

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. ACOSTA BUITRAGO RV: Documento de 87322

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

Jue 15/09/2022 8:34

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. ACOSTA BUITRAGO

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: Henry Ferley Santamaria Ardila <Henryferley621@hotmail.com>

Enviado: jueves, 15 de septiembre de 2022 8:28 a. m.

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

Asunto: Documento de 87322

RECURSO APELACION A FAVOR DE ARLEY (1) (1) (1) (1).pdf

Get [Outlook para Android](#)

Señor:

**RICARDO ACOSTA BUITRAGO
MAGISTRADO SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE
BOGOTA D.C.**

E. S. D.

**Ref.: PROCESO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL
CONTRACTUAL**

**Dtes: JHON ARLEY VARGAS RUIZ, NAYIBE SANCHEZ, EN
REPRESENTACION DE SU MENOR HIJA NIKOL
TATIANA VARGAS SANCHEZ**

**Ddas: EPS SALUD VIDA S.A EN LIQUIDACION y IPS
FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL
BIENESTAR SOCIAL S.A.**

**Rad: 2013- 641
RECURSO DE APELACION**

HENRY FERLEY SANTAMARIA ARDILA, Ciudadano mayor de edad, abogado titulado y en ejercicio, identificado como aparezco al pie de mi correspondiente firma, obrando en el presente litigio como apoderado de la parte demandante, con todo respeto con el presente escrito **LE ANEXO** en formato **PDF**, **SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION, ADMITIDO** este en el **estado del 12 de Septiembre de 2022** por usted proferido, ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C., contra la providencia del 27 de Julio de 2022 , proferida por el despacho del Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C., a través de la cual esta entidad judicial se abstuvo de acoger las pretensiones y hechos de la demanda que presente y que por reparto le correspondió a esta corporación jurídica.

Atentamente,

HENRY FERLEY SANTAMARIA ARDILA

CC.OO. 79.610.403 de Bogotá D.C.

T.P. No 101.583 del C.S.J.

Correo electrónico henryferley621@hotmail.com

FAVOR ACUSAR RECIBO

Señor:

**RICARDO ACOSTA BUITRAGO
MAGISTRADO SALA CIVIL DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.**

E.

S.

D.

**Ref.: PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL
CONTRACTUAL**

**Dtes: JHON ARLEY VARGAS RUIZ, NAYIBE SANCHEZ, EN
REPRESENTACION DE SU MENOR HIJA NIKOL
TATIANA VARGAS SANCHEZ**

**Ddas: EPS SALUD VIDA S.A EN LIQUIDACION y IPS
FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL
BIENESTAR SOCIAL S.A.**

**Rad: 2013- 641
RECURSO DE APELACION**

HENRY FERLEY SANTAMARIA ARDILA, Ciudadano mayor de edad, abogado titulado y en ejercicio, identificado como aparezco al pie de mi correspondiente firma, obrando en el presente litigio como apoderado de la parte demandante, con todo respeto con el presente escrito interpongo **RECURSO DE APELACION** ante la **Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C.**, contra la providencia proferida el **27 de Julio 2022** por parte del **Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C.**, a través de la cual este despacho se abstuvo de acoger las pretensiones y hechos de la demanda que presente y que por reparto le correspondió a esta entidad jurídica, sobre **PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL** que instaure en contra de la **EPS SALUD VIDA S.A** y la **IPS FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL** sustento el recurso así:

SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION

PRIMERO: Con fecha **5 de Septiembre de 2013**, como apoderado de los demandantes el señor **JHON ARLEY VARGAS RUIZ**, su compañera permanente **NAYIBE SANCHEZ** en representación de su menor hija **NIKOL TATIANA VARGAS SANCHEZ**, presente demanda de **RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL** en contra de **LA EPS SALUD VIDA S.A. EN LIQUIDACION** y de la **IPS FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**

SEGUNDO: Por reparto este litigio le correspondió al **Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C.**

TERCERO: Con la demanda que presente y que por reparto

Correspondió al despacho judicial mencionado anteriormente, junto con esta anexo y pedí un sin número de pruebas , de las cuales destaco las siguientes: , **TESTIMONIALES** : a mis representados **JHON ARLEY VARGAS RUIZ** y la señora **NAYIBE SANCHEZ** , **TILSIO SANABRIA RODRIGUEZ** y **ALEXANDER HERNANDEZ**; **INTERROGATORIOS DE PARTE** : Al Señor **JUAN CARLOS LOPEZ AGUILAR** y su Suplente la señora **DIANA LORENA BELTRAN APONTE** representante y suplente de la **EPS SALUD VIDA S.A.**, a los señores **HORTENSIA ARENAS AVILA** como gerente y a la Sub gerente la señora **NANCY JANETH ROA ARENAS** y al señor **NORMAN ALFREDO GAMBOA GAMARRA** como representante legal para asuntos judiciales de la **FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**; **ACCION DE TUTELA que mi defendido instaura ante el Juzgado 2 Promiscuo Municipal de Barbosa Santander la cual quedo encaminada COMO ACCION DE TUTELA PARA CIRUGIA PLASTICA y no como ACCION DE TUTELA PARA QUE LE DIERAN UNAS AUTORIZACIONES a mi defendido. manifestándoles que de todas formas la TUTELA de CIRUGIA PLASTICA nunca la EPS SALUD VIDA S.A EN LIQUIDACION LE DIO CUMPLIMIENTO.** , La existencia del **CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD** existente y vigente entre la **EPS SALUD VIDA S.A EN LIQUIDACION**, y mi poderdante el señor **JHON ARLEY VARGAS RUIZ (Anexo fotocopia del Carnet de afiliación No 0002549724, fecha del contrato de prestación de servicios de salud 1 de Abril de 2011, vigencia indefinida); también los medicamentos** , procedimientos médicos, citas médicas, autorizaciones que la **EPS SALUD VIDA S.A. EN LIQUIDACION le remitía siempre a la IPS LA FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.** con lo cual demuestro la **SOLIDARIDAD** de las entidades de salud que vincule en este litigio las siguientes pruebas **DOCUMENTALES** (fotocopia de la historia clínica de mi defendido, de la cedula de ciudadanía de mi protegido, registro civil de nacimiento de su menor hija **NIKOL TATIANA VARGAS SANCHEZ**, de actas de conciliación sin acuerdo sobre perjuicios ante la Personería de Bogotá D.C. de la EPS y IPS demandadas, declaración extrajuicio sobre convivencia de mi protegido con su compañera permanente y su menor hija, fotocopia actualizada de la representación legal de la EPS Y IPS demandadas **tabla de liquidación de perjuicios daño emergente y lucro cesante, fotocopias de recibos de pago**), **DE OFICIO: A LA EPS SALUDCOOP** para que esta les dé un certificado **PSICOLOGICO** que previamente se hará a mis poderdantes el señor **JHON ARLEY VARGAS RUIZ** y la señora **NAYIBE SANCHEZ** y a su menor hija **NIKOL TATIANA VARGAS SANCHEZ**, en donde se determine en que grados la amputación de la pierna del padr

compañero está afectando al grupo familiar y personal de cada uno en especial de la menor y que allí también se diga porque los galenos de la **EPS** mencionada optara por la **AMPUTACION** de la pierna de mi defendido debajo de la rodilla en la pierna izquierda, y también Al Ministerio de Trabajo para que esta entidad determinara en qué grado se afectó la capacidad laboral de mi representado

CUARTO: Al parecer el administrador de justicia el **Juez 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C.**, no leyó los hechos que en la demanda inicial le presente en el expediente así, por cuanto la administradora de justicia no tuvo en cuenta en su **fallo del 27 de Julio de 2022**, las apreciaciones que le hice en los **HECHOS QUINTO, SEXTO, SEPTIMO, OCTAVO, NOVENO, DECIMO, DECIMO PRIMERO, DECIMO SEXTO, DECIMO SEPTIMO, DECIMO OCTAVO**, todos estos hablan sobre la mencionada **AUTORIZACION** que en unas veces se la enviaba la **EPS SALUD VIDA S.A. EN LIQUIDACION** a la **IPS FUNDACION MEDICO PREVENTIVA S.A** la cual argumentaba que no le correspondía a la **IPS** dar la **AUTORIZACION** sino a la **EPS** y así tuvieron a mi poderdante, en otras ocasiones mi poderdante pedía autorización y esta quedaba mal elaborada, otras remitían al afectado al Hospital que no tenían el médico especialista requerido para Ortopedista, y por ultimo no le dieron estas **AUTORIZACIONES** con toda esta negligencia en la expedición de las mismas de parte de la **EPS** y de la **IPS** que requería mi poderdante y afectado el cual confió su vida y salud con el contrato de prestación de servicios de salud que suscribió inicialmente mi poderdante con la **EPS** la cual enviaba a la **IPS** para lo de su cargo, ambas entidades se deben comprometer tanto en la **EPS** como en la **IPS** para que estas entidades de salud le expidieran las mismas, transgrediendo las entidades de salud demandadas con esto el contrato de prestación de servicios de salud que la **EPS SALUD VIDA S.A. EN LIQUIDACION** le ofreció a mi protegido, mi poderdante solicito ayuda al **PERSONERO MUNICIPAL DEL MUNICIPIO DE BARBOSA SANTANDER** que le hicieran **UNA ACCION DE TUTELA** para que las entidades de salud demandadas le dieran la mentada **AUTORIZACION** este funcionario se hizo mal esta **ACCION** y la dirigió solamente como **ACCION DE TUTELA PARA CIRUGIA PLASTICA** que no era lo requerido por mi poderdante, el cómo no tiene conocimiento de leyes así la presentó a la **EPS** demandada.

QUINTO: En relación con las pruebas la administradora de Justicia el **Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C.**, informándoles que desde que el proceso fue presentado el 5 de Septiembre de 2013 y que por reparto le correspondió a la entidad jurídica mencionada, este ente Judicial solo hasta 5 meses después ósea el 6 de Febrero de

2014 admitió la demanda, además de la demora en la admisión de la demanda **decreto de pruebas** las cuales solamente adelanto **7 años después en auto del 13 de Febrero de 2020,** auto en donde decreto pruebas de interrogatorios de parte , testimonios y demás desde el **,27 de Abril de 2020 en adelante,** no obstante todas las pruebas que aporte al proceso de la referencia, la administradora de Justicia (**Juez 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C.)** Al parecer no tuvo en cuenta sino las pruebas que anexaron y pidieron tanto la **EPS SALUD VIDA S.A. EN LIQUIDACION** y la **IPS FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL,** y no aprecio debidamente en su conjunto las pruebas que **ANEXE Y SOLICITE** en el proceso que presente, y manifiesto lo anterior por las siguientes consideraciones ; en relación con **las pruebas** solicitadas por los togados de la **EPS** y de la **IPS** mencionadas , como por ejemplo **LAS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA a SEGUROS DEL ESTADO,** **prueba que a larga no sirvió sino para entorpecer el litigio, lo demoro porque hasta que ellos no contestaron el expediente duro casi 90 días en el despacho de la administradora de justicia, por cuanto ellos tanto en los interrogatorios de parte como en los alegatos de conclusión al unísono informaron que no sabían porque los habían llamado , que ellos nunca pagaban perjuicios por daños en procesos de responsabilidades civiles contractuales o extracontractuales, que al momento del accidente con las pólizas de los vehículos vinculados en el suceso pagaron los deducibles que les correspondían, muy por el contrario se parcializaron en sus apreciaciones a favor de la EPS y IPS, estos LLAMADOS EN GARANTIA nunca dijeron nada sobre el CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD que existe entre la EPS y mi representado, muy por el contrario solicitaron condenar en costas o agencias en derecho que la Juez 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C. las decreto en la suma de \$3.000.000 en contra de mi poderdante, extralimitándose esta en cuanto a que decreto perjuicios que yo nunca le pedí en la demanda que les presente y que por reparto correspondió a esta entidad judicial que se tasaran en contra de ninguno de los demandados, estos alcances ULTRA Y EXTRAPETITA solo están dados a los JUECES LABORALES DEL CIRCUITO y no a los CIVILES DEL CIRCUITO;** en cuanto a la **PRUEBA DE DENUNCIA DEL PLEITO** , decretada por la administradora de justicia, nunca **LOS DENUNCIADOS EN PLEITO contestaron la demanda, ni presentaron pruebas , ni excepciones, sirvo también para entorpecer el proceso , ya que nuevamente la Juez 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C. concedió un término creo yo de 90 días que permaneció otra vez el expediente al despacho;** **en CUANTO A LOS INTERROGATORIOS DE PARTE QUE DEBIAN**

ABSOLVER LOS REPRESENTANTES LEGALES , QUE PIDIERON EN SUS CONTESTACIONES TANTO LA EPS SALUD VIDA S.A. EN LIQUIDACION como la IPS FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.; Estos INTERROGATORIOS DE PARTE, fueron decretados por el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C., los cuales debían absolver EL 20 DE Octubre de 2021 los REPRESENTANTES LEGALES DE LA EPS y IPS, Interrogatorios que nunca se dieron por cuanto los togados de las diferentes entidades de salud al UNISONO informaron que sus representados no podrían asistir a esta audiencia porque tenían otros compromisos; EN RELACION CON LOS TESTIMONIOS QUE SOLICITARON EN SUS CONTESTACIONES LA EPS SALUD VIDA S.A. EN LIQUIDACION y LA IPS FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL: Otra vez el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C., acepto estas pruebas pedidas por las entidades de salud , El único que asistió a rendir TESTIMONIO el 24 de Mayo de 2022 fue el Medico JAVIER IGNACIO HIGUERA ESCALANTE , quien desde el principio manifestó que LA especialidad de él no era la de ORTODOPEDISTA sino otra, nos hizo una breve ilustración hablándonos en términos médicos que muy poco entendimos los abogados , sobre los problemas de salud, los procedimientos médicos, exámenes , y demás que mi representado presentaba a raíz del accidente en la pierna izquierda, cuando le preguente sobre si estaba vigente el contrato de prestación de servicios de salud entre la es y mi protegido al respecto dijo no saber nada y que él no sabía nada de términos jurídicos, para que sirvió esta prueba para nada, creo que el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C. no volvió a fijar fecha y hora para adelantar esta prueba ; EN RELACION CON LAS PRUEBAS QUE SOLICITE CUANDO FUE SOMETIDO A REPARTO ESTE PROCESO : Al respecto le INFORMO sobre unas pruebas puntuales así: PRUEBAS DE OFICIO que solicite en la demanda que por reparto le correspondió al ente judicial mencionado, pruebas dirigidas a la EPS SALUDCOOP sobre certificado de PSICOLOGIA a mis poderdantes y su menor hija, en donde se determine grado de afectación psicológica , por LA AMPUTACION DE LA PIERNA IZQUIERDA DE LA RODILLA HACIA ABAJO que afectarían al grupo familiar compuesto por mis poderdantes y su menor hija , jamás llego este certificado proveniente de la EPS SALUDCOOP al Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C., En cuanto a la prueba que solicite sobre el Ministerio del Trabajo para que esta entidad le informara al Juzgado que capacidad laboral perdió mi poderdante el señor JHON ARLEY VARGAS RUIZ por el accidente que tuvo y

las nefastas consecuencias de la AMPUTACION DE LA RODILLA HACIA ABAJO DE LA PIERNA IZQUIERDA, prueba que jamás la pidió el Juzgado que administro justicia; EN RELACION CON LOS INTERROGATORIOS DE PARTE : En comento sobre los INTERROGATORIOS DE PARTE que el 25 de Octubre de 2021 absolvieron mis poderdantes el señor JHON ARLEY VARGAS RUIZ y su compañera la señora NAYIBE SANCHEZ en representación de su menor hija NIKOL TATIANA VARGAS SANCHEZ. Ambos volvieron a informar sobre las AUTORIZACIONES que al principio se las dieron las demandadas la EPS SALUD VIDA S.A. EN LIQUIDACION y la IPS FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A., entidades de salud que después que vieron que mi poderdante y afectado , en la pierna izquierda tenia infección consistente en OSTEOMELITIS (Infección crónica del hueso y demás) estas le seguían dando medicamentos y cremas que no le servían para mejorar su salud y no volvieron a darle LAS AUTORIZACIONES requeridas por mi poderdante para mejorar su salud y que por la no expedición de estas , mi defendido no le podían hacer ningún tratamiento o procedimiento médico que mejorara su salud, sin estas no es atendido en ninguna parte , lo primero que preguntan las EPS y IPS cuál es el número de AUTORIZACION ; EN RELACION CON LAS PRUEBAS TESTIMONIALES: Que el 24 de Mayo de 2022 ante el despacho del Juzgado 21 Civil del Circuito DE Bogotá D.C., absolvieron los señores TILCIO SANABRIA RODRIGUEZ y ALEXANDER HERNANDEZ q rindieron testimonio sobre el trabajo, sueldo, horario de labor como auxiliar de construcción que realizaba mi poderdante, al respecto la administradora de justicia no se pronunció, EN CUANTO AL CARNET DE AFILIACION: En relación con el Carnet de afiliación No 0002549724, con vencimiento indefinido, fechado al 1 de Abril de 2011 que la EPS SALUD VIDA S.A. en LIQUIDACION le expidió a mi poderdante y afectado en este litigio , con el cual PROBE que efectivamente entre mi representado el señor JHON ARLEY VARGAS RUIZ Y la EPS SALUD VIDA S.A. existía un CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD, en la sentencia al respecto no dijo nada, si seguía vigente o no el CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD acordado entre las partes , el ente jurídico que administro justicia en este caso no aprecio en su conjunto estas pruebas , en la sentencia que profirió solo se limitó a describir estos medios probatorios , pero no los empleo para dictar la sentencia que profirió argumentado que no existía un nexo causal de la EPS EN LIQUIDACION Y LA IPS antes mencionadas

SEXTO: Se **DECLARE** que Son **CIVILMENTE Y SOLIDARIAMENTE RESPONSABLES AL PAGO DE LOS PERJUICIOS LA EPS SALUD VIDA S.A. EN LIQUIDACION Y LA IPS FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.** por las siguientes consideraciones así: Ambas entidades de salud transgredieron el **CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD** , mancillaron el **DERECHO A LA SALUD** de mi protegido **CONSAGRADO POR EL ARTICULO 49 DE LA CONSTITUCION POLITICA**, derecho que va de la mano con normas constitucionales como el **DERECHO A LA VIDA, LA DIGNIDAD HUMANA** entre otros, al principio y al momento del accidente de tránsito donde se vio involucrado mi poderdante, las entidades de salud lo atendieron, le prestaron los primeros auxilios, le hicieron curaciones, en varias oportunidades lo remitieron a mi poderdante con **AUTORIZACIONES** a diferentes hospitales de Santander donde le practicaron diferentes procedimientos médicos, le daban medicamentos entre otros, el **derecho a la salud** debe ser **autónomo** (que cada entidad de salud es autónoma para elegir la IPS, los hospitales y demás que presenten sus afiliados en los contratos de prestación de servicios de salud) **e irrenunciable** (no quiere decir que al principio lo atienden y después que vieron ambas entidades de salud que no podían hacer nada con la pierna izquierda que mi poderdante la tenía bastante afectada entonces decidieron darle unos medicamentos, cremas, curaciones que no le servían, después se desentendieron de su afiliado mi defendido, no volvieron a darle ninguna **AUTORIZACION y sin estas mi poderdante no podría reclamar medicamentos, ni procedimientos médicos, intervenciones, citas médicas que todas estas reunidas están intrínsecas en todos los contratos de salud**), también en cuanto a que el derecho de salud es un **servicio público** que debe ser prestado desde que se **CONTRATAN LOS SERVICIOS DE SALUD** con la **EPS o IPS** que escoja el afiliado, estas entidades de salud están obligadas a atender a sus afiliados y prestarles buen servicio de salud, de **manera oportuna** (se dio al momento del accidente pero después no por la no expedición de **LA AUTORIZACION** por parte de la **EPS EN LIQUIDACION** y la **IPS** obligadas, que habría podido evitar la nefasta consecuencia de **AMPUTACION DE LA PIERNA IZQUIERDA DE LA RODILLA HACIA DEBAJO DE** mi defendido , **INTERVENCION QUIRURGICA** que de no habersele practicado a mi defendido habría desencadenado **EN LA MUERTE**, que requirió mi poderdante y que después de un tiempo no volvieron a entregarle) , **con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de salud** (al principio fue de calidad pero después que fue pasando el tiempo y los galenos de la **EPS y IPS** en vista que mi poderdante tenía bastante

afectado la pierna izquierda estos se desentendieron y no volvieron a poner cuidado a mejorar y preservar la salud de mi defendido, muy por el contrario con el mal actuar de las entidades de salud casi estas NEGLIGENCIAS le cuestan LA VIDA a mi poderdante) , al respecto de la Ley Estatutaria No 1751 de 2015 consagra deberes a los prestadores de salud así: 1) no agravar la salud de las personas afectadas . 2)abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud, preventivos, curativos y paliativos. 3) abstenerse de prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de los ciudadanos , deberes negativos implican que el estado o las personas, no pueden violar el derecho a la salud, bien sea por omisión dejar de prestar el servicio de salud POR LA FALTA DE EXPEDICION DE LAS ULTIMAS AUTORIZACIONES que ni la EPS COMO LA IPS Le suministraron a mi defendido) , por acción ya que la EPS y la IPS realizaron la conducta de la NO EXPEDICION DE LAS ultimas AUTORIZACIONES que nunca le dieron a mi defendido, con lo cual por esta acción negligente de la EPS Y IPS la salud de mi defendido no se mejoró, muy por el contrario se deterioró con la consecuencia ya conocida y antes señalada), no se puede esperar que esta abstención, sea razón alguna para que su cumplimiento sea pospuesto hasta que el estado, la entidad o la persona cuenten con los recursos suficientes y la capacidad administrativa adecuada (AUTORIZACION En tiempo que nunca se dio), LA EPS SALUD VIDA S.A EN LIQUIDACION y la IPS FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR S.A., no solamente violaron DERECHOS CONSTITUCIONALES como LA SALUD y LA VIDA, sino también pusieron en riesgo LA FAMILIA base de la sociedad, los integrantes de la familia quedaron afectados PSICOLOGICAMENTE , la menor hija de mi poderdante le pregunta a su papa afectado (cuando vuelves a tener de nuevo la pierna, en el colegio pinto a su papa sin la pierna, con su compañera permanente ya no tienen intimidación, LABORALMENTE mi defendido nunca puede volver a trabajar en ninguna parte, SOCIALMENTE sobretodo mi poderdante el afectado vuelve a ser la misma persona que se relacionaba bien con las personas con las que compartía en sociedad, por la prótesis que tiene en la pierna izquierda , a partes de la Sentencia de revisión de tutela No T -235 DE 2018 proferida por los magistrados de la Corte Constitucional)

PETICION

Solicito REVOCAR la SENTENCIA de fecha 27 de Julio de 2022,

mediante el cual el **Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C.**, se abstuvo de aceptar las pretensiones que les pedí en la demanda en el **PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL** , que adelante en contra de la **EPS SALUD VIDA EN LIQUIDACION Y IPS FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.** por las consideraciones antes expuestas **EN LA SUSTENTACION DEL RECURSO** y en su lugar la alta corporación **DECLARE, CIVIL Y SOLIDARIAMENTE RESPONSABLES A LA EPS SALUD VIDA S.A EN LIQUIDACION Y LA IPS FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. POR LOS PERJUICIOS MATERIALES, MORALES, DAÑO PSICOLOGICO, LABORAL, FAMILIAR,** que por no expedición **DE AUTORIZACION** desencadenado en las consecuencias ya conocidas y que en ultimas afectaron **LA FAMILIA** que es la base de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Código General del Proceso: Artículos 320, 321 numerales 3, 7, 10, 322 numeral 1, 323, 324, 327, 328 y 329 sobre el **RECURSO DE APELACION;** **Ley 100 de 1993 de seguridad social integral:** Artículos 1, 2, 7,8, Libro II El sistema General de Seguridad Social en Salud, Artículos 152 al 248 normas sobre **DERECHO A LA SALUD;** **Constitución Política:** Artículos 5, 11, 31, 42, 44,49, **SOBRE FAMILIA Y DERECHOS DE SALUD** ; **Sentencia de Tutela proferida por la Corte Constitucional No T – 235 de 2018:** Consideraciones 34,35,36,37,38,39,40,41,45(**autorizaciones**) , 46, 47 (**salud**), 48 (**vida e integridad**), 49,50,51,52,43,54,55 y 56 de La Sala de Revisión de la Honorable Corte Constitucional; **Ley estatutaria 1751 de 2015:** Sobre la **SALUD**, entiéndase en 2 aspectos **COMO UN DERECHO Y UN SERVICIO PUBLICO**

PRUEBAS

Ruego tener como pruebas todas aquellas que **ANEXE y PEDI** en la demanda que por **REPARTO** le correspondió **al Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C.,** incluyendo los **AUDIOS** de **LOS INTERROGATORIOS DE PARTE, TESTIMONIOS** que absolvieron tanto mis poderdantes como a las entidades demandadas decretados por el administrar de Justicia el Juzgado antes mencionado.

ANEXOS

Manifiesto que **ANEXO** en formato **PDF** memorial con el presento esta **SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION.**

COMPETENCIA

La sala civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C., es competente para conocer del **RECURSO DE APELACION por encontrarse la primera instancia en el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C.**

NOTIFICACIONES

El suscrito en la Secretaria de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C., o en la Avenida 26 No 69C-03 Oficina 306, Torre C, Edificio Capital Center II de Bogotá D.C., o en mi correo electrónico henryferley621@hotmail.com

Mis poderdantes el señor JHON ARLEY VARGAS RUIZ, su compañera permanente la señora NAYIBE SANCHEZ ambos en representación de su menor hija NIKOL TATIANA VARGAS SANCHEZ , Vereda EL AMARILLO BAJO, finca LA ÑAPA , del Municipio de Barbosa Santander, correo electrónico vargasruizjhonarley@gmail.com

Las partes demandadas en las direcciones de notificación y correos Electrónicos que aporte tanto en la demanda como en la contestación de la misma que hicieron los apoderados de las obligadas

Atentamente,

HENRY FERLEY SANTAMARIA ARDILA

CC.OO. 79.610.403 de Bogotá D.C.

T.P. No 101.583 del C.S.J.

Correo electrónico henryferley621@hotmail.com

FAVOR ACUSAR RECIBO

ASESORIAS JURIDICAS INTEGRALES ABOGADOS ASOCIADOS

JESÚS ROSADO QUINTERO
ABOGADO

Señora Magistrada
Dra. LIANA AIDA LIZARAZO VACA
Magistrada Ponente. Sala civil
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
E. S. D.

REF. Proceso Declarativo. Rdo. No. 2015- 619
Demandantes: MARIA DORIS PAEZ CUERVO Y OTRO

Contra: COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA
COLSANITAS Y OTROS.

JESUS MIGUEL ROSADO QUINTERO, abogado en ejercicio, obrando en mi condición de apoderado de los demandantes en el proceso de la referencia, a usted le manifiesto de manera respetuosa que dentro de la oportunidad procesal respectiva, me permito sustentar la apelación interpuesta contra la sentencia emitida por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, emitida el día 15 de julio de 2022; en la cual se negaron las pretensiones deprecadas. Los motivos que justifican nuestro disenso contra los puntos de la sentencia que la motivaron en el sentido indicado, los expongo de la siguiente manera.

FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

Entre los reparos que tenemos en contra de la sentencia de primera instancia y por lo tanto motivan la revocatoria impetrada están los siguientes:

1.- Se dirá en primer lugar que la culpa, negligencia e impericia enrostrada a la parte demandada no está en el diagnóstico y procedimiento escogido para atender la afectación que se evidenciaba en uno de los ovarios de mi representada, sino que en ello incurre el profesional que la atendió, en el desarrollo del procedimiento quirúrgico, pues es falso que el **ovario equivocadamente extraído tuviera un tamaño superior al normal, o una coloración anormal y tampoco que mostrara alguna malformación**, por cuanto, de manera clara e inequívocamente lo contradecirlo el informe de patología emitido inmediatamente al procedimiento, y que, **inexplicablemente** no se tuvo en cuenta en el fallo emitido.

En efecto, no se refiere el despacho a este momento comentado de la cirugía, sino a lo siguiente:

“Al amparo de las premisas normativas y fácticas, puede inferirse que las pretensiones dela demanda no están llamadas a prosperar, pues no se logró comprobar que los demandados hubieran incurrido en culpa en el diagnóstico

Bogotá, D.C. Calle 73 No. 10- 10 Of. 405. Edificio El Dorado
E-mail: jesusrosadoq@hotmail.com

ASESORIAS JURIDICAS INTEGRALES ABOGADOS ASOCIADOS

JESÚS ROSADO QUINTERO
ABOGADO

de tumor de comportamiento incierto en el ovario, ni en la decisión de practicar “laparotomía de precisión por congelación” como procedimiento para determinar la malignidad del tumor, y establecer la ruta de atención subsiguiente. Distinto es que la actora sostenga que el mismo tumor fue encontrado en exámenes posteriores...” (Folio 15 del escrito contentivo de la sentencia).

Adicionalmente habría que anotar que yerra el despacho cuando indica al final del texto transcrito que se sostenga por nuestra parte que el tumor fue encontrado en exámenes posteriores. Simplemente se manifestó y se reitera que el ovario que está aun en el cuerpo de mi **representada era el que supuestamente estaba afectado y que eventualmente tocaba retirarlo**, sigue con las mismas características que mostrada en el diagnóstico y exámenes anteriores a la cirugía practicada; inclusive, nueve años después.

Es decir que la equivocación fue doble: no solo extrajo equivocadamente un ovario que estaba en perfectas condiciones, sino que el que él creía que pudiera tener alguna anomalía, ahí está funcionando tantos años después.

2.- Seguidamente, se indica por el Juzgador de primera instancia que:

“Tampoco fue desacertada la extracción del ovario izquierdo, pues dada la estructura del útero era plausible que se encontrara en ese lugar la masa que las imágenes diagnósticas ubicaban en el lado derecho, **máxime cuando la laparotomía se avizó su coloración, tamaño y estructura anormales que justificaba su extirpación**, con miras a que el patólogo diagnosticara si correspondía a un tumor maligno” (también, en el Folio 15 del escrito contentivo de la sentencia).

Justamente, ahí está la culpa, negligencia e impericia reprochada: En que el profesional avizó incorrectamente, las condiciones reales en que se encontraba el ovario cuando lo tuvo ante sí y en sus manos; **ya que según su dicho** (el cual no tiene respaldo probatorio) “la coloración, tamaño y estructura anormales, justificaba su extirpación...” **Sucedo que el patólogo dijo todo lo contrario, a tan solo unos quince minutos de haber sido extraído el ovario**, pues, precisamente, ese diagnóstico inmediato por parte del especialista en patología, hace parte del procedimiento quirúrgico elegido consensualmente médico-paciente.

Así lo indica el experto, repito, pocos minutos después de separado el ovario del cuerpo de la señora MARÍA DORIS:

ASESORIAS JURIDICAS INTEGRALES ABOGADOS ASOCIADOS

JESÚS ROSADO QUINTERO
ABOGADO

ORGANIZACION ESTRUCTURA INTERNACIONAL		13EQ040837	
Petición No:	13EQ040837	Fecha de Ingreso:	09/09/2013
Paciente:	MARIA DORIS PAEZ CUERVO	Fecha de Nacimiento:	18/05/1966
Documento Id:	CC 23433452	Fecha de Validación:	16/09/2013
Empresa:	PATOLOGIA EPS SANITAS	Edad:	47 Años 4 meses 8 días
Sede:	CLINICA UNIVERSITARIA COLOMBIA	Médico:	MEDICO CLINISANITAS MP
Dirección:	CARRERA 39 B N4-45 BLOQUE 5 INETIO 18	Teléfono:	3112621960/ 4713932
		Servicio:	CIRUGIA CUC
		Genero:	F

ESPECIMEN QUIRURGICO OVARIO - REPORTE DEFINITIVO (PARAFINA) RESECCION

DIAGNOSTICO CLINICO

MASA PELVICA.

DESCRIPCION MACROSCOPICA

Rotulado "Ovario izquierdo": En fresco y para congelación se recibe anexo izquierdo que consta de ovario el cual mide 2.5x2.5x2 cm. la superficie externa es amarilla cerebriforme, a los cortes seriados se identifica un cuerpo amarillo que mide 1.3x1 cm. sin identificar lesiones quísticas ni sólidas. La trompa uterina mide 5 cm. de longitud por 0.5 cm. de diámetro mayor y es de aspecto usual. Se realiza dos improntas y un corte por congelación.

Se procesa cortes adicionales de la congelación así:

A: C: ovario. ✓

D: trompa uterina. ✓

Dra. Huertas

Responsable: SANDRA JUDITH HUERTAS PACHECO

DESCRIPCION MICROSCOPICA

DIAGNOSTICO:

ANEXO IZQUIERDO - SALPINGOOFORRECTOMIA:

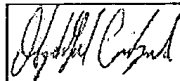
- OVARIO: CUERPO LUTEO HEMORRAGICO ASOCIADO A UN FOLICULO QUISTICO.
NEGATIVO PARA MALIGNIDAD.

- TROMPA UTERINA SIN ALTERACIONES HISTOLOGICAS.

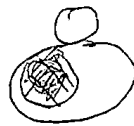
OBSERVACIONES:

NINGUNA

Responsable de Micro: CANO BERNAL MIGUEL


MIGUEL CANO BERNAL
CC 1014180336

MEDICO PATOLOGO



CONTACTO: Calle 73 B 65-46 - Tel: Conmut. 5-948650-60

Es decir, que a juicio el patólogo, DR. MIGUEL CANO BERNAL, se trataba de un ovario que estaba en perfectas condiciones. Valga indicar, que contrario a lo dicho por el demandado, NO TENÍA UN MAYOR TAMAÑO, NI TENÍA UNA COLORACIÓN QUE CAUSARA ALARMA ALGUNA, NI QUE, TAMPOCO, PRESENTABA NINGUNA ESTRUCTURA ANORMAL (FL. 21 del cuaderno ppal.).

Es una simple y burda manera de evadir su responsabilidad.

Bogotá, D.C. Calle 73 No. 10- 10 Of. 405. Edificio El Dorado
E-mail: jesusrosadoq@hotmail.com

ASESORIAS JURIDICAS INTEGRALES ABOGADOS ASOCIADOS

JESÚS ROSADO QUINTERO
ABOGADO

De lo manifestado por el perito Dr. BUENAVENTURA MORALES (perito solicitado por la accionada) se infiere que un ovario con las características señaladas por el patólogo, se trata de un ovario en perfectas condiciones.

En verdad, lo único que revela la actuación procesal existente, es que respecto de la coloración, tamaño y estructura del ovario eran anormales al momento de extraerlo, es el mero dicho del profesional encargado del procedimiento quirúrgico. No lo dice ni el médico asistente, HARRISON MAHECHA, que entre otras cosas, en su testimonio vertido dijo que **no sabía cuál era el tamaño** normal de un ovario. Tal parece que solo fue citado para desvirtuar lo afirmado por la señora MARÍA DORIS de que había escuchado en su retorno mientras pasaba el efecto de la anestesia, que el cirujano había dicho que se había equivocado. Tampoco lo hizo, la médica KATERINE DELGADO, quien fuera su otro apoyo en el procedimiento en comento, y **quien sí tenía conocimiento** de ginecología y obstetricia, pero que por alguna razón poco comprensible no fue convocada como testigo por parte de la accionada, y quien sí podía dar luces sobre las condiciones reales en que estaba el ovario, previo a su retiro.

De modo que por más experimentado y aun siendo una reconocida eminencia el profesional cuestionado en una de sus actuaciones, no basta lo que él diga respecto de tal hecho que se le cuestiona; es una realidad incontestable que tal dicho tiene que tener su soporte probatorio; de no ser así, las arbitrariedades y abusos abundarían.

En un tema que guarda alguna simetría con lo anotado en éste, así se pronunció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá:

“Así las cosas, en el sub-examine se busca imputar responsabilidad a la demandada a partir de aseveraciones carentes de sustento probatorio, constituyendo tan solo afirmaciones desprovistas de respaldo diferente a su dicho y por ello de cualquier mérito probatorio, ya que constituye “...principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse en su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso, tiene la carga procesal de mostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del C. de P. C [hoy 165 del C. G. del P.]” (G.J.T. (166) CLXVI, pág 21), lo cual impide tener por probadas las manifestaciones realizadas en el escrito inaugural”. (SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL. Magistrada Ponente: AÍDA VICTORIA LOZANO RICO. Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

ASESORIAS JURIDICAS INTEGRALES ABOGADOS ASOCIADOS

JESÚS ROSADO QUINTERO
ABOGADO

3.- De otra parte, no es de recibo lo admitido y aprobado en la sentencia recurrida de que esta extracción no afectaba la función reproductiva de la señora MARIA DORIS, por cuanto el otro ovario, dado que el otro estaba sano y podía asumir tales roles...” (pag. 16 ibid). Ocurre que la paciente había estado en tratamiento de fertilización para poder concebir, asunto del cual estaba enterado el cirujano, mucho antes de realizar el procedimiento, respecto de lo cual es especialista, y así tuvo que reconocerlo en el interrogatorio que se le efectuara. No había posibilidad de que a futuro se diera el embarazo deseado.

4.- Finalmente, en la sentencia tampoco se abordó el tema de la relaciones de orden sexual, seguramente prevalido el A quo de que la no condena era por la no demostración de la culpa del accionado, sin embargo, es necesario y procedente anotar, que efectivamente se afectó este aspecto entre los demandantes, pues por mas amor y comprensión que exista entre ellos, una situación como la padecida por éstos, **además de una cicatriz que va de lado a lado del abdomen** (según el procedimiento elegido inicialmente eran unas pocas incisiones) creó inhibiciones, incomodidades y desasosiego en mi mandante; como es apenas natural. En verdad, nos parece inverosímil que alguien piense de manera contraria al respecto.

5.- Sobre los perjuicios morales habría que anotar que en el plenario existe una evaluación psicológica (Fl. 526 del cuaderno ppal.) efectuada a la señora MARÍA DORIS, donde el especialista en la materia señala las afectaciones de este orden derivados del daño causado, por la mala práctica médica, en este caso en particular del profesional referido; lo cual hace más procedente la condena en los perjuicios morales.

Por lo anterior, creo haber sustentado debidamente el recurso elevado, por lo que ruego a su aplicado y eficiente Despacho examinarlo, a fin de que la sentencia opugnada se revoque, y en consecuencia, se acojan las pretensiones planteadas.

De la señora Magistrada, atentamente,



JESUS MIGUEL ROSADO QUINTERO
C.C. No. 19.429.948 de Btá
T.P. No. 75782 del C. S. J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. ZULUAGA RAMIREZ RV: RV:

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

Mié 21/09/2022 16:06

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. ZULUAGA RAMIREZ

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: Jaime Humberto Bustos Guarin <prin.j@hotmail.com>

Enviado: miércoles, 21 de septiembre de 2022 4:01 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; nancy carolina molano rodriguez <nacamoro@hotmail.com>

Asunto: RV:

De: nancy carolina molano rodriguez <nacamoro@hotmail.com>

Enviado: miércoles, 21 de septiembre de 2022 3:59 p. m.

Para: Jaime Humberto Bustos Guarin <prin.j@hotmail.com>

Asunto:

Señor

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

SALA CIVIL

Radicación: 110013103036201900325 02

Honorable Magistrado

CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ

E. S. D.

JAIME HUMBERTO BUSTOS GUARIN, mayor y vecino de esta ciudad identificado con la cedula de ciudadanía número 79.317.025 de Bogotá, Abogado en ejercicio con T. P. 51927 del CS de la J, con correo electrónico prin.j@hotmail.com, en mi calidad de apoderado judicial de la señora NANCY CAROLINA MOLANO RODRIGUEZ, igualmente mayor y vecina de esta ciudad Identificada con cedula de ciudadanía número 52.492.726 de Bogotá, con correo electrónico nacamoro@hotmail.com, estando en término legal me permito sustentar los reparos que se observan contra la providencia emitida por el Despacho de primera instancia en fecha 29 de junio de 2022, notificada por estado el día 30 de junio de 2022, conforme a las siguientes consideraciones:

El Despacho de la señora Juez en la parte resolutive de la providencia impugnada, manifiesta que las argumentaciones de las excepciones expuestas por la pasiva, no son de recibo del Despacho, e indica igualmente que no existe cláusula abusiva o práctica que vulnere el derecho de la parte accionada, por cuanto aduce, se trata de una cláusula establecida en una hipoteca abierta e indeterminada, que de acuerdo con los artículos 2438 y 2455 del código civil goza de legalidad, sin hacer un análisis profundo de lo que se denomina por la normatividad como CLÁUSULAS ABUSIVAS, contempladas en la Ley 1480 de 2011 art. 42 y 43 y que fueron argumentadas dentro de las excepciones presentadas por la demandada esta normatividad establece,

Ley 1480 de 2011, artículos 42 y 43

“ARTÍCULO 42. CONCEPTO Y PROHIBICIÓN. Son cláusulas abusivas aquellas que producen **un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor** y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor **puede ejercer sus derechos**. Para establecer la **naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza**.

Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, **En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho**.(subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO 43. CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

(...)

2. Implican **renuncia de los derechos del consumidor** que por ley les corresponden;

(...)

7. Concedan al productor o **proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;**

(...)

9. **Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;**” (subrayado fuera de texto)

En la normatividad anteriormente citada, se explica entre otras cosas que “Para establecer la **naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza**. (Subrayado mío), situación que se describió en la contestación de la demanda al manifestar y probar que el ORIGEN de la mora del crédito respaldado con la garantía hipotecaria (pagaré No.20990202601), se debió a que el ACREEDOR NO PERMITIÓ el PAGO MENSUAL de la obligación LLEVANDO a mi prohijada a INCURRIR en una MORA INNECESARIA y que le originó, tal y como lo expresa la norma un **desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor**.

Es de mucha importancia resaltar, tal y como lo manifiesta el mismo demandante, que la accionada se encontraba al día en la UNICA obligación respaldada con garantía hipotecaria, al momento de la demanda, a pesar de esto BANCOLOMBIA S.A NO PERMITIO que se continuaran realizando las consignaciones mensuales

a NINGUNO de los dos créditos otorgados, generando con su actuar, UN PERJUICIO injustificado **al no permitir que mi mandante consignara mensualmente sus obligaciones**, por lo tanto, incurrió en mora por varios meses sin poder realizar NINGUNA consignación a favor de BANCOLOMBIA y de esta manera, ponerse al día en las mismas, es así como en respuesta dada a mi mandante en fecha 14 de septiembre de 2018, a derecho de petición en donde solicitó información del porque no se le permitía realizar las consignaciones mensuales, la demandante argumentó que “(...) cualquier abono **que se vaya a realizar a las obligaciones** deberá contar previamente con autorización por parte de la empresa Alianza SGP-aliada del Grupo Bancolombia- **a fin de que le puedan recibir los abonos en la sucursal física donde efectuará el pago(...)**” (Subrayado mío), esta respuesta hace parte de las quejas presentadas a la Superintendencia de Industria y Comercio y que fueron incluidas en la contestación de la demanda, sin embargo el a quo no se pronuncia al respecto.

Se evidencia en el párrafo anterior, la RENUNCIA del derecho de mi prohijada como consumidora, de poder cancelar las obligaciones adquiridas, configurándose de esta manera una de las causales estipuladas en las CLAUSULAS ABUSIVAS, por cuanto a mi poderdante se le impidió el derecho de poder cancelar de forma anticipada el pago total o parcial de la obligación en la que se encontraba en mora y de hecho, se le OBLIGÓ A AUMENTAR la mora en la obligación es decir, no solo se le IMPIDIÓ cancelar la obligación en la que se encontraba en mora , sino que además se le OBLIGÓ a incurrir en UNA MORA ADICIONAL, generando un **desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor**.

El a quo desconoce además lo manifestado en la contestación de la demanda respecto a lo descrito por la Ley 1238 de 2009, en su artículo 11.

“ARTÍCULO 11. *PROHIBICIÓN DE UTILIZACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS*. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

- a) Prevean o **impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros(...)**
- b) d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.

En la contestación de la demanda inicial, se indicó por parte de la accionada que;

“Las anteriores prohibiciones, se encuentran plenamente demostradas en la escritura de hipoteca suscrita entre las partes que sirvió de título base de la presente acción, por cuanto al inicio de la cláusula cuarta como se mostró anteriormente, se observa cómo se concibió realmente y de forma original la hipoteca.

El clausulado incorporado en el crédito hipotecario, **limita cualquier manifestación de voluntad del consumidor** financiero (“(...) **sin la intervención o contra la voluntad de EL(LOS) HIPOTECANTES**.(...)”), pues es claro en afirmar que puede ir en contra de la voluntad del deudor hipotecario, además se observa que mi prohijada incurre en un **desequilibrio innecesario**, por cuanto en su pagaré inicial no estaba obligada a dar garantía real del préstamo otorgado, situación que la puso en **desventaja** al punto de que en este proceso ejecutivo, se exige el cumplimiento con clausula acceleratoria, del pago del crédito hipotecario, **en el que se encontraba al día mi prohijada** al momento de la instauración de la demanda hipotecaria, situación reconocida en el libelo de la demanda, por el acreedor.“

Lo anteriormente descrito, prueba no solo la limitación de mí prohijada respecto a sus derechos como consumidor financiero, sino a la limitación de la misma para ejercer una oposición a la MEDIDA IMPUESTA por la demandante al impedir el pago mensual de la obligación y someterla a la MORA de ambos créditos, para de esta manera, utilizar la cláusula acceleratoria y así ejecutar a la accionada mediante la presente demanda de pago de obligaciones que NO EXISTIAN antes de utilizar esta medida irregular, el Despacho no se manifestó respecto de esta situación a pesar de contar con los derechos de petición radicados en la Superintendencia Financiera de Colombia con radicados 2018124385 y 2019103900 de fechas 18 de septiembre de 2018, 22 de octubre de 2018 y 29 de julio de 2019, en donde se expuso esta situación generada por el ACCIONANTE, así como tampoco se manifestó respecto de lo indicado en la contestación de la demanda en lo relativo a la CLÁUSULA CUARTA en donde se dispuso por parte del ACREEDOR el cambio de las condiciones INICIALMENTE pactadas para la aprobación del crédito hipotecario, que se apartaban del objeto inicial del mismo, por cuanto determinó que esta hipoteca respaldaría cualquier otro crédito anterior o posterior a favor del ACREEDOR, sin la intervención o contra la voluntad del hipotecante.

Además, se argumentó por parte de esta demandada, sin tener pronunciamiento al respecto, lo siguiente;

“**QUINTO: Que para efectos exclusivos de determinar los derechos notariales y de registro a que haya lugar, se fija la cifra determinada en la cláusula anterior, valor que corresponde en pesos colombianos al monto del crédito hipotecario de vivienda aprobado por EL ACREEDOR a EL(LOS) HIPOTECANTES. Para tal efecto, con este instrumento se protocoliza la carta de aprobación del crédito hipotecario expedida por EL ACREEDOR, sin que esto implique modificación alguna del carácter de hipoteca abierta sin límite de cuantía que tiene la presente garantía (...).**

PARÁGRAFO: En cumplimiento de lo ordenado por el Artículo 58 de la Ley 788 de 2002 y solo para los efectos tributarios a que haya lugar, EL(LOS)

HIPOTECANTE(S) certifica(n) que a la fecha no ha(n) recibidos desembolsos efectivos de créditos que estén garantizados con la presente hipoteca, distintos o adicionales al crédito hipotecario de vivienda individual a largo plazo a que hace referencia este instrumento (...)(subrayado fuera de texto).

Es decir, la anterior CLÁUSULA prueba que NO existió NINGUN DESEMBOLSO por parte de la accionante que estuviera garantizado con la hipoteca en mención y el a quo, guardó silencio respecto a esta situación particular en la transacción.

Además, se mencionó en la misma contestación de la demanda que se encuentra probada la incorporación de la cláusula abusiva, en la garantía hipotecaria, al incluir en la cláusula octava lo siguiente;

“OCTAVO: Que EL(LOS) HIPOTECANTE(S) autorizan y aceptan con la firma de este contrato a EL ACREEDOR, para acelerar o exigir anticipadamente cualquier obligación a su cargo, sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial alguno (...) en cualquiera de los siguientes casos (...) a) Cuando incurra(mos) en mora en el pago de alguna de las obligaciones a mi (nuestro) cargo **respaldadas con la presente hipoteca en favor de EL ACREEDOR, derivadas del crédito hipotecario de vivienda individual a largo plazo, aprobado por EL ACREEDOR a EL (LOS) HIPOTECANTE(S) (...) b) Cuando incurra(mos) en mora en el pago **de cualquier otra obligación de crédito a mi (nuestro) cargo en favor de EL ACREEDOR, para lo cual se entenderá que hemos sido notificados de tal consecuencia, en virtud de la firma de la presente hipoteca.** (...)**”(subrayado fuera de texto).

El Despacho no se pronunció respecto a la exposición de esta CLÁUSULA a pesar de ser evidente que en ella se obliga al DEUDOR a incurrir en la aplicación de una cláusula aceleratoria, así la obligación exigida no se encuentre respaldada por la garantía hipotecaria, es decir, se exige una MODIFICACIÓN DE LOS TÉRMINOS INICIALMENTE PACTADOS en OTRA OBLIGACIÓN TEMPORAL Y FINANCIERAMENTE DIFERENTES, con la sola firma de la garantía hipotecaria que respalda UN SOLO CRÉDITO, demostrando una vez más la EXISTENCIA DE LA CLÁUSULA ABUSIVA, pues el crédito respaldado por el pagaré No.1310090645, no contemplaba respaldos hipotecarios y esta MODIFICACIÓN DE RESPALDOS FINANCIEROS se realizó con la inclusión de dicha cláusula.

Respecto a la INAPLICABILIDAD DE LA CLAUSULA ACELERATORIA, la argumentación de la pasiva se centró en el hecho PROBADO de que la actora NO permitió el pago mensual de los créditos, bloqueando los pagos en diferentes sucursales de Bancolombia S.A, impidiendo con esto, el pago de la obligación que se encontraba en mora y la del crédito hipotecario que se encontraba al día, conforme se evidencia en los derechos de petición radicados en la Superintendencia Financiera de Colombia con radicados 2018124385 y 20191039

00 de fechas 18 de septiembre de 2018, 22 de octubre de 2018 y 29 de julio de 2019, en donde se expuso esta situación generada por la demandante.

En los antecedentes del proceso, tenidos en cuenta por parte del Honorable Despacho, NO es cierto como lo describe el juzgador, que la pasiva suscribiera dos pagares con la demandada, que se encontraban en mora a la fecha de la instauración de la demanda, es así, que la demandante mencionó en el punto 12 de los HECHOS "(...) 12. La demandada, a pesar de estar al día en el pago de este crédito, como consecuencia del incumplimiento del otro crédito que se pretende cobrar (...)" (subrayado mío).

Lo anterior no se suscribe, como mera corrección de yerro ortográfico o circunstancial, pues, esta apreciación hace parte del fundamento de la demanda inicial, por cuanto esta se fundamenta en el cobro de "otro crédito" al que por decisión UNILATERAL de la demandante no se permitió cancelar mensualmente, y no en el crédito respaldado con la GARANTIA HIPOTECARIA que se pretende exigir en el presente litigio, que se encontraba al día y por la misma decisión unilateral del demandante se puso en mora innecesaria.

Por otra parte, en la contestación de la demanda se expuso que;

"Al inicio de la cláusula cuarta, se observa cómo se concibió realmente y de forma original la hipoteca y que se describe así;

"CUARTO: Que con la presente hipoteca se garantiza el crédito hipotecario de vivienda individual a largo plazo aprobado por EL ACREEDOR a EL(LOS) HIPOTECANTE(S), por la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (200'000.000, 00) MONEDA CORRIENTE, mes vencido; que será pagada dentro del plazo de 20 años en DOSCIENTAS CUARENTA (240) cuotas mensuales, la primera de las cuales se causará un mes después del desembolso (...)"(subrayado fuera de texto)

En este párrafo anterior, se precisan todos los aspectos relevantes al verdadero y real objeto del crédito hipotecario concedido por parte del consumidor financiero, y que no se presta para equívocos o confusiones.

No obstante, en la misma cláusula, se incluyó el contenido de exigencias diferentes y contradictorias, confusas, **no claras** que se **apartan del objeto inicial del crédito** otorgado, así;

"(...), y cubre también toda clase de obligaciones que EL (LOS) HIPOTECANTES, conjunta o separadamente, haya(n) contraído o contraiga(n) en el futuro a favor de EL ACREEDOR. Así como y bajo la consideración de que esta hipoteca es abierta y sin límite de cuantía, la misma

garantiza a EL ACREEDOR **no solamente el crédito hipotecario indicado en esta cláusula** y sus intereses remuneratorios y moratorios, **sino también toda clase de obligaciones expresadas en moneda legal o en UVR** o en cualquier otra unidad que la sustituya **ya causadas y/o** se causen en el futuro a cargo de EL (LOS) HIPOTECANTES, conjunta, separada o individualmente, **y sin ninguna limitación respecto a la cuantía** de las obligaciones garantizadas; sus intereses, costas, gastos y honorarios de abogado, bien sea directas o indirectas, y por cualquier concepto, adquiridas en su propio nombre, o con otra u otras firmas, conjunta o separadamente, **ya se trate de préstamos**, descuentos y/o endosos o cesión de instrumentos negociables, o de créditos de otro orden, de garantías bancarias, de avales de cartas de crédito, de sobregiros en cuenta corriente, tarjetas de crédito, o de cualquier otro género de obligaciones; **ya consten en pagarés**, letras de cambio, cheques, certificados, notas débito, o en cualquier otro documento comercial o civil, girado, aceptado, endosado, cedido o firmado por EL (LOS) HIPOTECANTES, individual o conjuntamente, con otra u otras personas o entidades y bien se hayan girado, endosado, cedido, o aceptado a favor de EL ACREEDOR directamente, o favor de un tercero que los hubiere negociado, endosado o cedido a EL ACREEDOR, o que los negociare, endosare o cedere en el futuro por cualquier concepto; esto es por valor recibido, por valor en garantía, por dación en pago entre otros y **sin la intervención o contra la voluntad de EL(LOS) HIPOTECANTES**. Esta hipoteca garantiza las obligaciones en la forma y condiciones que consten en los documentos correspondientes y no se extingue por el solo hecho de prorrogarse, cambiarse o renovarse, las citadas obligaciones, continuando vigente hasta la cancelación total de las mismas (...)"(subrayado fuera de texto)"

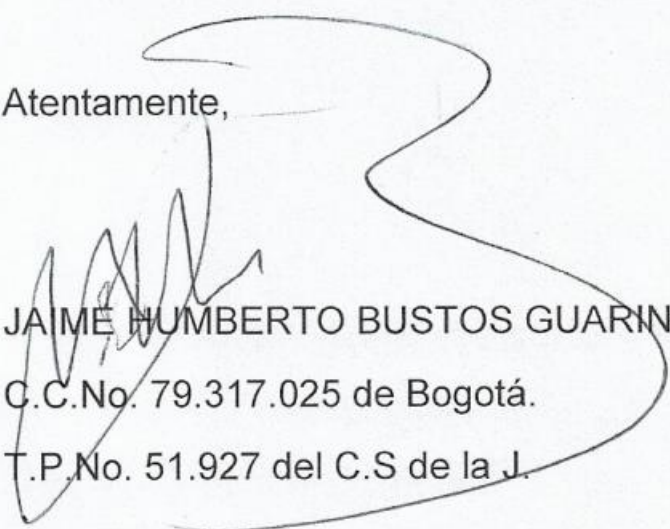
Es en este clausulado en donde se determina la obligación del consumidor financiero que admitir lo que estipule unilateralmente el ACREEDOR, en contra de la voluntad de los hipotecantes, no es dable al DEUDOR oponerse en nada a sus disposiciones, por lo tanto la posición DOMINANTE que se impuso por parte del ACREEDOR al IMPEDIR realizar las consignaciones mensuales en AMBOS CREDITOS es la que hace que la cláusula aceleratoria se pueda utilizar por parte de Bancolombia y es lo que se suplicó en la contestación de la demanda inicial, se tuviera en cuenta por parte del juzgador, no se discutía que se tratara de una hipoteca abierta, sino de la utilización de CLAUSULAS que cumplen con los criterios de CLAUSULAS ABUSIVAS por parte del ACREEDOR cuando este tiene el carácter de DOMINANTE y entabla ACCIONES DESPROPORCIONADAS para someter al DEUDOR impidiendo que éste se ponga al día en sus obligaciones, sea cual fuere la razón del incumplimiento.

Las CLAUSULAS ABUSIVAS se encuentran prohibidas por la Ley como se manifestó anteriormente, en esta apelación, se encuentra probada la existencia de estas en la presente demanda, el accionar del ACREEDOR vulneró los derechos del consumidor al no permitir ponerse al día en las dos obligaciones, llevando inmediatamente a la instauración de una demanda solicitando el pago anticipado de los créditos, sin mencionar que antes de esto, el mismo ACREEDOR había impedido el pago de ambos créditos colocando al DEUDOR en una situación de

mayor vulnerabilidad y de un **desequilibrio financiero injustificado en perjuicio del consumidor.**

Solicito al Honorable Tribunal tener en cuenta lo aquí manifestado en la presente apelación, teniendo en cuenta que cuando se establece la imposición de CLAUSULAS ABUSIVAS estas surgen una vez el daño jurídico se ha realizado, por esta razón, de no existir ni un solo mes de mora en las obligaciones, estas CLAUSULAS IMPUESTAS unilateralmente, no son mencionadas, por cuanto no se ha generado daño alguno, sin embargo la posición dominante del ACREEDOR y la UTILIZACIÓN de medidas igualmente DOMINANTES por parte de este hace que el contenido de estas clausulas sean objeto de revisión cuando se vulneran los derechos del consumidor financiero.

Atentamente,



JAIME HUMBERTO BUSTOS GUARIN

C.C.No. 79.317.025 de Bogotá.

T.P.No. 51.927 del C.S de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. SURAREZ OROZCO RV: RAD. 1001-31-99-001-2020-65721-04 - SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 13/09/2022 10:55

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. SURAREZ 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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Tatiana Reina <contacto@gdle.com.co>

Enviado: martes, 13 de septiembre de 2022 10:51 a. m.

Para: am@amontealegre.com <am@amontealegre.com>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RAD. 1001-31-99-001-2020-65721-04 - SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL DE DECISIÓN

Atn. Dr. Juan Pablo Suárez Orozco

E. S. D.

RADICADO: 11001-31-99-001-2020-65721-04

DEMANDANTE: SOMOS TFC S.A.S. y DIEGO FERNANDO MONSALVE PICO

DEMANDADO: CORPORACIÓN MG S.A.S., JUAN JOSÉ MORENO GARZÓN y MARTHA CECILIA CORREDOR TORRES.

ASUNTO: Memorial sustenta recurso de apelación contra sentencia dictada en audiencia del 29 de agosto de 2022.

JULIANA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 63.538.189 expedida en Bucaramanga, y portadora de la T.P. No. 140.013 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada de **DIEGO FERNANDO MONSALVE PICO**, por medio de la presente, me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en audiencia del 29 de agosto de 2022 por su Despacho, en los términos del memorial anexo.

Adicionalmente, manifiesto que copio en el presente correo al apoderado de la parte demandante para su conocimiento.

Cordialmente,

Juliana González González

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN
Atn. Dr. Juan Pablo Suárez Orozco
E. S. D.

RADICADO: 11001-31-99-001-2020-65721-04

DEMANDANTE: SOMOS TFC S.A.S. y DIEGO FERNANDO MONSALVE PICO

DEMANDADO: CORPORACIÓN MG S.A.S., JUAN JOSÉ MORENO GARZÓN y MARTHA CECILIA CORREDOR TORRES.

ASUNTO: Memorial sustenta recurso de apelación contra sentencia dictada en audiencia del 29 de agosto de 2022.

JULIANA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 63.538.189 expedida en Bucaramanga, y portadora de la T.P. No. 140.013 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada de **DIEGO FERNANDO MONSALVE PICO**, por medio de la presente, me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en audiencia del 29 de agosto de 2022 por su Despacho, en los siguientes términos.

I. LA SENTENCIA APELADA

En audiencia celebrada el pasado 29 de agosto de 2022, el Abogado del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio decidió:

“PRIMERO: Declarar probada la excepción de mérito denominada “AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA EN EL EJERCICIO DE LA PRESENTE ACCIÓN”.

SEGUNDO: En consecuencia negar las pretensiones de la demanda, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a DIEGO FERNANDO GONZÁLEZ PICO, para el efecto se fija por concepto de agencias en derecho a favor de JUAN JOSÉ MORENO GARZÓN, MARTHA CECILIA CORREDOR TORRES y CORPORACIÓN MG S.A.S la suma de DIECISÉIS MILLONES OCHENTA MIL PESOS M/Cte. (\$16.080.000) equivalente al 6% del total de las pretensiones indemnizatorias solicitadas con la demanda.”

El A quo fundamentó su decisión en que, pese a que se demostró que se cumplió el primer requisito consagrado en el artículo 21 de la Ley 256 de 1996 consistente en que el demandante Diego Monsalve participe en el mercado al haberse probado que es consultor de tres empresas, a su juicio, sus intereses no podrían resultar afectados o amenazados por los actos de competencia desleal que fueron demandados toda vez que estos afectaron, presuntamente, a la sociedad SOMOS TFC S.A.S.

II. ANTECEDENTES RELEVANTES

Consideramos especialmente relevante que el Tribunal conozca los antecedentes que rodearon la aceptación del desistimiento de las pretensiones contra JUAN JOSÉ MORENO, CORPORACIÓN MG y MARTHA CECILIA CORREDOR, por parte de “la sociedad SOMOS TFC S.A.S.”, la cual se solicitó en virtud de un contrato de transacción celebrado irregularmente y que conllevó a la exclusión de esta última como accionante.

Este recuento, aunque breve, permitirá a su Despacho notar las graves irregularidades que permearon todo el proceso, toda una orquestación cuestionable de parte de los accionados y que fueron omitidas abiertamente por el Juez de primera instancia, entre ellas, las confesiones que se derivaban de la contestación de la demanda, la meridiana claridad de las conductas desleales que se evidenciaron en el interrogatorio, todo lo cual fue omitido en la sentencia proferida que se apela.

1. El 12 de julio de 2021 se radicó ante el a quo la solicitud de medidas cautelares transitorias urgentes consistentes entre otras, en denegar cualquier revocatoria de poder realizada por parte de SOMOS TFC S.A.S. en razón a los siguientes hechos, que fueron expuestos en ese momento:

“1. El día 22 de abril de 2021, el señor DIEGO FERNANDO MONSALVE PICO fue removido del cargo de Representante Legal Suplente de la sociedad SOMOS TFC S.A.S., de manera unilateral, y fue nombrado en dicho cargo el señor ANGEL ORLANDO MONCADA PEREZ. Lo anterior, valiéndose del voto del 60% de las acciones pertenecientes al demandado JUAN JOSE MORENO GARZON. Esta decisión fue registrada en Cámara de Comercio el día 4 de mayo de 2021.

2. La decisión de cambiar al Representante Legal Suplente, en principio no es ilegal, sin embargo, con posterioridad se evidenciarían los objetivos de dicha

decisión, los cuales son: i) revocar el poder conferido a mí por parte de SOMOS TFC S.A.S.; i) desistir de las pretensiones del presente proceso.

3. La estrategia mencionada en el numeral anterior, se pone al descubierto con la convocatoria y subsiguiente reunión de la Asamblea de Accionistas. Así, el día 4 de junio de 2021 se convoca Reunión Extraordinaria de la Asamblea de Accionistas para el día 16 del mismo mes y anualidad, con el siguiente orden del día: [énfasis en el numeral 3. "decisión sobre la terminación anormal de un proceso por presuntos actos de competencia desleal"].

4. La reunión relacionada tuvo lugar el día 16 de junio de 2021, en la cual se decidió nuevamente de manera UNILATERAL por parte del señor JUAN JOSE MORENO GARZON como propietario del 60% de las acciones, la terminación del presente proceso a nombre de la sociedad SOMOS TFC S.A.S.

5. Lo cierto es que el señor JUAN JOSE MORENO GARZON es demandado dentro del presente proceso toda vez que su actuar desleal generó daños a la actividad de SOMOS TFC S.A.S., y ahora pretende abusar de su derecho de voto, para emitir decisiones viciadas por un evidente conflicto de interés. Lo anterior, por cuanto la terminación del presente proceso en nombre de la sociedad, le favorece a título personal.

6. En virtud del conflicto de intereses anteriormente reseñado, es claro que la decisión de terminar el presente proceso valiéndose de su participación accionaria en la sociedad SOMOS TFC S.A.S., se encuentra viciada de nulidad, ante el claro abuso del derecho de voto."

2. Dicha solicitud de medidas cautelares fue negada por el a quo, decisión que fue confirmada por el Tribunal.
3. Efectivamente se suscribió un contrato de transacción entre la sociedad SOMOS TFC S.A.S., teniendo como representante legal al señor Ángel Orlando Moncada Pérez, quien fue elegido en las asambleas que se advirtieron fueron irregulares -y así fue reconocido por la Supersociedades-.
4. Por medio de Auto del 19 de julio de 2021, se admitió la revocatoria de poder a la suscrita por parte de SOMOS TFC S.A.S.

5. Por medio de auto del 10 de diciembre de 2021 se aceptó el desistimiento de las pretensiones por parte de la sociedad SOMOS TFC S.A.S.
6. El 16 de diciembre de 2021, la suscrita presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra el auto mencionado en el numeral anterior.
7. Mediante Sentencia del 26 de mayo de 2022, la Superintendencia de Sociedades decidió el proceso iniciado por parte de mi poderdante en contra de las decisiones asamblearias mencionadas en el primer hecho que buscaban terminar este proceso de manera irregular, si bien denegó las pretensiones al considerar que el daño no se había materializado en tanto este proceso continuaba vigente al no encontrarse en firme el auto que aceptó el desistimiento de las pretensiones, dejó claro que existieron sendas irregularidades en el cambio de representante legal y la revocatoria del poder a la suscrita con el fin de terminar el proceso por competencia desleal por parte de la sociedad SOMOS TFC:

Dicho lo anterior, el Despacho encuentra que existen sendas irregularidades en las decisiones que aquí se demandan toda vez que, si bien el hecho de remover del cargo de representante legal suplente al accionista minoritario no es abusivo per se, lo cierto es que, el demandante ha logrado acreditar que dicha decisión se adoptó con la finalidad de que el nuevo representante legal suplente convocara a una reunión asamblearia para discutir y decidir sobre la terminación del proceso que el señor Monsalve Pico había iniciado por presuntos actos de competencia desleal en contra de Corporación MG S.A.S. y Juan José Moreno Garzón y Martha Cecilia Corredor.

Página 7 de la Sentencia.

Pues bien, el Despacho encuentra que, se demostró que existió la intención de terminar un proceso por presuntos actos de competencia desleal adelantado ante la Superintendencia de Industria y Comercio, toda vez que, se aportó un contrato de transacción en el que se evidencia que Somos TFC S.A.S., representada por Ángel Moncada Pérez, se obligó a terminar el proceso adelantado por actos de competencia desleal de radicado n.º 2020-01-265721 y la solicitud de medidas cautelares. (vid. Folios 546 a 554, radicado n.º 2021-01-507989, anexo AAA).

Dicho contrato de transacción fue puesto a consideración de la Superintendencia de Industria y Comercio toda vez que, obra en el expediente un memorial remitido a dicha entidad en el cual se solicita que '[...] se decrete la terminación del mismo por cuenta del Contrato de Transacción que se adjunta y que vincula a la demandante Somos TFC S.A.S. y a los demandados Corporación MG S.A.S., Martha Cecilia Corredor Torres y Juan José Moreno Garzón; no vincula esta transacción al demandante Diego Fernando Monsalve.' (vid. Folio 544, radicado n.º 2021-01-507989, anexo AAA).

Página 8 de la Sentencia.

"No obstante lo anterior, el accionante no logró demostrar que las decisiones demandadas le hubieran causado un daño a él o a la compañía. Lo anterior, si se tiene en cuenta que, durante la fijación del objeto del litigio, quedó claro que el proceso iniciado ante la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra vigente. Así las cosas, no se encontró la existencia de un daño o de una ventaja injustificada causada por la decisión adoptada en la reunión de asamblea de accionistas del 16 de junio de 2021, si se tiene en cuenta que el proceso aún se encuentra vigente9".

8. La sentencia de la Superintendencia de Sociedades fue comunicada al Despacho del a quo por el abogado de la parte demandada el 01 de junio de 2022, **por lo que hace parte de este expediente**. Adicionalmente, el 07 de junio del mismo año, la suscrita allegó memorial aclarando la razón por la cual no se había considerado probado el daño y la importancia de no acceder al desistimiento de las pretensiones en que derivaba el contrato de transacción allegado.

9. Pese a lo anterior, el recurso interpuesto contra el auto del 10 de diciembre que aceptó el desistimiento de las pretensiones fue decidido en Auto del 27 de julio del 2022, siendo este rechazado de plano al considerar que la suscrita no contaba con personería jurídica al haber sido revocado el poder por parte de la sociedad.
10. La anteriormente mencionada decisión también fue recurrida, siendo rechazado de plano el recurso.
11. De esta manera, quedó en firme el Auto del 10 de diciembre y la sociedad SOMOS TFC S.A.S. fue excluida como demandante en el presente litigio.

Lo anterior da cuenta de que, muy a pesar de que la Superintendencia de Sociedades estableciera la irregularidad de las decisiones encaminadas a terminar este proceso por parte de la sociedad SOMOS TFC S.A.S., el a quo consideró adecuado permitir el desistimiento de las pretensiones por parte de dicha sociedad, para luego, decidir en la Sentencia apelada que, Diego Monsalve, quien terminó siendo el único demandante, carecía de legitimación en la causa por activa, eliminando cualquier posibilidad de tutela judicial de los intereses tanto de la sociedad como de uno de sus accionistas, cuando, evidentemente, desde la “transacción” misma, así como de las pruebas que obran en el proceso, se configuraban actos de competencia desleal en donde ambas partes estaban legitimadas.

Pasamos entonces a demostrar la legitimación por activa del señor **Diego Monsalve**, misma que fue cuestionada por el Juez de primera instancia, **sin siquiera revisar la totalidad de la demanda y mucho menos, lo expuesto en los interrogatorios**, y que llevó a la prosperidad de la excepción que acá se cuestiona.

III. RAZONES DEL RECURSO

Procederemos ahora a exponer las razones por las cuales disentimos de la decisión tomada por el A quo como se expondrá.

1. **Diego Fernando Monsalve Pico está legitimado en la causa por activa para ejercer la presente acción**

El artículo 21 de la Ley 256 de 1996 establece que para ejercer esta acción deben cumplirse dos requisitos:

- (i) Participar o demostrar su intención para participar en el mercado
- (ii) Que sus intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal

Así las cosas, disentimos del criterio del A quo y consideramos cumplidos los requisitos, de tal forma que el señor Diego Monsalve cuenta con legitimación en la causa para ejercer esta acción, por lo siguiente:

- (i) La participación en el mercado fundamento de esta acción por parte del señor Monsalve no es el rol actual de consultor que tiene en tres empresas, sino su calidad de socio de SOMOS TFC S.A.S. con el 40% de las acciones de dicha sociedad. El haber invertido la suma de \$80.000.000 con el fin de participar en el mercado activamente demuestran tanto la intención como la calidad.

Si bien entendemos que, una vez se constituyó la sociedad SOMOS TFC S.A.S. esta se configuró como una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, no puede llevarse esta figura al absurdo al negar que, por lo menos de manera indirecta, los socios participan en el mercado a través de la sociedad.

- (ii) Contrario a lo aducido por el A quo, se probó en el proceso que los intereses económicos de mi poderdante resultaron perjudicados por cuanto invirtió los ahorros de toda su vida y la liquidación que obtuvo tras su renuncia al cargo que ostentaba previamente en una entidad bancaria, es decir, la suma de \$80.000.000, para asociarse con Juan José Moreno en la sociedad SOMOS TFC S.A.S., quien, posteriormente, realizó actos de competencia desleal.

No comprendemos cómo no se consideró que no existe un daño a los intereses patrimoniales de mi poderdante, cuando, para explicarlo mejor, invirtió \$80.000.000 para asociarse con una persona que después usó el mismo canal de comercialización (cuenta de Instagram), para ofertar en el mercado productos extremadamente similares a los que comercializaba SOMOS TFC S.A.S. bajo la marca “TFC TASTY FOOD CLUB”, usando la marca “SOMOS TASTY”, que guarda una estrecha y evidente similitud con la anterior.

Por lo expuesto, consideramos que limitarse a la interpretación exegética de las normas desconociendo el complejo trasfondo de este caso es realmente desafortunado, pues lo cierto es que se probó ampliamente que mi poderdante, en calidad de socio de SOMOS TFC S.A.S.,

participó en el mercado y sufrió afectaciones en su patrimonio por cuenta de los actos de competencia desleal desplegados por los demandados.

2. Sobre el derecho al acceso material a la administración de justicia

Sobre este derecho fundamental, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-086 de 2016 en el siguiente sentido:

“3.1.- La armónica convivencia en una sociedad solo es posible cuando esta es capaz de resolver los conflictos entre sus integrantes por cauces institucionales, que en los estados modernos se encomienda de ordinario a la rama judicial del poder público[3]. Por eso el acceso a la administración de justicia –derecho fundamental a la tutela judicial efectiva- ha sido catalogado como una necesidad inherente a la condición humana[4]. No en vano representa uno de los estandartes en un Estado constitucional que, como el colombiano, además de consagrar un generoso catálogo de derechos pregona su auténtica vigencia.

3.2.- La tutela judicial efectiva ha sido considerada “expresión medular del carácter democrático y participativo del Estado”[5] y “pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho”[6]. Encuentra sustento no solo en el texto de la Carta Política sino en los instrumentos que se integran a ella a través del bloque de constitucionalidad[7]. Su vínculo con el Preámbulo es de primer orden al estar “directamente relacionada con la justicia como valor fundamental de la Constitución”[8]. Apunta al cumplimiento de los fines esenciales del Estado (arts. 1 y 2 CP), entre ellos garantizar la efectividad de los derechos, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas[9]. Además, su consagración expresa como derecho de toda persona refuerza la valía que quiso darle el Constituyente de 1991 en el ordenamiento jurídico (art. 229 CP).

En palabras de este Tribunal, el derecho –fundamental- a la tutela judicial efectiva “se traduce en la posibilidad, reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”[10].

El concepto de “efectividad” que acompaña este derecho supone que el acceso a la justicia no se circunscribe a la existencia de mecanismos nominales para poner en marcha la administración de justicia, sino que exige un esfuerzo institucional para restablecer el orden jurídico y garantizar la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 CP).” (Subrayas propias).

Así las cosas, a la luz de lo preceptuado, no basta con que los ciudadanos puedan acceder a ser parte en un proceso judicial, sino que esto debe derivar en la efectiva materialización de los derechos y la justicia misma.

Por lo anterior, consideramos que, en este caso, se ha desconocido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva toda vez que:

- (i) Pese a que la Superintendencia de Sociedades dispuso claramente que los actos encaminados a terminar con este proceso por parte de la sociedad SOMOS TFC S.A.S. eran abiertamente irregulares, el A quo permitió la exclusión de esta sociedad como demandante del proceso aun cuando, en la argumentación de su fallo, manifestó que SOMOS TFC S.A.S. era la presuntamente perjudicada por los actos de competencia desleal demandados. Lo anterior, derivó en que esta sociedad no pudiera acceder a la justicia por interpretaciones exegéticas, por demás, absolutamente fuera de lugar en un Estado Social de Derecho.
- (ii) No se estudió el fondo del caso ni existió pronunciamiento alguno sobre las conductas de competencia desleal demandadas en sí, pues no hubo un estudio ni siquiera somero sobre las muchas pruebas allegadas más allá de la respuesta dada por mi poderdante en su declaración referente a que actualmente se desempeña como consultor en tres empresas.

Valga decir que consideramos este caso como una excelente oportunidad para que se fijara por lo menos un parámetro judicial con respecto a las cuentas de Instagram y similares como vitrinas y establecimientos de comercio y consideramos verdaderamente lamentable la forma en la que fue resuelto en primera instancia sin siquiera ser estudiado de fondo.

Por lo anterior, hacemos un llamado al Ad quem para que realice un estudio serio, de fondo y aplicando una interpretación sistemática del ordenamiento legal con el objetivo de garantizar la efectividad del ordenamiento jurídico.

3. Sobre el rol del juez en el Estado Social de Derecho

Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia C-086 de 2016, se pronunció de la siguiente manera:

“4.2.- Este diseño normativo del proceso para empoderar al juez encontró abierto respaldo en la Constitución de 1991, que consagró un Estado Social y Democrático de Derecho: “La aspiración última del pueblo de alcanzar un marco que garantizara un ‘orden justo’[38], la consagración de la administración de justicia como una función pública esencial[39] y como un derecho fundamental de cada persona[40], así como la prevalencia del derecho sustancial[41], 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”[42].

*La nueva Carta Política robusteció la misión del juez como garante del acceso efectivo a la administración de justicia y de la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos. Es así como se demandan de él altas dosis de sensibilidad y una actitud diligente para corregir las asimetrías entre las partes, asegurar los derechos fundamentales, **entre otros el derecho a la tutela judicial efectiva**, y, en últimas, la vigencia de un orden justo. Mas no por ello puede afirmarse que el principio dispositivo haya sido constitucionalmente proscrito del proceso civil. En este sentido la Corte ha advertido lo siguiente:*

“(…)

*Lo que resulta cierto, en todo caso, aunque nuestro ordenamiento permita un sistema mixto[44], 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”[45]. 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.***

(…)

El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”[46], 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[47]. 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”[48].” (Subrayas propias).

Resaltamos especialmente el último párrafo, pues, en línea con lo expuesto en el acápite anterior, consideramos que, en este caso, no existió la más mínima intención del A quo de buscar la verdad y, por el contrario, estuvo limitado a aplicar irreflexivamente la ley, con lo que permitió la amañada terminación anormal del proceso para la sociedad SOMOS TFC S.A.S. pese a conocer el fallo de la Superintendencia de Sociedades, a las medidas cautelares solicitadas y al recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto que fue rechazado de plano, lo anterior, significó la completa desprotección de los intereses de la sociedad, tantas veces puestos de presente, resultando al menos paradójico que su decisión fuera negar las pretensiones y declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa del señor Monsalve, sin estudiar si quiera tangencialmente las conductas de competencia desleal demandadas, considerando que la presunta afectada era la sociedad, misma cuya exclusión del proceso aceptó sin reparo alguno.

4. Agencias en derecho

Finalmente, y no menos importante por lo paradójico e injusto que resulta, solicitamos a su H. Despacho revisar los criterios -o más bien la ausencia de ellos-, al momento de cuantificar las agencias en derecho.

A partir del numeral 4 del artículo 366 del CGP y el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, el rango aplicable para fijar las agencias en derecho correspondería a entre el 3% y el 7.5% de lo solicitado. Asimismo, la Ley dispone que el juez debe tener en cuenta para determinar el porcentaje “la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”.

Así las cosas, atendiendo a que las gestiones legales de la contraparte en el presente proceso brillan por aquellas que llevaron a deslegitimar al propio interesado en la acción, convalidando legalmente actos que fueron señalados por la Supersociedades como cuestionables y que, finalmente, concluyó en una única audiencia -evidentemente se tenía la orientación del fallo, pues ningún análisis se hizo de lo surtido en los interrogatorios-, resulta verdaderamente cuestionable que, además del perjuicio causado a nuestro poderdante, se tasen unas agencias en prácticamente el límite del rango permitido.

En este evento, tratando de hacer honor a la equidad y a la justicia material, así como atendiendo la ausencia de una justificación del a quo del porcentaje tasado como era su obligación legal y siguiendo la regla del parágrafo del artículo 3 del Acuerdo consistente en que, a mayor valor de lo pedido, menor porcentaje; respetuosamente solicitamos se revoque el numeral tercero para, en su lugar, reducir el monto de la condena en agencias en derecho al mínimo valor posible.

IV. PETICIONES

Por lo expuesto, solicitamos respetuosamente al Tribunal:

PRINCIPALES

1. **REVOCAR** la sentencia proferida en audiencia del 29 de agosto de 2022.
2. **ESTUDIAR** el recurso de apelación interpuesto contra el auto que aceptó el desistimiento de las pretensiones por parte de SOMOS TFC S.A.S. a la luz de lo dispuesto por la Superintendencia de Sociedades.
3. **ESTUDIAR DE FONDO Y PRONUNCIARSE** sobre las conductas de competencia desleal demandadas.
4. En consecuencia, **ACCEDER** a las pretensiones consignadas en la demanda.

SUBSIDIARIAS

1. **REVOCAR** el numeral tercero de la sentencia proferida en audiencia del 29 de agosto de 2022.
2. En su lugar, condenar al pago de agencias en derecho por el 3% de lo pedido.

Cordialmente,


GONZÁLEZ
ESPRIELLA
ABOGADOS

Juliana González González

MEMORIAL PAR REGISTRAR DRA. LIZARAZO VACA RV: Sustentación recurso de apelación RADICADO: 11001319900120225472001

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

Mar 13/09/2022 11:34

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PAR REGISTRAR DRA. LIZARAZO VACA

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá
Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305
Teléfono 423 33 90 Extensión 8349
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Lorena Lopez <lola9606lopez@gmail.com>

Enviado: martes, 13 de septiembre de 2022 11:33 a. m.

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

Cc: Despacho 08 Sala Civil Tribunal Superior - Bogota - Bogota D.C. <des08ctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Dr. Carolina Díaz <carolina.diaz@dcestudiolegal.com>; santiago.reyes@dcestudiolegal.com <santiago.reyes@dcestudiolegal.com>; dasanchez@rtsb-legal.com <dasanchez@rtsb-legal.com>

Asunto: Sustentación recurso de apelación RADICADO: 11001319900120225472001

Señores,

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

Sala Civil de Decisión.

REF. Acción de protección al consumidor

DEMANDANTE: AZAEL ENRIQUE CORTINA GARCIA Y ZULMA JEANNETTE DIAZ SARMIENTO

DEMANDADO: CONSTRUCCIONES MARVAL SA

RADICADO: 11001319900120225472001

ASUNTO. SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

De conformidad con el auto proferido el nueve (9) de septiembre de dos mil veintidós; mediante el presente correo electrónico, adjunto remito sustentación del recurso de apelación instaurado en contra de la sentencia proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio el 22 de agosto de dos mil veintidós (2022).

Cordialmente,

Astrid Lorena López Achury

Apoderada

[C.C.No.](#) 1.020.811.909

TP. No. 329.396 del C.S.J.

Cel: 317 4098712

correo: lola9606lopez@gmail.com

Bogotá D.C, 13 de septiembre de 2022

Señor(es),

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
Sala Civil de Decisión.**

REF. ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

DEMANDANTE: AZAEL ENRIQUE CORTINA GARCIA Y ZULMA JEANNETTE DIAZ SARMIENTO.

DEMANDADO: CONSTRUCCIONES MARVAL SA

RADICADO: 22 – 54720

ASUNTO. SUSTENTACIÓN APELACIÓN SENTENCIA

A continuación, me permito presentar la sustentación al recurso de APELACIÓN conforme lo dispone la providencia emitida por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil de Decisión notificada por Estado el día doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022), sustentación que se presenta renunciando a los términos de ejecutoria de la providencia señalada con anterioridad, en contra de la Sentencia proferida por el Despacho de las Superintendencia de Industria y Comercio el pasado 22 de agosto del año en curso, conforme el Inc. 2 del Numeral 1 del Artículo 322 del Código General del Proceso, así:

I. FUNDAMENTOS DE FONDO.

Carece de todo fundamento fáctico, probatorio y jurídico la sentencia proferida por las siguientes razones:

i. DESCONOCIMIENTO DE LOS HECHOS Y MATERIAL PROBATORIO:

Para poder entender con claridad la situación presentada entre mis mandantes y CONSTRUCCIONES MARVAL S.A, se requiere una valoración detallada de las pruebas que reposan en el expediente, con las cuales se puede concluir sin temor a equivocaciones que el Honorable Despacho no tuvo en cuenta que los demandantes entregaron elevadas sumas de dinero desde el mes de febrero de 2017 y llegado el mes de mayo de 2021, es decir **4 AÑOS** después, los inmuebles prometidos en venta por parte de CONSTRUCCIONES MARVAL S.A, ni siquiera estaban listos para transferir el dominio y mucho menos para entregar.

4 AÑOS de incertidumbre en la fecha de entrega del inmueble, de falta de información de los tiempos y avances del proyecto, hicieron que mis mandante jamás tuvieron certeza real del pago del saldo, sin embargo de las PRUEBAS que tampoco fueron valoradas, se evidencia que desde septiembre del año 2019 los demandantes contaban con una carta aprobatoria de un crédito con Banco de Occidente por \$300.000.000, y así mismo que tenían para la venta el inmueble donde habitaban con sus dos menores hijas cuyo valor ascendía para la venta a \$488.000.000, que sumados daba de sobra para pagar el saldo del nuevo inmueble, pero cuya falta de información por parte de CONSTRUCCIONES MARVAL S.A, todo se mantuvo a la espera de explicaciones.

Cómo es posible que el Despacho no hubiera reparado en el hecho que el inmueble para el momento del retiro del negocio por parte de mis mandantes, es decir, mayo del año 2021 no existía, o estaba en condiciones de escriturar y entregar, pues de todo el soporte probatorio no se lee ninguna comunicación por

parte de CONSTRUCTORA MARVAL S.A. donde estableciera una fecha cierta para firmar la escritura y para entregar.

Cómo pretendía el Despacho que mis mandantes salieran a vender el inmueble donde habitaban y además pagará más de quinientos millones desde el año 2018, esta clase de negociaciones no se manejan así, tan no se maneja así es que el Constructor debe INFORMAR la fecha de firma de escritura y entrega para que el Comprador de su proyecto realice todos los trámites pertinentes, llámese crédito hipotecario, operación de leasing, cesantías, cuentas AFC, ahorros, venta de activos, créditos de libre inversión o lo que sea para completar el saldo del apartamento.

Por otro lado desde el año 2019, el pago de la cuota inicial estaba al día, solo dependía de que los inmuebles estuvieran construidos, para que mis mandantes como compradores nuevos organizaran sus finanzas y pagar el saldo, como pretende el Despacho que solo el crédito y por lo tanto la constancia de una carta aprobatoria por más de quinientos millones, es el único mecanismo de pago. Arbitrario pretender eso, más aún cuando se llevan 4 años de espera sin claridad de la información.

Por otro lado de la lectura clara y jurídica de la oferta y la promesa, la figura del desistimiento no está contemplada, no se regulo contractualmente, se reguló fue el incumplimiento, como es posible que el hecho de que mis poderdantes se retiraran después de 4 años de espera sin información cierta y veraz, procedan a mencionar que por tratarse de un desistimiento este debe ser objeto de sanción. Es un trato cruel a un consumidor, que no aguantaba más tiempo con más de \$250.000.000 entregados a un constructor que no le definía, fueron muchos años en que mis mandantes dejaron de ver ese dinero y ahora para completar cuando decide retirarse del negocio por demora, por falta de claridad en la información y de seriedad, deciden sancionarlos con más de \$79.000.000, son los ahorros de muchos años. Que situación más lesiva para un Consumidor de vivienda.

1.1. Hechos ocurridos entre febrero y diciembre de 2017.

- Cómo reposa en el expediente se evidencia que mis mandantes separaron un inmueble sobre planos en el mes de febrero de 2017 a la Compañía CONSTRUCCIONES MARVAL S.A con el pleno convencimiento de la seguridad y seriedad de esta Compañía e hicieron grandes abonos a la cuota inicial desde ese momento y hasta el mes de agosto de 2019 completando de esta manera el valor de \$238.389.300 por concepto de cuota inicial.
- Así mismo a lo largo del año 2017 suscribieron dos acuerdos que regulaban los cambios de acabados, cuyos valores se pagaban adicionalmente al precio de los inmuebles objeto de negociación.
- El 16 de febrero del año 2017, las Partes suscribieron el documento denominado “oferta de compraventa No. 135416-001” sobre los bienes inmuebles, apartamento No. 1103 de la Torre 1 y parqueaderos Nos. 123 y 123 A, pertenecientes al proyecto CONJUNTO RESIDENCIAL BAVIERA P.H. ubicado en la ciudad de Bogotá, en la dirección AC 170 No. 69-47.

Por otro lado, al entregar este documento, CONSTRUCCIONES MARVAL S.A. debió entregar copia del contrato de encargo fiduciario suscrito con FIDUCIARIA BOGOTÁ, dicho documento no fue entregado a mis mandantes como lo ordena la Superintendencia Financiera.

- El 18 de septiembre de 2017, mis poderdantes reciben comunicación por parte del Señor Luis Eduardo Díaz trabajador de CONSTRUCCIONES MARVAL S.A., el cual manifiesta que se cumplió el punto de equilibrio del proyecto contemplado en el contrato de encargo fiduciario para la TORRE 1 BAVIERA.
- Finalmente el 20 de diciembre de 2017, ZULMA JEANNETTE DÍAZ SARMIENTO y AZAEL ENRIQUE CORTINA GARCÍA suscribieron con CONSTRUCCIONES MARVAL S.A, “*contrato de promesa de compraventa*”, el cual, establecía las siguientes estipulaciones a saber:

*La fecha de firma de la escritura de venta se daría a los 180 días calendario, contados a partir del día siguiente a la fecha de firma de este contrato; es decir, la escritura pública **debía suscribirse el 21 de junio de 2018.** (Negrilla y subrayado fuera del texto) y aun cuando estableciera condiciones adicionales como las relacionadas en la cláusula 6 del mismo Contrato, es pertinente aclarar señor Juez que estas no dependían de mis mandantes, pues correspondían únicamente de la operación interna de CONSTRUCCIONES MARVAL S.A, constructor de proyectos de vivienda no de mis mandantes.*

Vale la pena resaltar que la cláusula sexta del contrato de promesa de compraventa establece que el plazo los 180 días calendario, contados a partir del día siguiente a la fecha de firma de ese contrato puede ser ampliado de común acuerdo por las partes por un término no superior al inicialmente pactado, situación que jamás sucedió.

El tiempo pasaba y no se obtenía información del avance del negocio.

1.2. Hechos ocurridos en el año 2018:

- En abril de 2018 CONSTRUCCIONES MARVAL S.A, envió vía correo electrónico informando el avance de obra del proyecto CONJUNTO RESIDENCIAL BAVIERA.
- En junio de 2018 CONSTRUCCIONES MARVAL S.A, no informó sobre la firma de la escritura pública de compraventa, ni fecha de entrega de los inmuebles, así como tampoco suscribió otrosi al contrato de promesa de compraventa estableciendo una nueva fecha para el cumplimiento de su obligación como constructor. Sin embargo mis mandantes seguían cumpliendo con la forma de pago establecida para el inmueble, pues el edificio seguía sin construirse por lo que no había manera de obtener aprobación de ningún crédito ni conseguir los recursos para pagar la totalidad del inmueble.
- El día 05 de noviembre de 2018, CONSTRUCCIONES MARVAL S.A., nuevamente vía correo electrónico comparte videos de YouTube sobre avance de obra. Es decir, 5 meses después de la fecha fijada para la firma de la escritura pública y entrega de los inmuebles y el proyecto se encontraba en pleno proceso constructivo.

Pasado más de un año del inicio del negocio, ni se define la fecha de la firma de la escritura, ni de la entrega de los inmuebles, sin embargo mis mandantes seguían cumpliendo.

1.3. Hechos ocurridos en el año 2019

- Mis mandantes en agosto de 2019 pagaron la totalidad de la cuota inicial según tiempos programados en los documentos del negocio.
- El día 26 de septiembre de 2.019, emitió carta de aprobación de crédito a favor de la señora ZULMA JEANNETTE DIAZ SARMIENTO por un valor de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000), la cual contaba con una vigencia hasta el 26 de marzo de 2.021. Vale la pena aclarar que esta suma más el valor del inmueble de propiedad de mis mandantes y donde habitaban con su familia, permitía pagar de sobra el valor del saldo del inmueble negociado con MARVAL.
- El día 05 de octubre de 2.019, la sociedad CONSTRUCCIONES MARVAL SA, notificó sobre la fecha probable de entrega del bien inmueble, la cual se estableció para octubre del año 2.020 y en razón a ello, el 07 de noviembre de 2.019.
- el 07 de noviembre de 2.019, los señores ZULMA JEANNETTE DÍAZ SARMIENTO y AZAEL ENRIQUE CORTINA GARCÍA envían al correo ldiazm@marval.com.co, correo institucional de MARVAL al funcionario Luis Eduardo Díaz Mantilla la carta aprobatoria del crédito por parte del Banco de Occidente.
- El 9 de noviembre de 2019, a los dos días, desde el mismo correo institucional ldiazm@marval.com.co, la Compañía manifiesta que esos documentos deben ser entregados en físico al área de trámite y cartera para la legalización del crédito, además de repetirse una mala práctica por parte de MARVAL, al imponer cargas adicionales a las establecidas por la ley para un comprador, los encargados de esa área jamás se comunicaron con mi mandante, razón por la cual ahora pretenden en la contestación negar la existencia de esa carta, la cual no fue tachada de falsa por la demandada.

Tres años después y los inmuebles aún no se construían y mis mandantes ya habían cumplido con las obligaciones a su cargo, pagar la cuota inicial y tener la aprobación de un crédito (sin que sea obligación para pagar un inmueble, pues esta clase negocio, permite el pago con recursos propios).

1.4. Hechos ocurridos en el año 2020:

- El 16 de enero de 2020 mis poderdantes seguían interesados en el negocio y solicitan información para realizar el pago del saldo total del inmueble.

- El día 12 de febrero de 2.020, mis poderdantes realizan un abono al precio de compraventa de los inmuebles, correspondiente a VEINTICINCO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$25.469.856.00), habiendo pagado mis mandantes para ese entonces un total de DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$263.869.156) superando el valor fijado como cuota inicial, pese a que ya existía un incumplimiento de casi 2 años por parte de CONSTRUCCIONES MARVAL S.A.
- El 07 de agosto de 2.020, consignan en Inmobiliaria Bogotá el inmueble de su propiedad ubicado en la Carrera 59ª No. 136-25 Torre 2 Apartamento 312,, con el fin de cancelar junto con parte del crédito aprobado por Banco de Occidente el saldo pendiente de pago de la negociación existente con CONSTRUCCIONES MARVAL SA.

Vale la pena resaltar que para esta fecha más de 3 años MARVAL no había informado una fecha cierta de firma de escritura ni de entrega del apartamento, toda vez que aún se encontraba en proceso de construcción del proyecto, por lo tanto mis mandantes no podían salir a vender el inmueble donde habitaban con sus dos menores hijas sin tener certeza de cuando estrenarían apartamento.

- El día 16 de septiembre de 2.020 y teniendo en cuenta que Banco Davivienda SA, había realizado un convenio CON CONSTRUCCIONES MARVAL S.A., mis mandantes deciden nuevamente solicitar un crédito hipotecario ante este banco, quien también aprueba la suma de doscientos cincuenta y tres millones de pesos (\$253.000. 000.00). Se reitera este valor más el valor de venta del inmueble de propiedad de mis mandantes daba de sobra para pagar el saldo del inmueble negociado con MARVAL. Pues el valor del saldo era de QUINIENTOS TREINTA MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$534.761. 844.00).
- En el mes de octubre de 2.020, fecha de la supuesta entrega, CONSTRUCCIONES MARVAL S.A. notifica el 05 de octubre de 2.020, sobre el inicio de la etapa de entregas y solicita nuevamente el envío de la documentación para la firma de la escritura pública de los inmuebles a través de correo electrónico

Cuatro años después de haber separado los inmuebles y sin tener certeza de la construcción, firma de escritura y entrega de los mismos, transcurre el año 2021.

1.5 Hechos ocurridos en el año 2021:

- El 03 de mayo de 2.021, los señores ZULMA JEANNETTE DÍAZ SARMIENTO y AZAEL ENRIQUE CORTINA GARCÍA radican en físico, en las oficinas de la constructora, el formato establecido e impuesto por la demandada para el retiro del negocio, el cual es denominado "Carta de Retiro – código R-VEN-005 versión 07" con el fin de terminar la negociación de compra del bien inmueble apartamento 1103 del proyecto Conjunto Residencial Baviera, sin

sanción, solicitando: (i) la devolución de los dineros correspondientes a la suma de doscientos cincuenta y dos millones doce mil novecientos sesenta y un pesos (\$252.012.961) imputados al precio de la compraventa de los inmuebles más los siete millones setecientos setenta y ocho mil pesos (\$7.768.000) correspondientes al precio de los acabados.

- Cabe anotar que CONSTRUCCIONES MARVAL S.A. señala dentro de su procedimiento y políticas internas para la solicitud de terminación de la negociación, la suscripción del formato denominado "Carta de retiro código R-VEN-005 versión 07", en donde el comprador se obliga a autorizar una sanción que no está establecida en el contrato de promesa de compraventa, pues, en este únicamente se regula la sanción por incumplimiento. Incumplimiento que claramente fue generado por CONSTRUCCIONES MARVAL S.A. y no por mis mandantes.

- El 31 de mayo de 2021, remite una comunicación en la cual manifiesta que los señores ZULMA JEANNETTE DÍAZ SARMIENTO y AZAEL ENRIQUE CORTINA GARCÍA deberán cumplir con el pago de la cláusula penal establecida en la "oferta de compraventa No. 135416", descontando entonces de los valores aportados, la suma de setenta y nueve millones quinientos mil pesos (79.500.000) por concepto de cláusula penal y la suma de siete millones setecientos setenta y ocho mil pesos (\$7.768.000) correspondientes al precio de los acabados del inmueble, por concepto de sanción a un "contrato de alternativas de diseño" suscrito por los compradores.

Sin embargo CONSTRUCTORA MARVAL S.A. de manera arbitraria niega todas las peticiones de mis mandantes y procede a devolver la suma de \$166.006.961 descontado las sumas de: \$79.500.000 y \$7.066.000 (por concepto de sanción contrato de alternativas de diseño).

Es claro que CONSTRUCTORA MARVAL S.A. no cumplió con la información bajo los preceptos exigidos en la ley por cuanto:

- (i)** No entregó la información clara y completa del desarrollo del negocio sobre el apartamento 1103 de la Torre 1, y parqueaderos 123 y 123 A del Conjunto Residencial Baviera ubicado en la Ac 170 No. 69- 47 de esta ciudad de Bogotá,
- (ii)** Cuatro (4) años después de haber iniciado la negociación CONSTRUCCIONES MARVAL S.A. ni siquiera ha informado a mis mandantes cuando entregan el apartamento y por el contrario imponen una elevadísima sanción que como ya se manifestó no había sido regulada,
- (iii)** Durante estos 4 años de negociación no informaron los avances del proyecto de construcción y por lo tanto del negocio,
- (iv)** No responden las comunicaciones, vale la pena resaltar que a la fecha mis mandantes no saben que sucedió con la carta aprobatoria del crédito que se allegó a su compañía y que por la demora de CONSTRUCCIONES MARVAL S.A. se encuentra vencida, lo que implicaría volver a tramitar nuevamente un crédito.

Así las cosas, solicito comedidamente se sirva revocar el fallo de I instancia y conceder favorablemente las pretensiones de la demanda unos consumidores victimas de una compañía con posición dominante en la relación contractual.

Cordialmente,



ASTRID LORENA LÓPEZ ACHURY
C.C. 1.020.811.909

T.P. 329.396 del C.S. de la Judicatura

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. GARCIA SERRANO RV: PROCESO No. 11001310300820220016101

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

Miércoles 21/09/2022 11:15

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. GARCIA SERRANO

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: Ismael Enrique Guerrero Millan <gabinetejuridico2007@yahoo.com>

Enviado: miércoles, 21 de septiembre de 2022 11:05 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; rmklaw@gmail.com <rmklaw@gmail.com>; Adolfo Suárez Eljach <adolfo.suarez@ostabogados.com>; Martha Garibello <mamegadi@gmail.com>; Ma de Los Angeles Garibello Diaz <mangelesgd@hotmail.com>

Asunto: PROCESO No. 11001310300820220016101

Buenos días.

Adjunto remito la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por la Juez 8 civil del circuito, estando dentro del término concedido en auto precedente, remito dicho escrito a los demás intervinientes en el juicio.

ISMAEL E. GUERRERO M.
ABOGADO U.N.

SEÑOR

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

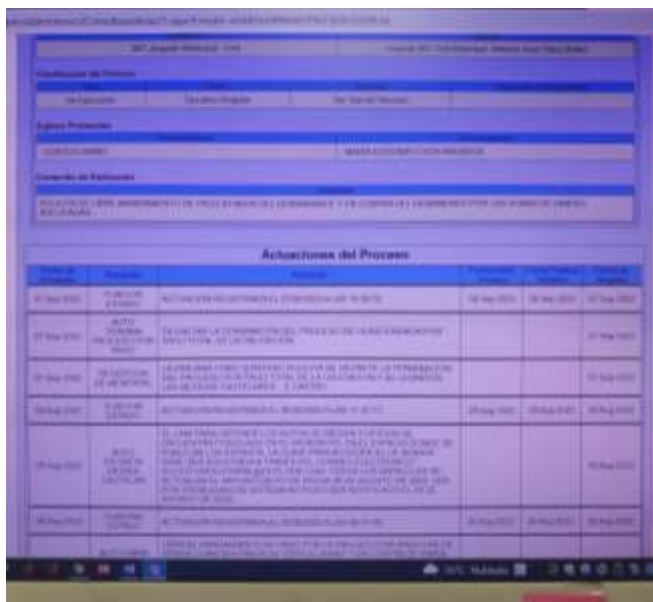
ATC.- DRA. CLARA INÉS MARQUÉZ BULLA

E.S.D.

REF.- EJECUTIVO SINGULAR DE RICHARD MICHAEL KRUMBEIN CONTRA CARLOS ENRIQUE GARIBELLO GALARZA. RAD.- No. 1 1001310300820210016101.

En mi condición de apoderado del ejecutado en el asunto rubricado y señalado como tal en el mail correspondiente, estando dentro del término legal, presento las consideraciones siguientes, que solicito tener como sustentación del recurso de alzada, que interpuse y que en conformidad con su providencia precedente, presento dentro del lapso concedido.

Sea lo primero, expresar, antes de plantear los argumentos que servirán como base para fundamentar el recurso de apelación, la sorpresa que se tuvo, cuando no se observó en la plataforma siglo XXI, la anotación que acreditaba el envío al Tribunal Superior – Sala Civil, del expediente mencionado, y el oficio que indicara tal situación, para que surtiera la apelación; pero, si encontrando que éste ya había sido asignado y que corría el traslado correspondiente, posterior a la ejecutoria del auto que admitía el recurso (inserto pantallazo en el que se constata lo anterior); al igual, que no se me había remitido la audiencia del 24 de agosto, correspondiente al Art.- 373 del C.G.P., en la que se dictó la sentencia que impugné y que está a su conocimiento, la que me fue enviada a mi correo en dos partes, por lo que en los puntos e hitos que más adelante puntualizaré se encuentran dentro de esta perspectiva fáctica; la primera de las partes enviada tiene una duración de 3hrs 3' y la segunda parte 1 hr y 15'; bueno, lo anterior son minucias, pero que siendo del resorte de la secretaría que en la diligencia que debe tener es extraño que se presenten.



Fecha	Evento	Descripción	Inicio	Fin	Estado
27 Sep 2022	Subscripción de la demanda	ACTUACIONES PRELIMINARES DEL PROCEDIMIENTO	27 Sep 2022	27 Sep 2022	Finalizado
27 Sep 2022	Acto de fe	ACTO DE FE DE LA DEMANDA DEL PROCEDIMIENTO	27 Sep 2022	27 Sep 2022	Finalizado
27 Sep 2022	Actuación de señalamiento	SEÑALAMIENTO DE LA AUDIENCIA DE SEÑALAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO	27 Sep 2022	27 Sep 2022	Finalizado
27 Sep 2022	Subscripción de la demanda	ACTUACIONES PRELIMINARES DEL PROCEDIMIENTO	27 Sep 2022	27 Sep 2022	Finalizado
27 Sep 2022	Acto de fe	ACTO DE FE DE LA DEMANDA DEL PROCEDIMIENTO	27 Sep 2022	27 Sep 2022	Finalizado
27 Sep 2022	Actuación de señalamiento	SEÑALAMIENTO DE LA AUDIENCIA DE SEÑALAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO	27 Sep 2022	27 Sep 2022	Finalizado

Ahora, me permito resaltar hitos de las grabaciones (dos) para ver aspectos que en la probanza tienen incidencia y en los puntos tratados en la audiencia mencionada, así:

AUDIENCIA DEL 24 DE AGOSTO DE 2022 (I Segmento de 3 hrs 03')

TESTIMONIOS:

- AMANDA KRUMBEIN: de 23:13" a 1 h: 19'25".

- MARTHA GARIBELLO DÍAZ de: 1 h 19' 28" a 1 h 41' 18".
- MARIA DE LOS ÁNGELES GARIBELLO DÍAZ de 1 h 49' 10" a 2 hrs 16' 29".

ALEGATOS:

- Doctor Suarez de 2 hrs 28' 49" a 2 hrs 49'.
- Doctor Guerrero 2 hrs 49' 15" a 3hrs 03'.

AUDIENCIA DEL 24 DE AGOSTO DE 2022 (II Segmento de 1 hrs 15')

SENTENCIA: 3'03" a 1 h 07'.

APELACIÓN PARTE DEMANDADA: 1hr 07' 46" a 1hr 14' 30"

De la sentencia que se encuentra en el segmento de 1hr 15', planteo para que sean tenidos en cuenta en el momento del análisis y que sea desatado el recurso de alzada, en los siguientes hitos.

SOBRE LA TACHA: 9'20"-13'09"-15'43"-17'48"-18'18"-19'00"

TENEDOR RICHARD MICHAEL KRUMBEIN: 21'44"

CULPA: 22'48"

PRESUNCIÓN: 24'44"

RICHARD MICHAEL KRUMBEIN NO ESTÁ EXENTO DE CULPA: 25'49"

RICHARD MICHAEL KRUMBEIN: Conocía el origen de USD\$ - 26'45"

MENCIÓN CUADRO EXCEL: 27'23"

USD\$ DE FONDO RICHARD MICHAEL KRUMBEIN: 28'24"

RICHARD MICHAEL KRUMBEIN NO TUVO CUIDADO AL DILIGENCIAR PAGARÉ 01: 28'55" - 29'15"

RICHARD MICHAEL KRUMBEIN HACE PARTE DEL NEGOCIO JURÍDICO ORIGINAL:

30'48"

20 DE OCTUBRE DE 2020 Y 1 DE FEBRERO DE 2021: 31'32"

RICHARD MICHAEL KRUMBEIN NO ACTUÓ CON PRUDENCIA AL LLENAR EL PAGARÉ 01: 33'10"

FECHA LLENADO: 34'52"

CARTA INSTRUCCIONES POR RICHARD MICHAEL KRUMBEIN PARA LLENAR 01: 50'43"

REVOCATORIA DE TESTAMENTO: 53'40"

EROGACIONES: 1hr 4' 10"

CONVERSIÓN DE DINEROS ADEUDADOS DE USD\$ 77.089,94 AL 1 DE FEBRERO DE 2021 CON LA TRM DE ESTE DÍA

A: \$3559,46= \$ 274.398.557,83, PERO COBRA \$272.402.615 **PORQUE ES MÁS FAVORABLE Y MÁS CERCANA:** 49'30" - 50'03" - 1hr 12'47"

Expresar mi sorpresa, sería poco, la palabra que describe el escuchar en el pronunciamiento de la Juez 8 de éste circuito, que se le cobraba a mi representado la suma de \$272.402.615, habiéndose establecido que la fecha de "llenado" del vencimiento y a la que se debía liquidar con la TRM de ese día, lo era el primero de febrero de 2021 y que la tasa del mercado de ese día para el dólar, era de \$3559,46, lo que arroja un total,

multiplicado por los dólares que aduce la señora AMANDA KRUMBEIN y su esposo RICHARD MICHAEL KRUMBEIN, que les adeuda mi poderdante CARLOS ENRIQUE GARIBELLO GALARZA USD\$77089,94, lo que da un total a ese día de doscientos setenta y cuatro millones trescientos noventa y ocho mil quinientos cincuenta y siete pesos con ochenta y tres centavos y que le cobraba los \$272.402.615, **PORQUE ERA UN MONTO MÁS FAVORABLE** y era una cifra que ofrecía cercanía al monto que se liquidaba efectivamente a ese día; no era necesario el citar los artículos del Código 619, 621, 625 y “que a la letra rezan”, citar al tratadista Bernardo Trujillo Calle y al maestro Devis Echandia, para arribar a semejante CONCLUSIÓN, le hubiese bastado a la señora Juez ir al punto 4.1, de mi primera excepción, la que tomé como base, la del Art.- 784 numeral 10, para haber arribado a la conclusión que por nuestra parte también llegamos; sin más es deber, como lo diré más adelante que en lo expresado por la señora Jueza, que no es una conclusión si no una confusión, nos de la razón, ya que semejante elucubración “justifica” el “llenado” del pagaré 01 por esa cifra.

Bastaría, solo lo anterior, para fundamentar la apelación que impetramos, por cuanto con ello, a pesar de la cavilación, reflexión o meditación de la señora Juez, se desvirtúa que sea la obligación contenida en el pagaré, conocido como 01 y adosado como base de recaudo, una obligación: clara, expresa y exigible, trayendo en mi base de soporte este argumento lo expresado por la Corte Constitucional, en la sentencia T-743 del 2013: “... Es clara la obligación que no da lugar a equívocos, en otras palabras, en la que están identificados el deudor, el acreedor, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan. Es expresa cuando de la redacción misma del documento, aparece nítida y manifiesta la obligación. Es exigible si su cumplimiento no está sujeto a un plazo o una condición, dicho de otro modo, si se trata de una obligación pura y simple ya declarada”; lo anterior nos denota claramente que la obligación presentada para recaudo en el pagaré 01 no es clara, expresa ni exigible, como podemos ver, al simple rompe de las circunstancias:

1. Se da como fecha de “llenado” el 1 de febrero de 2021.
2. La TRM de ese día era de \$ 3559,46.
3. Los USD\$ supuestamente, adeudados, eran de 77089,94.
4. El producto de los puntos 2 y 3 anteriores, es de \$274.398.557,83.
5. La cifra “correcta”, por la que se debía llenar el pagaré base de recaudo conocido como 01, era la establecida en el punto 4 anterior.

La falladora de instancia con un argumento absolutamente extraño al rigorismo que debía tener la sentencia, expresa que al demandado, se le cobra la suma de \$272.402.615, porque es una cifra “más favorable y más cercana” a la que hemos establecido en el punto cuarto anterior, sacando este argumento de la chistera y sin el menor fundamento, solamente la justificación de una cifra colocada por los KRUMBEIN.

Por este simple razonamiento, se debe establecer, incluso de la misma argumentación de la señora Jueza, que no es una obligación que se enmarque en los requisitos del Art.- 422 del C.G.P. y por ello no se debe continuar adelante con la ejecución y que el Despacho a su cargo debe revocar la sentencia impugnada.

Empero, efectuare algunas otras consideraciones que fundamentarán como adendo el recurso de apelación que interpuse, así:

1. En cuanto a la tacha propuesta por la parte que represento, la que efectué con autorización dada por la apoderada general del demandado para los fines y que en la manifestación de esta misma la expresión del ejecutado era que no había firmado el pagaré y desconocía el contenido del mismo, línea dentro de la cual se efectuó la tacha correspondiente y que como corolario de ello el dictamen del perito concluyó que si era la

firma del señor Garibello Galarza y por tanto en ese mismo sentido, se procedió a expresarle al Despacho y a la parte ejecutante, que en aras de la buena fe y la lealtad procesal se allegaba la experticia rendida.

En este punto es de suyo, claro, que no se puede dar aplicación a lo dispuesto por el Art.- 274 del C.G.P. y sancionar a la parte que represento con el porcentaje del 20% del monto de obligación, por cuanto la contradicción del dictamen no se llevó a cabo, no hubo interrogatorio del perito, el que no podía haber, ya que en el dictamen se estableció que **SÍ** era la firma del ejecutado; por ello, el juzgado no decidió en contra de la parte que propuso la tacha, ya que esta parte estableció con base en el dictamen rendido que era la firma del demandado; por eso, no se cumple el fundamento base de la sanción; eso es, que se decidiera la tacha, entendiendo en sentido laxo que esta última acción, decidir, es: La resolución que se toma o se da con referencia a una cosa o situación dudosa y aquí el juzgado de primera instancia, no tuvo que decidir, absolutamente, nada; por tanto no es de aplicabilidad la sanción de que trata el Art.- 274 invocado por la señora Jueza.

2. Señora Magistrada, sabido es que las pruebas se deben analizar en conjunto, situación que brilla por la ausencia en la providencia dictada por el juzgado de primera instancia, nótese para ello que los documentos arimados por la parte que represento y los testimonios tanto de la parte demandada como de la parte demandante; amen del interrogatorio del ejecutante no son vistos en su conjunto de uniformidad para poder arribar a una conclusión, si no que son vistos en forma individual; nótese, que se establece que AMANDA Y RICHARD KRUMBEIN, actuaban al unísono, en conjunto; en la misma línea de acción y de tiempo, conociendo el ejecutante, desde el origen de los fondos, la base fáctica de los giros, siendo partícipe necesario y fundamental en el negocio jurídico, a más que el pagaré 01, como el mismo ejecutante lo reconoce; le fue endosado onerosamente, a más nótese (*segmento de la audiencia, sentencia, del Art.- 373 del 24 de agosto de 2022: Minuto 26'45" - 27'23" - 28'24"-30'48" y 31'32"*), a más resalto, como lo dice la señora Juez, en los minutos 28'55" - 29'15" y 33'10" (*segmento de la audiencia, sentencia, del Art.- 373 del 24 de agosto de 2022, que el aquí ejecutante no fue cuidadoso, no actuó con prudencia al llenar el pagaré 01 (acá quiero memorar lo expresado arriba en cuanto a la "elucubración" de la señora Juez, para "justificar" el valor por el que RICHARD M KRUMBEIN, llenó el pagaré, denotándose de ellos, señora Magistrada, que el señor RICHARD M KRUMBEIN, apoderado general para esas calendas del acá ejecutado actuó siempre en este sentido y nunca fue ajeno al negocio jurídico y por tanto le son oponibles las excepciones propuestas, teniéndose:*

1. La exigibilidad del pagaré 01 fue mutada, variada, o cambiada a motu proprio por AMANDA Y RICHARD KRUMBEIN, con la comunicación adiada el 27 de febrero de 2021, la que no constituye "ninguna cortesía", si no es un requerimiento mutante de las circunstancias del negocio en que los tres se encontraban involucrados.

2. Así mismo, le resalto señora Magistrada, que la fecha de "llenado" y el valor: Nótese que el monto expresado tanto en el pagaré como en la misiva que invoco arriba, \$272.402.615, tienen su origen en USD\$, lo que nos lleva, por el monto a una simple operación matemática, a establecer en ella con la TRM de cada uno de los días, para determinar, tanto el vencimiento, como la exigibilidad ¿Cuál es el monto del "adeudo"?, así:

Al 1 de febrero de 2021, TRM por el monto "adeudado" (fecha de vencimiento pagaré)

\$3559.46 Cop (TRM 1 de febrero 2021) X USD \$ 77.089.94= \$274.398.557.83 (Monto liquidado con la fecha en que se llenó el pagaré y dada como de vencimiento - 1 de febrero de 2021).

Siendo, por tanto "equivoco" el monto del "llenado" del pagaré 01 no siendo por ende una obligación clara, expresa y exigible, por cuanto no se tiene la certeza.

3. Así mismo es oponible al ejecutante la excepción de que trata el numeral 12 del Art.- 784 del C de Co., la que lo es al ejecutante, ya que éste participó, activamente en el negocio jurídico para ello, invito a que se vean: Min 31'14" - 34'00"- 39'15" - 47'23"- 48'05" - 54' - 55'08" - 56'16" -1 hrs 07' - 1hr 09' del testimonio de la señora AMANDA KRUMBEIN, así como: Min 21'23" - 32'53" - 34'34" - 35'30"- 36'18" - 37'38" - 50'21" - 51 46" - 55' 34" - 49'10" - 54'33" del interrogatorio de RICHARD M KRUMBEIN, a más que no se demostró que se hubiesen pagado los montos aducidos, solo se denota por la señora AMANDA KRUMBEIN, una lista de Excel con una relación de circunstancias y valores que no denotan, per sé, la cancelación de los mismos.

Es de resaltar, señoría, como lo he hecho a lo largo de la asunción de la representación del ejecutado, quien valga recordarlo, es una persona de casi 100 años y que en los hitos de manifestación que se tienen vistos de otorgamiento del pagaré, poder general de CARLOS ENRIQUE GARIBELLO GALARZA a RICHARD MICHAEL KRUMBEIN, endoso de MANDA KRUMBEIN a RICHARD MICHEL KRUMBEIN, el que coincide con la fecha de la sentencia de primera instancia de la expropiación, fecha de vencimiento del pagaré, 01 de febrero de 2021, que coincide con la fecha de revocatoria del poder que le otorgó el señor GARIBELLO a RICHARD MICHEL KRUMBEIN y como se vió y ve en los minutos que he resaltado, tanto del interrogatorio de RICHARD M KRUMBEIN, como del testimonio de AMANDA KRUMBEIN; todo es, al "unísono" y se denota que existe un decurso de coincidencia; por ende, Dra. MÁRQUEZ en estos puntos en los que establezco mi inconformidad con la providencia de la Jueza Octava de éste circuito, me permito remitirla a las excepciones presentadas por el suscrito, y en las que en su desarrollo puede observar, que la coincidencia de estas líneas con las de las contenidas en las excepciones es plena; quiero ratificar que es sorprendente, entre los aspectos que se observan en la providencia que impugno, la falta de rigor de la primer instancia, el no análisis en su conjunto de las pruebas militantes, la falta de búsqueda de algunos otros elementos que le diesen claridad y que la literalidad que tanto se aduce es más en un sentido que en otro, acá quiero retrotraer el comentario que hice al sorprendente "análisis" de la señor Jueza, en cuanto al valor consignado en el título adosado, el que por sí solo denota la falta de rigor en el mismo.

En este orden de ideas, señora Magistrada, y teniendo como base su buen juicio, ponderación y análisis y entendiendo que el fallo que dicte usted se debe dar dentro de una análisis enmarcado dentro de la sana critica probatorio, le solicito revocar la sentencia proferida por la Juez 8 civil del circuito de Bogotá.

SEÑORA MAGISTRADA

ISMAEL GUERRERO MILLÁN

C.C. No. 19.342.858 DE BOGOTÁ

T.P. No. 44.944 DEL C.S.J.

MAIL: gabinetejuridico2007@yahoo.com

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. LIZARAZO VACA RV: [1001310301120200017800]
PINK LIFE S.A.S. vs MERCADEO Y MODA S.A.S. - Sustenta apelación de sentencia**

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

Lun 19/09/2022 9:18

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. LIZARAZO VACA

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá
Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305
Teléfono 423 33 90 Extensión 8349
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: SERGIO ROJAS QUIÑONES <sarq23@hotmail.com>

Enviado: lunes, 19 de septiembre de 2022 9:12 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; mercadeoymoda@gco.com.co <mercadeoymoda@gco.com.co>; Lorena Bernal Castro <notificaciones@pinklife.com.co>; diana puerto <dianapuertop@gmail.com>; Daniel Coca <coca.daniel17@gmail.com>

Asunto: [1001310301120200017800] PINK LIFE S.A.S. vs MERCADEO Y MODA S.A.S. - Sustenta apelación de sentencia

Bogotá, D.C., septiembre de 2022

Señores,

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL - SALA CIVIL

Atn. Dra. Liliana Aída Lizarazo

E. S. D.

Ref.	Demandante:	PINK LIFE S.A.S.
	Demandados:	MERCADEO Y MODA S.A.S.
	Expediente:	2020-00178-00
	Asunto:	Sustenta apelación de sentencia.

Me permito aportar el memorial adjunto en el trámite iniciado por PINK LIFE S.A.S. en contra de MERCADEO Y MODA S.A.S. identificado con el Rad. No. 1001310301120200017800, por el cual se sustenta el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Atentamente,

Sergio Rojas

Bogotá, D.C., septiembre de 2022

Señores,

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

Atn. Dra. LIANA AIDA LIZARAZO

Magistrada Ponente

E. S. D.

Ref. Demandante: PINK LIFE S.A.S.
Demandados: MERCADEO Y MODA S.A.S.
Expediente: 2020-00178-00
Asunto: Sustenta el recurso de apelación

SERGIO ROJAS QUIÑONES, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi condición de apoderado de **MERCADEO Y MODA S.A.S.** (en adelante por su nombre, “MYM” o la “Parte Demandada”), acudo respetuosamente ante el Despacho con el fin de sustentar el **RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia celada el 3 de junio de 2022 en el trámite de la referencia, en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA

Mediante providencia del 9 de septiembre 2022, el H. Tribunal admitió el recurso de apelación interpuesto por el suscrito e indicó que, ejecutoriada dicha providencia, correría el término de cinco días para la sustentación correspondiente.

En la medida en que la notificación de esta providencia se produjo el 12 de septiembre de 2022, su ejecutoria se consumó el 15 de septiembre del año en curso, por lo que este escrito es formulado oportunamente, en tanto ha sido radicado dentro de los cinco días siguientes a dicha ejecutoria.

II. FUNDAMENTO DEL RECURSO

La sentencia por la cual se resolvió, en primera instancia, seguir adelante con la ejecución de la referencia, parte de dos premisas fundamentales: en primer lugar, que en el presente caso existe un documento proveniente del deudor en el que, sin lugar a equívocos, existe una obligación clara, expresa y actualmente exigible, como es el caso del contrato de arrendamiento que fue materia de la Litis; en segundo lugar, considera que los hechos asociados a la pandemia del coronavirus, aunque efectivamente impidieron la operación del local comercial, no excluían el pago del canon de arrendamiento ya que ese era un riesgo asumido por el arrendatario que, en modo alguno, afectaba su obligación dineraria de pagar el canon.

Debemos respetuosamente señalar, sin embargo, que ambas premisas son equivocadas.

De manera sucinta y sin perjuicio de ampliarlo en la oportunidad procesal respectiva, en el presente escrito pondremos de presente las razones del error en la valoración del *a quo*,

tanto en su razonamiento relativo a la existencia de un título ejecutivo, como en lo concerniente a los efectos que tuvo la pandemia sobre el contrato, como sigue.

2.1 SOBRE EL PRIMER PILAR DEL FALLO: NO ES CIERTO QUE EXISTA UNA OBLIGACIÓN CLARA, EXPRESA Y ACTUALMENTE EXIGIBLE, QUE HABILITE EL TRÁMITE DE UNA EJECUCIÓN.

2.1.1. La postura de la sentencia de primera instancia:

El *a quo* consideró que, contrario a lo aducido por la parte demandada en las excepciones de mérito respectiva, en este caso existía un título ejecutivo.

Para arribar a tal conclusión estimó, sin si quiera considerar en una sola cita los interrogatorios de parte o las declaraciones de tercero, que:

- (i) El contrato de arrendamiento estaba plenamente vigente. A pesar de que, mediante el Otrosí No. 3 al mismo, las partes habían pactado una vigencia específica para el canon de arrendamiento acordado, tal vigencia no impedía la prórroga del arrendamiento respectivo, que podía darse en las mismas circunstancias de la vigencia anterior si ninguna modificación se acordaba sobre la contraprestación del arriendo (folio 13 de la sentencia, en los ordinales 4.3.5 y 4.3.7).
- (ii) Consideró, asimismo, que la terminación anticipada no se había configurado, en la medida en que mi representada no había surtido el preaviso del mes antes de la prórroga automática y, además, no había pagado los dos cánones de penalidad (folio 14, ordinal 4.3.8).

No obstante, ninguno de los dos razonamientos es de recibo, como se expone a continuación.

2.1.1. Los errores en el razonamiento de la sentencia:

Conforme al criterio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en auto del 25 de noviembre de 2020¹, una obligación es clara, expresa y exigible en los siguientes eventos:

¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil. Auto del 25 de noviembre de 2020. Exp. 2020-00262-01.

*“La **claridad** consiste en que emerjan nítidamente el alcance de las obligaciones que cada una de las partes se impuso, sin necesidad de acudir a razonamientos que no estén allí consignados, esto es, que el título debe ser inteligible y su redacción lógica y racional del número, cantidad y calidad del objeto de la obligación así como como de las personas que intervinieron en el acuerdo.*

*De la **expresividad** se puede decir que en el legajo esté consignado lo que se quiere dar a entender, así que no valen las expresiones meramente indicativas, representativas, suposiciones o presunciones de la existencia de la obligación, como de las restante características, plazos, monto de la deuda etc., por consiguiente, las obligaciones implícitas que estén incluidas en el instrumento de no ser expresas no pueden ser objeto de ejecución.*

*Sobre la **exigibilidad** supone que la obligación puede pedirse y cobrarse sin tener que esperar plazo o condición alguna que la enerve temporalmente.”*

Así, es preciso que se trate de una prestación nítida, identificable en su primera lectura, sin necesidad de razonamientos o complejas disquisiciones que permitan identificarla, ya que solo en este supuesto puede decirse que existe un título ejecutivo y, en consecuencia, habilitar un proceso ejecutivo, cuyo presupuesto más elemental es que no exista disputa o discusión acerca del derecho pretendido.

En el presente caso, sin embargo, se acreditó que la claridad del título con el que se pretendía adelantar la ejecución brillaba por su ausencia.

En efecto, cuando menos, dos razones impedían (y debieron impedir) darle continuidad al proceso por la cuerda de la vía ejecutiva, en la medida en que se trataba y se trata de circunstancias que inyectan un grado de duda tal sobre la prestación, que impiden, precisamente, su ejecución, a saber:

a. *El contrato de arrendamiento no tenía previsto un canon para las fechas en que se pretende la ejecución del deudor.*

En efecto, el contrato de arrendamiento celebrado el 13 de marzo de 2015 entre INNOVA QUALITY S.A.S. y MYM (en adelante el “Contrato de Arrendamiento” o el “Contrato”) celebrado respecto del Local No. 2-206 del Centro Comercial Ciudadela Comercial Unicentro Bogotá (en adelante el “Local” o el “Inmueble”) contiene en la cláusula Quinta la obligación de pago de los cánones de arrendamiento a cargo de mi mandante. Dicha cláusula había sido consignada de forma genérica, de forma que fuera aplicable a las prórrogas del negocio jurídico. Al tenor de la cláusula:

QUINTA: CANON DE ARRENDAMIENTO Y FORMA DE PAGO. El canon de arrendamiento es la suma de **CIENTO VEINTISETE MILLONES CINCUENTA MIL PESOS (\$127’050.000.00)**, suma que EL ARRENDATARIO pagará de manera anticipada dentro de los cinco (5) primeros días hábiles de cada mes previa presentación de las facturas correspondientes por parte EL ARRENDADOR, las radicará mes a mes en el domicilio contractual de EL ARRENDATARIO. A esta suma se adicionará el IVA respectivo en su respectiva participación cada uno. La información bancaria de la forma de pago es la siguiente:

Adicionalmente, la Cláusula Sexta del Contrato establecía que el canon se reajustaría en sus prórrogas dependiendo del Índice de Precios al Consumidor. A su tenor:

SEXTA: REAJUSTES EN EL CANON. Durante la vigencia del contrato y sus prórrogas, el canon de arrendamiento será incrementado cada periodo anual sobre el factor neto del Incremento de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior al de la vigencia objeto del incremento.

Sin embargo, **ambas cláusulas fueron modificadas mediante otrosí de diciembre de 2017.**

En virtud de dicho otrosí, la obligación de pago del canon ya no estaba redactada de forma general, sino que, por el contrario **establecía fechas precisas para su vigencia.** En el caso de dicho otrosí, la vigencia iniciaba el 1 de abril de 2018 y continuaba hasta el 31 de marzo de 2019. Al tenor de la Cláusula Quinta modificada:

QUINTA: CANON DE ARRENDAMIENTO Y FORMA DE PAGO. El canon de arrendamiento será la suma de **CIENTO VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$125´000.000.00)** más IVA, para el mes de marzo de 2018 y del primero de abril de 2018 al 31 de marzo de 2019 será la suma de **CIENTO QUINCE MILLONES DE PESOS (\$115´000.000.00)** más IVA, sumas que EL ARRENDATARIO pagará de manera anticipada dentro de los cinco (5) primeros días hábiles de cada mes previa presentación de las facturas correspondientes por parte EL ARRENDADOR, las radicará mes a mes en el domicilio contractual de EL ARRENDATARIO. A esta suma se adicionará el IVA respectivo en su respectiva participación cada uno. La información bancaria de la forma de pago es la siguiente:

Adicionalmente, las Partes también modificaron la cláusula que regulaba la forma en la que se fijaba el canon de arrendamiento en las prórrogas y establecieron que el mismo sería establecido por las Partes con TRES (3) meses de anticipación al 31 de marzo de 2019. Al tenor de la Cláusula:

SEXTA: -REAJUSTES EN EL CANON: Las partes acuerdan que al menos con tres (3) meses de anticipación al 31 de marzo de 2019, revisarán cuál será el ajuste por aplicar para la prórroga que opere para la siguiente vigencia contractual.

Posteriormente, mediante Otrosí No. 3 al Contrato, las Partes regularon cuál sería el canon de arrendamiento a pagar para la vigencia del 1 de abril de 2019 hasta **el 31 de marzo de 2020.** Al tenor de la Cláusula:

QUINTA: CANON DE ARRENDAMIENTO Y FORMA DE PAGO. El canon de arrendamiento será la suma de **CIENTO CINCO MILLONES DE PESOS (\$105´000.000.00)** más IVA, para el periodo comprendido entre el primero (1º) de abril de 2019 y treinta y uno (31º) de marzo de 2020, suma que EL ARRENDATARIO pagará de manera anticipada dentro de los cinco (5) primeros días hábiles de cada mes previa presentación de las facturas correspondientes por parte EL ARRENDADOR, las radicará mes a mes en el domicilio contractual de EL ARRENDATARIO. La información bancaria referida a la forma de pago es la siguiente:

Así mismo, las Partes también modificaron la Cláusula Sexta del Contrato de Arrendamiento **para indicar que, el canon a pagarse en las prórrogas del Contrato debía ser fijado por las Partes, es decir, que no procedía ni un aumento automático, ni se podía cobrar el mismo monto de la vigencia anterior.** Al tenor de la Cláusula:

SEXTA: -REAJUSTES EN EL CANON: Las partes acuerdan que al menos con tres (3) meses de anticipación al 31 de marzo de 2020, revisarán cuál será el ajuste por aplicar para la prórroga que opere para la siguiente vigencia contractual en caso de ser posible tal aplicación.

La revisión por mutuo acuerdo del canon también fue establecida en la segunda parte de la Cláusula Primera del Otrosí No. 3 al Contrato, como sigue:

el valor del canon aplicando disminución y **estipular a revisión los incrementos posteriores**, en caso de operar una nueva prórroga, por lo que proceden a modificar las siguientes cláusulas:

En esta medida, conforme a lo expuesto, de conformidad con el Contrato de Arrendamiento aportado como título valor, la Parte Demandante solo podía exigir el pago de los cánones de arrendamiento causados desde su celebración hasta el **31 de marzo de 2020**. Pero como la totalidad de las pretensiones del libelo tienen como propósito el pago de cánones con posterioridad al 31 de marzo de 2020, no podía ejecutarse con base en el arriendo aportado, toda vez que, i) conforme con la Cláusula Quinta las Partes establecieron específicamente cuál sería el pago del canon para la vigencia comprendida entre el 1 de abril de 2019 hasta **el 31 de marzo de 2020** y ii) conforme con la Cláusula Sexta referida, el canon de las prórrogas del Contrato debía ser fijado de mutuo acuerdo por las Partes.

Esta circunstancia, por sí sola, enervaba la posibilidad de una ejecución porque demostraba (y demuestra) que no existía canon de arrendamiento alguno a ejecutar, lo que enerva el título ejecutivo y, de paso, la claridad diáfana e indiscutible que se exige en sede de ejecución para adelantar el proceso.

No obstante, el juez de primera instancia no valoró integralmente este argumento. Consideró que, aunque era cierto que se había pactado una vigencia específica del canon, no acordar su revisión imponía la prórroga del arrendamiento, en los mismos términos en que se había ejecutado, por así disponerlo la cláusula cuarta del negocio jurídico.

Esta argumentación, sin embargo, **no es de recibo** por varias razones:

- i. **En primer lugar, porque contraría abiertamente la interpretación efectiva y útil de los negocios jurídicos, según la cual debe preferirse aquel entendimiento que hace a la cláusula producir efectos, por sobre la que los priva de ellos.** Ciertamente, si conforme a la cláusula cuarta del contrato (anterior a la suscripción de los otrosíes No. 2 y No. 3), el canon de arrendamiento se extendía, sin más, en el evento de una prórroga automática, ¿qué efecto tuvo que las partes pactaran un periodo específico de vigencia para el canon de arrendamiento en el otrosí No. 2 y No. 3?

Es evidente que pactar una vigencia específica para el canon de arrendamiento no deja de ser más que un saludo a la bandera si, en cualquier caso, la falta de revisión del mismo prorrogaba automáticamente el canon anterior. En este evento, el periodo de vigencia es, simplemente, una estipulación desprovista de efectos porque, a falta de acuerdo, la prórroga automática se permite.

Bien podían entonces las partes dejar sin modificar el pacto de canon y, simplemente, renegociarlo en el periodo del preaviso para la terminación que estipula la cláusula sexta del negocio jurídico. Pero precisamente esa no fue la intención: se quiso dotar al canon de un tiempo de expiración, para obligar a su revisión, de un modo que el *a quo* desconoce.

- ii. **En segundo lugar, la sentencia omite por completo el profuso material probatorio existente en esta materia en el expediente.** Por todo lado se dijo que la intención, a partir del Otrosí No. 2, era dotar de una vigencia específica al canon de arrendamiento aplicable.

Por ejemplo, en el interrogatorio de parte al representante de Pink Life, así se confesó en varias oportunidades que podrá constatar el Tribunal. Se destacan algunas, con referencia a la hora, minuto y segundo de la grabación de la audiencia inicial y de instrucción y juzgamiento donde se puede hallar el registro:

0.26.18: La versión original del contrato de arriendo no había una vigencia para el canon.

0:34:00 A partir del otrosí No. 2, se empezó a pactar una vigencia específica del canon de arrendamiento. “Eso es lo que dice el texto”.

0:35:32 “Diga cómo es cierto, sí o no, que en el otrosí No. 3 se pactó una vigencia específica para el canon de arrendamiento, que estaría prevista entre el 1 de abril de 2019 y el 31 de marzo de 2020”.
Responde: Sí. Eso dice.

0:36:00 Las partes no acordaron un canon para después del 31 de marzo de 2020.

La prueba testimonial también fue coincidente en este sentido. Algunos apartados de las declaraciones respectivas, también con su referencia para fácil identificación:

Luisa Calderón:

- 1:22:02 El Contrato quedó sin efecto el 31 de marzo de 2020 porque se quedó sin canon.
1:26:00 Nunca hubo un acuerdo para extender el canon de arrendamiento con posterioridad al 31 de marzo de 2020.

Daniel Arbeláez:

- 05:29 El contrato tenía un canon de arrendamiento con una vigencia determinada hasta el 31 de marzo de 2020. No había un canon para los meses subsiguientes.
06:30 Se hicieron acercamientos para llegar a un acuerdo como se logró con la inmensa mayoría de los arrendadores. La intención no es: llega pandemia y terminamos.

La sentencia de primera instancia no reparó ni en una línea sobre estas declaraciones. Pasó de largo y, por supuesto, eso la llevó a seguir adelante con una ejecución que no era procedente.

iii. Con independencia de toda la argumentación anterior, lo cierto es que existe un verdadero motivo de duda que impide seguir el proceso por la cuerda de una ejecución. Ciertamente, más allá de las interpretaciones de la cláusula, era obvio, como se puso de presente en el alegato de conclusión, que la cuestión de la vigencia del canon de arrendamiento priva de toda claridad al título ejecutivo, simple y sencillamente porque no se sabe si existe canon de arrendamiento para ejecutar. En este contexto, lo que debía hacer el *a quo* era terminar la ejecución, para que las partes debatieran este aspecto en un proceso de declaración: su escenario natural. Pero no lo hizo así. A pesar de esta indefectible duda, siguió adelante con la ejecución, como si la obligación fuera clara, a pesar de que no lo es.

b. El contrato de arrendamiento no está vigente porque se ejercitó la terminación con preaviso de dos meses.

En los términos del Contrato, MYM estaba incluso autorizada incluso para terminar anticipadamente y sin justa causa el Contrato. Al tenor del Parágrafo Primero de la Cláusula Décima Primera:

PARÁGRAFO PRIMERO: En el evento en que EL ARRENDATARIO terminare sin justa causa el presente Contrato antes de su fecha de expiración en la vigencia y cualquiera de sus prórrogas, deberá proceder de la siguiente manera:

1. Enviar una notificación de terminación unilateral por medio idóneo de entrega a EL ARRENDADOR con por lo menos un (1) mes de anticipación a la fecha prevista de terminación.
2. Cancelar a favor de EL ARRENDADOR el equivalente al doble del canon de arriendo mensual vigente al momento de causarse, sin que para tal efecto deba adelantarse gestión alguna para su cancelación por parte de EL ARRENDADOR, con dicho pago las partes desde ahora declararan que EL ARRENDATARIO quedará a paz y salvo por concepto de sanción civil derivada de terminación anticipada al contrato.

Por este motivo, incluso en el caso en el cual se entendiera que la terminación efectuada por MYM no tenía justa causa con ocasión de la pandemia (aspecto que se abordará en un segmento ulterior), ello no impedía que mi mandante culminara anticipadamente su relación contractual con PINK LIFE.

En esta medida, el Contrato se entendió terminado dentro del mes siguientes a partir de la comunicación del 5 de mayo de 2020, es decir el 5 de junio de 2020.

Y en este escenario lo único que se debía pagar era el doble de la penalidad que, en la interpretación más benévola con la tesis de Pink Life, es lo que estaría pendiente de pagar a la fecha.

Pero, nuevamente, este fue otro argumento pasado por alto por el Juez de primera instancia.

En la sentencia, el *a quo* consideró que la terminación sin justa causa pactada en el negocio jurídico no era aplicable, en primer lugar, porque el contrato se había prorrogado. **Grave error.** Es evidente que esta causal de terminación sin justa causa procede **antes de la expiración del término inicial del contrato o de cualquiera de sus prórrogas.** Se deduce, entonces, que era irrelevante que se hubiera configurado la prórroga, en criterio de la sentenciadora de primera instancia, porque precisamente esta causal de terminación no estaba sujeta a término alguno.

Por lo demás, consideró la señora Juez que no se había cumplido con el pago de la penalidad. Pero es obvio que ello no ocurrió, precisamente porque para la fecha no había forma de determinar la penalidad. Ciertamente, en el Contrato la cláusula penal esta pactada en función del canon, que precisamente había perdido vigencia el 31 de marzo de 2020, con lo cual era imposible calcularla y pagarla. Esa fue la razón por la que no se pagó la penalidad.

Pero más allá de esto, **lo cierto es que el Juzgado cometió un error estructural al valorar la cláusula:** bien leída la estipulación, es claro que la misma establece las consecuencias de la terminación anticipada sin una justa causa que lo motive. Entonces, si para el Juzgado de primera instancia lo que ocurrió acá es que, efectivamente, no había *justa causa para terminar el Contrato*, la consecuencia que se imponía era precisamente

la de la cláusula décima primera, **consistente en condenar el pago del doble de la penalidad.**

Esa es, al fin y al cabo, la consecuencia que previeron las Partes para la terminación anticipada sin justa causa. Pero el *a quo* pretermitió por completo el contenido de la estipulación y, en su lugar, condenó a un monto superior al que el Contrato establece.

Y que no se diga que ello obedeció a que el inmueble no se restituyó sino hasta noviembre de 2020, porque está probado en el expediente que la restitución no se produjo, no porque mi representada quisiera persistir en el uso del local, sino porque **el arrendador nunca quiso recibirlo. Incluso se le citó a una conciliación y no recibió el inmueble, sin que fuera cierto que MYM exigía un paz y salvo para tal fin. El paz y salvo lo exigía el centro comercial, para devolver las cosas.**

También desde esta óptica, entonces, el fallo se equivocó.

c. La parte demandante no cumplió con los requisitos para la ejecución de una obligación sujeta a condición:

En los términos del artículo 427 de la Ley 1564 de 2012, cuando se pretenda la ejecución de una obligación condicional, la Parte Demandante debe acompañar la demanda con un documento que provenga del deudor que pruebe el acaecimiento de la condición. Al tenor de la norma:

ARTÍCULO 427. EJECUCIÓN POR OBLIGACIÓN DE NO HACER Y POR OBLIGACIÓN CONDICIONAL. Cuando se pida ejecución por perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación de no hacer, o la destrucción de lo hecho, a la demanda deberá acompañarse el documento privado que provenga del deudor, el documento público, la inspección o la confesión judicial extraprocesal, o la sentencia que pruebe la contravención.

De la misma manera deberá acreditarse el cumplimiento de la condición suspensiva cuando la obligación estuviere sometida a ella.

Lo anterior quiere decir que, adicional al documento que acredite la existencia de la obligación (título ejecutivo propiamente dicho), la Parte Demandante debe acreditar el cumplimiento de la condición suspensiva mediante otro documento.

Pues bien, debe tenerse en cuenta que las obligaciones de pago establecidas en las cláusulas penales son clásicas obligaciones condicionales, en tanto que su exigibilidad depende del cumplimiento de la condición suspensiva consistente en el incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor correspondiente. En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

“Pues bien, en el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina «cláusula penal» al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»; así mismo se reconoce, que cumple la función

complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación.

En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una «obligación accesoria», en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, **constituye una «obligación condicional», porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la «obligación principal»**; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos.²² (Se subraya y se resalta)

Pues bien, la Parte Demandante no aportó un documento proveniente del deudor que acredite el cumplimiento de la condición de la cual pende la cláusula penal establecida en el Contrato. En esta medida, el Juzgado de primera instancia debió negar el mandamiento de pago respecto de la cláusula penal exigida, en la medida que la Parte Demandante no aportó el título ejecutivo integral. Este argumento, sin embargo, ni siquiera se abordó en la sentencia del *a quo*.

d. Conclusión:

Es evidente entonces que, **en su primer pilar, el fallo de la *a quo* se equivocó. No existe en este caso una obligación ejecutable. Mucho menos una que pueda calificarse como clara, expresa y actualmente exigible. La realidad es que la base de la ejecución está sujeta a toda suerte de dudas, lo que impedía acceder al *petitum*, tanto más cuanto se formuló por la cuerda de un trámite de ejecución.**

2.1 SOBRE EL SEGUNDO PILAR DEL FALLO: EL CONTRATO NO ERA EXIGIBLE, PRODUCTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA PANDEMIA

En un segundo pilar, el fallo consideró que no existía razón para que MYM dejara de pagar el canon asociado al contrato de arrendamiento, escudado en los hechos de la pandemia. Aunque reconoció que esta circunstancia afectaba el sentido económico del Contrato, porque impedía usar el local para su finalidad, estimó que este era un riesgo del exclusivo resorte de MYM que no habilitaba la terminación contractual.

Esto, sin embargo, **tampoco es cierto**, como sigue.

2.1.1. Se configuró la destrucción jurídica del bien arrendado.

Aunque este argumento no mereció mayor atención del Juzgado de primera instancia, conviene destacarlo.

En los términos del artículo 2008 del Código Civil (aplicable al caso de marras en virtud del artículo 822 del Código de Comercio) y del propio Contrato que concita la atención en este trámite, el arrendamiento se termina, entre otros, por la destrucción de la cosa. Al tenor de la norma:

² Corte Suprema de Justicia, sentencia del 31 de julio de 2018, M.P.: Luís Alonso Rico Puerta, 2013-00162

ARTICULO 2008. <CAUSALES DE EXPIRACION DEL ARRENDAMIENTO DE COSAS>. El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos, y especialmente:

1. Por la destrucción total de la cosa arrendada.
2. Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo.
3. Por la extinción del derecho del arrendador, según las reglas que más adelante se expresarán.
4. Por sentencia de juez o de prefecto en los casos que la ley ha previsto.

Por su parte, el inciso final del artículo 1543 de la misma codificación civil ofrece una definición de la “destrucción de la cosa” y establece que dicha figura jurídica se configura cuando se destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según el negocio jurídico en cuestión ésta se destina. Al tenor de la norma:

“Todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa”.

A partir de finales de marzo de 2020, el Local perdió absolutamente su aptitud para el objeto al que se debía destinar en virtud del Contrato.

En efecto, una vez inició el aislamiento preventivo obligatorio nacional, el Inmueble no podía ser destinado a las actividades propias de un establecimiento de comercio: no podía comercializar productos en sitio y no podían atender usuarios en el Local.

Por este motivo, dado que el Inmueble perdió su aptitud para cumplir con el objeto del Contrato, el mismo se debía entender destruido jurídicamente y en tal medida, el negocio jurídico se entendía terminado, por ser un arriendo respecto del cual la destrucción de la cosa apareja la terminación.

Pero el *a quo* no revisó este aspecto, a pesar del énfasis que se hizo en las excepciones de mérito y en el alegato de conclusión respectivo. La norma sobre la destrucción jurídica de la cosa no aparece si quiera citada en la sentencia, lo que pone en evidencia un grave error: de haber notado que la pandemia generó la destrucción jurídica del bien, necesariamente la Juez de primera instancia habría tenido que concluir que el arriendo quedó en una causal sobreviniente de terminación, como se notificó mediante las comunicaciones escritas respectivas.

Y que no se diga que, en todo caso, subsistía la aptitud del inmueble para las ventas por internet. La razón es simple: como bien lo expresa el Contrato, el Inmueble se arrendó para realizar ventas físicas, no electrónicas. No era posible, de hecho, hacer venta electrónica en el mismo, porque el centro comercial no tenía dispuesto un mecanismo para la recogida de la mercancía y porque MYM emplea un centro logístico de acopio para este tipo de comercialización. De hecho, conforme a las reglas de la lógica, es más que evidente que no tiene mayor sentido rentar un inmueble en un centro comercial (especialmente uno de las características del Centro Comercial Unicentro, en la ciudad de Bogotá) para hacer venta electrónica. Si ese hubiera sido el sentido, podía arrendarse

simplemente una bodega, pero no un local comercial en una zona concurrida de un centro comercial.

Así, la cosa se destruyó jurídicamente y el arriendo debió terminar.

2.1.1. Además, desapareció la causa económica del contrato. Una causal legal de terminación de los negocios jurídicos.

En relación con la teoría de la causa, sea lo primero señalar que el Código Civil colombiano adoptó una postura similar a la existente en su homólogo francés, en el que se le asignó a la *causa negotial* un lugar de especial importancia tanto en la teoría de las obligaciones, como en el desarrollo del negocio jurídico en general³.

Ciertamente, tomando como fuente las elaboraciones de la doctrina francesa y, en especial, de los profesores Jean Domat y Robert Pothier⁴, en el artículo 1108 del Código Civil de Napoleón se dispuso que:

“Cuatro requisitos son esenciales para la validez de un contrato: El consentimiento de la parte que se obliga; Su capacidad de contratar; Un objeto cierto que forme la materia del compromiso; Una causa lícita en la obligación” (se subraya).

Precepto que se reiteró en el artículo 1131 de la misma codificación, a cuyo tenor:

“La obligación sin causa, o con una causa falsa, o con una causa ilícita, no podrá tener ningún efecto” (se subraya).

Se gestó con ello una teoría que, en poco tiempo, gozó de una amplia difusión en la mayoría de los ordenamientos europeos con obras como la de Henri Capitant (*De la cause des obligations*) que, en la actualidad, es considerada como el referente más importante en lo que a la teoría moderna de la causa concierne⁵.

El causalismo –como se le conoce a este fenómeno en derecho privado–, rechazó entonces la idea puramente formal de la obligación, para señalar que, en general, no podía concebirse la existencia de un vínculo jurídico entre determinados sujetos sin que mediara un móvil o motivo que justificara el perfeccionamiento de dicho vínculo jurídico⁶.

Con ello auspició el análisis material de las diferentes relaciones que se crean en el contexto del Derecho a fin de determinar si dicho móvil efectivamente ha existido y, de

³ Larroumet, Christian, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Économica, 5a ed., Paris, 2003, n° 443 s.
³. Walton, John P., *Cause et considération dans le droit anglais des obligations*, trad. H. CAPITANT, Rtd. civ 1919, págs. 469 y sig.

⁴ Domat, Jean, *Leyes Civiles*, París, Libro I, título I, sección 5ª, 1867 y ss.

⁵ Terre, François, Simler, Philippe Y Lequette, Yves, *Droit Civil: Les obligations*, Dalloz, París, 7a ed. 1999, n° 316.

⁶ Capitant, Henri, *De la cause des obligations*, Dalloz, Paris, 1927, prefacio.

ser así, si el mismo no resulta contrario al derecho objetivo, la moral o las buenas costumbres⁷.

De acuerdo con el criterio de Alejandro Guzmán Brito, esta doctrina repercutió ampliamente en los estudios adelantados por Andrés Bello en la codificación latinoamericana. Ciertamente, señala el profesor Brito que las doctrinas propuestas por Domat, Pothier y Capitant en torno a la causa contractual incidieron sensiblemente en la regulación del acto jurídico en el código chileno y, de contera, en las diferentes codificaciones que tomaron a ésta última como modelo⁸.

El caso colombiano no fue la excepción. El artículo 1502 del Código Civil nacional adoptó la teoría de la causa contractual al disponer que:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. Que sea legalmente capaz; 2. Que se consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. Que recaiga sobre un objeto lícito; 4. Que tenga una causa lícita” (se subraya).

De hecho, fue mucho más allá que su homólogo francés al prescribir, en su artículo 1524, que:

“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita” (se subraya).

De este modo se superó una noción puramente abstracta e inoperante de causa, para optar por una postura en la que se le reconoce un alcance directo respecto de la eficacia del negocio jurídico⁹.

Ciertamente, a partir del artículo 1524 del Código Civil colombiano, resulta claro que no habría ni podrá haber obligación ni contrato válido cuando quiera que no medie una causa real y lícita.

a. La noción de causa en el derecho colombiano:

⁷ Simler, Philippe, Fasc. 10, *Contrats et obligations - Cause - Notion. Preuve. Sanctions*, Jurisclasseur, París, 2002, pág. 627.

⁸ Guzmán Brito, Alejandro. *Estudios de Historia Dogmática y Sistemática sobre el Código Civil Chileno Colombiano*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009. Págs. 127 y ss.

⁹ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Temis. Bogotá. 2005. Págs. 256 y ss.

Ahora bien, dicha causa existirá cuando haya mediado un móvil o motivo para la celebración del contrato o el perfeccionamiento del acto específico¹⁰.

En esta materia ha existido una intensa discusión en la doctrina en torno a si la valoración de dicho móvil debe hacerse de conformidad con criterios objetivos o si, por el contrario, deben emplearse parámetros subjetivos¹¹.

Los defensores de la primera postura (calificados, por algunos, como *objetivistas*), consideran que la causa de un vínculo jurídico está dada por la contraprestación que recibe el deudor al solventar o cumplir dicha obligación. En ese orden de ideas, en esta posición se hace referencia a un criterio similar al cuantitativo, en virtud del cual se considera que la causa real de un vínculo está dada por la remuneración, la retribución o el beneficio usualmente conmutativo que percibe una parte como consecuencia de la ejecución de la prestación (v.gr. el pago del precio tiene como causa la entrega del bien; el pago de la prima tiene como causa la cobertura aseguradora; el transporte de las personas tiene como causa el pago de la tarifa respectiva, etc.)¹².

Nótese cómo se alude a un elemento objetivo (las prestaciones recíprocas) para entender configurada la causa.

El examen no hace mayores miramientos a las razones que, en realidad, han tenido en mente las partes al momento de perfeccionar el vínculo y que, en ocasiones, pueden no corresponder a la simple retribución o contraprestación obtenida por el negocio jurídico.

¹⁰ Aubert, Jean-Luc; Jacques Flour ; Yvonne Flour Y Savaux, Eric, *Les obligations*, Sirey, 9a ed., París 2000, n° 256; Thomas, Yves, *Cause: sens et fonction d'un concept dans les obligations*, tesis publicada por la Universidad de París II, 1976. Para otras perspectivas en torno al concepto de causa, véase Reigne, Philippe, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, tesis publicada por la Universidad de París II, 1993, pág. 3.

¹¹ La discusión en relación con la causa alude no solamente a los criterios objetivos o subjetivos para su valoración sino a otros varios aspectos adicionales. Sin embargo, de cara a este concepto jurídico, la controversia entre el carácter objetivo o subjetivo resulta de especial relevancia. Cfr. Rochfeld, Judith, *Cause et type de contrat*, Editorial LGDJ, París, 1999, pág 15.

¹² Los objetivistas se asocian con la teoría clásica de la causa (algunos la relacionan con la causa de la obligación, por oposición a la causa del contrato). Respecto de la misma se ha dicho que “en un contrato de compraventa, existe la voluntad de desprenderse de la cosa, lo cual está justificado por la recepción del precio. Este resultado es similar en todos los contratos de compraventa, se trata de una visión objetiva y directa de la causa, puesto que se evidencia con el simple análisis del tipo de contrato. Por ello, la causa de la obligación tiene un carácter abstracto, es invariable para un mismo tipo de contrato Para la teoría clásica, la causa, siendo una noción jurídica, debe escapar a los motivos ya que éstos se encuentran por fuera del derecho. Las razones de esta posición obedecen principalmente a las dificultades que representa para el juez descubrir la real motivación de los contratantes, la importancia de conservar la estabilidad y la seguridad en los contratos, así como la protección del contratante de buena fe, ignorante de los motivos de su contraparte.

Adicionalmente, esta posición se caracteriza por estar determinada por una visión cuantitativa, tanto cuando consiste en una contraprestación preexistente, concomitante o futura, como también en el caso de los actos a título gratuito en los cuales la causa de la obligación se define como la ausencia de contraprestación deseada por la parte, es decir la intención de liberalidad de ésta. La noción de causa de la obligación fue elaborada por los canonistas e institucionalizada por los redactores del código de NAPOLEÓN” (Bernal, Mariana. La transformación de la causa en el derecho francés, en *Vniversitas* No. 111, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, p.234).

La teoría *subjetivista* reacciona contra esta postura. Desde su perspectiva, el análisis del móvil o motivo que ha llevado a la celebración de un contrato o a la aceptación de una obligación debe partir de un estudio en torno a las causas reales –y no puramente formales o nominales- de las partes¹³. En ese orden de ideas, quienes asumen esta postura no se centran en el análisis de la contraprestación para determinar si ha existido una causa real o lícita. Analizan, por el contrario, el contexto en el cual se suscribió el pacto o se asumió la obligación, así como la psiquis y la figuración mental de quienes intervinieron en el vínculo, a fin de determinar lo que los llevó a la relación.

De este modo, proponen una mejor aproximación al denominado *subsuelo* del contrato o de la obligación –esto es, al entramado de circunstancias que intervinieron en su surgimiento-, aun cuando comprometen un poco la practicidad del derecho y, con ello, la seguridad jurídica. En efecto, pueden surgir muchas dificultades a la hora de determinar cuáles han sido los motivos de una relación desde un punto de vista estrictamente subjetivo¹⁴.

La jurisprudencia y la doctrina han reconocido las bondades y los defectos de ambas posturas y, por esa razón, han optado por una interpretación que se sitúa en un punto ecléctico.

Así, la actual teoría de la causa mira tanto los aspectos objetivos, como varios de los subjetivos, para determinar cuál ha sido el móvil o motivo que han tenido las partes al perfeccionar el vínculo jurídico, si es que el mismo existió¹⁵.

Ello ha conllevado a que el análisis de la causa tenga en cuenta, de una parte, la efectiva existencia de una contraprestación, remuneración o, en general, de un beneficio recíproco para quienes intervienen en la relación (elemento objetivo y cuantitativo) y, de la otra, los motivos particulares que, de conformidad con sus circunstancias, llevaron a las partes a perfeccionar la consabida relación (elemento subjetivo).

Postura esta última que ha sido ampliamente acogida por la jurisprudencia, al tenor de la cual:

“En el derecho latino la causa de la obligación era su fuente misma. Si nacía del contrato la causa era éste; si provenía *ex variis causarum figuris* la causa era el *negotium iuris* que ligaba a las partes; si se originaba del daño causado por un delito o cuasidelito, la causa de la obligación era tal hecho ilícito. Como la legislación romana era formalista, hacía inseparable el hecho formal de sus efectos jurídicos.

¹³ Véase la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa, en especial las sentencias del 1º de abril de 1895: DP 1895, 1, p. 263; S. 1896, 1, p. 289; sentencia del 22 de enero de 1975: Bull. civ. I, n° 27; JCP G 1975, IV, 80.

¹⁴ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Op.Cit., Págs. 277-278.

¹⁵ Mouial-Bassiliana, Eve, *Du renouveau de la cause en droit des contrats*, tesis publicada por la Universidad de Lille, 2003, pág. 40.

“El derecho canónico desligó la obligación de la forma. Otorgaba a la causa un carácter psicológico y la estimaba más bien como la intención que guiaba al contratante, según la naturaleza del pacto, y los efectos perseguidos, en forma tal que no bastaba el consentimiento como elemento general, esencial e interno, sino que también se exigía como tal que el consenso tuviera una razón apreciable y lícita. Esta razón de obrar, que viene a ser móvil directo contractual, era la causa del contrato.

“Para Josserand, en todos los casos la determinación de la intención es esencial, puesto que ella influye y dirige a la naturaleza misma de la operación celebrada entre las partes; porque viene a ser ella la que otorga un verdadero carácter a la relación jurídica; a imprimirle el matiz que sirve para calificar la voluntad de los contratantes. De ahí que en el campo del derecho civil, la intención se nos presente como una medida para precisar el querer de las partes, en orden a la determinación del fin inmediato vinculado a la voluntad contractual.

Así, en el derecho privado y especialmente en el civil, es conveniente hacer la debida distinción entre la voluntad, la intención y los móviles para la fiel y acertada interpretación de los contratos. Es claro que en algunos casos la intención se incorpora a la voluntad y llegan a constituir un solo hecho, en términos que conociéndose la una se llega al conocimiento de la otra; pero esta identificación accidental nada prueba contra la verdad de esa distinción. Por otra parte, los móviles en sí mismos llegan a ofrecerse en ocasiones en una forma tan clara y definida, en una función tan aislada, que es de rigor aceptar e interpretarlos con absoluta separación de la voluntad y de la intención.

(...)

“Hay que aceptar que en el derecho moderno la noción jurídica de causa ha dejado de ser abstracta e inoperante **para actuar más bien en forma de instrumento que impone la equivalencia en las transacciones como expresión de la justicia conmutativa.**

Para ilustrar mejor la cuestión debatida, viene al caso analizar la evolución de dos doctrinas que se han propuesto para explicar la noción de causa: la escuela clásica o doctrinaria y la fórmula jurisprudencial hoy predominante. Para Bonnet, en la fórmula doctrinaria la causa es el fin abstracto, inmediato, rigurosamente idéntico en todos los actos jurídicos de igual categoría; en la jurisprudencial, que establece un principio opuesto a aquélla, la causa es el fin concreto de interés general o de interés privado que los autores del acto se esfuerzan por conseguir más allá de un acto jurídico determinado y por medio de él.

(...)

Como consecuencia de la doctrina consagrada en nuestro derecho positivo, **la causa no es exclusivamente el elemento mecánico de la contraprestación, sino que junto a éste hay un móvil indisolublemente ligado a la obligación. El acto**

volitivo obedece fatalmente a móviles que han inducido la voluntad y que han sido conocidos por las partes ...¹⁶.

b. La desaparición sobreviniente de la causa de la obligación o del contrato:

La ausencia de causa (*falta de causa*, en el decir de la doctrina) conduce a la inexistencia de la obligación.

Esa inexistencia puede acaecer, por lo demás, en el momento mismo en el que se perfecciona la obligación (esto es, en su origen) o sobrevenir en el desarrollo del vínculo jurídico. En efecto, no solamente puede suceder que la causa contractual nunca surja en la vida jurídica –inexistencia originaria de la causa–, sino que también puede acontecer que un vínculo obligacional que inicialmente contaba con una causa real y lícita, deje de tenerla, por una circunstancia nueva o sobreviniente –inexistencia sobreviniente de la causa–.

A este fenómeno la doctrina lo denomina como la *desaparición de la causa*, que se presenta cuando un vínculo jurídico al cual subyacía, en principio, un móvil o motivo real y lícito, deja de tener dicho móvil o motivo, por ejemplo, por un manifiesto desequilibrio que sobreviene con posterioridad al contrato¹⁷.

Ahora bien, por tratarse de un elemento esencial del negocio jurídico, la desaparición de la causa conduce, a su turno, a la inexistencia sobreviniente del negocio jurídico o de la obligación de que se trate¹⁸.

Con independencia de las diferentes discusiones en torno a los alcances de la figura de la *inexistencia* en Colombia, sobre todo en el ámbito del derecho civil en el que la misma ha sido especialmente álgida, existe relativo acuerdo en la doctrina en cuanto a que una obligación no puede nacer a la vida jurídica si faltan a ella uno o varios de los elementos de la esencia que prevé el artículo 1502 del Código Civil colombiano¹⁹.

También se ha reconocido que ni la obligación ni el negocio jurídico pueden subsistir o preservar sus efectos si, en el desarrollo del *íter* contractual, desaparece el móvil o motivo que llevó a las partes a celebrar el negocio jurídico: así como no puede haber una obligación sin objeto, tampoco puede darse dicha obligación sin causa; un vínculo jurídico no puede ni existir ni subsistir sin nada que lo motive.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de octubre de 1938.

¹⁷ Courdier-Cuisinier, Anne-Sylvie. *Le solidarisme contractuel*. Lexis-Nexis. Litec. Borgoña. 2006; Grynbaum, Luc. La notion de solidarisme contractuel, en *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité*. Economica. París. 2004; Jamin, Christophe. Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, en *Mélanges J. Ghestin*. LGDJ. 2001.

¹⁸ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Op.Cit., Págs. 430-431. Debe advertirse, en todo caso, que en la obra citada existe una controversia en torno a si resulta ontológicamente posible que un negocio jurídico carezca de causa. Con independencia de dicha discusión, desde la perspectiva del Derecho es claro que la ausencia de un móvil o motivo real puede acontecer, como sucede, por ejemplo, en el ejemplo que el propio Código Civil colombiano desarrolla en el artículo 1524.

¹⁹ *Ibíd.*

Así lo ha admitido expresamente la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que, con apoyo en el sistema anglosajón, reconoció que la desaparición de la causa o el fundamento del negocio jurídico conducía a su ulterior terminación, en los siguientes términos:

“En la jurisprudencia inglesa es paradigmático el caso *Paradine v. Jane* (1647), *Aleyn 26*, reforzando el cumplimiento del contrato, aún en situación de imposibilidad objetiva en cuanto ésta debió pactarse expresamente, rigor atenuado en *Atkinson v. Ritchie* (1809) 10 East 530, 534, al reconocer la liberación por causas sobrevenidas inimputables en razón de una cláusula implícita, en *Taylor v. Caldwell* (1863) 3 B. & S. 826, Court of Queen’s Bench, extendiéndola no sólo a la imposibilidad por destrucción física de la cosa debida desde la perspectiva de una condición tácita (*implied condition*) integrante del contenido contractual, sino a la cesación “del estado de cosas que las dos partes contratantes asumieron como el fundamento del contrato”, bastando “si un estado de cosas o condición expresada en el contrato y esencial para su cumplimiento se destruye o deja de existir en ese momento” (*Krell v Henry*, [1903], 2 K.B, 740, c.1903), hasta formular la *doctrine of frustration* por imposibilidad de alcanzar su función ante sucesos externos sobrevenidos que hagan ilícito, imposible o inútil cumplirlo, por cambios normativos posteriores (*Denny, Mott and Dickson, Ltd. v. Fraser and Co. Ltd.* [1944] A.C. 265), ora decisión (interference) de la administración pública (*Ertel Bieber and Co. v. Rio Tinto Co., Ltd.* [1918] A.C. 260), bien destrucción física o deterioro funcional grave del objeto (*Asfar and Co. v. Blundell* [1896] 2 K.B. 126), o del medio para cumplir la prestación (*Nickoll and Knight v. Ashton, Edridge and Co.* [1901] 2 K.B. 126), muerte e incapacidad del obligado (*Whincup vs. Hughes* [1871] L.R. 6 C.P. 78); *Robinson v. Davison* [1874], L.R. 9 Q.B. 462. *Krell v. Henry* [1903] 2 K.B. 740).

“La doctrina, ab initio fue entendida como desaparición posterior de términos implícitos (*implied terms*), objetiva o subjetivamente; luego, en tanto medio justificativo de la intervención judicial para solucionar razonablemente la situación conforme a la equidad (*Just and reasonable solution theory*) o causa determinante de desaparición del fundamento del contrato (*disaperance of the foundation of the contract*), y hoy, en la común opinión, en cuanto cambio radical de la obligación (*radical change in the obligation*) de acuerdo con la reconstrucción de la promesa (*true contruction*) al instante de su celebración, la función económica y los efectos de los hechos en términos tales que el cumplimiento sea radical o fundamentalmente diferente (*radically or fundamentally different in a commercial sense*) y alteren la naturaleza fundamental del contrato (*fundamental nature of the contract*).

“El sistema norteamericano, propende una solución justa y equitativa más acorde a los estándares del tráfico jurídico partiendo de la naturaleza vinculante e intangible del contrato para desarrollar la imposibilidad (*impossibility of performance*), la "impracticabilidad" (*doctrine of impracticability*) y la "frustración del propósito" (*frustration of purpose*). La Section 2-615, ‘Excuse by Failure of Presupposed Condition’ del Uniform Commercial Code (UCC) adoptado en los Estados, salvo Louisiana, contempla la *commercial impracticability*, especie de imposibilidad económica cuando la prestación es "impracticable" por un hecho cuya no verificación (*non-occurrence*) es

presupuesto implícito del contrato (basic assumption), y el comment 6, refiere a su adaptación por el juez cuando en el marco de circunstancias, la justicia y equidad contractual lo exigen según los estándares comerciales y la buena fe”²⁰.

Así, cuando quiera que opere la desaparición de la causa real que tuvieron las partes en cuenta al momento de comprometerse con la prestación, por circunstancias que, por supuesto, no resulten imputables a quien invoca la teoría a su favor, se tornará en inexistente el contrato y, a partir de dicho momento, se consumarán los diferentes efectos de la inexistencia que, de acuerdo con el criterio mayoritario, consisten en que:

1. El negocio o la obligación que se reputaba existente, deja de serlo a partir del momento en el que desaparece la causa respectiva²¹.
2. En virtud de lo anterior, también desde el momento en que desaparece la causa, el deudor deja de adeudar cualquier prestación futura al acreedor y lo que el primero le pague al segundo constituirá un pago de lo no debido que, como es propio de esta figura, da lugar a las restituciones mutuas correspondientes²².
3. Lo anterior sin que pueda aducirse el trascurso del tiempo ni la ratificación como una causa legítima para retener lo pagado en virtud del acto inexistente, toda vez que, como es bien sabido, lo que ha dejado de existir no puede empezar a existir por una figura derivativa como la ratificación o por el simple decurso de un término temporal.
4. Por lo demás, téngase en cuenta que la inexistencia, por su propia naturaleza, no requiere de declaración judicial. Habida cuenta de que este fenómeno supone que el acto, el negocio o la obligación deja de tener vida jurídica, es evidente que no se requiere de la intervención de la jurisdicción a fin de que declare que algo ha dejado de existir. De hecho, a los jueces les corresponde, en realidad, la declaración de que los actos existieron y produjeron sus efectos, por lo que la inexistencia resulta extraña a las pretensiones que se pueden incoar en una demanda²³.

c. El caso concreto:

Pues bien, en el caso de marras, es evidente que desapareció la causa subyacente al Contrato y que en tal medida, el negocio jurídico en cuestión ha devenido inexistente.

Con ocasión de la pandemia ocasionada por la propagación de la COVID-19, así como las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y las entidades territoriales, mi mandante no obtuvo ninguna de las contraprestaciones objetivas que debía recibir en virtud del Contrato.

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012. Exp. 2006-00537-01.

²¹ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Op.Cit., Págs. 423 y ss.

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*

En efecto mi mandante no pudo utilizar el Local comercial arrendado a su plenitud en la medida que existían múltiples restricciones de movilidad, aforo y de comercialización que no permitían a mi mandante hacer el goce efectivo del inmueble arrendado en los términos en los que contractualmente se había pactado.

En esta medida, la contraprestación económica que recibiría mi mandante con ocasión del Contrato desapareció en su integridad en el momento en el que MYM no podía explotar el Local en términos comercialmente regulares.

Adicionalmente, también desaparecieron aquellos componentes subjetivos que integran la causa contractual. En efecto mi mandante suscribió el Contrato partiendo de la base que el Local se encontraba ubicado en un centro comercial que tendría afluencia constante y permanente de consumidores, y que se beneficiaría de la atracción de clientes que los servicios prestados por el mismo centro comercial generarían.

Sin embargo, debido a la pandemia, ninguno de los elementos subjetivos que llevaron a MYM a celebrar el Contrato en cuestión permanecieron vigentes.

Desde finales del mes de marzo, hubo una restricción de movilidad y de comercio que eliminó por completo las expectativas contractuales que tenía MYM al momento de celebrar el Contrato, lo que conllevaba necesariamente a la desaparición de la causa subyacente al mismo.

Por este motivo, dado que mi mandante no podía jurídica ni materialmente hacer un uso efectivo del Local objeto del Contrato, la causa subyacente al mismo desapareció y con ella, las obligaciones a cargo de mi mandante en virtud de dicho instrumento jurídico. Dicha circunstancia fue alegada por mi mandante mediante misiva con fecha del 30 de marzo de 2020 (que por un error de transcripción, fue remitida por parte de PUNTO ESTILO COLOMBIA S.A.S.):

1.10.5. Por lo demás, a la fecha no tenemos acceso al local comercial materia de arrendamiento lo que justifica, con más veras, que ante el hecho de que el arrendador no pueda garantizar en este momento el pleno disfrute del local como es su obligación a la luz del nuestra.

Esta circunstancia fue reiterada en comunicación del 23 de abril de 2020, a cuyo tenor:

Entretanto y habida cuenta de que (i) no estamos pudiendo emplear el local comercial para los fines que le son propios y (ii) que los hechos recientes suponen una imposibilidad sobreviniente e irresistible de pago de las obligaciones no sujetas a primer orden de prelación, conforme a las reglas de privilegio contenidas en el artículo 2494 del Código Civil colombiano (en los términos de la comunicación por usted recibida), reiteramos que se ha configurado una causal legal para la suspensión del pago de las obligaciones asociadas al Contrato entre nosotros suscrito. Suspensión que se justifica en la fuerza mayor acaecida y en la consecuente imposibilidad de pago en la que nos encontramos.

Dadas estas circunstancias, mi mandante informó a la Parte Demandante que, a partir del 17 de marzo de 2020, las obligaciones a cargo de mi mandante debían entenderse suspendidas.

Posteriormente, dado que el arrendador no estaba en posición de restituir la plena tenencia y goce del Local a MYM, mi mandante notificó a PINK LIFE que el Contrato efectivamente se había terminado por causas legales y que el mismo había cesado de producir efectos. Al tenor de la misiva: del 5 de mayo de 2020

9.3 Adicionalmente, la sociedad no ha podido emplear el local arrendado para los fines que le son propios, como es su derecho y la correlativa obligación del Arrendador. Ciertamente, a la fecha, dicho local no está pudiendo ser utilizado para la comercialización de los productos de la sociedad, con lo cual el contrato de arrendamiento no está siendo cumplido a cabalidad por el Arrendador.

Como consecuencia de estos hechos, que se han proyectado por más de treinta días calendario sin que exista aún un panorama claro que permita entender que los ingresos ordinarios de la sociedad retornarán a la normalidad, no tenemos más remedio que declarar extinto el vínculo contractual, entre otras, por la ocurrencia de la fuerza mayor ya demostrada (art. 64 del Código Civil colombiano) y por la inaptitud de la cosa para el objeto a que se debería destinar según la convención (arts. 1543 y 2008 del Código Civil). Para tal efecto, pondremos el local a su disposición dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes después de la derogación o pérdida de vigencia del último Decreto que regule el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de Colombia, en tanto el personal

designado para dicha entrega no puede movilizarse hasta que el aislamiento preventivo obligatorio expire; lo anterior en los términos en que lo prevé el Contrato.

Por este motivo, dado que MYM no pudo emplear el local objeto del Contrato, desapareció la causa subyacente a la obligación del arrendatario, la cual es justamente el uso del local respectivo.

Este es un hecho ineluctable que se acreditó, incluso, mediante un dictamen pericial aportado al expediente, en el que diáfamanamente se indicó:

ii. Desde el punto de vista del punto de equilibrio económico:

De acuerdo al escenario anterior, es notorio que el punto de equilibrio de la empresa arriendos sobre ventas de 5,94%; así como el histórico reportado de 46% para el local específico, está claramente excedido por un canon fijo de COP 157.403.796 por mes. Así, el costo del arriendo excesivo habría aparejado pérdidas para la operación comercial del local llevándolo a su inviabilidad.

Es entonces evidente que, las ventas necesarias para llegar al punto de equilibrio deberían corresponder a ventas similares a periodos anteriores (2018-2019), nivel de ventas imposible de alcanzar en pandemia dadas las condiciones de confinamiento total (cierre) y posterior confinamiento parcial (aforo máximo del 30%) que vivió la economía de los centros comerciales.

c. En estas condiciones, se hace evidente y se concluye, que la abrupta disminución de las ventas no permite que un negocio de venta de confecciones sea viable en presencia de costos fijos tan gravosos como lo es un arriendo por encima de la estructura de costos y gastos en la cual su peso relativo promedio es del 5,94%.

Pero, una vez más, el de la desaparición de la causa no fue un argumento tratado por el Juzgado de primera instancia con suficiencia. Se descartó con el simple argumento de que la pandemia había sido un riesgo del arrendatario que, en su condición de tal, éste último debía soportar. No se estudió cómo esta atípica circunstancia del coronavirus había incidido en la causa contractual ni, mucho menos, si había generado una desaparición sobreviniente de la causa, en los términos explicados previamente.

Razonamiento que era necesario, máxime considerando que la prueba testimonial fue clara en señalar que **MYM no había asumido el riesgo de imposibilidad fortuita de uso del inmueble bajo el Contrato correspondiente**, como puede apreciarse en la declaración de Daniel Arbeláez (en el minuto 16, segundo 50 de la segunda parte de la grabación de la audiencia inicial y de instrucción).

2.1 OTROS ASPECTOS RELEVANTES

Finalmente, cumple traer a colación algunos otros aspectos que el *a quo* no consideró o no resolvió favorablemente, a pesar de estar indefectiblemente acreditados, como sigue:

2.1.1. Imposibilidad para determinar el monto a cobrar por concepto de cláusula penal

En los términos de la cláusula Décima Segunda del Contrato, el monto a pagar por concepto de cláusula penal es equivalente a la suma de DOS (2) cánones de arrendamiento vigentes. Al tenor del Contrato:

DÉCIMA SEGUNDA. -CLÁUSULA PENAL Y TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

1. Sin perjuicio de lo establecido en la cláusula anterior para el caso de terminación anticipada del Contrato por parte de LOS ARRENDATARIOS, y en el evento en que ALGUNA DE LAS PARTES no cumpla o no se allane a cumplir, en todo o en parte, las obligaciones derivadas de este Contrato, deberá reconocer y cancelar a favor de LA PARTE CUMPLIDA, a título de pena y con función de apremio, una suma equivalente al equivalente a dos (2) cánones de arriendo mensuales a título de sanción, sin que para tal efecto deba adelantarse gestión alguna para su cancelación por parte la parte afectada, además, la ejecución forzada de la o las obligaciones insatisfechas o la resolución del Contrato, en ambos con el resarcimiento de los perjuicios causados, en su caso, de conformidad con el artículo 1.600 del Código Civil. La pena estipulada no se entenderá por consiguiente como tasación anticipada de perjuicios.

Teniendo en cuenta lo expuesto previamente en el presente escrito, con posterioridad al 31 de marzo de 2020 no había canon de arrendamiento alguno, en la medida que i) el Contrato no lo regulaba y ii) las Partes no habían llegado a un acuerdo respecto del mismo.

Por este motivo, no hay forma de determinar el monto de la cláusula penal, en la medida que no había canon vigente respecto del período en el cual dicha prerrogativa fue exigida.

2.1.1. Intereses moratorios excesivos: pérdida de intereses

En los términos del artículo 425 de la Ley 1564 de 2012, dentro del término para proponer excepciones el ejecutado podrá pedir la pérdida de intereses. Al tenor de la norma:

ARTÍCULO 425. REGULACIÓN O PÉRDIDA DE INTERESES; REDUCCIÓN DE LA PENA, HIPOTECA O PRENDA, Y FIJACIÓN DE LA TASA DE CAMBIO PARA EL PAGO EN PESOS DE OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA. Dentro del término para proponer excepciones el ejecutado podrá pedir la regulación o pérdida de intereses, la reducción de la pena, hipoteca o prenda, y la fijación de la tasa de cambio. Tales solicitudes se tramitarán y decidirán junto con las excepciones que se hubieren formulado; si no se propusieren excepciones se resolverán por incidente que se tramitará por fuera de audiencia.

Pues bien, en los términos del artículo 65 de la Ley 45 de 1990 toda suma que se cobre al deudor como simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se imputará al interés de mora, cualquiera que sea su denominación. Al tenor de la norma:

ARTICULO 65. CAUSACION DE INTERES DE MORA EN LAS OBLIGACIONES DINERARIAS. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella.

Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación.

Ahora bien, se recuerda que, en los términos del artículo 72 de la Ley 45 de 1990, cuando el acreedor exija el pago de intereses en exceso, perderá todos los intereses cobrados en exceso, aumentados en un monto igual. Dichas sumas deberán ser devueltas al deudor a quien se hubiera cobrado. Al tenor de la norma:

“Artículo 72. Sanción por el cobro de intereses en exceso. Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción.”

Pues bien, en el caso de marras, PINK LIFE exige a MYM el pago de una cláusula penal como sanción por el retardo al incumplimiento del plazo de una obligación dineraria (el pago del canon). En este sentido, en los términos del artículo 65 mencionado, dicha cláusula penal debe imputarse al interés moratorio.

Debe tenerse en consideración que PINK LIFE solicitó expresamente el pago de los intereses moratorios de cada uno de los cánones reclamados a la tasa legal más alta permitida y en adición a ello, solicitó el pago de la cláusula penal.

Por este motivo, el monto exigido por concepto de cláusula penal, al imputarse a intereses moratorio, supone que PINK LIFE está exigiendo el pago de intereses moratorios por encima del límite legalmente establecido, en un exceso de DOSCIENTOS DIEZ MILLONES DE PESOS (COP \$210.000.000).

Así las cosas, se debe i) declarar la pérdida de los intereses cobrados en exceso ii) imponer la sanción en dinero contemplada en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990 y iii) librar los oficios correspondientes a las autoridades penales para que investiguen la comisión del posible delito de usura.

Y en este aspecto no es de recibo el argumento del *a quo* según la cual, solo cuando se produzca el pago respectivo, es viable imponer las consecuencias frente al cobro excesivo del interés, porque eso supondría, entonces, que la sentencia emita una orden de hacer algo abiertamente ilegal, para luego retrotraerlo y sancionarlo. No: si es evidente que se producirá un pago de interés en exceso como resultado de la pretensión del demandante, simplemente no se puede acceder a la pretensión por la ilegalidad intrínseca de la misma. Además, se deben imponer las sanciones por su petición, en tanto se procuró el cobro de más en el interés correspondiente.

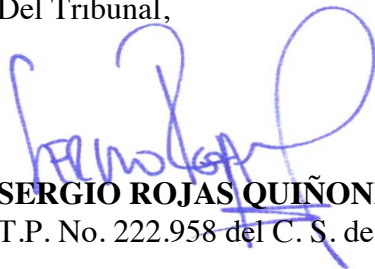
III. SOLICITUD

Por los motivos expuestos, respetuosamente solicito al H. Tribunal que revoque la sentencia de primera instancia proferida por el *a quo* y calendada el 3 de junio de 2022 y, en su lugar, declare terminado el proceso de ejecución.

Esto, entre otras, por un aspecto social que trasciende de la esfera puramente jurídica: la judicatura no puede hacer oídos sordos a los acontecimientos de la pandemia y entender, sin un adecuado trámite declarativo, que los contratos (particularmente, los de arrendamiento) permanecieron inmutables y plenamente ejecutables a pesar de que los arrendatarios no podían usar los bienes objeto del arrendamiento respectivo. Antecedentes como el sistema español, el mexicano, el peruano y el argentino, muestran que la determinación de las consecuencias que la pandemia tuvo sobre la ejecución de los negocios jurídicos exige que los asuntos se ventilen por la vía de trámites declarativos y no de procesos ejecutivos, como si las obligaciones hubiesen permanecido plenamente claras y exigibles aún a pesar de las extraordinarias circunstancias de la pandemia. Mucho más en un caso como este en el que, además de la pandemia, deben discutirse otros serios motivos de duda sobre las prestaciones negociales, como el asociado a la vigencia del canon.

En este contexto, respetuosamente solicitamos al Tribunal que proceda a terminar el trámite de ejecución, para que la discusión tenga lugar en un proceso declarativo, como corresponde.

Del Tribunal,



SERGIO ROJAS QUIÑONES
T.P. No. 222.958 del C. S. de la J.