINSKI:** Mi padre y el señor CORTES.

**SUPERINTENDENTE:** Gracias, quinta pregunta, de acuerdo a lo relatado señor PINSKI FARJI, durante el mes de junio del año 2017, el señor CORTES PARRA cedió a favor del señor PINSKI YANQUELEVICH la totalidad de las acciones de LEATHER TRADE SAS, sabe usted porque motivo dicha operación no se reflejó en el libro de registro de accionistas de la compañía?

**ILAN PINSKI:** Señor especulo que nuevamente fue por la falta de organización de los trabajos que ha debido haber hecho el señor JORGE LUIS CORTES como el abogado de mi papá y no lo hizo, no sé en qué estaba pensando, espero que no haya sido algo predeterminado, tal vez fue un error no lo sé, efectivamente no lo hizo, creo fue más un problema.

**SUPERINTENDENTE:** Muchas gracias señor ILAN PINSKI, continuamos con el giro normal del proceso (...)"

De lo anteriormente transcrito, se puede concluir si hesitación alguna que el representante legal de la sociedad LEATHER TRADE S.A.S., señor ILAN PINSKI FARJI:

**NO SABIA** para que se constituyó la sociedad LEATHER TRADE SAS, pues sobre el particular dijo:

**“SUPERINTENDENTE:** Gracias señor Pinski, tercera pregunta, ¿Por qué motivo se constituye LETAHER TRADE SAS?

**ILAN PINSKI:** Como acabo de mencionar, supuestamente de acuerdo a mi capacidad, lo que mejor se, se constituyó para hacer negocios sobre cueros que era la profesión de mi padre, pero efectivamente reconozco que se utilizó para recibir los arriendos de los predios de mi papá.” (Negrilla y subrayado del transcriptor)

48

**MINTIO** al decir que su padre encargo crear esta sociedad, toda vez que en el acta de constitución de dicha sociedad solo parece registrado como socio único y representante legal al señor CORTES PARRA, pues sobre el particular dijo:

**“SUPERINTENDENTE:** Señor Pinski, y este acto de constitución de la sociedad LEATHER TRADE SAS fue encargado por su padre el señor SIMON PINSKI YANQUELEVICH y o por usted el señor ILAN PINSKI FARJI?

**ILAN PINSKI:** NO, no por mí no, y si la creación de la sociedad fue encargada por mi padre, no sé si él fue personalmente a la cámara de comercio, no lo sé no lo creo, para eso tenía la asistencia de sus empleados y abogado, pero si definitivamente el la encargo crear.” (Negrilla y subrayado del transcriptor)

**MINTIO** al decir que su padre el señor SIMON PINSKI YANQUELEVICH adquirió acciones de la sociedad LEATHER TRADE SAS, puesto que NO existe en el proceso ninguna evidencia que se hayan expedido dichos títulos de conformidad al artículo 399 del Código del Comercio, pues sobre el particular dijo:

**“SUPERINTENDENTE:** Continuo señor PINSKI FARJI, cuarta pregunta, ¿Conoce usted si SIMON PINSKI YANQUELEVICH o alguna sociedad relacionada con este, adquirió las acciones de LEATHER TRADE SAS con anterioridad a la asamblea que se controvierte?

**ILAN PINSKI:** Si señor, como mencione había un contrato de cesión de acciones firmado por mi padre y el señor CORTES, ósea sí. (Negrilla y subrayado del transcriptor)

**CONFESO que NO SABIA** el motivo por el cual no se había inscrito el contrato de cesión en el libro de accionistas, **pues en su respuesta en claro en indicar que hace una especulación.**

Según la RAE la especulación ha sido definida como: ***"Idea o pensamiento no fundamentado y formado sin atender a una base real."***

Pues sobre el particular dijo:

**“SUPERINTENDENTE:** Gracias, quinta pregunta, de acuerdo a lo relatado señor PINSKI FARJI, durante el mes de junio del año 2017, el señor CORTES PARRA cedió a favor del señor PINSKI YANQUELEVICH la totalidad de las acciones de LEATHER TRADE SAS, sabe usted porque motivo dicha operación no se reflejó en el libro de registro de accionistas de la compañía?

**ILAN PINSKI:** Señor especulo que nuevamente fue por la falta de organización de los trabajos que ha debido haber hecho el señor JORGE LUIS CORTES como el abogado de mi papá y no lo hizo, no sé en qué estaba pensando, espero que no haya sido algo predeterminado, tal vez fue un error no lo sé, efectivamente no lo hizo, creo fue más un problema.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

49

## **QUINTO REPARO CONCRETO:**

### **INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS APORTADAS AL PROCESO**

En Colombia, según el principio de valoración racional de la prueba, implantado por mandato del artículo 176 del CGP, **es deber del juez, y no mera facultad suya,** evaluar en conjunto los elementos de convicción para obtener, de todos ellos, un resultado homogéneo o único, sobre el cual habrá de fundar su decisión final y exponer siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba. Pues dicha norma reza:

**“ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.**

**El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.**” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Este reparo se sustenta en que el despacho NO hizo ningún pronunciamiento sobre las pruebas que se aportaron con la demanda como lo eran **las actas de**

**constitución y los estatutos** de las sociedades METRIC LAB SAS y LEATHER TRADE SAS, o las pruebas **DOCUMENTALES DENOMINADAS "CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 04 DE OCTUBRE DE 2018" Y "CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 21 DE SEPTIEMBRE 2018"**; ni tampoco explica de manera razonada cual es el alcance que tuvieron las pruebas de oficio (*contratos de cesión de acciones*) por él incorporadas para derruir las pretensiones de la demanda, pues su fallo carece en absoluto de un examen crítico de las pruebas y no existe tampoco una explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, **aunado a que está completamente huérfana de razonamientos constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinarios que lo soporten.**

### **AUSENCIA DE EXAMEN CRITICO SOBRE LAS PRUEBAS APORTADAS CON CADA DEMANDA**

Acá lo que llama la atención es el hecho de que el superintendente instructor, en la sentencia de 31 de enero de 2022, **haya omitido valorar en conjunto tanto las pruebas aportadas por la parte demandante en cada proceso como las incorporadas de oficio por él, además que tampoco expuso razonadamente el mérito que le asigno a cada prueba,** ya que en el cuerpo de la providencia únicamente aludió al hecho de que los "*contratos de cesión de acciones o cuotas*" de las tres sociedades incorporados de oficio, gozan de presunción de autenticidad de conformidad con el artículo 246 por que no fueron tachados de falsedad sin siquiera intentar verificar la legalidad o no de dichos contratos.

Ya que en su fallo, la **única** exposición razonada que hizo sobre todas las pruebas en los cuatro procesos para denegar las pretensiones fue la siguiente:

*(Ver audiencia del 31 de enero de 2022, video de expediente digital 201880037AUD31ene2022, a partir de las 3 horas 07 minutos con 38 segundos)*

“En cuarto lugar, el despacho ha incorporado de oficio los contratos de cesión de acciones o cuotas de las tres sociedades según el caso, **las cuales gozan de presunción de autenticidad de conformidad con el artículos 246 y que por lo demás no fueron tachados de falsedad.**” (Negrilla incorporada por el transcriptor)

Lo que se reprocha al AD QUO, es que ningún pronunciamiento hizo sobre que el señor JORGE LUIS CORTES PARRA apporto en debida forma **las actas de constitución** de las sociedades METRIC LAB SAS y LEATHER TRADE SAS que evidencia que él fue quien las constituyo, aunado que lo acreditaban como único socio y representante legal de cada una de ellas, pruebas documentales que tampoco fueron tachadas y gozaban también de presunción de autenticidad.

Tampoco valoro o hizo alusión alguna el AD QUO a los **ESTATUTOS** de la sociedad METRIC LAB SAS, prueba documental que también se incorporó con el escrito de demanda del proceso bajo radicado 2018-800-00377, prueba que NO fue tachada y goza también de presunción de autenticidad. La cual era clara en indicar en su

cláusula 17 que la sociedad METRIC LAB SAS contaba con una restricción de negociaciones de acciones por un término de cinco años desde su creación en el año 2009 hasta el año 2014; y por tratarse de una SOCIEDAD ANONIMA SIMPLIFICADA – SAS, y tener norma especial que regula dicho tipo societario, ha debido contrastar dicha prueba con el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008 antes de darle plena validez dentro de los procesos bajo los radicados 2018-800-00377 y 2018-800-00383.

Ahora, en lo que respecta a la sociedad **LEATHER TRADE SAS**, tampoco existe una explicación jurídica válida de como un “*contrato de cesión de acciones*” de dicha compañía celebrado en el año 2017 introducido como prueba documental de oficio al proceso, **concede la titularidad de dichas acciones al señor ILAN PINSKI si NUNCA se emitió título alguno a favor de su padre SIMON PINSKI YANQUELEVICH** de conformidad lo establecido en el artículo 399 del código de comercio.

Por ello correspondía al AD QUO contrastar las pruebas de oficio por él incorporadas, con las demás pruebas documentales obrantes en cada demanda, en virtud que cada sociedad demandada NO contesto ninguna demanda, por ende no propusieron excepciones ni aportaron ninguna prueba.

### LA APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA

Consiste en la actividad intelectual que debe realizar el funcionario jurisdiccional, analizando y conjugando los diversos elementos probatorios, en cuya virtud llega a un convencimiento homogéneo, sobre el cual habrá de edificar su fallo, estimativo o desestimativo de las pretensiones, esto es, teniendo como ciertas las alegaciones de hecho en que el demandante basa sus pretensiones, o el extremo resistente sus defensas; o que no lo son<sup>14</sup>.

51

Ha afirmado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>15</sup>, que por virtud del **principio de comunidad de las pruebas**, una vez practicadas, pertenecen al proceso y no a quien las solicitó; por ende, si le sirven a todas las partes que en él intervienen, aparece como lógico y natural señalar que su apreciación no se pueda cumplir de manera aislada, sino realizarse a partir de la comparación recíproca de los distintos medios, pues sobre el particular dijo:

“(…) con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse. **Establecidos los aspectos en los cuales las pruebas concuerdan, o se contradicen, el juzgador se podrá dirigir a concretar aquellos hechos que, en su sentir, hubieren quedado demostrados, con fruto de la combinación o agrupación de los medios, si es que en esta nota la suficiente fuerza de convicción para ese propósito**”<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> CSJ. SC. Sentencia de 14 de junio de 1982.

<sup>15</sup> Cfr. CSJ. SC. Sentencia de 4 de marzo de 1991; del 6 de junio de 1994; del 25 de mayo de 2010; y del 14 de diciembre de 2010.

<sup>16</sup> CSJ. SC. Sentencia de 4 de marzo de 1991; reiterada el 6 de junio de 1994, el 25 de mayo y el 14 de diciembre de 2010.

Sobre la apreciación conjunta de la prueba<sup>17</sup>, ha dicho la Sala Civil de la CSJ **que la persuasión se forma no por el examen aislado de cada prueba, sino por la estimación global de todas las pruebas articuladas**. Sobre el particular ha dicho su jurisprudencia que:

“Tal obligación legal –lo sostiene la Corte-, impeditiva de la desarticulación del acervo probatorio, ha sido la causa de que los falladores de instancia frecuentemente acudan a ese expediente para formar su criterio, sin atender de modo especial o preferente a ninguna de las diversas pruebas practicadas. **Mediante ese procedimiento, resulta que su persuasión se forma no por el examen aislado de cada probanza, sino por la estimación global de todas las articuladas, “examinadas todas como un compuesto integrado por elementos disimiles”**<sup>18</sup>.

Esa evaluación será correcta si, como lo manda el inciso 2º del citado artículo 176, *ibídem*, en el estudio conjunto del fallador éste expone *“razonadamente el mérito que le asigna a cada prueba”*, **pues no actuando así su análisis no sólo resulta ilegal sino también peligroso, “porque arbitrariamente saca una deducción, o por lo menos oculta los fundamentos o razones que le sirvieron para establecer como válida esa conclusión”**<sup>19</sup>.

Prolija y abundante jurisprudencia de la Corporación ha decantado lo señalado<sup>20</sup>.”

52

Aplicando lo expuesto al *subexámene*, despunta, pronto, la vía de hecho endilgada al superintendente instructor. Ya que en el presente fallo, el AD QUO no valoro ninguna de las pruebas aportadas con cada demanda, así como tampoco cito una sola norma, jurisprudencia o doctrina relativa a como le dio valides a las pruebas de oficio por el incorporadas, pues pareciera que se limitó a su criterio sin ningún tipo de apoyo que así lo respaldase.

Lo cual conllevan a colegir que la valoración que hizo la AD QUO de todas las pruebas estuvo completamente desprovista de la sana crítica, denotando más bien una confianza o creencia desmesurada, infundada e irreflexiva en su mera opinión.

En efecto, como hemos venido advirtiendo en los reparos anteriores y se corrobora acá, aquél fincó su decisión resolutive del presente proceso exclusivamente en dos *“contratos de cesión de acciones”* incorporados de oficio en contra del extremo activo

<sup>17</sup> LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA Magistrado ponente. STC21575-2017 Radicación n.º 05000-22-13-000-2017-00242-01 (Aprobado en sesión de catorce de diciembre de dos mil diecisiete) Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

<sup>18</sup> CSJ. SC. Sentencia de 14 de junio de 1982.

<sup>19</sup> CSJ. SC. Sentencia de 14 de junio de 1982.

<sup>20</sup> Cfr. CSJ. SC. Sentencias del 4 de marzo de 1991; del 6 de junio de 1994; del 12 de septiembre de 2000; del 26 de abril de 2004; del 25 de mayo y del 14 de diciembre de 2010. Entre otras.

Ya que el superintendente instructor pese a la autonomía judicial, **aplico el artículo 176 del CGP de manera manifiestamente errada**, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial. Hecho este que fue claramente perjudicial para los intereses legítimos del hoy demandante.

Al respecto, y sin necesidad de adentrarse en las reglas relativas a la naturaleza de los procesos que se rigen bajo el artículo 191 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 382 del CGP y a la carga de la prueba, se tiene probado y confeso que en cada proceso de impugnación de actas el hoy demandante, **acredito a que fue quien constituyo las sociedades METRIC LAB SAS y LEATHER TRADE SAS, era su único socio y fungía como representante legal de ellas, y que el demandante como socio único de METRIC LAB SAS era dueño del 50% de las cuotas de la sociedad INVERSIONES PINSKI S. EN C. en liquidación.**

#### **SEXTO REPARO CONCRETO:**

#### **VIOLACIÓN DEL ORDEN POSITIVO POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 135 DEL DECRETO 2649 DE 1993**

El artículo 135 del DECRETO 2649 de 1993 reza:

**“ARTÍCULO 135. PÉRDIDA Y RECONSTRUCCIÓN DE LOS LIBROS. El ente económico debe denunciar ante las Autoridades competentes la pérdida, extravió o destrucción de sus libros y papeles. Tal circunstancia debe acreditarse en caso de exhibición de los libros, junto con la constancia de que los mismos se hallaban registrados, si fuere el caso.**

Los registros en los libros deben reconstruirse dentro de los seis (6) meses siguientes a su pérdida, extravió o destrucción, tomando como base los comprobantes de contabilidad, las declaraciones tributarias, los estados financieros certificados, informes de terceros y los demás documentos que se consideren pertinentes.

Cuando no se obtengan los documentos necesarios para reconstruir la contabilidad, el ente económico debe hacer un inventario general a la fecha de ocurrencia de los hechos para elaborar los respectivos estados financieros.

Se pueden reemplazar los papeles extraviados, perdidos o destruidos, a través de copia de los mismos que reposen en poder de terceros. En ella se debe dejar nota de tal circunstancia, indicando el motivo de la reposición.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En este orden de ideas, observamos que en tres procesos 2018-800-00377, 2018-800-00395 y 2018-800-00401, se ha contrariado dicha norma, pues el señor Ilan Pinski ha manifestado en los escritos de contestación de demanda que aporto de manera extemporánea, **que los libros los ha tenido que registrar en fecha posterior a sus nombramientos efectuados de manera irregular, todo teniendo en cuenta que estos se habían extraviado.**

No obstante, jamás aportó ninguna prueba de la correspondiente denuncia efectuada ante las autoridades competentes respecto de la pérdida de los mencionados libros de registro de accionistas y de actas.

Por otro lado jamás se dejó constancia que los libros se hallaban registrados, tal y como lo ordena el mismo artículo antes citado, pues no se aportó prueba de ello en la extemporánea contestación de las demandas y tal prueba, valga la pena anotar, era imposible que fuese aportada, pues dichos libros no habían sido inscritos antes de las fechas en las que se celebraron la reuniones de asambleas generales de accionistas de las Sociedades METRIC LAB S.A.S. y LEATHER TRADE S.A.S los días 25 de julio de 2018 y 08 de agosto de 2018 respectivamente.

### **SÉPTIMO REPARO CONCRETO:**

### **VIOLACIÓN DEL ORDEN POSITIVO POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 406 DEL CODIGO DE COMERCIO**

Bajo este entendido, tenemos que decir que el señor Pinski celebró la reunión de Asamblea General de Accionistas adjudicándose la condición de accionista de la sociedad METRIC LAB S.A.S. y LEATHER TRADE S.A.S acudiendo o valiéndose de una vía de hecho, pues la única manera de acreditar la condición de accionista de una Sociedad de Capitales es a través del correspondiente título accionario debidamente inscrito en el libro de registro de accionistas, pues así lo dispone el artículo 406 del Código de Comercio, el cual reza lo siguiente:

“Artículo 406. Negociación de acciones nominativas

La enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes; **mas para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones,** mediante orden escrita del enajenante. Esta orden podrá darse en forma de endoso hecho sobre el título respectivo.

Para hacer la nueva inscripción y expedir el título al adquirente, será menester la previa cancelación de los títulos expedidos al tradente.

PARÁGRAFO. En las ventas forzadas y en las adjudicaciones judiciales de acciones nominativas, el registro se hará mediante exhibición del original o de copia auténtica de los documentos pertinentes.”(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Lo anterior queda Ratificado, pues el señor Pinski como representante de las Sociedades Demandadas jamás aportó prueba alguna de la existencia de al menos los títulos accionarios, expedidos a su nombre, después de haber cancelados los títulos que figuraban a nombre del señor Jorge Cortés en su condición de accionista fundador, ya que con la contestación extemporánea de la demanda, **lo único que aportó fue unos “Contratos de Cesión de Acciones” que NO contenía ningún anexo que correspondiese a un título accionario emitido a su**

**nombre y mucho menos acreditó que este hubiese sido inscrito en el Libro de registro de accionistas para el día que celebros dichas asambleas o en fecha anterior a estas.**

## **RESPECTO DE METRIC LAB S.A.S e INVERSIONES PISNKI S EN C**

El presente artículo se lo lleva de frente o de lado y es literalmente atropellado de manera flagrante por el señor Superintendente Instructor de los procesos 2018-800-00377, 2018-800-00383, 2018-800-00395 y 2018-800-00401, pues al otorgar mayor valor probatorio a dos "*Contratos de Cesión de Acciones*" por encima del acervo probatorio aportado con la demanda, y respecto de los cuales existe prueba suficiente sobre su ineficacia, de contera se está colisionando contra la norma antes citada.

Por otro lado desconoce o pasa por alto convenientemente, el señor Superintendente, que dichos documentos a los que da total valor probatorio no son los idóneos para demostrar o acreditar la condición de accionista por parte del señor Ilan Pinski, pues únicamente se puede probar dicha condición a través de los títulos accionarios debidamente inscritos en los libros de registro de accionistas, que para el efecto tenga registrados las correspondientes sociedades tal y como lo ordena el artículo 399 del Código de Comercio ya citado líneas arriba.

Así las cosas, las reuniones de Asambleas Generales de Accionistas llevadas a cabo por Ilan Pinski Farji los días 25 de julio de 2018, 31 de julio de 2018 y 08 de agosto de 2018, fueron celebradas en contravía de lo dispuesto por el artículo 406 del Código de Comercio, pues el señor Pinski Farji, para las fechas antes mencionadas, porque NO podía legalmente acreditar su condición de accionista Único a las luces de la citada norma de naturaleza comercial, ya que no tenía un título accionario inscrito en el correspondiente libro de registro de accionistas, todo teniendo en cuenta que en las mencionadas fechas no figuraba en el registro mercantil un libro de registro de accionistas, tal y como ya se ha demostrado a lo largo de este documento.

Por otro lado, llama poderosamente la atención, como pudo el Honorable Superintendente Delegado soslayar la prueba documental obrante a folio 49 del Proceso 2018-800-377 y folio 58 del Proceso 2018-800-383, denominada "**CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2018'**", material probatorio de extrema importancia, pues en aquellos instrumentos se puede constatar sin entrar en análisis muy profundos, que el señor Ilan Pinski Farji no pudo haber acreditado su condición de accionista de la sociedad METRIC LAB S.A.S., al momento de celebrar la reunión de asamblea general en la que mediante decisión unánime destituyó a Jorge Luis Cortés Parra de su Cargo Como representante legal y Procedió a efectuar actos propios de dicho cargo, pues para el día 25 de julio de 2018, fecha en la que fue celebrada la mencionada reunión de la asamblea general de accionistas, aún no existía Libro de Registro de accionistas o libro de actas debidamente inscritos en el registro

mercantil, ya que se observa, dentro el cuerpo escrito del documento denominado "CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2018".

Ello toma RELEVANCIA en la medida que la fecha en la que estos libros fueron inscritos corresponde al día 27 de Julio de 2018, todo lo cual nos indica, que el señor Pinski Farji una vez se nombró representante legal ante la Cámara de Comercio de Bogotá, desplegó su primer acto como Representante Legal a través de la inscripción de los libros de registro de accionistas y de actas, **actuación que por sí misma demuestra que para el día 25 de julio hogaño el señor Pinski Farji no tenía inscrito ningún Título Accionario que acreditara su calidad de accionista, ante la sociedad Metric Lab S.A.S., pues para dicha fecha ni siquiera existía un Libro de Registro de acciones inscrito en el registro Mercantil.**

**En otras palabras, el señor ILAN PINSKI FARJI el día 25 de julio de 2018 primero se nombró representante legal y dos días después el día 27 de julio de 2018 se nombró socio de la sociedad METRIC LAB SAS, lo cual resulta hartamente impropio y fue convalidado sin justificación legal alguna por el AD QUO.**

Lo manifestado lo respaldo con la imagen que anexo a continuación en el presente documento denominado "CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2018":

CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS  
LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, CON FUNDAMENTO EN LAS MATRICULAS E INSCRIPCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL  
CERTIFICA:  
QUE : METRIC LAB SAS - EN LIQUIDACION  
APARECE MATRICULADO(A) EN EL REGISTRO MERCANTIL BAJO EL NUMERO :  
01943601 DEL 5 DE NOVIEMBRE DE 2009  
CERTIFICA:  
QUE A SU NOMBRE FIGURAN INSCRITOS LOS SIGUIENTES LIBROS DE COMERCIO :  
LIBRO REGISTRO FECHA HOJAS  
ACCIONISTAS 01727898 27/07/2018 10  
ACTAS 01727899 27/07/2018 10  
CERTIFICA:

En estricto sentido, los documentos aportados, como prueba dentro de la contestación de la demanda efectuada de manera extemporánea, simplemente fueron el documento de Cesión de Acciones celebrado en el año 2010 entre Jorge Luis Cortés Parra y su padre Simón Pinski, **el cual es ineficaz conforme a la CLÁUSULA 17 de los Estatutos de la Sociedad Metric Lab S.A.S.** que reza:

"ARTICULO DECIMO SEPTIMO: **RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES:** Durante un término de cinco años contados a partir de la fecha de la inscripción en el registro mercantil de este documento, **las acciones no podrán ser transferidas a terceros** salvo que medie autorización expresa en asamblea general de accionistas representantes del 100% de las acciones suscritas. Esta restricción

56

quedara sin efecto en caso de realizarse una transformación, fusión o escisión o cualquier otra operación en virtud de la cual la sociedad se transforme o de cualquier manera migre a otra especie asociativa.

La transferencia de acciones podrá efectuarse con sujeción a las restricciones que en estos estatutos se prevén, cuya estipulación obedeció al deseo de los fundadores de mantener la cohesión entre los accionistas de la sociedad” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Ello tiene respaldo jurídico en el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008 que reza:

“**ARTÍCULO 15. VIOLACIÓN DE LAS RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN. Toda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo previsto en los estatutos será ineficaz de pleno derecho.**” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Y por otro lado, se dispuso a aportar con la contestación extemporánea el libro de registro de accionistas en donde se registra la cesión de acciones a favor de Ilan Pinski **pero NO se anexan ni los títulos previamente cancelados y tampoco los que se emitieron supuestamente a nombre de Ilan Pinski Farji**, pues estos brillan por su ausencia y también se omite sobre los documentos aportados como folios pertenecientes a los Libros de registros de accionistas consignar la fecha de inscripción de dichos libros.

57

Así las cosas, sorprende muchísimo que el Señor Superintendente Delegado haya omitido analizar una prueba tan importante como la denominada “*CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2018*”, pues esta demostraba que Ilan Pinski Farji jamás habría podido adelantar legalmente la reunión de Asamblea General de Accionistas celebrada el día 25 de Julio de 2018, pues carecía de la condición de accionista Único de la Sociedad METRIC LAB S.A.S.

Igualmente, resulta bastante anómalo y sospechoso que además de obviar el análisis sobre una prueba relevante para las resultas del proceso, **termine el AD QUO de oficio dándole relevancia, de manera caprichosa y arbitraria**, a un “*Contrato de Cesión de Acciones*” calendada en el año 2010 que obraba como prueba dentro de una Contestación de Demanda que extemporáneamente fue aportada por la parte demandada, que además era un documento ineficaz de pleno derecho **y que aparte de todo NO era el documento idóneo para probar la condición de accionista del señor Pinski Farji, todo de conformidad con lo establecido en el artículo 406 del Código de Comercio.**

## RESPECTO A LEATHER TRADE SAS

Por último resulta Bastante desconcertante, **que el mismo proceder**, del Superintendente Delegado, se repita frente a la prueba documental denominada “*CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 04 DE OCTUBRE DE 2018*”, obrante a folio 47 del Proceso 2018-800-395 y folio 57 del

Proceso 2018-800-401, dentro del cual se puede observar que nuevamente Ilan Pinski Farji se dispuso a inscribir el Libro de Registro de Accionistas de la Sociedad por Acciones LEATHER TRADE S.A.S., justamente al día siguiente de haberse nombrado arbitrariamente y sin ostentar la condición de socio accionista, pues el "CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 04 DE OCTUBRE DE 2018", **da cuenta de que en el día 09 de agosto de 2018 se inscribieron los libros de accionistas y de actas en el registro mercantil, o sea un día después de haberse celebrado la ya mencionada Acta De Asamblea General, la cual ostenta como fecha de celebración el día 08 de agosto de 2018.**

**En otras palabras, el señor ILAN PINSKI FARJI el día 08 de agosto de 2018 primero se nombró representante legal y un día después el día 09 de agosto de 2018 se nombró socio de la sociedad LEATHER TRADE SAS, lo cual resulta harto impropio, y todo esto fue convalidado sin justificación legal alguna por el AD QUO.**

Lo expresado anteriormente lo respaldo anexando el extracto en imagen del documento denominado "CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS DE ACCIONES Y ACTAS DEL 04 DE OCTUBRE DE 2018":

58

**CERTIFICADO DE INSCRIPCIONES DE LIBROS**

LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, CON FUNDAMENTO EN LAS MATRICULAS E INSCRIPCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL

CERTIFICA:

QUE : LEATHER TRADE S A S

APARECE MATRICULADO(A) EN EL REGISTRO MERCANTIL BAJO EL NUMERO : 02794664 DEL 17 DE MARZO DE 2017

CERTIFICA:

QUE A SU NOMBRE FIGURAN INSCRITOS LOS SIGUIENTES LIBROS DE COMERCIO :

	LIBRO	REGISTRO	FECHA	HOJAS
ACCIONISTAS		01728669	09/08/2018	10
ACTAS		01728670	09/08/2018	10

CERTIFICA:

Dicho documento demuestra, que Ilan Pinski Farji no podía acreditar su condición de accionista en los términos del artículo 406 del Código de Comercio para el 08 de agosto de 2018, día en el que celebró una reunión de Asamblea General de Accionistas mediante la cual fue removido arbitrariamente mi poderdante, el señor Jorge Luis Cortés Parra, razón por la cual no entendemos como el señor Superintendente Delegado se abstuvo de otorgarle valor probatorio a un documento que revestía y sigue revistiendo altísima relevancia.

En estricto sentido la Autoridad competente para resolver dentro de estos cuatro procesos, terminó apartándose de los principios de intermediación y sana crítica del acervo probatorio, terminó derivándose en un fallo que pudiere derivar incluso en posibles conductas penales como lo es el tipo penal de prevaricato; ya que su

conducta más que negligente en la valoración probatoria, pareciere más tendiente a favorecer los intereses de la parte demandada.

### **OCTAVO REPARO CONCRETO:**

### **VIOLACIÓN DEL ORDEN POSITIVO POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 191 DEL CODIGO DE COMERCIO**

El artículo 191 del Código de Comercio reza:

**“ARTÍCULO 191. <IMPUGNACIÓN DE DECISIONES DE LA ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS>. Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes **podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.****

La impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En este orden de ideas, sibilino se torna el proceso aún más, cuando el Superintendente manifiesta que las demandas estuvieron mal interpuestas al haberse solicitado todas ellas con fundamento en el artículo 191 del Código de Comercio, pues ello implicaría llevarse por delante la totalidad de prescripciones legales vulneradas con las actuaciones del señor Ilan Pinski Farji, quien con torticeras vías de hecho, afectó con nulidades, ineficacia e inexistencias, las decisiones que tomó mediante Asambleas Generales celebradas los días 25 de julio de 2018, 31 de julio de 2018 y 08 de agosto de 2018.

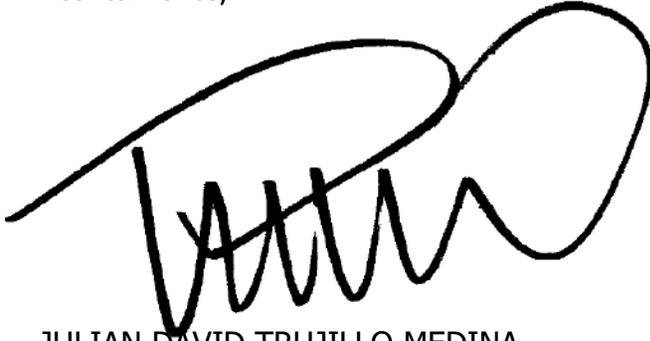
Decisiones que merecían ser impugnadas, para que la Autoridad competente la declarara nulas en atención al principio e justicia rogada, o que por otro lado en virtud de sus facultades de oficio, otorgadas por la ley 446 de 1998, hubiese declarado la ineficacia de pleno derecho por existir pruebas suficientes que acreditan la ocurrencia de dicho fenómeno en los “*Contratos de Cesión de Acciones*” incorporados de oficio por el AD QUO al presente cartulario, y usados como PRUEBA REINA para sustentar su fallo.

En conclusión el Superintendente Instructor de los procesos 2018-800-00377, 2018-800-00383, 2018-800-00395 y 2018-800-00401, destruyó los principios rectores de toda actuación judicial y parcializó totalmente todas la actuaciones en beneficio de la parte demandada, que incluso fue displicente al momento de encaminar o hacer uso de su derecho de defensa, pues dejo vencer en silencio esta oportunidad procesal para ejercer su defensa, ya que ni en términos contestó cada una de las demandas interpuestas.

Por todo lo hasta aquí expuesto y expresado, solicito de manera respetuosa pero categórica, que se sirva usted señor Honorable Magistrado, en aras de hacer

respetar el orden positivo, revocar el fallo de primera instancia y en su lugar se declare la nulidad de las actas impugnadas y declare la ineficacia los "Contratos de Cesión de Acciones" incorporados de oficio por el AD QUO al presente cartulario.

Atentamente,



JULIAN DAVID TRUJILLO MEDINA  
C. C. 80.850.956 de Bogotá  
T. P. 165.655 del C. S. de la J.



Honorable Magistrado  
IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA CIVIL-**  
E. S. D.

**Proceso:** Verbal  
**Demandante:** Luz Marina Arbeláez  
**Demandada:** Acción Sociedad Fiduciaria S.A.  
**Llamada en garantía:** SBS Seguros Colombia S.A.  
**Radicado:** 11001310304220180067301  
**Asunto:** Sustentar el recurso de apelación admitido por su Despacho mediante auto de 29 de marzo de 2022, notificado en el estado de 30 de marzo de la misma anualidad.

**GERMÁN EDUARDO GAMARRA GARCÍA**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No.1.010.181.071 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 243.780 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado especial de **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** (en adelante por su nombre completo o **SBS**), conforme la documental que obra en el expediente, por medio del presente escrito me dirijo a su Despacho con el fin de sustentar el recurso de apelación contra la sentencia de 14 de diciembre de 2021 que fuera admitido mediante auto de 29 de marzo de 2022, notificado en el estado de 30 de marzo de la misma anualidad de conformidad con el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, en los siguientes términos:

## I. SOLICITUDES

### Principales:

**PRIMERA: REVOCAR** los numerales 1 y 5 que declaran infundadas las excepciones propuestas por mi representada, e imponen la obligación a SBS de pagar la suma de COP\$ 622.032.191,27, con excepción del deducible pactado, lo anterior por cuanto el *A quo*:

- De una parte, realiza una interpretación errada y una consecuente aplicación indebida del artículo 184 del EOSF, al imponer una sanción de ineficacia de pleno derecho que no era procedente en el presente caso, ello por cuanto las exclusiones del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional objeto del proceso están ubicadas a partir de la primera página de la póliza (entendidas estas como condiciones generales o clausulado general del contrato de seguro) con lo cual la interpretación del art. 184 del EOSF hecha por la Juez de Primera Instancia desconoce en su integridad el ordenamiento jurídico colombiano que incluye la reglamentación proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia (Circular Básica Jurídica 29 de 2014) y, muy especialmente, la interpretación que sobre dicha norma (art. 184 del EOSF) ha realizado en fallos de casación la propia Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien claramente ha indicado que las exclusiones no deben estar en la primera página de la póliza, sino a partir de la primera página, lo cual permitiría que estuvieran incluso en la página 5 o 6 de dicho texto siempre y cuando se hubieran consignado en forma continua e ininterrumpida en caracteres destacados como ocurrió en el caso objeto de estudio;

- Sumado a lo anterior, el fallo recurrido ignora el acervo probatorio consistente en la confesión presentada por la representante legal de **AF** en su interrogatorio de parte cuando reconoció y/o admitió la existencia de actos fraudulentos realizados por su representante legal en Cali, Álvaro Salazar; la denuncia penal presentada ante las autoridades por la Sociedad Fiduciaria sindicando a su representante legal y a otros empleados de la sucursal de Cali; y la reclamación realizada por **AF** a **SBS** para efectos de afectar la Sección I de la Póliza (Infidelidad de Empleados) donde reconoce los actos dolosos y fraudulentos que se presentaron por los sujetos sindicados penalmente, lo cual deviene en la inaplicación del artículo 1055 del C. de Co., norma de carácter imperativo que prohíbe que se aseguren los actos dolosos y los hechos meramente potestativos del asegurado mediante un seguro de responsabilidad civil y condenar así en forma contraria al ordenamiento jurídico a SBS.

**SEGUNDA:** Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** la ausencia de cobertura de la sección III de la póliza No. 1000099.

## II. FUNDAMENTOS DE SOLICITADO

Para efectos de sustentar el recurso de apelación de SBS contra el fallo de 14 de diciembre de 2021, nos permitimos indicar que el estudio del presente recurso debe hacerse sólo en caso de que el Honorable Tribunal confirme lo decidido respecto de la declaratoria de responsabilidad de Acción Fiduciaria frente a la Parte Demandante.

Con la aclaración precedente procedemos a exponer la sustentación del presente recurso en los siguientes términos:

### **A. Interpretación errada y consecuente indebida aplicación del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.**

#### **i. Interpretación errada del artículo 184 del EOSF**

Para efectos del desarrollo del presente literal, es necesario en primer lugar indicar que la sentencia de primera instancia interpretó erradamente el artículo 184 del EOSF y la Póliza No. 1000099, al declarar ineficaces las exclusiones 3.7 y 3.14 de la mencionada póliza por no estar en la caratula de la póliza, esto en contravía del alcance que ha sido claramente establecido por la SFC y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En concordancia con lo anterior, afirma el fallo recurrido (1 Hora 10 minutos y siguientes):

*“(…) Sin embargo y pese a que la representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. reconoció la existencia de actos fraudulentos a cargo del empleado Álvaro José Salazar Romero, la aseguradora SBS Seguros Colombia S.A. precisa que no está llamada a responder por dos razones particulares, primero por que la responsabilidad civil profesional financiera ya fue pagada por un valor cercano a los 15 mil millones de pesos; y segundo, por qué la sección de los actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores no ampara ningún riesgo ‘cuando el asegurado haya admitido dicha conducta’ según el acápite tercero de la Póliza denominada exclusiones.*

*En efecto, si bien es cierto que el artículo 1048 del Código de Comercio dispone que la póliza está conformada por la carátula y además por los restantes documentos que se requieren para la creación de la obligación aseguradora como la solicitud del seguro realizada por tomador y los otros anexos que adicionen, modifiquen, suspendan, renueven o revoquen la póliza, no debe dejarse de lado que la normatividad especial que rige la expedición y eficacia de las pólizas, y la interpretación que tanto la auditoria de fiscalización del sector asegurado y la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia han entendido que, so pena de ineficacia, la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada, los amparos básicos y todas y cada una de las exclusiones deben encontrarse expresamente en la primera página de la póliza, es decir, en la carátula.*

*Así, el artículo 44 de la ley 45 de 1990 expone que en la póliza deben concurrir los siguientes requisitos (...) y Tercero, los amparos básicos y las exclusiones deben figurar en caracteres destacados en la primera página de la póliza, de igual moda, el EOSF a su vez, regla en el numeral 3 del artículo 184 que en tratándose de los requisitos de las pólizas debe de cumplirse así (...) y por último también dice los amparos básicos y las exclusiones deben figurar en caracteres destacados en la primera página de la póliza’.*

**Así mismo las Circular Externa 007 de 1996 y 076 de 1999, emitidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, disponen respectivamente que a partir de la primera página de la póliza ‘los amparos básicos y todas las exclusiones deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza, estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados según los mismos lineamientos atrás señalados** y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada, no se pueden consignar en las páginas interiores o de cláusulas posteriores exclusiones adicionales de forma distinta a la prevista en este numeral’.

*(...) Por lo anterior, es que si bien la quinta página de la póliza contiene dicha exclusión, lo cierto es que como se dijo en el literal a) numeral 3° del artículo 184 del EOSF que dicha exclusión se debe tener por ineficaz, pues es apenas plausible y razonable atender las exigencias de la ley, en tanto actuar contrariamente traicionaría la confianza del tomador del seguro quien, con base en la información otorgada en la carátula, que como en este caso asegura que todo tipo de actos fraudulentos de sus empleados por infidelidad, pero que con posterioridad en las condiciones generales dispongan lo contrario, e incorporen una serie de reglas que terminan contradiciendo la presunta conducta de hecho delictivo a cargo de un solo empleado, cómo es en este, según la postura del aseguradora el hecho de admitir que en efecto hubo fraude a cargo de Álvaro José Salazar Romero, es tanto como reconocer que Acción Sociedad Fiduciaria, como un todo, actuó dolosamente y en contra de sus inversores, entonces, como quiera que la limitación al monto indemnizable que se alega no se incorporó en la primera página, carátula, y ello impidió en términos claros y concisos entender la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada se negará la excepción de ausencia de cobertura” (Subrayas y negrillas fuera del texto original)*

Frente a lo afirmado por el A quo, sea lo primero destacar que el artículo 184 del EOSF establece en el literal c) del numeral 2 que los amparos y exclusiones deben estar en la primera página **de la póliza**, sin que signifique ello que deba estar en la primera página de la carátula como lo afirma de manera errada. Nótese que la Circular Básica Jurídica CE 29 de 2014, es clara al indicar que por póliza al tenor del art. 184 debe entenderse clausulado o condicionado general y que, por consiguiente, en la carátula de la misma no deben ir amparos y exclusiones, sino únicamente las declaraciones previstas en el art. 1047 del C.

de Co. y la advertencia al cliente de que la mora en el pago de la prima generará la terminación automática del contrato de seguro en los términos dispuestos por los artículos 1068 y 1152 del. C. de Co<sup>1</sup>.

Para seguir con la exposición, es necesario, tomar en consideración que nuestro ordenamiento jurídico le ha otorgado precisas facultades regulatorias a la SFC, las cuales se delimitan expresamente en el numeral 3 del artículo 326 del EOSF, según las cuales, es claro que el Ente de Supervisión puede definir, delimitar y especificar la manera en la que las entidades vigiladas, para el caso que nos ocupa las aseguradoras, deben ejercer su actividad económica, con lo cual no puede haber duda que se encuentran absolutamente obligadas, las entidades vigiladas, a seguir los lineamientos, pautas y directrices establecidas por su Ente de Control.

Para la debida aplicación, intelección e interpretación del artículo 184 del EOSF se ha consagrado en la Circular Externa 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera, parte II, título IV, capítulo II, numeral 1.2.1.2., lo siguiente:

*“Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua **A PARTIR DE LA PRIMERA PÁGINA DE LA PÓLIZA**. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral” (Destacado fuera del texto original)*

En este sentido, la reglamentación proferida por la **SFC** es clara al establecer que amparos y exclusiones deben estar, de manera continua, a partir de la primera página de la póliza (clausulado general que debe radicarse ante esa entidad de control y que contiene los términos y condiciones a los cuales normalmente adhieren sus clientes al celebrar contratos de seguro), y no en la primera página **de la carátula** de esta como erradamente lo afirma el fallo atacado.

Por lo anterior, es claro que si el juez de primera instancia hubiese interpretado armónica y correctamente el artículo 184 del EOSF, hubiera declarado válida la exclusión dispuesta en el numeral 3.7 de la sección III de la póliza de responsabilidad civil profesional, porque en esta se establecen amparos y exclusiones de manera continua a partir de la primera página, estando la exclusión en comento en la página seis (6) a continuación, con total transparencia y claridad, de la descripción y enunciación de todos los amparos o coberturas otorgados por el contrato.

---

<sup>1</sup> Circular Externa 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera, parte II, título IV, capítulo II, numerales 1.2.1.1. de la Circular Básica Jurídica, así: 1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros. Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el numeral 2 del art. 184 del EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información: 1.2.1.1. En la carátula. 1.2.1.1.1. Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del C.Cio. 1.2.1.1.2. En caracteres destacados o resaltados, es decir, que se distingan del resto del texto de la impresión, el contenido del inciso 1 del art. 1068 del C.Cio. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal.

Sumado a lo anterior, es procedente indicar que la interpretación establecida por la **SFC** ha sido reconocida y avalada por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en la **Sentencia de Casación SC4126-2021** del 30 de septiembre de 2021 (Radicado 11001-31-03-040-2014-00072-01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro) en la que se indicó:

*“Más específico aún, en procura de dar al tomador, asegurado y/o beneficiario elementos suficientes para que pueda ejercer y demostrar sus derechos, el numeral 2 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, prescribe en torno a tal documento que*

- c. *Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva; b. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y c. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página (...).*

*En consonancia con lo anterior, la Superintendencia Financiera ha señalado que:*

*Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua **A PARTIR DE LA PRIMERA PÁGINA DE LA PÓLIZA**. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la 4 Artículos 184, numeral 2, 185, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; 37, Ley 1480 de 2011, 1070, 1079, 1080, Código de Comercio. Rad. 11001-31-03-040-2014-00072-01 36 información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral (Circular externa No. 007 de 1996, Título VI, Capítulo II, 1.2.1.2.; en similar sentido, Circular externa 076 de 1999).” (Destacado fuera del texto original)*

Es mayor aún el yerro interpretativo de la norma en comento por parte del Juez de Primera instancia si se toma en consideración que la **Corte Suprema de Justicia** en su **Sala Civil**, también ha estudiado el alcance del artículo 184 del EOSF, y en fallo de casación **SC4527-2020** del 23 de noviembre de 2020, al examinar la eficacia de una exclusión ubicada en la página 5 de las condiciones generales de una póliza concluyó lo siguiente:

*“La póliza trae el siguiente encabezado:*

***PÓLIZA INTEGRAL MODULAR...xxxx (...) indemnizará (...) los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado en razón de la responsabilidad civil en que incurra de acuerdo con la ley, como consecuencia de cualquier causa que no se encuentre expresamente excluida (...)***

*En caracteres destacados (letras mayúsculas y en negritas) **figuran las coberturas de responsabilidad civil extracontractual, responsabilidad civil contractual, responsabilidad civil en exceso, pérdidas y daños al vehículo y asistencia jurídica en proceso y accidentes personales. A continuación, las exclusiones correspondientes a cada una de esas coberturas.** (...).*

*(...) **se duele el casacionista de que las exclusiones no estaban en caracteres destacados en la primera página de la póliza. Pero, puede observarse cómo a folios 148 a 152 del cuaderno principal, la póliza integral modular para vehículos de transporte público de pasajeros objeto de esta causa litigiosa tiene en caracteres destacados (en letras mayúsculas y en negritas) las coberturas y las exclusiones que ocupan cinco páginas.***

**Así las cosas, el ataque es claramente fallido**<sup>2</sup> (Destacado fuera del texto original).

En virtud de todo lo anterior, ha quedado demostrado que el **A Quo** interpreta de manera absolutamente errónea el artículo 184 del EOSF al afirmar que las exclusiones en los contratos de seguro deben estar en la primera página **de la carátula**, desconociendo así, el alcance, intelección e interpretación que la **SFC** y la **Corte Suprema de Justicia** han otorgado a dicha norma del EOSF, para concluir sin hesitación que los amparos y exclusiones deben estar a partir de la primera página de manera continua, tal y como se presentan en la póliza expedida por **SBS** y no en la primera página de la carátula como es pretendido, sin ningún sustento o explicación por el **A Quem**.

Por lo tanto, si la Juez de Primera Instancia hubiera interpretado en forma acertada el artículo 184 del EOSF no habría declarado la ineficacia de la exclusión 3.7 de la sección III de la póliza de responsabilidad civil profesional, y la aseguradora no estaría obligada a asumir ningún pago en favor de la demandante por el actuar doloso de la Fiduciaria, pues está plenamente probado en el proceso que se verificaron los presupuestos para la aplicación de dicha exclusión en especial, está absolutamente acreditado el supuesto del literal b) de la exclusión 3.7, al haber sido confesado y/o admitido y/o reconocido la comisión de conductos dolosas, deshonestas o fraudulentas por parte del propio Asegurado.

ii. **Consecuente aplicación indebida del artículo 184 del EOSF**

Como consecuencia de la errada interpretación descrita en el numeral anterior, el A Quo aplica de manera equivocada el artículo 184 del EOSF, pues al declarar ineficaz la exclusión 3.7 trayendo ignora que la norma en comento expone en su numeral segundo:

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

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

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

*c. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza."* (Destacado fuera del texto original)

Teniendo presente lo afirmado por la juez de primera instancia y el contenido de la norma, es claro que aquel aplicó indebidamente la sanción dispuesta en el artículo 184 del EOSF puesto que, en primer lugar, indica que esta procede cuando las exclusiones no están en la carátula de la póliza, cuestión que ni siquiera expone la norma (se recuerda que ella habla de la póliza); y en segundo término, no analiza que la sanción de ineficacia aplica únicamente para aquellas exclusiones que no están en consonancia con las disposiciones normativas cuestión, que no acontece en el presente caso como pasa a explicarse.

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2020). Sentencia SC4527-2020 del 23 de noviembre de 2020, M.P. Francisco Ternera Barrios.

**1. La sentencia recurrida crea un escenario que no está descrito en la norma aplicada erradamente, pues, de acuerdo con su texto, las exclusiones no deben estar en la carátula de la póliza.**

En desarrollo del presente numeral, sea lo primero destacar que la A Quo establece que el artículo 184 del EOSF dispone que las **exclusiones** deben figurar en la primera página de la **carátula** de la póliza, cuestión que **no** concuerda siquiera con el contenido mismo de la norma citada, pues como se desprende del contenido textual y literal de ésta, ya citada anteriormente en el presente cargo, los **amparos y exclusiones** deben estar en la **primera página de la póliza**, siendo claro que lo expuesto por el Juez, al referir a la caratula en el fallo recurrido es una invención propia que no guarda relación con la norma que, además, aplica erradamente en el sentido que procedemos a exponer.

En concordancia con lo anterior, es necesario recordar que los derroteros para la aplicación el artículo 184 del EOSF establecidos en la Circular Básica Jurídica (C.E. No. 029 de 2014)<sup>3</sup> demarcan que los amparos y **exclusiones de los contratos de seguro deben estar de manera continua a partir de la primera página de la póliza**, entendiéndose por esta a las condiciones generales o clausulado general que debe depositarse ante el ente de control y que normalmente representa el texto al cual adhieren los clientes de las compañías de seguro, en la medida en que, la misma circular, distingue qué información debe consignarse en la carátula y cuál en las Condiciones Generales del contrato de seguro, diferenciando claramente una de otra, en los numerales 1.2.1.1. y 1.2.1.2. de la Circular Básica Jurídica, así:

**“1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros. Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el numeral 2 del art. 184 del EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información:**

**1.2.1.1. En la carátula**

**1.2.1.1.1.** Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del C.Cio.

**1.2.1.1.2.** En caracteres destacados o resaltados, es decir, que se distingan del resto del texto de la impresión, el contenido del inciso 1 del art. 1068 del C.Cio. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal.

**1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones)**

**Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros**

<sup>3</sup> Circular Externa 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera, parte II, título IV, capítulo II, numeral 1.2.1.2. “Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral”

y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. **No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral** (Destacado fuera del texto original).

De lo expuesto, es claro que, tanto amparos como exclusiones, deben consignarse **a partir la primera página de la póliza, (Condiciones Generales)**, se insiste y no de la carátula, cuestión que no implica de ninguna manera que todas las exclusiones deban estar exclusivamente ubicadas en la primera página de las condiciones generales, ni mucho menos en la primera página de la carátula, porque normalmente en esta no se consignan ni amparos ni exclusiones, como erradamente lo afirma el fallo recurrido, pues precisamente esta última debe contener, por expreso mandato legal, la información dispuesta en los arts. 1068 y 1047 del Código de Comercio.

**2. La sanción se aplica únicamente cuando las exclusiones no cumplen lo establecido en la normatividad**

Tal y como se desprende de la norma citada, la sanción de ineficacia de las exclusiones establecidas en la póliza procede únicamente cuando estas no cumplen con los parámetros dispuestos en la pauta normativa previamente referenciada, cuestión que no acontece en el presente caso puesto que las exclusiones están contenidas, junto con los amparos, de manera continua y en caracteres destacados a partir de la primera página del clausulado general, en este caso de seguro de responsabilidad civil profesional.

Tal y como lo ha indicado la SFC y se destacó en el numeral anterior, así como con asidero en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia referenciada líneas atrás, es claro que la sanción de ineficacia recae únicamente sobre las exclusiones que **no** se presenten de manera continua a partir de la primera página de las Condiciones Generales aplicables al contrato de seguro (nunca de la carátula como se lo inventó el Tribunal) en caracteres destacados, por lo tanto, siendo que la póliza analizada por el Juez de Primera Instancia reúne todas las características exigidas, la sanción dispuesta por el artículo 184 del EOSF no era aplicable a la exclusión 3.7. consignada en su clausulado general por **SBS**.

**3. Acción Fiduciaria no tiene desconocía el alcance de los amparos y exclusiones de la Póliza No. 1000099.**

La Juez de Primera Instancia afirma que la ubicación de las exclusiones, según el artículo 184 del EOSF, se hace para que el tomador conozca con claridad el alcance de las coberturas contratadas, cuestión que no se discute, ahora bien, en el presente caso resulta palmario que Acción Fiduciaria conocía en su integridad el alcance de cada amparo de la Póliza No. 1000099, pues como entidad profesional vigilada por la Superintendencia Financiera:

- a. Tomó desde el año 2015 la Póliza No. 1000099 con mi representada, la cual está compuesta por tres secciones, la Sección I de infidelidad y riesgos financieros; la Sección II de delitos electrónicos y por computador, y la Sección III de responsabilidad civil profesional identificada con el No. 1000099, con lo cual se observa que el contrato de seguro suscrito **está ligado estrechamente con el objeto social de la compañía Fiduciaria**, al punto de ser uno de los mecanismos

con los que está obligada a tener como sociedad de servicios financieros en virtud del Decreto 2555 de 2010<sup>4</sup>.

- b. El contrato, vigente por al menos 4 años, fue negociado entre las partes en pie de igualdad, al punto que se realizaron modificaciones al contrato de seguro, las cuales obran en las condiciones particulares de la póliza que obra en el expediente a partir de la página 4 de las mismas.

Esto prueba, que la fiduciaria tuvo la posibilidad de modificar y negociar el contrato de seguro.

- c. En la contratación y renovación de la póliza Acción Fiduciaria contó con la intermediación de Willis Colombia Corredores de Seguros S.A, con lo cual, además de ser la fiduciaria un profesional vigilado, contaba con la asesoría de un intermediario que le podía asistir en todo momento<sup>5</sup>.
- d. Desde el momento en que tomó la póliza, durante todo el litigio, y en más de 40 procesos en los que ha llamado en garantía a SBS en relación con demandas iniciadas por inversionistas del Proyecto Marcas Mall, la fiduciaria nunca ha cuestionado los amparos y exclusiones o ha realizado pronunciamiento alguno frente a su validez o eficacia, pues ello tan sólo vino a hacerlo en segunda instancia después del 7 de abril de 2021.

En virtud de lo anterior, Acción Fiduciaria como un profesional que, en el presente caso se probó, pudo conocer el texto de la póliza y contó con la asesoría de un corredor de seguros, no puede ser visto como un mero consumidor financiero en posición de indefensión cuando, en la realidad, es claro que, no sólo lo conoció sino que, adicionalmente, de común acuerdo con la aseguradora introdujo varias modificaciones al contenido de los amparos y exclusiones pactadas para las diferentes secciones.

Por lo todo lo anterior, está suficientemente desarrollado que la sentencia recurrida realiza una interpretación errada del artículo 184 del EOSF y consecuentemente la aplicó equivocadamente, generando que **SBS** deba asumir un pago totalmente improcedente pues en caso de que el **A Quo** la hubiese interpretado y aplicado correctamente, mi representada no hubiera sido condenada, dado que es indudable que no procedía la

---

<sup>4</sup> Decreto 2555 de 2010. Libro 1, Título 1, Capítulo 3. "Artículo 3.1.1.3.4. Cobertura. Las sociedades administradoras de Fondos de Inversión Colectiva, así como el gestor externo y los distribuidores especializados en caso de existir deberán mantener durante todo el tiempo de la administración de los Fondos de Inversión Colectiva, mecanismos que amparen los siguientes riesgos, respecto de todos los Fondos de Inversión Colectiva que administren: 1. Pérdida o daño por actos u omisiones culposos cometidos por sus directores, administradores o cualquier persona vinculada contractualmente con esta. 2. Pérdida o daño causado a los Fondos de Inversión Colectiva por actos de infidelidad de los directores, administradores o cualquier persona vinculada contractualmente con la Sociedad Administradora. 3. Pérdida o daño de valores en establecimientos o dependencias de la Sociedad Administradora. 4. Pérdida o daño por falsificación o alteración de documentos. 5. Pérdida o daño por falsificación de dinero. 6. Pérdida o daño por fraude a través de sistemas computarizados. 7. Pérdida o daño por transacciones incompletas; este aspecto no se refiere al riesgo de crédito o contraparte. La Superintendencia Financiera de Colombia podrá exigir pólizas de seguros o similares para la protección de riesgos adicionales; así mismo, definirá las instrucciones para determinar la cuantía de las coberturas."

<sup>5</sup> Así lo ha reconocido la Justicia Arbitral: Laudo de 15 de marzo de 2006 - Club el Nogal vs Chubb y Mapfre y Laudo del 6 de mayo de 2019 - Biofilm S.A. vs Allianz y Mapfre.

ineficacia de la exclusión 3.7. de la sección III de la Póliza, dado que ésta se encuentra consignada, de acuerdo con los parámetros dispuestos por las normas que rigen la materia.

**B. Omisión del acervo probatorio que evidencia la existencia de un actuar doloso de Acción Fiduciaria que conlleva a inaplicar el artículo 1055 del C. de Co. que prohíbe asegurar el dolo del asegurado**

De acuerdo con la declaratoria de responsabilidad de la Fiduciaria destacando la negligencia en el fallo de 14 de diciembre de 2021, observando únicamente el presunto incumplimiento contractual, más no el actuar de los empleados de la Fiduciaria, la Juez de Primera Instancia desconoce el acervo probatorio existente en el proceso, más precisamente, lo relativo a la declaración de la representante legal de **AF** en el interrogatorio de parte; la denuncia penal presentada el 02 de abril de 2018 contra Salazar y otros funcionarios de la oficina de Cali de la Fiduciaria; y la reclamación realizada por **AF** a **SBS** para efectos de afectar la Sección I de la Póliza (Infidelidad de Empleados) donde reconoce los actos dolosos y fraudulentos que se presentaron, se configura, en los términos del numeral 2° del artículo 336 del C.G.P., un yerro manifiesto y trascendente que genera la inaplicación de los artículos 196 y 440 del C. de Co y muy especialmente el artículo 1055 del C. de Co. al declarar que **SBS** debe amparar bajo la póliza de responsabilidad civil las actuaciones deshonestas, fraudulentas, es decir dolosas, adelantadas por **AF**, como asegurada bajo la misma por la cual fue llamada en garantía, en relación con el **proyecto Marcas Mall**.

Para efectos de claridad en cuanto a la omisión de pruebas en que incurre el A Quo, nos permitimos destacar que la sentencia recurrida, dispuso:

*“(…) Así, ambas omisiones en la verificación cabeza de Acción Sociedad Fiduciaria afectaron la factibilidad del negocio fiduciario, porque es que lo que se dejó de verificar no era menos que la liquidez del proyecto carga que en virtud del ejercicio profesional y monetario que desarrolla la demandada fiduciaria, fue omitida sin mayor justificación como se advirtió dentro de este asunto. **Por demás, véase que el acta en que se certificó el punto de equilibrio tenía información falsa, y que esa conducta obedeció a un actuar fraudulento, como así mismo lo confesara la representante legal de la parte demandada en su interrogatorio** (véase el minuto 59 en adelante del video número 28 de la audiencia de 24 de junio de 2021).*

*Es que si el actuar de Acción Sociedad Fiduciaria hubiera sido probo y diligente como se espera de un buen padre de familia, la fiduciaria no hubiera transferido los recursos aportados al fideicomiso Marcas Mall desde el 4 de noviembre de 2014, y por el contrario, ante el fracaso del negocio, como confesó la representante legal ante esta juzgadora (Minuto 1 Hora 8 minutos en adelante, video número 28, audiencia de 24 de junio de 2021) debió proceder a la devolución de los dineros aportados por todos los inversionistas, incluidos los dineros de la demandante.”* (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

Lo afirmado por el **A Quo** en cuanto a que existe una responsabilidad por negligencia **Acción Fiduciaria**, y afirmar al tiempo que se presentaron actos fraudulentos vinculados al acta de verificación de transferencia de recursos del Proyecto Marcas Mall, de 4 de noviembre de 2014, no sólo resulta totalmente contradictorio e incongruente, sino que además desconoce las implicaciones de la existencia de actuaciones fraudulentas por parte de los funcionarios de dicha entidad, en especial, de la falsedad del contenido del **Acta de Verificación** firmada por la propia Fiduciaria a través de su representante legal, lo cual no

sólo genera una clara preterición de pruebas sino, adicionalmente, una notable falencia y omisión de los artículos 196<sup>6</sup> y 440<sup>7</sup> del C. de Co y, además, del precedente jurisprudencial que establece con claridad que las personas jurídicas son responsables por los actos de sus trabajadores, con mayor razón de sus órganos sociales como está inveteradamente establecido en las siguientes decisiones: Sala Civil 21 de agosto de 1939. Gaceta Judicial, t. XCIX; Sala Civil. 30 de junio de 1962. Gaceta Judicial, t. XLVIII; Sala Civil. 18 de abril de 2012. Radicado 37506; Sala Penal. 1 de octubre de 2014. Radicado SP13285-2014.

Lo anterior, por cuanto, a pesar de la abrumante evidencia que obra en el expediente, concretamente del interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la fiduciaria en la audiencia inicial; la denuncia penal de la fiduciaria contra **Álvaro Salazar** (representante legal de la sociedad fiduciaria en la ciudad de Cali) y otros funcionarios de la Fiduciaria; y la reclamación realizada por **Acción Fiduciaria a SBS** para efectos de afectar la Sección I de la Póliza (Infidelidad de Empleados) donde la entidad reconoce los actos dolosos y fraudulentos que se presentaron en Cali y que fueron cometidos por el Gerente de dicha sucursal, que deben llevar a concluir que la responsabilidad de la Entidad Financiera frente a sus clientes es a título de dolo, concluye que la imputación es únicamente por negligencia y por consiguiente termina no dando aplicación al artículo 1055 del C. de Co.

Las pruebas ignoradas a las que hacemos referencia y que llevan a una conclusión errada al Despacho y la falta de aplicación no sólo de las normas atrás citadas (196 y 440 del C. de Co), sino muy especialmente del art. 1055 del C. de Co. son las siguientes:

**a. En cuanto a la confesión de la representante legal de AF:**

En punto de la acreditación de los actos dolos y fraudulentos a partir del Interrogatorio de Parte, se pone de presente que la representante legal de la fiduciaria en la audiencia inicial declaró (minuto 59 en adelante del video número 28 de la audiencia de 24 de junio de 2021):

*“PREGUNTA ¿Puede indicar al despacho cómo es cierto sí o no que esta acta que se le pone de presente **tiene información falsa** (acta de verificación de 4 de noviembre de 2014)?  
RESPUESTA: **Sí** (...)*

*PREGUNTA Diga ¿cómo es cierto sí o no que el acta de verificación suscrita el 4 de noviembre de 2014 tenía información falsa?  
RESPUESTA: **Sí** (...)*

*PREGUNTA Diga ¿Cómo es cierto sí o no que al contener información falsa el acta de verificación de 4 de noviembre de 2014 dicho documento es considerado por Acción Fiduciaria como un documento falso?*

---

<sup>6</sup> Código de comercio. Art. 196 “La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad. A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad. Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros.”

<sup>7</sup> Código de Comercio. Art. 440, específicamente aplicable a las sociedades anónimas como lo es Acción Fiduciaria. “La sociedad anónima tendrá por lo menos un representante legal, con uno o más suplentes, designados por la junta directiva para períodos determinados, quienes podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo. Los estatutos podrán deferir esta designación a la asamblea”

RESPUESTA: Sí (...)

PREGUNTA Diga ¿Cómo es cierto sí o no que Acción Fiduciaria considera la existencia de información falsa en un documento como un actuar fraudulento?

RESPUESTA: Sí (...)

PREGUNTA Diga ¿Cómo es cierto sí o no que acción fiduciaria considera que transferir los recursos de un encargo fiduciario a un patrimonio autónomo con base un documento falso es un actuar fraudulento?

RESPUESTA: Sí (...)

PREGUNTA: Diga ¿cómo es cierto sí o no que las maniobras fraudulentas realizadas por el señor Álvaro José Salazar Romero en la oficina de Cali de Acción Fiduciaria están vinculadas con el proyecto Marcas Mall?

RESPUESTA: Sí (...)

PREGUNTA: Diga ¿cómo es cierto sí o no que fruto de las maniobras fraudulentas ello derivó en que los recursos que se movieron inconsultamente se utilizaron para pagar a los inversionistas del proyecto marcas mall?

RESPUESTA: Sí (...) (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

Lo citado reviste una evidente **confesión**<sup>8</sup> del actuar deshonestos y fraudulento y por consiguiente, doloso desplegado por los funcionarios, especialmente del representante legal, de **Acción Fiduciaria** y, por lo tanto, de dicha entidad, en virtud del cual se declara su responsabilidad en el presente caso, cuestión que, si bien es destacado por la Juez en su fallo, es abiertamente ignorado para efectos de calificar la responsabilidad de la fiduciaria, situación que termina por conducir a que la *A Quo* no dé aplicación, a pesar de que debía necesariamente hacerlo, al art 1055 del C. de Co.

De otra parte, vale indicar que de ninguna manera puede entenderse que un representante legal en un interrogatorio de parte sólo exprese opiniones personales cuando está, totalmente probado, y así lo reconoce la Juez de Primera Instancia, que el contrato de encargo fiduciario se incumplió flagrantemente por parte de la sociedad fiduciaria al haber transferido los dineros al patrimonio autónomo Marcas Mall a pesar de que tenía pleno conocimiento de que a la fecha en que hizo el giro inicial de los recursos al fideicomiso Marcas Mall **no** se habían verificado los requisitos que se debieron cumplir para el traslado

<sup>8</sup> Al respecto es necesario recordar el alcance de la confesión en materia procesal establecido en el artículo 191 del C.G.P.<sup>8</sup>, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia dispuso: “4.2.- Al tenor del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, la confesión supone la convergencia de varios requisitos, a saber: que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo admitido; **que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria**; que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; que sea expresa, consciente y libre; que verse sobre los hechos personales de quien la hace o de que tenga conocimiento y que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada. Y al tenor de lo dispuesto en el artículo 194 *ibídem*, una de las modalidades de confesión espontánea es la que se hace en la contestación de la demanda que, a su vez, es válida si se realiza a través de apoderado judicial cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se presume para ese acto procesal, según lo establece el canon 197 de ese estatuto. Como lo recordó la Corte en SC 25 mar. 2009, rad. 2002-00079-01, **es ese un medio de prueba, por el cual «la parte capacitada para ello relata en forma expresa, consciente y libre hechos personales o que conoce, y que a ella le son perjudiciales, o por lo menos resultan favorables a la contraparte»**”<sup>86</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC3367-2020 de 21 de septiembre de 2020, radicación 11001310303820060079502. M.P. Octavio Augusto Tejeiro. (Destacado negrillas fuera del texto original)

del dinero, así como no haber informado de este hecho a los nuevos adquirentes de unidades del proyecto como sucedió con la demandante **LUZ MARINA ARBELAEZ** induciéndoles a error al vincularse mediante los encargos fiduciarios.

Lo anterior teniendo en cuenta que al momento de celebrar los contratos con los compradores de área, los recursos ya habían sido transferidos, lo que implica una violación consciente y voluntaria de sus obligaciones fiduciarias, no una simple negligencia, dado que no omitió comprobar si los requisitos se habían cumplido, sino que consciente que no era así, certificó falazmente su cumplimiento y procedió a comprometer el dinero que le había sido dejado bajo su protección, los cuales se perdieron o quedaron enterrados en el lote donde se realizaba el proyecto inmobiliario que a la postre se frustró por haberse quedado sin recursos para continuar su ejecución.

En concordancia con lo anterior, vale recordar que para que se presente la confesión como prueba dentro de un proceso se deben reunir los seis (6) requisitos dispuestos por la norma y desarrollados por la jurisprudencia, a saber, que: i) quien confiesa tenga capacidad para ello y poder dispositivo del derecho que se admite en la confesión; ii) lo que admite tenga consecuencias jurídicas adversas para el confesante o favorezcan a la parte contraria; iii) respecto de lo confesado no exista una exigencia legal para ser probado por un medio específico diferente a la confesión; iv) sea expresa, consiente y libre; v) verse sobre hechos respecto de los que tenga conocimiento el confesante; y vi) éste debidamente probada judicial o extrajudicialmente.

De los elementos descritos es palmario que, aplicando el alcance de la norma al caso en concreto, se presentó una confesión de la representante legal de **Acción Fiduciaria** frente a los actos fraudulentos, deshonestos y/o dolosos que adelantó **Álvaro Salazar** como representante legal de la entidad financiera en la oficina de Cali en relación con el **Proyecto Marcas Mall**.

Para mayor claridad del Tribunal nos permitimos describir el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos establecidos para que se presente la confesión en el caso objeto de estudio:

- i. **Laura Jazmín López**, en su calidad de representante legal de **Acción Fiduciaria** tiene la capacidad y la disposición del derecho para confesar en nombre de dicha sociedad lo relacionado con los actos fraudulentos, deshonestos y/o dolosos así como falsedades que se presentaron al interior de la oficina de Cali de la fiduciaria respecto del **Proyecto Marcas Mall**, ya que al tratarse de una persona jurídica se expresa a través de su representante legal, calidad que quedó clara e inequívocamente acreditada en el proceso con el certificado de existencia y representación legal correspondiente y así fue aceptado por el *A quo*;
- ii. Lo confesado por la representante legal de la Fiduciaria en un interrogatorio de parte tiene consecuencias jurídicas adversas para esa entidad, por cuanto, con independencia de la responsabilidad o no que puedan derivar dichos hechos, lo cierto es, que admitir y/o reconocer la existencia de conductas contrarias a la ley, como efectivamente lo hizo, por parte de los funcionarios de la oficina de la ciudad de Cali, conlleva necesariamente a que se configuren los presupuestos

para la aplicación del artículo 1055 del C. de Co. y, por lo tanto, implica que el riesgo no se encuentre cubierto ni por disposición de la ley misma ni por los términos del contrato (mediante exclusión expresa), situación que deviene en que la Fiduciaria deba asumir la indemnización derivada de su responsabilidad con su propio patrimonio;

- iii. La confesión de los actos fraudulentos, que es una forma de probar el actuar doloso en materia civil y aplicar el artículo 1055 del C. de Co., no necesita de una tarifa probatoria específica dispuesta por la Ley, y en ese sentido, cualquier medio probatorio aceptable por el ordenamiento procesal sería viable para acreditar tal situación, entre ellos, claramente la confesión de parte, sin que pueda pretenderse bajo ninguna circunstancia generar una “tarifa probatoria” no dispuesta en la Ley para la acreditación de dichos supuestos;
- iv. La confesión respecto de los actos fraudulentos vinculados con el **Proyecto Marcas Mall** fue tanto libre, por cuanto no hubo ningún tipo de presión ni fuerza contra la representante, como expresa, por cuanto afirmó claramente la existencia del fraude resultante tanto de la falsedad del acta de 04 de noviembre de 2014 suscrita por su representante legal en la ciudad de Cali, como de los ajustes manuales entre fideicomisos que se presentaron, los cuales están vinculados con el **Proyecto Marcas Mall**;
- v. La confesión de los hechos fraudulentos es un aspecto que es de conocimiento de la representante legal, no sólo porque los mismos se desplegaron por parte de **Acción Fiduciaria** que es la persona jurídica que representa **Laura Jazmín López**, sino que además por cuanto indicó conocer el contenido del **Acta de Verificación** de 04 de noviembre de 2014, la cual contenía información falsa según su propio dicho, lo que, incluso, dio lugar a la presentación de una denuncia penal por parte de la Fiduciaria y a reclamar a **SBS** con la finalidad de afectar la Sección I de la Póliza No. 1000099 relativa a la infidelidad de los empleados; y
- vi. La confesión a la que se hace alusión se realizó judicialmente, toda vez que la misma se presentó en el interrogatorio de parte que se adelantó en la primera instancia del proceso de la referencia.

En virtud de lo anteriormente desarrollado, está probado con total suficiencia que la **A Quo** no valoró las declaraciones de la representante legal de la fiduciaria, confesión en todo el sentido de la palabra, como la Juez misma lo dispone en su fallo, y no una simple apreciación u opinión de una funcionaria, siendo imposible desconocer que el representante legal de una persona jurídica, al momento de absolver el interrogatorio, no brinda su opinión personal, sino que exterioriza la voluntad de su representada.

Así las cosas, la confesión que se presentó en el interrogatorio de parte no puede ser desconocida y dejar de imputar responsabilidad a título de dolo en cabeza de la demandada por el consciente y voluntario incumplimiento de sus obligaciones contractuales, pues claramente el giro de los recursos depositados en el encargo fiduciario lo hizo con fundamento en un **Acta de Verificación** cuyo contenido era falso y contrario a la realidad, circunstancia que está, por demás, plenamente probada en el proceso al haber sido

confesado por el representante legal de **Acción Fiduciaria** en el interrogatorio de parte practicado, en los cuales calificó las acciones surtidas por el representante legal de la sucursal de Cali Álvaro Salazar como actos fraudulentos y contrarios a la ley, los cuales, por cierto, llevaron a denunciarlo penalmente entre otras cosas, por falsificación de documentos privados, como aconteció con el Acta de Verificación cuyo contenido era contrario a la realidad, y que están igualmente vinculados a la reclamación realizada por **Acción Fiduciaria** a **SBS** para efectos de afectar la Sección I de la Póliza (Infidelidad de Empleados) donde reconoce los actos dolosos y fraudulentos que se presentaron en relación con el **proyecto Marcas Mall**.

**b. En cuanto a la prueba documental dispuesta en la denuncia penal:**

De otra parte, en relación con la prueba documental consistente en la denuncia penal del 02 de abril de 2018, presentada por la Fiduciaria contra **Álvaro Salazar** y otros funcionarios de la oficina de la ciudad de Cali, la cual obra en el expediente al haber sido aportada por la parte demandante, destacamos que la misma dispone frente al **proyecto Marcas Mall** y los actos dolosos y fraudulentos relacionados con el mismo:

Al realizar el inventario se advirtió que el señor **ALVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO CC No. 94.501.791**, tenía su firma estampada en **CUARENTA Y SIETE (47) TARJETAS DE FIRMAS**, como si este fuera el titular de los encargos fiduciarios. Se precisa que las tarjetas de firmas deben ser suscritas **UNICA Y EXCLUSIVAMENTE** por el titular del encargo fiduciario, pues es esta persona quién puede disponer de sus recursos. **En los casos evidenciados el señor ALVARO JOSE SALAZAR ROMERO** quien era gerente de la oficina Cali y representante legal de la compañía Acción Sociedad Fiduciaria S.A., **sin ser titular del producto, tenía su firma registrada**, lo que le daba la posibilidad de impartir instrucciones de giros, pagos o transferencias, no obstante, no ser el titular del producto ni de los recursos depositados.

Las tarjetas evidenciadas corresponden a los siguientes encargos fiduciarios, todos aperturados por Fideicomisos administrados por Acción Fiduciaria:

No encargo	Negocio	Nombre de Negocio
(...)		
11-12877	MR-799	MARCAS MALL

Sumado a lo anterior, en la denuncia igualmente se establece:

<sup>9</sup> Denuncia Penal que obra en el derivado 019 del radicado 2018101460, aportada por el demandante en el descorrimiento de la contestación de la demanda. Páginas 2 y 3.

El fideicomiso FA-2351 Marcas Mall es un fideicomiso a través del cual se administran los recursos para el desarrollo de un proyecto inmobiliario, que consiste en un centro comercial en la ciudad de Cali. Por lo anterior, el giro normal de los recursos en este fideicomiso es el cumplimiento de las órdenes o instrucciones por parte del Fideicomitente Constructor o Desarrollador que es la persona a cargo del desarrollo y construcción del proyecto inmobiliario. Este fideicomiso tiene unas funciones específicas que se han desarrollado a través de tres (03) documentos que se anexan a la presente denuncia, donde efectivamente se dan **INSTRUCCIONES CLARAS Y PRECISAS** sobre la forma como **ACCIÓN FIDUCIARIA** debe administrar el encargo fiduciario, de conformidad con la cláusula novena del contrato de fiducia (otro sí 3) (**ANEXO 62 DIGITALIZADO**) que se adjunta a este escrito, no se advierte que exista instrucciones para realizar **TRASLADOS DE DINERO** a través de transferencias electrónicas a **NINGUN OTRO FIDEICOMISO**, máximo cuando se trata de un Encargo Fiduciario cuyo objetivo es la Administración de Recursos para desarrollar un proyecto inmobiliario. Como se especificó anteriormente, lo que se hace es como se ha evidenciado hace una especie de **"CARRUSEL"** de traslados de un Fideicomiso a otro para darle apariencia de liquidez con **ingresos INUSUALES** de dinero a través de transferencias, al igual que Pagos a Terceros que no tienen absolutamente nada que ver ni con el objeto del fideicomiso, ni fueron autorizados por el fideicomitente o los beneficiarios. Se observa el actuar ilícito de estas personas

En el fideicomiso FA-2351 Marcas Mall, como se detalla a continuación, se detectaron tanto egresos como ingresos que no corresponden con el giro ordinario del negocio, teniendo en cuenta que existen giros hacia otros fideicomisos y terceros que no tienen relación con el proyecto inmobiliario.

10

Una vez descritos los distintos ingresos y egresos que no corresponden con el giro ordinario de los negocios del FA-2351 correspondiente al proyecto Marcas Mall, la fiduciaria concluye en la denuncia:

Todas estas operaciones eran autorizadas y aprobadas por los mismos funcionarios de **ACCION FIDUCIARIA**, como puede observarse al **ANEXO No. 44 DIGITALIZADO**, donde se identifican una a una las operaciones y quienes las autorizan.

Con el desarrollo de estas conductas irregulares los **DENUNCIADOS** señores **ALVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO, JOSE EDUARDO CORTES GONZALEZ, JENNIFER SOTO MUÑOZ, KATHERINE LIZCANO OVALLE, CATHERINE VALLEJO GIRALDO** se ven inmersos en los punibles previstos en el Código Penal de la siguiente manera: **ARTICULO 340. CONCIERTO PARA DELINQUIR. ARTICULO 269J. TRANSFERENCIA NO CONSENTIDA DE ACTIVOS**, Como en los casos evidenciados anteriormente se colige transferencias no consentidas que ascienden a **VEINTE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS DIECINUEVE MIL CERO TREINTA Y CUATRO PESOS (\$20,258,519,034)**, la pena a imponer sería de **72 A 180 meses de prisión. ARTICULO 239. HURTO. ART. 241. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. Numeral 2º. Aprovechando la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente.**

11

Los apartes de la prueba documental destacada evidencian que **Acción Fiduciaria**, mediante las actuaciones dolosas y deshonestas cometidas por **Álvaro Salazar** y otros funcionarios, incurrió en actos que fundamentan su responsabilidad, los cuales omite valorar el Juez de Primera Instancia al momento de calificar la responsabilidad de la Fiduciaria llanamente por negligencia.

<sup>10</sup> Denuncia Penal que obra en el derivado 019 del radicado 2018101460, aportada por el demandante en el descorrimiento de la contestación de la demanda. Página 27.

<sup>11</sup> Denuncia Penal que obra en el derivado 019 del radicado 2018101460, aportada por el demandante en el descorrimiento de la contestación de la demanda. Página 35.

Lo anterior es claro porque corresponden a incumplimientos contractuales realizados de manera consciente y voluntaria por parte de la Sociedad Fiduciaria a través de sus funcionarios de la oficina de Cali, quienes no sólo giraron recursos cuando no era procedente hacerlo, sino que adicionalmente dieron su concurso para certificar como cumplidos dichos requisitos que sabían que a la fecha no se habían verificado.

En tal sentido, la omisión del acervo probatorio deviene en una clara inaplicación del artículo 1055 del C. de Co. pues estando probada la responsabilidad a título de dolo de la Fiduciaria y la realización de actos meramente potestativos, el **A Quo** debió categorizar en ese sentido el incumplimiento que se le imputa a **Acción Fiduciaria** y como consecuencia de ello era improcedente cualquier condena en contra de la aseguradora llamada en garantía (**SBS**), puesto que, en aplicación de la norma citada la Aseguradora no puede proceder a la indemnización de perjuicios causados por actos dolosos o meramente potestativos cometidos por el Asegurado, en este caso por **Acción Fiduciaria**.

**c. En cuanto a la reclamación de AF a SBS en relación con los actos fraudulentos adelantados por A. Salazar.**

En línea con las omisiones probatorias destacadas en los literales anteriores, es necesario poner de presente a su Despacho que el Juez de Primera Instancia al afirmar la ausencia de una conducta dolosa por parte de **Acción Fiduciaria** como asegurada bajo la **Póliza No. 1000099**, igualmente olvida claramente que la representante legal describió con claridad en su declaración que la Fiduciaria presentó reclamación a mi representada por los actos fraudulentos adelantados por el representante legal **A. Salazar con cargo a la Sección I de la póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros**.

En este sentido la doctora López en la audiencia inicial indicó (minuto 59 en adelante del video número 28 de la audiencia de 24 de junio de 2021):

*“Diga ¿cómo es cierto sí o no que Acción Fiduciaria presentó ante SBS una reclamación por valor de COP\$ 14.820.197.850 bajo el amparo de infidelidad, sección I de la póliza 1000099?  
RESPUESTA: **Sí** (...)*

*Diga ¿cómo es cierto que Acción Fiduciaria consideró como fraudulentos los actos desplegados por el Señor Salazar para efectos de presentar la denuncia penal y la reclamación a SBS?  
RESPUESTA: **Sí** (...) (Destacado fuera del texto original)*

Así las cosas, tanto de la declaración de la representante legal en la audiencia inicial, como de las pruebas documentales que obran en el expediente relacionadas con la reclamación recibida por **SBS** por la Sección I de Infidelidad y Riesgos Financieros, está suficientemente probado que, a diferencia del Tribunal, **Acción Fiduciaria** sí consideró que el representante legal, **A. Salazar**, adelantó actos fraudulentos y dolosos vinculados con el **proyecto Marcas Mall**, y que dichas conductas contrarias a la ley fueron realizadas tanto por el representante legal de la Ciudad de Cali, como por otros empleados de la misma entidad financiera.

Por lo tanto, resulta totalmente incomprensible que la misma fiduciaria considere fraudulentos los actos de su representante legal (Álvaro Salazar), los cuales evidentemente generaron la responsabilidad de la entidad y, el fallador de primera instancia, desconozca

el acervo probatorio concluyendo que existe una negligencia, de forma que, con ello, a su vez, también lo dispuesto en los artículos 196 y 440 del C. de Co, la inveterada “tesis monista” de la responsabilidad civil de las personas jurídicas y, muy especialmente, el contenido y la aplicación del artículo 1055 del C. de Co. que prohíbe imperativamente que se asegure el dolo del asegurado, ello por cuanto, estando como en el presente caso probado el dolo de **Acción Fiduciaria** en razón de las acciones de su representante legal, el Juez de Primera Instancia no podía inaplicar las normas reseñadas y debía eximir de responsabilidad a SBS inclusive en el escenario que considerara, como erradamente lo consideró, que la exclusión 3.7. de la póliza (debidamente acreditada en el proceso) fuera ineficaz de pleno derecho en razón de su ubicación especial.

**d. El dolo de Acción Fiduciaria está probado en los términos dispuestos por la Corte Suprema de Justicia**

Estando clara la existencia de la confesión y probada la relación de los actos dolosos, deshonestos y/o fraudulentos dispuestos en la denuncia penal con el **proyecto Marcas Mall**, continuamos desarrollando cómo estas pruebas no fueron apreciadas ni valoradas por el fallador de primera instancia en la sentencia de 14 de diciembre de 2021, cuando:

1. El Acta de Verificación del 04 de noviembre de 2014 contenía información falsa que fue determinante para que se realizara el giro de los recursos del demandante con destino al patrimonio autónomo FA 2351 Marcas Mall y que dicha acta fue suscrita por el representante legal de la fiduciaria;
2. La misma Acta es considerada por la Fiduciaria como un documento falso;
3. La Fiduciaria entiende que establecer y certificar información falsa es un actuar fraudulento;
4. La entidad financiera dispone que transferir los recursos, como ocurrió en el **proyecto Marcas Mall**, con fundamento en un documento falso es un actuar fraudulento;
5. Los actos fraudulentos y dolosos de **A. Salazar**, descritos en la denuncia penal, están vinculados con el **proyecto Marcas Mall** lo que incluye la transferencia de recursos de los encargos fiduciarios al patrimonio autónomo; y
6. La reclamación presentada por **Acción Fiduciaria** contra **SBS** donde reconoce y describe los actos fraudulentos realizados por **A. Salazar** que devienen en la responsabilidad de la fiduciaria.

Todo lo anterior, acredita indudablemente la existencia de una actuar doloso, deshonesto o fraudulento bajo el entendimiento claro que ha dado al **Corte Suprema de Justicia** al concepto del dolo en materia contractual, quien ha precisado el alcance del art. 63 del Código Civil para disponer que existe dolo, es decir la intención positiva de inferir injuria, cuando una parte contratante de manera consciente e intencional quebranta e incumple las prestaciones pactadas en el negocio jurídico celebrado o lo que es lo mismo:

*“El dolo, entonces, se constituye en un elemento de agravación del débito resarcitorio para el **contratante que quebrantó intencionalmente sus prestaciones**, como mecanismo para disuadir, y de ser el caso reprimir, la separación consciente del proyecto contractual, en*

*salvaguardía de la máxima del pacta sunt servanda o fuerza obligatoria de los contratos, reconocida en el artículo 1602 del mismo estatuto.”<sup>12</sup> (Destacado fuera del texto original)*

En este orden de ideas, **el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria ha establecido que el dolo en materia contractual se presenta cuando el deudor incumple sus obligaciones intencionalmente, sin necesidad de que haya una condena penal, situación que se encuentra totalmente probada en el presente caso**, tal como está plenamente acreditado con el acervo probatorio arriba reseñado y que fue ignorado por el **A Quo**, al indicar que la responsabilidad de la Fiduciaria se da por negligencia, con lo cual termina inaplicando indebidamente lo previsto en el artículo 1055 del C. de Co.

Adicionalmente, es necesario destacar, en cuanto a que el título de imputación de responsabilidad de la persona jurídica no es idéntico a la conducta de sus empleados, quizás en gracia de discusión, dicho debate podría generarse cuando se trate de funcionarios que no administren o representan a la sociedad, pero nunca de un representante legal, quien es justamente la persona natural que materializa y exterioriza la voluntad de la persona jurídica, con lo cual, se dan los presupuestos de la teoría organicista sostenida por la jurisprudencia nacional en las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Sala Civil. 21 de agosto de 1939. Gaceta Judicial, t. XCIX.; Sala Civil. 30 de junio de 1962. Gaceta Judicial, t. XLVIII; Sala Civil. 18 de abril de 2012. Radicado 37506; Sala Penal. 1 de octubre de 2014. Radicado SP13285-2014

Por lo tanto, como se desprende de la denuncia penal que obra como prueba documental y de lo indicado en el interrogatorio de parte de la fiduciaria al confesar, es decir reconocer, admitir y/o aceptar que ocurrieron conductas dolosas y fraudulentas realizadas por su representante legal **Álvaro Salazar**, que llevaron a que la sociedad incumpliera consciente e intencionalmente sus obligaciones respecto del contrato fiduciario, entre otras:

- Al transferir recursos del **Encargo Fiduciario MR-799** al **Patrimonio Autónomo FA-2351** a sabiendas que no se habían cumplido los requisitos dispuestos y requeridos contractualmente para tal fin;
- Así como no informar ese hecho a los posteriores adquirentes a quienes voluntaria y conscientemente se les indujo a error al celebrar los encargos fiduciarios correspondientes como sucedió en el caso de Luz Marina Arbeláez.

Resulta con lo anterior palmario que la responsabilidad de la entidad financiera no puede ser categorizada a un título de culpa o negligencia, como lo hizo el fallo atacado, obviando cualquier pronunciamiento respecto de los actos de los funcionarios de la entidad, sino que debía declararse la responsabilidad de la entidad a título de **dolo** y, renglón seguido, al decidir el llamamiento en garantía, dando aplicación al art. 1055 del C. de Co. que proscribe el aseguramiento del dolo y los actos meramente potestativos del asegurado, incluso, al erradamente haber considerado que no se verificaban los supuestos previstos para la aplicación de la exclusión 3.7.

---

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de febrero de 2021. Radicado 08001-31-03-003-2008-00234-01 M.P. Aroldo Quiroz. Que reitera lo indicado, entre otras, en las sentencias de 9 agosto de 1949, GJ LXVI y de 31 de julio de 2014 11001-3103-015-2008-00102-01.

Como consecuencia de todo lo anterior, ha quedado suficientemente ilustrada la omisión o preterición probatoria de la confesión de la representante de **Acción Fiduciaria**, la denuncia penal que obra en el expediente y la reclamación presentada por **Acción Fiduciaria** a SBS por los actos fraudulentos adelantados por **A. Salazar**, las cuales fueron aportadas y/o practicadas en debida forma, e ignoradas abiertamente por el **A Quo**, el cual, en caso de apreciarlas correctamente, habría concluido sin lugar a dudas que la responsabilidad de **Acción Fiduciaria** se presentó a título de dolo y, en tal sentido, en aplicación del artículo 1055 del C. de Co. y la exclusión 3.7. del contrato que se encontraba probada, resultaba improcedente cualquier condena contra **SBS**, dado que mi representada no puede otorgar cobertura a actuaciones de ese tipo en cumplimiento la prohibición legislativa existente, la cual se recuerda, es de carácter imperativo.

Con fundamento en todo lo anterior, solicitamos respetuosamente al Honorable Tribunal que **REVOQUE** los numerales 1 y 5 que declaran infundadas las excepciones propuestas por mi representada e imponen la obligación a SBS de pagar, de la sentencia de 14 de diciembre de 2021, y como consecuencia de ello, **DECLARE** la ausencia de cobertura de la sección III de la póliza No. 1000099.

Atentamente,



**GERMÁN EDUARDO GAMARRA GARCÍA**  
C.C. No 1.010.181.071 de Bogotá D.C.  
T.P. 243.780 del C.S.J.

Honorable Magistrado  
**IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**SALA CIVIL**

E. S. D.

**Referencia:** Proceso declarativo verbal de mayor cuantía promovido por **LUZ MARINA ARBELAEZ** en contra de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** y **PROMOTORA MARCAS MALL** (Llamado en garantía: **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**)

**No. de radicado:** 11001310304220180067301

**Asunto:** Sustentación del recurso de apelación

**ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS**, ciudadano colombiano, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (en adelante, “Acción” o “mi representada”) en el proceso de la referencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 en consonancia con el artículo 322 y siguientes del Código General del Proceso, respetuosamente me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia de primera instancia que fue proferida por el **JUZGADO 42 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** (en adelante “el Despacho”) el 14 de diciembre de 2021.

### **ACLARACIÓN PRELIMINAR: ESTRUCTURA DEL ESCRITO**

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

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

Despacho al realizar un estudio general con base en documentos y hechos que corresponden a otros procesos judiciales similares que Acción ha venido atendiendo de forma paralela ante ella y que no tienen cabida en el que nos ocupa.

2. En segundo lugar, se hará referencia a la incongruencia en la que incurrió el Despacho entre la motivación y la decisión que finalmente se tomó en la sentencia de primera instancia. Este yerro básicamente obedece a que el Despacho realizó un estudio por fuera de la órbita contractual que demarcaba la relación entre **URIEL PÉREZ RAMÍREZ** (en adelante, la “Demandante”) y Acción, y utilizó un análisis abiertamente distante al objeto del proceso que, en últimas, derivó en una sentencia que no corresponde a la realidad procesal y que desconocen su objeto mismo.
3. Posteriormente, se señalarán y analizarán los presupuestos estructurales de responsabilidad civil contractual que establece el artículo 1604 del Código Civil de cara al caso que nos ocupa, para demostrar que los mismos no fueron acreditados suficientemente dentro del presente proceso y que, por lo tanto, no se ha debido fallar en contra de mi representada.

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

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

### **Documentos contractuales para el desarrollo del proyecto:**

#### **1. Contrato Inicial**

**Fecha:** 17 de diciembre de 2013

**Promotor:** Urbo Colombia S.A.S.

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

**Proyecto:** 340 unidades, 139 oficinas y 1800 parqueaderos

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

## **2. Cesión**

Fecha: 20 de enero de 2014.

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

La fiduciaria firma en señal de aceptación.

## **3. Vinculación:**

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

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

### **Otrosí 1**

Fecha: 2 de marzo de 2014

Modifica:

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

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

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

**Otrosí 2**

Fecha: 21 de mayo de 2014

Modifica:

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

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

**Otrosí 3**

Fecha: 28 de octubre 2014

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

Modifica:

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

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

**Otrosí 4**      Fecha: 24 de diciembre de 2014

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

Se incluye clausulado de reglamentación de ejecución de la garantía.

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

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

Fecha documento: 04 de noviembre de 2014

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

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

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

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

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

**Breve explicación de los hechos que motivaron este proceso:**

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

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

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

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

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

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

## **ENCARGOS FIDUCIARIOS**

En línea con la estructura de negocio antes descrita, el día 20 de abril de 2015 se suscribió el contrato de Encargo Fiduciario individual No 1100010300, entre el Demandante y mi representada, con el ánimo de que se vincularan como inversionistas del proyecto Marcas Mall. En dicho contrato, Acción asumió la obligación de actuar

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

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

No obstante lo anterior, el demandante transfirió los recursos cuando el punto de equilibrio ya se había declarado, razón por la cual, el dinero aportado por el inversionista se transfirió al Promotor. Este hecho es transversal para el análisis y decisión del presente caso, pues es evidente que todo lo que aconteció con respecto a la determinación del punto de equilibrio es completamente irrelevante de cara a las pretensiones de la Parte Demandante, pues su vinculación, vale decirlo de nuevo, ocurrió tiempo después.

## **ARGUMENTOS DE LA DEMANDA**

A su turno, y de conformidad con los hechos antes anotados, el demandante interpuso la demanda declarativa que sustenta el proceso de la referencia. Tal y como se desprende de la demanda correspondiente, para la parte Demandante mi representada *“incumplió* las condiciones establecidas en el contrato de Encargo Fiduciario individual No 1100010300.

En línea con lo que se anunció antes, teniendo en cuenta que en abril del año 2015 se suscribió el contrato de Encargo Fiduciario individual No 1100010300 entre el Demandante y mi representada, es importante en este punto poner de presente a este Tribunal que los requisitos y el punto de equilibrio habían sido acreditados por el promotor del proyecto (MARCAS MALL CALI) con anterioridad, tal y como le correspondía conforme a las obligaciones contractuales que ella asumió. En ese sentido, el planteamiento del cual partió la demanda y, por contera, la sentencia de primera instancia es equivocado:

- En primer lugar, al momento de firmar el contrato de Encargo Fiduciario individual No 1100010300, el Demandante tenía pleno conocimiento de las

condiciones y de los requisitos para la transferencia de recursos, pues el contrato que firmaron contenía toda la información y en el interrogatorio de parte el aquí demandante reconoció que había leído y entendido el clausulado del mentado contrato. De igual manera, en el interrogatorio rendido por la representante legal de Acción y por la documental obrante aportada por la parte Demandante, se dio cuenta de la acreditación de la totalidad de los requisitos de conformidad con los soportes presentados por el Promotor del Proyecto.

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

El contrato de Encargo Fiduciario individual No 1100010300 fue suscrito por **LUZ MARINA ARBELAEZ**, como INVERSIONISTAS del Proyecto denominado MARCAS MALL, PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., en calidad de FIDEICOMITENTE PROMOTOR y CONSTRUCTOR RESPONSABLE del PROYECTO, y **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, en calidad **administradora del MR-799 MARCAS MALL**, calidad reconocida por **el DEMANDANTE**, ya que en la Cláusula Décima del mencionado contrato, se dispone que la FIDUCIARIA actúa única y exclusivamente como administradora fiduciaria del encargo fiduciario.

En cuanto a los recursos efectivamente entregados, el demandante antes identificado no entregó la totalidad de recursos porque, si bien en el contrato de Encargo Fiduciario individual No 1100010300 se consignaron QUINIENTOS VEINTE SIETE MILLONES VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS M/CTE. (\$527.028.337), NO es cierto que en el plan de pagos acordado se haya estipulado cancelar el excedente al momento de la escrituración, lo que deja en evidencia su incumplimiento contractual al no haber pagado la totalidad de lo pactado.

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

actuar de mi representada para, por ese solo hecho, condenarla, sin realmente entrar a agotar los elementos que debía dentro del proceso de responsabilidad civil contractual.

En suma, el Demandante conocía y entendía la realidad del negocio fiduciario y el proyecto inmobiliario —en su estado real y actual para ese entonces— al momento de firmar el contrato de Encargo Fiduciario individual No 1100010300. Además, contaba con todas las herramientas para firmar el contrato; más aún, teniendo el grado de experiencia en este tipo de negocios, por lo que ello ha debido ser considerado en la sentencia de primera instancia.

## **II. LOS YERROS QUE COMETIÓ EL DESPACHO EN PUNTO DE LA CONGRUENCIA Y MOTIVACIÓN DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

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

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

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

1. En primer lugar, con los interrogatorios se evidenció un claro desconocimiento del negocio celebrado y un sin número de preguntas sin respuestas. Es claro que la parte demandante tuvo una conducta evasiva que imposibilitó el esclarecimiento de los hechos y la claridad de sus pretensiones.
2. Asimismo, en esos interrogatorios se constató que todos los términos del negocio que aceptó y suscribió el Demandante fueron negociados por el con el Promotor del proyecto. Esto reafirma, entre otras cosas, que Acción no debió haber sido la llamada a responder por los supuestos daños que sufrió el

Demandante y, mucho más importante, que el proceso no ha debido tramitarse ni decidirse sin la comparecencia del Promotor. Como se dijo arriba, debemos reiterar que la única razón por la que la Delegatura decidió proceder sin la comparecencia del Promotor fue porque sabía que ello se traduciría en una pérdida de competencia para ella.

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

3. Es más, muestra de lo anterior incluso se vio cuando la parte demandante no pudo dar claridad sobre cómo se hicieron los aportes al negocio ni la razón por la cual se dio una reestructuración del mismo. Frente a esto, lo que no puede pasar, es que ante ese silencio y negligencia, se concluya que entonces que Acción debe asumir el pago de unos perjuicios desconociendo el grado de profesionalidad, responsabilidad y conocimiento que le correspondía a la parte Demandante en el marco del negocio fiduciario que se desarrolló.

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

Lo primero y más importante que hay que señalar es que, a la luz de la normatividad que estaba vigente para el momento de los hechos, salvo pacto contrario en los contratos, Acción no tenía el deber legal de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas para que fuera procedente la transferencia o el desembolso de los recursos que conformaban los encargos fiduciarios. Dicha obligación

sólo comenzó a existir a partir de la inclusión del numeral 5.2.3.2 que se hizo en el Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ con la Circular Externa 007 de marzo de 2017:

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

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

*Negocios fiduciarios de “preventas”*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, incluso a pesar de que la parte demandante no haya participado directamente en los contratos en donde dicho esquema se pactó, toda vez que, por una parte, ellos sí conocían los contratos y la estructura del negocio y, por la otra, no se entiende cómo es que entonces esas cláusulas serían ineficaces e inoponibles al demandante por el hecho de que éstos no suscribieron los contratos en donde se pactaron. Esa teoría del Despacho no tiene ningún soporte y contradice su lógica de coligamiento con base en la cual terminó condenando a Acción. El Despacho justamente dijo que todos los contratos deben leerse en su conjunto con independencia de que no hayan sido suscritos todos por las mismas partes.

Dicho razonamiento incluso ha sido reafirmado y convalidado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando, en casos similares, ha reconocido y dado plena

validez a las cláusulas que se acuerdan en negocios fiduciarios para desarrollar proyectos urbanísticos en los que las fiduciarias limitan su responsabilidad. Y esto justamente bajo el entendido de que el ordenamiento legal sí permite que ello suceda y, más importante aún, porque en el marco de tales proyectos urbanísticos es completamente razonable que todo lo relacionado con aspectos técnicos sean asumidos por las empresas constructoras que son expertas en la materia. Así, por ejemplo, la Corte ha dicho lo siguiente<sup>1</sup>:

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

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

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

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

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

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

---

<sup>1</sup> Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicado 11001-31-041-2007-00128-01

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

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

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

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

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

En este escrito se hará un especial desarrollo de estos elementos, debido a que —desafortunadamente—, como se anunció arriba, el Despacho omitió realizar un estudio de los mismos en la sentencia, limitándose simplemente a enlistar las razones por las

que, en su criterio, Acción habría actuado en contravía de los deberes legales que le correspondían ante la Demandante, sin ahondar en un real juicio de responsabilidad civil contractual.

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

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

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

- No se habría informado al Demandante sobre el cumplimiento de las condiciones del punto de equilibrio que se habían acordado para el proyecto Marcas Mall.
- No se habría informado al Demandante que con el dinero del encargo fiduciario se había adquirido el lote de terreno en donde se desarrollaría el proyecto Marcas Mall.
- No se habría informado al Demandante del estado del proyecto Marcas Mall para el momento en el que ella se vinculó por medio del encargo fiduciario MR-799.
- Conforme a lo que se explicó en el acápite anterior, Acción no habría contado con

un adecuado y oportuno SIC.

- Finalmente, una vez acaecido el siniestro y la imposibilidad de desarrollar el proyecto Marcas Mall, Acción no habría realizado ninguna acción para proteger y salvaguardar el lote en donde éste se desarrollaría.

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

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

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

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

Es importante decir que la certificación de 4 de noviembre de 2014 es prueba suficiente para la acreditación de los requisitos establecidos en el contrato de Encargo Fiduciario individual No 1100010300. En dicho documento se establecen y se anexan los documentos que el Promotor presentó para la

transferencia de recursos. En lo que respecta a la transferencia del inmueble, dicho requisito fue satisfecho en el lapso de tiempo estipulado en los contratos fiduciarios (15 de diciembre de 2014). Más allá que la fecha del acta de verificación contenga una fecha de transferencia incorrecta, esa inexactitud no afectó el desarrollo del proyecto, por lo que esa falla no es causa del supuesto daño que sufrió el demandante. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la transferencia del inmueble se dio unos días después a la firma del acta.

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

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

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

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

Sumado a lo anterior, respecto de las medidas de protección del lote, conviene reiterar que todas las acciones preventivas y de protección son del resorte del Promotor del proyecto, pues éste es quien tiene en su cabeza la calidad de Comodatario y responsable de la construcción del proyecto. Así resulta excesiva una nueva carga que de forma discrecional el Despacho considera que es responsabilidad de mi representada. Valga entonces decir que el argumento del

Despacho al presuntamente tener claridad respecto de la no injerencia de mi representada en temas constructivos se desvanece al ahora confundir una responsabilidad que es propia y exclusiva del Promotor, para achacársela a mi representada.

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

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

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

## 2. Esquema de preventas

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

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

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

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

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

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

## 5. Créditos Bancarios

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

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

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

Bajo ese mismo derrotero, el deber de información manifestado por el Despacho se entiende satisfecho con la firma del contrato de Encargo Fiduciario individual No. 1100010300 (medios idóneos), con estos documentos se informó al hoy demandante la situación actual del proyecto y se dio a conocer el clausulado con los requisitos que debían y fueron acreditados de manera oportuna por parte del promotor.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*«[...], la doctrina sigue un concepto de daño basado en la lesión a un interés del demandante, y se entiende que la hay cuando una persona sufre ‘una pérdida o disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba’»<sup>2</sup>.*

---

<sup>2</sup> Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág.220,

Así mismo, el doctrinante uruguayo PEIRANO FACIO (2004), al exponer la tesis que estima dominante sobre la noción de «daño», manifiesta, que incluye el «concepto de antijuridicidad» y que «[...] se integra con dos elementos: con un elemento de hecho, el perjuicio, y con un elemento de carácter jurídico, el atentado o la lesión a un derecho»<sup>3</sup>.

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

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

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

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

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

---

numeral 143.

<sup>3</sup> Responsabilidad Extracontractual. Bogotá DC, Editorial Temis, 2004, pág. 362.

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

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

*No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia.”<sup>4</sup>*

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

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

### **3. INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL**

---

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, MP Margarita Cabello, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º 2000-00196-01.

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

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

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

Si bien el hecho de que el Demandante se haya vinculado con posterioridad a la declaratoria del punto de equilibrio es razón más que suficiente para que se concluya la inexistencia de un nexo causal; lo cierto es que, a la luz de los contratos de encargo fiduciario y el marco normativo ampliamente explicado en este escrito, Acción no tenía el deber de acreditar e informar el cumplimiento de los requisitos que se habían definido para que la transferencia dineraria fuera procedente —el llamado “punto de equilibrio”—, pues todo ello había quedado contractualmente en cabeza del Promotor y, en algunos casos, del Interventor del proyecto. Tal y como se probó en este proceso, las obligaciones contractuales de Acción estaban circunscritas a recibir del Promotor del proyecto y/o del Interventor la información que acreditará el cumplimiento de los

mismos e instrucciones de transferencia de los recursos, para a continuación proceder con el traspaso de los dineros al Fideicomiso FA-2351. En el caso que nos ocupa, ello se desprende justamente de la Cláusula Décima del Contrato de Encargo Fiduciario individual:

**“El(los) INVERSIONISTA(S) declara(n) expresamente conocer y entender que la FIDUCIARIA no es constructora, ni interventora y no interviene de ninguna manera en la determinación del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario “MARCAS MALL”, ni en la determinación de viabilidad o factibilidad financiera o técnica de del citado proyecto inmobiliario, que por tanto, no conoce las especificaciones técnicas del mismo, ni es responsable por su ejecución, terminación o calidad, ni lo será por los perjuicios que la no ejecución de dicho proyecto ocasione(n) al INVERSIONISTA(S) o terceros, responsabilidad que el(los) INVERSIONISTA(S) entiende(n) es única y exclusivamente del PROMOTOR del proyecto inmobiliario que se pretende desarrollar, quedando claro entonces que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., actúa única y exclusivamente como administradora del encargo que mediante el presente contrato se constituye y como tal no tiene responsabilidad alguna sobre el desarrollo del proyecto que adelantará el PROMOTOR por su propia cuenta, riesgo y responsabilidad (...)”** (Se subraya)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

esta si se ocupó de su verificación de conformidad con los documentos entregados por el Promotor del Proyecto.

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

De acuerdo con esto, es importante no perder de vista cuál era el objetivo principal del negocio fiduciario que se armó a través del fideicomiso FA-2351 y los diferentes encargos fiduciarios —incluyendo el MR-799 y el contrato de Encargo Fiduciario individual No 1100010300 que se suscribieron con la parte Demandante—: era en realidad el de lograr que estas personas adquirieran unos locales comerciales dentro del Centro Comercial Marcas Mall. Si en realidad existiese un nexo de causalidad entre el supuesto accionar de mi representada y el supuesto daño alegado, el centro comercial ni siquiera se habría empezado a construir, pues no se habría siquiera logrado adquirir el lote destinado a dicha construcción. Frente a esto, en su decisión, el Despacho olvidó que las obras en dicho lote iniciaron y que el proyecto estaba andando, hecho que se puede probar con los boletines informativos los cuales fueron aportados con la contestación de la demanda. En esa medida, con ese simple hecho se rompe cualquier nexo de causalidad entre el actuar de mi representada el daño alegado.

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

Ahora, como bien lo manifiesta el extremo demandante en su demanda y hechos, el plazo que disponía el Contrato de Encargo Fiduciario Individual para acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos al Promotor fue objeto de modificación mediante varios otrosés; entre ellos, uno que las extendió al modificar el plazo para el decreto de las condiciones de giro para el día 15 de diciembre de 2014, prorrogables por 6 meses más. Si se tiene en cuenta lo anterior y el supuesto hecho generador del daño alegado por el Demandante—esto es la errónea verificación que se hizo de los requisitos del punto de equilibrio por la supuesta tardía transferencia de la propiedad que se hizo del bien inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No.

370-695292 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali al patrimonio autónomo FA-2351 MARCAS MALL, que se efectuó el 19 de noviembre de 2014 y fue registrada el 1 de diciembre del mismo año— se tiene que esta se encontraba, y por creces, dentro de los términos fijados para la transferencia, por lo que este hecho no pudo haber sido el causante de los supuestos daños. De la misma demanda se puede extraer esta conclusión, con lo que no hay ninguna conexión entre el supuesto daño y el hecho que se le endilgó a mi representada.

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

#### **IV. SOBRE EL PRONUNCIAMIENTO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

Si bien, el despacho reconoció la obligación del llamado en garantía a responder en virtud del contrato de póliza de seguros No. 1000099, el despacho erró al momento de referirse al deducible que debía asumir mi representada.

Como consta en el contrato de Póliza – obrante en el expediente-, el deducible no corresponde a \$225.000.000, si no a \$150.000.000 por evento y por casa reclamo cuando atiende a responsabilidad civil profesional:

Sección III Límite Asegurado por Evento y en el Agregado Anual Deducible todo y cada reclamo  
Responsabilidad Civil Profesional COP 15.000.000.000 COP 150.000.000  
Pérdida de documentos COP 2.000.000.000 COP 50.000.000

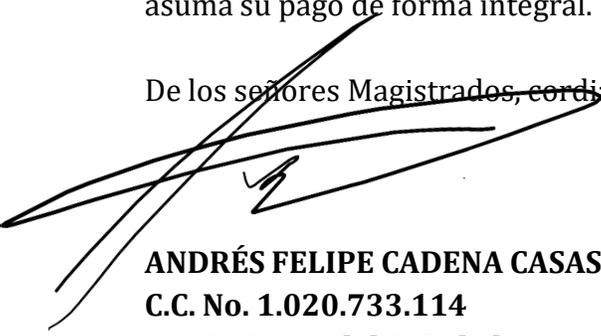
Por lo anterior, también le solicito al Honorable Tribunal que en virtud de este contrato, se ajuste la suma que fue determinada por el despacho en sentencia, respecto al deducible que debe ser cubierto por mi representada.

### **SOLICITUDES**

Con base en todo lo anterior, respetuosamente solicito que se revoque lo atinente a la responsabilidad civil contractual de Acción Fiduciaria en la sentencia de primera instancia que fue proferida por el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá el 14 de diciembre de 2021

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

De los señores Magistrados, cordialmente,



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