

SEÑORES
DESPACHO DE LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
E. S. D.

REF.: Sustento Recurso de Apelación
Número de Radicación: 11001319900320210399401
Numero de radicado interno: 2021206979
Acción: PROCESO VERBAL
Demandante: JOHN URIEL CUBILLOS AYA
Demandados: BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. y BBVA COLOMBIA S.A.

JUAN CARLOS MANCILLA GARAVITO, abogado en ejercicio, también mayor de edad, actuando como apoderado del señor **JOHN URIEL CUBILLOS AYA**, mayor de edad, por medio de la presente escrito me permito de forma respetuosa, me permito sustentar las razones por las cuales se impetro el recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha 27 de enero de 2021 proferida por la delegatura de la superintendencia financiera de Colombia y notificada por en audiencia, de tal motivo que sustento el recurso de apelación proferido en los siguientes términos:

La sentencia recurrida, a pronunciarse de fondo sobre el asunto, niega las súplicas de la demanda al considerar que el demandante en sus respuestas asume que hubo reticencia al escribir que No en las preguntas sobre padecer enfermedades, la cual no es cierto que dicha postura de mi prohijado es la omitir información, ya que se evidencia que la delegatura y al igual que los abogados que representaron al banco BBVA y a Seguros BBVA, no comprende la metodología que conlleva al resultado de la Junta Medica Laboral de revisión Militar y de Policía, ya que dicha metodología es un proceso para dar un dictamen.

Partiendo de lo anterior desconocen los demandados que mi poderdante desempeñaba la profesión de Policía y manifiesta tener conocimientos en medicina, por lo cual no le asiste razón a la misma demandada en argumentar que existió reticencia al momento de diligenciar los formatos cuyas preguntas contenidas en el formato de asegurabilidad no contenían un cuestionario detallado y específico el cual mi poderdante pudiese entender, por otro lado cabe manifestar que el mismo señor JOHN URIEL CUBILLOS AYA no fue quien diligencio el formulario, sino que se limitó a imposter su firma en el documento de asegurabilidad por asesoría del agente de servicios que le brindo su cliente,

Por otra parte la jurisprudencia constitucional se ha referido acerca de la reticencia lo siguiente:

La reticencia según la sentencia T22 de 2014 ha mencionado “RETICENCIA O INEXACTITUD EN EL CONTRATO DE SEGURO **RETICENCIA:**

Sentencia T 222 de 2014 Ha mencionado: “...**RETICENCIA O INEXACTITUD EN**

EL CONTRATO DE SEGURO/PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL CONTRATO DE SEGURO

*La reticencia significa la inexactitud en la información entregada por el tomador del seguro a la hora de celebrar el contrato. Esta figura es castigada con la nulidad relativa. En otros términos, **sanciona la mala fe** en el comportamiento del declarante. Ello implica que, **(i) no necesariamente los casos de preexistencias son sinónimo de reticencia. El primer evento es objetivo mientras que el segundo es subjetivo. Por tal motivo, (ii) es deber de la aseguradora probar la mala fe en los casos de preexistencias, pues solo ella es la única que sabe si ese hecho la haría desistir de la celebración del contrato o hacerlo más oneroso.** En todo caso (iii), no será sancionada si el asegurador conocía o podía conocer los hechos que dan lugar a la supuesta reticencia” (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

Por otro lado la misma Corte Constitucional ha considerado criterios claros en los casos para realizar reclamaciones de pólizas de seguros tales como :

6.2. En casos de acciones de tutela relacionadas con reclamaciones de pólizas de seguro de vida grupo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha analizado los elementos involucrados en ese tipo de controversias. En eventos que involucran a tomadores que se encuentran en estado de invalidez superior al 50%, cuyas reclamaciones fueron objetadas por las compañías aseguradoras argumentando preexistencia o reticencia, la Corte ha establecido unos criterios precisos para establecer si puede ordenarse la ejecución o no de la cobertura.^[44]

“6.3. Esos criterios (que deben confluir todos para que proceda el amparo) son los siguientes:

(i) ser sujeto de especial protección constitucional y carecer de recursos económicos;^[45]

(ii) que la familia del reclamante dependa económicamente de él;^[46]

(iii) la declaración de estado de riesgo no puede convertirse en una carga excesiva para el tomador, ya que pueden existir cláusulas ambiguas.^[47] Esto quiere decir, que la entidad aseguradora tiene el deber de presentar un contrato que sea expreso, claro y preciso sobre las condiciones que regirán el desarrollo de la relación jurídica entre las partes. Esto incluye que el formulario de declaración de estado de riesgo tenga una redacción y un lenguaje suficientemente claro, para que un tomador cualquiera pueda entender las particularidades de esta negociación. La rigidez en los tecnicismos y formalidades, así como la falta de diligencia en el asesoramiento del cliente, puede conllevar a que el mismo incurra en errores culposos por no tener manejo de estas relaciones contractuales.

(iv) la preexistencia debe ser probada por la compañía aseguradora;^[48] y

(v) el asegurador, al momento de presentar y suscribir el contrato, deberá plasmar en el mismo los eventos preexistentes que pudo apreciar o que tuvo oportunidad de conocer, a pesar que no sean declarados por el tomador. El silencio del asegurador frente a estos hechos constituye una clara negligencia en su deber de ejercer una conducta que ayude a determinar con precisión las circunstancias que se encontrarán amparadas por el seguro y aquellas que serán excluidas. Esto conduce a declarar que, para casos relacionados con personas que durante el transcurso del contrato sufren una invalidez superior al 50%, el examen judicial deberá analizar la conducta de la entidad aseguradora sobre un margen de diligencia más estricto, en el sentido de poder establecer si la

objeción presentada sobre la ejecución del amparo crediticio se basa en hechos que fueron advertidos al momento de pactar el negocio y que no fueron plasmados por el asegurador.”

Como se evidencia en los pronunciamientos jurisprudenciales, la parte aquí demandada solamente se somete a realizar argumentos sobre una supuesta firma plasmada y una declaración de parte inferida por mi poderdante sin si quiera probar y apreciar que la llamada “reticencia” se predicó de la mala fe de mi mandante. Así mismo manifiesta mi mandante que se sentía confundido con el asesoramiento recibido por parte del agente que le brindo su crédito al indicarle verbalmente que para el desembolso del mismo solo bastaba con impostar firmas y huellas

Para el caso que nos lleva la litis se debe hacer claridad, que mi prohijado no fue asesorado en forma debida, la cual no se puede imputar la RETICENCIA de forma imperativa.

Con fundamento en los planteamientos que anteceden, solicito al despacho se sirva conceder efectivamente las pretensiones que fueron negadas en la demanda.

Del Señor Juez,

Atentamente,



JUAN CARLOS MANCILLA GARAVITO
CC. 88.211.683 de Cúcuta
T.P. 221.206 del C.S de la J

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. VALENZUELA VALBUENA RV: RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL AUTO DEL 5 DE OCTUBRE RAD 2021231204 EXPEDIENTE: 2021-4468

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

Lun 10/10/2022 12:08

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

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. VALENZUELA VALBUENA

Cordial Saludo,

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

De: MARIA MERCEDES RODRIGUEZ <mariamercedes39@gmail.com>

Enviado: lunes, 10 de octubre de 2022 11:55 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota
<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Luz Maria Arbelaez Moreno <luzarbel@bancolombia.com.co>;
sorjuela@bancolombia.com.co <sorjuela@bancolombia.com.co>; manuelg.rueda@gmail.com
<manuelg.rueda@gmail.com>

Asunto: RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL AUTO DEL 5 DE OCTUBRE RAD 2021231204 EXPEDIENTE: 2021-4468

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA CIVIL.

Correo electrónico:

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. D. D.

ASUNTO: INTERPONER RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL AUTO QUE DECLARO DESIERTO EL RECURSO DE APELACION CONTRA LA SENTENCIA DE FECHA 28 DE JULIO DEL 2022-RADICADO: 2021231204 EXPEDIENTE: 2021-4468

Proceso Jurisdiccional ante la Superintendencia Financiera de Colombia instaurado por: JAVIER FONTECHA ESPITIA contra: SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. y BANCOLOMBIA
Radicado: 11001 31 99 003 2021 04468 01

MARIA MERCEDES RODRIGUEZ en mi condición de apoderada del señor **JAVIER FONTECHA ESPITIA**, por medio del presente escrito **INTERPONGO RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL AUTO QUE DECLARO DESIERTO EL RECURSO DE APELACION CONTRA LA SENTENCIA DE FECHA 28 DE JULIO DEL 2022-RADICADO: 2021231204 EXPEDIENTE: 2021-4468**, so pretexto de ser presentado el 29 de septiembre, cuando no fue así, por lo tanto, sustento.

REPAROS o RAZONES de inconformidad son: Que ya estaba sustentado clara y ampliamente los reparos del recurso, no advertir la pena de declararlo desierto y el excesivo ritual o rigorismo jurídico

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA CIVIL.

Correo electrónico: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. D. D.

ASUNTO: INTERPONER RECURSO DE REPOSICION CONTRA EL AUTO QUE DECLARO DESIERTO EL RECURSO DE APELACION CONTRA LA SENTENCIA DE FECHA 28 DE JULIO DEL 2022-RADICADO: 2021231204 EXPEDIENTE: 2021-4468

Proceso Jurisdiccional ante la Superintendencia Financiera de Colombia instaurado por: JAVIER FONTECHA ESPITIA contra: SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. y BANCOLOMBIA

Radicado: 11001 31 99 003 2021 04468 01

MARIA MERCEDES RODRIGUEZ en mi condición de apoderada del señor **JAVIER FONTECHA ESPITIA**, por medio del presente escrito **INTERPONGO RECURSO DE REPOSICION CONTRA EL AUTO QUE DECLARO DESIERTO EL RECURSO DE APELACION CONTRA LA SENTENCIA DE FECHA 28 DE JULIO DEL 2022-RADICADO: 2021231204 EXPEDIENTE: 2021-4468**, so pretexto de ser presentado el 29 de septiembre, cuando no fue así, por lo tanto, sustento.

REPAROS o RAZONES de inconformidad son: Que ya estaba sustentado clara y ampliamente los reparos del recurso, no advertir la pena de declararlo desierto y el excesivo ritual o rigorismo juridico

1- La SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION FUE SUSTENTADO EN TIEMPO, se relaizo el 2 de agosto de manera clara y abundante todos los reparos.

La sustentación del Recurso de Apelación se presentó oportunamente, debido a que desde el mismo momento en que se presentó y sustento ante la **DELEGATURA de la SUPERINTENDENCIA**, igualmente estaba la sustentación dirigida al **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA CIVIL**, desarrollándose ampliamente los reparos concretos expuestos ante la autoridad de primera instancia que de igual manera están dirigidos a la autoridad Superior o de segunda instancia.

Por lo tanto no es de recibo para esta servidora, que el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL Bogotá, D.C.**, el cinco de octubre de dos mil veintidós, haya **DECLARADO DESIERTO** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2022 por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, comoquiera que, según lo informado por la Secretaría y la contabilización de términos efectuada por el Despacho, éste no fue sustentado en tiempo, pues el escrito con el que se pretendió atender la carga y deber de sustentación fue radicado el 29 de septiembre de 2022 mientras que el lapso de cinco (5) días de que trata el inciso 2° del artículo 12 de la referida normatividad venció el 28 del mismo mes. Tengase en cuenta que la sustentacion enviada el 29 de septiembre fue exactamente al misma sustentacion allegada el 2 de agosto ante la Delegatura o primera instancia.

Al respecto, la sustentación del recurso de apelación también estaba dirigida desde la sustentación al H. Despacho porque es para este despacho, mas no para la primera instancia, así las cosas, he sustentando con claridad y abundancia las razones de la inconformidad contra la sentencia de primer grado, por lo tanto seria innecesario volver a exponer las mismas razones de inconformidad, incluso se deben mantener las mismas razones, por lo que le ruego a este estrado judicial se atienda la tesis de la sentencia de tutela proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia - STC5497-2021 del 18 de mayo de 2021 y se tenga por agotada la

sustentación de la apelación, dando prelación al derecho sustancial sobre las formas, y ordene tener por agotada la sustentación del recurso de apelación ante este estrado, con la presentación del memorial arrimado ante la DELEGATURA el 2 de agosto, por las razones expuestas por esta recurrente y por la Corte Suprema en la mentada Tutela.

En primera instancia los reparos no fueron suscitados, fueron abundantes y claros por las razones de mi inconformidad con la providencia apelada.

2- EL AUTO DE ADMISION CARECE DE LA ADVERTENCIA DE DECLARARSE DESIERTO

Incluso, el H. Despacho en este auto no hace la salvedad o advertencia, que si no se presenta la sustentación del recurso dentro de los 5 días a la ejecutoria, como lo hace o establece en estos casos, así: “deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes” y que “si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto” .

3- EXCESIVO RIGORISMO JURÍDICO que conculca el derecho a la doble instancia.

Téngase en cuenta que la sustentación es escrita y bajo esa perspectiva, en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020, la interposición de la alzada como recurrente expongo de manera completa los reparos por los que estoy en desacuerdo con la providencia judicial, así las cosas, no hay motivo para que el superior exija la sustentación de la impugnación, de lo contrario, caso diferente es, si los reproches realizados son meramente enunciativos, desde luego, el juez deberá ordenar el agotamiento de esa formalidad, conforme lo previsto en la normatividad señalada, es decir, para el caso que nos ocupa sustente abundantemente el recurso.

Caso diferente sería que el H. Despacho haya convocado a la partes a sustentar el recurso oralmente y no se haya comparecido; a groso modo, se convoco a sustentar por escrito lo que por escrito ya estaba sustentado.

En este caso lo que opera es el traslado a la parte no recurrente, en caso que no se les haya enviado el escrito o reparos del recurso de apelación.

Respecto al excesivo rigorismo jurídico, tiene señalado la jurisprudencia constitucional, que «puede estructurarse... cuando ‘(...) un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia’; es decir: ‘el funcionario judicial incurre en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando (i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, (ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto, (iii) por la aplicación en exceso rigurosa del derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales’ (CC T352/12, citada recientemente CSJ STC-2680-2020).

En tratándose de sustención y fallo en forma oral, tal vez daría lugar a declarar desierto el recurso en caso de no comparecer a la audiencia, para el caso que nos ocupa es muy diferente, porque hay una gran brecha o diferencia entre la audiencia oral de sustentación y fallo y entre sustentar por escrito el recurso de apelación que ya estaba sustentado. Con motivo de esta diferencia de criterios llevó a que la Corte Constitucional, en Sentencia SU-418/19, reafirmara que **“el recurso de apelación de sentencias debe sustentarse ante el superior en la audiencia de sustentación y fallo, y el efecto de no hacerlo así es la declaratoria de desierto del recurso”**, en línea con lo que reiteradamente venía determinando la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Concluyó el alto tribunal que esta normativa exige que tales recursos se sustenten oralmente ante el superior al que corresponde desatar el recurso, dentro de la audiencia de que trata el artículo 327 del CGP (**M. P. Alejandro Linares Cantillo**).

PETICIONES

Por todo lo anteriormente expuesto le ruego al H. Despacho **REPONER** la decisión del pasado 5 de octubre, que **DECLARO DESIERTO** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2022 y en su lugar se Reponga y se tenga por sustentado el recurso claro y abundantemente los reparos y a su vez se ordene **CONTINUAR CON EL RECURSO DE APELACION** por tener agotada la sustentación de la apelación oportunamente con claridad y abundancia o ya se habían presentado los reparos precisos en los que se fundamente el recurso de apelación, y de esta manera, dar prelación al derecho sustancial sobre las formas, por virtud del principio de economía procesal y sustentación por escrito

De igual manera le ruego al despacho **CORRER** traslado por Secretaría de la Sala, a la parte demandada, no recurrente, del escrito allegado ante la **DELEGATURA** o primera instancia el 2 de agosto de 2022, por el término previsto en el artículo 14 del Decreto 806/2020.

FUNDAMENTOS EN QUE SUSTENTO EL RECURSO DE REPOSICION.

La H. Corte Constitucional ha sostenido que: **DEFECTO SUSTANTIVO POR INTERPRETACION ERRONEA O IRRAZONABLE DE LA NORMA**-. La Corte ha señalado sobre las interpretaciones irrazonables, las cuales se configuran en dos supuestos. El primero consistente en otorgarle a una disposición un sentido o alcance que no tiene (interpretación contraevidente o contra legem), afectando de forma injustificada los intereses legítimos de una de las partes. Y, el segundo, que se traduce en la realización de una interpretación que parece admisible frente al texto normativo, pero que en realidad es contrario a los postulados constitucionales o conduce a resultados desproporcionados, afectando el derecho fundamental de acceso a la justicia, a la doble instancia, a las garantías jurídicas, a la defensa y al debido proceso.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia STC5497- 2021 Radicación n.º 11001-02-03-000-2021-01132-00, 18 de mayo de 2021. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Auto de interlocutorio No. 121. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga Sala Civil- Familia.

STC3508-2022 Radicación n.º 11001-02-03-000-2022-00741-00 (Aprobado en sesión virtual de veintitrés de marzo de dos mil veintidós) dijo: Cabe destacar entonces que, para esta Sala, la sanción consistente en declarar desierto un recurso de apelación por la ausencia de sustentación ante el juez de segunda instancia es exclusiva del sistema de oralidad impuesto por el Código General del Proceso -que, es importante decirlo, volverá a regir una vez expire el término de vigencia consagrado para el Decreto 806 de 2020-. Sin embargo, «en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020, si desde el umbral de la interposición de la alzada el recurrente expone de manera completa los reparos por los que está en desacuerdo con la providencia judicial, no hay motivo para que el superior exija la sustentación de la impugnación, de lo contrario, si los reproches realizados apenas son enunciativos, desde luego, el juez deberá ordenar el agotamiento de esa formalidad, conforme lo previsto en la normatividad señalada» (STC5498-2021 del 12 de mayo del 2021).

Ello, pese a que el accionante señaló en detalle las razones por las cuales disenta del fallo impugnado. Y como dicho escrito se hallaba dentro del expediente, la Corporación

demandada pudo tener por agotada la sustentación de la apelación y, de esta manera, dar prelación al derecho sustancial sobre las formas, por virtud del principio de economía procesal.

Así las cosas, el comportamiento de la autoridad judicial accionada produce un defecto procedimental absoluto pues, tal discernimiento resulta una desproporcionada afectación de las garantías fundamentales del gestor, en particular a su derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

La Corte Constitucional ha indicado que: «(...) este defecto procedimental puede ser (i) de tipo absoluto; o (ii) por exceso ritual manifiesto. Sobre el particular, la sentencia SU-770 de 2014 indicó que el defecto procedimental absoluto se presenta “cuando el procedimiento que adopta el juzgador no está sometido a los requisitos previstos en la ley, sino que obedece a su propia voluntad... porque (i) el juez se ciñe a un trámite ajeno al pertinente, o porque (ii) el juez omite etapas sustanciales del procedimiento con violación de los derechos de defensa y de contradicción de una de las partes del proceso.

Este defecto requiere, además, que se trate de un error de procedimiento grave y trascendente, valga decir, que influya de manera cierta y directa en la decisión de fondo”, mientras que el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto “ocurre cuando el funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial, ... (i) se deja de inaplicar normas procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; (ii) se exige cumplir requisitos formales de manera irreflexiva, aunque pueda tratarse de cargas imposibles de cumplir, siempre que esta circunstancia esté comprobada; (iii) se incurre en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas; (iv) o se omite el decreto oficioso de pruebas cuando a ello hay lugar» (CC T-204/18).

Magistrado ponente **ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO** STC5498-2021 Radicación n.º 11001-02-03-000-2021-01151-00 (Aprobado en sesión de Doce de mayo de dos mil veintiuno) consideró que: «[A]un de aceptarse que el mentado canon 14 [del Decreto Legislativo 806 de 2020] pudiera aplicarse al caso de marras, y por tanto, que debía aportarse un escrito en el que se sustentara la apelación, lo cierto es que una vez pronunciada la sentencia de primer grado, y concedida tal censura, la demandante, aquí interesada, procedió a sustentar por escrito tal réplica; entonces, al momento en que se admitió la alzada, ese memorial ya militaba en el expediente, motivo por el cual la Sala Civil Familia criticada pudo tener por cumplido el requisito que exigió en la primera de las providencias atacadas; no obstante, tampoco valoró esa específica situación en aras de dar prevalencia al derecho sustancial sobre las formas, e incurriendo en un defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto» (CSJ, STC9592-2020).

La suscrita en la calle 35 No. 17-77 Edificio Bancoquia, oficina 12-04. Correo electrónico mariamercedes39@gmail.com y abonado telefonico 3202181281

Con el acostumbrado respeto,



MARIA MERCEDES RODRIGUEZ
C.C. 63.352.440 DE BUCARAMANGA
T.P 204-824 del C. S. de la J.

Recit x 2021 x Juzg x 2022 x 4eaa x Bien x :Cor x PRO x

Archivo | C:/Users/Mercedes%20Rodriguez/Downloads/PROVIDENCIAS%20E-167%20SEPTIEMBRE%2016%202022... 69%

PROVIDENCIAS E-167 SEPTIEMBRE 16 DE 2022... 284 / 301

Radicado: 11001 31 99 003 2021 04468 01

Se **admite**, en el efecto **SUSPENSIVO**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por la Delegatura para Funcione Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera en audiencia celebrada el 28 de julio de 2022, dentro del proceso de protección al consumidor promovido por Javier Fontecha Espitia contra Seguros de Vida Sura y Bancolombia S.A.

Cabe advertir que, de conformidad con lo establecido en la Ley 2213 de 2022, la parte apelante cuenta con el término de cinco (5) días, a partir de la ejecutoria del admisorio, para sustentar los precisos reparos en los que fundamentó su recurso de apelación, y que si se presenta tal sustentación, la parte no apelante tiene cinco (5) días para la réplica.

NOTIFÍQUESE
El Magistrado,
GERMÁN VALENZUELA VALBUENA
11001 31 99 003 2021 04468 01

PROVIDENCIAS E-...pdf T-021-22.rtf CLARA-DAIROAut...pdf SUBSANAR DEMA...pdf

Mostrar todo x

Escribe aquí para buscar

12:56 p. m. 7/10/2022

**HONORABLE
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
M.P. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
E. S. D.**

Proceso: Verbal - Pertenencia
Radicado: 11001310303520170011501
Demandante: Guillermo Alejandro Balco Ramírez
Demandado: Javier Enrique Osorio Martínez y otros

Asunto: Sustentación del recurso de apelación presentado por Curador Ad Litem de la parte demandada.

ADRIANA LÓPEZ MARTÍNEZ, mayor de edad, vecina de la ciudad de Bogotá D.C., abogada en ejercicio, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en condición de curadora ad litem del demandado Javier Enrique Osorio Martínez, identificado con cedula de ciudadanía no. 80.416.095 de Bogotá. y de las demás personas indeterminadas, (en adelante la **“PARTE DEMANDADA”**), de acuerdo con lo señalado en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, y en cumplimiento de lo ordenado en el auto del 28 de septiembre de 2022 mediante el cual el H. Tribunal admitió el recurso de apelación, **presento la sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia que fue dictada en audiencia del 16 de septiembre de 2022 en el proceso de la referencia, reiterando los reparos concretos que se presentaron ante el juez de primera instancia.**

I. APELACIÓN PRESENTADA

La parte demanda interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, por lo que me permito reiterar en este memorial los argumentos ya expuestos, y que sustentan la solicitud de negar las pretensiones de la demanda y declarar probadas las excepciones propuestas con la contestación.

II. LA SENTENCIA APELADA

1. En audiencia del 16 de septiembre de 2022, se profirió sentencia mediante la cual el Despacho accedió a las pretensiones principales de la parte **DEMANDANTE** y declaró que el señor Guillermo Alejandro Balco Ramírez adquirió por prescripción adquisitiva de dominio por posesión regular, el bien inmueble que se identifica con el matrícula inmobiliaria **50N-829460** ubicado, según consta en la Escritura Pública no. 1067 de 15 de agosto de 2003, otorgada en la Notaria 27 de Bogotá, en la Calle 184 # 41 -50/60 y Calle 185 # 41-91 Calle 184 #20-60, apto 504, interior 2, además, de su respectivo parqueadero privado (en adelante el “**Inmueble**”)
2. La Sentencia Apelada debe ser revocada puesto que se fundamentó en una valoración inadecuada de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, que demuestran la ausencia de requisitos para que se declare que el señor Guillermo Alejandro Balco Ramírez adquirió por prescripción adquisitiva de dominio y de manera regular.
 - a. El Despacho omitió que en este caso se demostró que el **DEMANDANTE** no obró con Buena Fe exenta de culpa, puesto que fue negligente al no registrar la escritura pública de compraventa como era su deber, lo que habría evitado posteriores embargos y secuestros.
 - b. El Despacho declaró la prescripción adquisitiva a favor del **DEMANDANTE** a pesar de que quedó acreditado que en este caso se interrumpió el término de la usucapión con la actitud pasiva del **DEMANDANTE** frente a las medidas de embargo y secuestro que se practicaron sobre el Inmueble.

III. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

El recurso de apelación interpuesto se sustenta en los siguientes argumentos:

A) FALTA DE ACREDITACIÓN DE LA BUENA FE PARA LA POSESIÓN REGULAR.

3. En la Sentencia Apelada el Despacho consideró que existe una posesión regular en virtud del presunto contrato de compraventa materializado en la Escritura Pública no. 1067 de 15 de agosto de 2003, pero dejó de lado la demostración de otros elementos fundamentales, como la buena fe, pues en los términos del artículo 764 del C.C se entiende como posesión regular a “*la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe*”

no subsista después de adquirida la posesión”.

4. El artículo 764 del C.C. no fue debidamente estudiado y analizado en la Sentencia Apelada, pues en el fallo se argumentó que se cumplieron los requisitos de la posesión regular únicamente por existir un contrato de compraventa en el que se fijó una cosa y un precio. No obstante, no estudió el requisito de la buena fe que también exige la posesión regular. Para alegar la buena fe no basta con acreditar la conciencia de un buen actuar, sino que también debe el presunto poseedor acreditar que actuó verificando la legalidad de su actuación. La ausencia de inscripción de la Escritura Pública no. 1067 de 15 de agosto de 2003 en la Oficina de Instrumentos Públicos refleja que por parte del **DEMANDANTE** no se verificó la legalidad de la situación que le permitiría adquirir la propiedad del inmueble. De haberse actuado con la debida diligencia e inscrito la escritura en el tiempo legal establecido para ello, se habría evitado el registro de la medida cautelar que se realizó sobre el inmueble en contra de su anterior propietario. Sobre este aspecto no hay pronunciamiento del despacho en la sentencia.
5. En los términos de la Corte Constitucional *“La buena fe exenta de culpa se acredita demostrando no solo la conciencia de haber actuado correctamente sino también la presencia de un comportamiento encaminado a verificar la regularidad de la situación.”* En este caso en concreto, la buena fe exenta de culpa se hubiese materializado si la Escritura Pública no. 1067 de 15 de agosto de 2003 se hubiera registrado debidamente en la Oficina de Instrumentos Públicos en el término otorgado para ello.
6. No obstante, en el presente caso el **DEMANDANTE** no actuó con la buena fe exenta de culpa que se espera de un buen padre de familia, pues confesó que de manera negligente no realizó el registro por “falta de plata”. Veamos la declaración de parte:

*Minuto 8:00 Demandante responde: “El único error que yo hice fue no haber pagado el registro del inmueble, **cuando fui a pagarlo me dijeron que el apartamento estaba embargado contra el anterior dueño no contra mí**, pero yo ya vivía por lo menos año y medio antes del embargo del inmueble. Fecha de compra y paso 15 o 13 de agosto (de 2003) y fecha del embargo abril de 2005 que es cuando me embarga Daniel Enciso que era la persona que demandó a Javier Osorio.”*

Minuto 12:40 Señora Juez pregunta:¿Puede usted indicar porque omitió registrar la Escritura Pública 16-1067?

Demandante responde: "Sencillo doctora, falta de plata."

7. En ese sentido, es importante señalar el principio universal del derecho que nadie puede alegar en su favor su propia culpa, proveniente del aforismo latino "*Nemo audilur propiam turpitudinem allegans*". De acuerdo con este principio del derecho, debe señalarse que el **DEMANDANTE** tuvo las siguientes oportunidades: (i) el término prudencial de año y medio para registrar la Escritura Pública no. 1067 de 15 de agosto de 2003, (ii) conocimiento desde el 2005 del proceso ejecutivo, cuya medida cautelar embargó el bien inmueble objeto de litigio, para realizar actuaciones judiciales defendiendo su supuesto derecho de dominio y (iii) conocimiento sobre lo decretado y ordenado en las diligencias de secuestro, de fechas 24 de septiembre de 2012 y 21 de mayo de 2018, con tiempo prudencial para oponerse.
8. Aun así, el **DEMANDANTE** ignoró completamente esta información y omitió realizar acciones para defender su supuesto derecho. Se evidencia que la parte **DEMANDANTE** actuó de manera negligente al no registrar la Escritura Pública en cuestión, y ahora pretende acudir al presente proceso para que le sistema judicial premie su actuar indiferente y le conceda la prescripción adquisitiva incluso cuando ya no se cumplen los requisitos para ello.

B) EL DEMANDANTE ACTUÓ EN CONTRA DE SU ÁNIMO DE DOMINIO AL ACEPTAR LA ADMINISTRACIÓN DEL INMUEBLE A TÍTULO DE TENENCIA Y/O DEPOSITARIO EN LAS DILIGENCIAS DE SECUESTRO

9. La sentencia de primera instancia parte de que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la inscripción de una medida cautelar de embargo, así como la entrega material del bien con ocasión de dicha medida por parte de un auxiliar de la justicia -secuestre- no interrumpe el término de la posesión. No obstante, lo anterior es aplicable siempre y cuando se mantenga el elemento subjetivo de la posesión, es decir, el *animus* de reconocerse a sí mismo como único señor y dueño y no reconocer en otra persona el dominio.
10. En este caso, es claro que las medidas de embargo y secuestro del Inmueble sí interrumpieron el término de la prescripción adquisitiva, puesto que el **DEMANDANTE** se comportó como un simple tenedor frente a ellas. El **DEMANDANTE**, como resultado de la diligencia de entrega al secuestro, asumió la administración del inmueble a título de mera tenencia, primero a título gratuito y luego a título oneroso, por el contrato de arrendamiento ordenado en la diligencia de mayo de 2018. Desde este momento, actuó abiertamente en

contra el ánimo de señor y dueño que se requiere tanto para la posesión regular, como para la irregular.

11. Así, a pesar de que la Ley le permitía oponerse a la diligencia de secuestro del inmueble, a través del incidente de oposición al secuestro regulado en el artículo 596 del Código General del Proceso, el **DEMANDANTE** se comportó como un simple tenedor, desvirtuando un elemento esencial para usucapión como lo es el ánimo de señor y dueño.
12. Es importante mantener a la vista la seguridad jurídica que debe existir sobre el estatus de los bienes que están próximos a ser objeto de remate, toda vez, que quienes adquieren estos bienes confían en que este tipo de bienes se encuentran libres de posesión. Máxime cuando existen *diligencias de entrega de inmueble cautelado al auxiliar de la justicia – secuestre*, presididas por un juez de la República, en las que los poseedores tienen la facultad de oponerse.
13. En este caso el Despacho omitió valorar correctamente las pruebas en este punto, en virtud que el **DEMANDANTE** conoció y decidió abiertamente ignorar la medida cautelar de embargo que pesaba sobre el bien inmueble objeto de litigio desde el 29 de abril de 2005, circunstancia que el mismo **DEMANDANTE** acepta en el hecho octavo de la demanda. Al conocimiento por parte del **DEMANDANTE** de la anotación no. 13 del Certificado de Tradición y Libertad que daba cuenta del embargo sobre el bien objeto de litigio, le siguieron las diligencias de secuestro realizadas el 24 de septiembre de 2012 y el 21 de mayo de 2018 en las que al **DEMANDANTE** le fue entregado el bien inmueble objeto de litigio a título de tenedor. Al tener conocimiento de la medida cautelar y las diligencias de secuestro realizadas en las que se le reconocía como tenedor y no al realizar acción alguna, el **DEMANDANTE** reconoció y aceptó que existía un mejor derecho sobre el inmueble, anulando y renunciando al ánimo de señor y dueño que alega en el proceso.
14. Lo anterior, se evidencia en el acervo probatorio del proceso, inicialmente en las pruebas documentales y luego en el interrogatorio de parte y los testimonios practicados en el proceso.
15. Las pruebas documentales que obran en el expediente, y en específico las que dan cuenta del desarrollo del secuestro que se realizó como resultado de las medidas cautelares que se impusieron sobre el Inmueble objeto del proceso, acreditan que el **DEMANDANTE** actuó como un mero tenedor:
 - a. El documento *“Diligencia de entrega inmueble cautelado al nuevo auxiliar de la justicia – secuestre - por relevo de quién venía cumpliendo dicha función al interior del proceso Ejecutivo singular número*

11001400303320050030700” de fecha 21 de mayo de 2018, folio número 140 del expediente, evidencia que la entrega al secuestre se desarrolló sin oposición alguna:

La diligencia culminó con la entrega del bien al nuevo auxiliar de la justicia - secuestre para que en adelante proceda a ejercer su función de custodia, quien le comunicó al señor Guillermo Alejandro Blanco Ramírez que debía suscribirse un contrato de arrendamiento o si es el caso entenderse verbalmente en donde el canon habrá de ser determinado por el secuestre

atendiendo el valor de los cánones que dentro de la misma copropiedad tengan los apartamentos o aún en inmuebles del sector, dineros que deberán ser cancelados directamente a órdenes del Juzgado en la respectiva cuenta de la Oficina de Ejecución de Bogotá. Por último, se ordenó remitir copias de todo lo actuado en la diligencia con destino del Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso de pertenencia No. 11001310303520170011500 adelantado por Guillermo Alejandro Blanco Ramírez contra Javier Enrique Osorio Martínez y personas determinadas, para lo de conocimiento y competencia de aquel despacho.

Se suscribe la presente acta el señor El Juez,


JOSE FERNANDO MARTELO PEREZ

- b. El documento “Informe gestión por pare del secuestre” de fecha 27 de junio de 2019, folio número folio 141, evidencia que el **DEMANDANTE** incluso se comprometió a pagar un canon de arrendamiento al secuestre designado:

Señora:
JUEZ PRIMERO (01) CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN CIVIL DEBOGOTA D. C.
Juzgado de Origen (33) Civil municipal
E. S. D.

34998 27 JUN 19 PM 3:17
6213-2019
OF. E.J. CIV. MUN. REHATES

Referencia : Ejecutivo Singular No.2005-00307
Demandante : Héctor Daniel Enciso Rodríguez
Demandado : Javier Enrique Osorio Martínez
Asunto : Informe de Gestión por parte del Secuestre

FAVIAN RICARDO CRUZ CARRILLO, actuando en mi calidad de REPRESENTANTE LEGAL, que funge como secuestre en el proceso de la referencia, debidamente posesionado conforme al Acta de Entrega de Inmueble Cautelado al suscrito el día 21 de mayo del año 2018 y visible a folios 267 y 268 del cuaderno No.2 del expediente, comedidamente me permito informar que, a partir de la fecha que me hicieron entrega del inmueble el mismo quedo habitado por el señor **GUILLERMO ALEJANDRO BLANCO RAMÍREZ**, identificado con la C.C. No.79.521.217 de Bogotá, quedando en calidad de arrendatario, comprometiéndose a pagar un canon de arrendamiento mensual, por la suma de UN MILLON DE PESOS (\$1.000.000), el cual ha incumplido a la fecha a pesar de los constantes llamados que vía celular le he hecho, incurriendo a la obstrucción de la función judicial, ~~he~~ impidiendo el correcto ejercicio de mis funciones, por lo que lo voy a requerir por última vez, sino cumple con lo pactado en dicha audiencia, entonces voy a solicitar a su Despacho se ordene la entrega del bien inmueble identificado con la MI-50N-829460, de propiedad del demandado al suscrito, libre de personas, animales y cosas, para poder rendir cuentas de mi gestión.

Lo anterior dando cumplimiento a lo ordenado por el Despacho mediante auto de fecha 29 de mayo del año 2019

De la señora Juez,

Atentamente,

JURIDICAS S.A.
NIT. 900.878.073-2
abcjuridicas@gmail.com
FAVIAN RICARDO CRUZ CARRILLO
C.C.79.800.492 expedida en Bogotá
Teléfono: Cel. 3208575462
Email-abcjuridicas@gmail.com

16. Las pruebas testimoniales dan cuenta de la negligencia del **DEMANDANTE** para inscribir el inmueble como consecuencia de su compraventa y también frente a las medidas cautelares que con posterioridad se materializaron sobre el Inmueble.

- a. Es importante señalar lo dicho el testigo señor Fabián Ricardo Cruz Carrillo, representante legal de ABC JURÍDICAS S.A.S., secuestre del inmueble, cuyo testimonio se encuentra en el anexo del expediente:

Minuto 2:10 Señora Juez pregunta: ¿A quién considera usted propietario de este inmueble?

Favian Cruz Responde: "No pues el señor Javier Osorio digamos que, pues ostenta la calidad, como obra en los documentales y folio de matrícula inmobiliaria de este inmueble y pues es reconocido en el proceso en donde yo tuve conocimiento de este inmueble. Por cuanto fui designado, o la sociedad que yo

represento, fue designada como secuestre en atención a un relevo que se le hizo a un anterior secuestre que venía ejerciendo funciones desde el año 2012 hasta el 2018, yo asumo tal calidad de secuestres en el año 2018 mediante diligencia de entrega que ejecuta el comisionado Juzgado Primero Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de esta ciudad me posesionan para el cargo aludido. **A partir de esa fecha conozco pues al señor Alejandro quien manifestó en esa fecha en esa diligencia ser arrendatario del inmueble y pues ostentar algunas mejoras, que pues ya es cuestión que sean demostradas, y básicamente ya yo me acojo a lo que se decretó en esa audiencia de entrega por relevo de secuestre de esa audiencia que se practicó en el 2018 tengo entendido que fue en el mes de mayo y a partir de ese entonces ostento la calidad dentro del proceso ejecutivo creo que es 2005 del 307 aporta certificado de existencia y representación legal de la cámara de comercio fecha 4 de abril de 2022 ABC jurídica S.A.S**

Minuto 8:40 pregunta: *¿En qué calidad el señor Alejandro Blanco inició y atendió la diligencia de secuestro?*

Favian Cruz Responde: **“En calidad de depositario.”**

Minuto 15:43 Curadora Ad Litem pregunta: *¿En esa diligencia de secuestre del año 2018 en qué calidad dejaron al señor Alejandro Blanco?*

Favian Cruz Responde: **“Reiteremos que es una diligencia de entrega más bien por relevo al secuestre, y en esa diligencia digamos en la parte final el señor Juez pues ordena suscribir contrato y entenderse con el nuevo secuestre para efectos de que se dé cumplimiento a la custodia y administración de este bien ante el despacho.”**

17. De todo el acervo probatorio citado previamente, puede determinarse que el **DEMANDANTE** tuvo conocimiento del secuestro realizado el 24 de septiembre de 2012 y el posterior cambio de secuestre mediante diligencia del 21 de mayo de 2018¹⁸ en las que al **DEMANDANTE** le fue entregado el bien inmueble objeto de litigio a título de tenedor y/o depositario, no obstante, no realizó la oposición a la misma en debida forma. Así lo confesó en su interrogatorio:

*“... Cuando llegaron yo me opuse, **obviamente no sé si me faltó la asesoría judicial o alguna cosa para haber dado mejor respuesta en ese momento...**”*

18. Debe destacarse en este punto que el **DEMANDANTE** tenía conocimiento de la existencia del proceso ejecutivo desde el 2005, tuvo 7 y 13 años para buscar asesoría jurídica y poder realizar la oposición al secuestro en debida forma, aun así, no lo hizo. Igualmente, se evidencia en los documentos y el testimonio del actual secuestro que al inicio de la diligencia del 21 de mayo de 2018 el **DEMANDANTE** se encontraba “*En calidad de **depositario**”* y al final de la diligencia “***el señor Juez ordena suscribir contrato y entenderse con el nuevo secuestro para efectos de que se dé cumplimiento a la custodia y administración de este bien ante el despacho.***”

19. Pese a tener conocimiento de estos actos y secuencia de hechos el **DEMANDANTE** no se opuso debidamente durante o posteriormente a las diligencias, reconociendo así mejor derecho de dominio en la parte accionante del proceso ejecutivo.

IV. SOLICITUD

De acuerdo con los reparos anteriormente expuestos, solicito respetuosamente que se **REVOQUE** la Sentencia Apelada y que en su lugar se declaren probadas las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda.

Atentamente,



ADRIANA LÓPEZ MARTÍNEZ
C.C. No. 52.051.679
T.P. No. 85.250 del C.S. de la J.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
MP. Doctora **ADRIANA SAAVEDRA LOZADA**

E.

S.

D.

REF: Pertenencia de **GUILLERMO ALEJANDRO BLANCO** contra **JAVIER OSORIO MARTINEZ y OTROS**. EXP: 11001310303520170011501

Asunto: Sustentación Recurso de Apelación

VIVIAN LILIANA LOPEZ SIERRA, en mi calidad de apoderada judicial del tercero interesado dentro del proceso de la referencia, dando cumplimiento a su auto de fecha 28 de septiembre de 2022, comedidamente me permito descorrer el traslado para sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2022, en los siguientes términos:

1.) La juez al momento de proferir el fallo no tuvo en cuenta que el demandante no reunía los requisitos establecidos en la ley.

Dentro del trámite del proceso encontramos varias situaciones que desestiman la buena fe del demandante.

Según el demandante, éste entró en posesión del inmueble el día 15 de agosto del año 2003, cuando suscribió la escritura pública de compraventa. Sin embargo, la tenencia del mismo, según él, la ostentaba desde hacía año y medio antes de suscribir la escritura.

En diligencia de secuestro, llevada a cabo el día 27 de Junio de 2005 por el Juzgado 13 Civil Municipal de Descongestión de Bogotá, se indicó expresamente que:

“Somos atendidos por el señor GUILLERMO ALBERTO DUARTE VERGARA CC 17.199.666 de BOGOTA quien enterado del objeto de la presente diligencia manifestó; Soy arrendatario, me arrendó la inmobiliaria COBRAS desde hace aproximadamente 9 años...”

Conforme a lo manifestado por el señor **GUILLERMO ALBERTO DUARTE VERGÁRA**, no es cierto que el demandante haya entrado en posesión del inmueble desde el día 15 de agosto de 2003, ni mucho menos que haya tenido la tenencia del mismo desde febrero de 2002, aproximadamente, como lo sostuvo no solo en la demanda sino en el interrogatorio de parte rendido ante el Juez de Conocimiento, siendo esto un fraude procesal y un falso testimonio que deberá ser investigado por la jurisdicción penal.

Ahora bien, según la Juez de Instancia el hecho de que la persona que atendió la diligencia de secuestro haya manifestado que se encontraba en calidad de arrendatario desde hacía 9 años y que quien le arrendó el inmueble fue la Inmobiliaria Cobrass, puede significar que ante dicha inmobiliaria quien haya dado el contrato de mandato fue el mismo demandante.

Dando por cierto un hecho que nunca fue probado dentro del proceso, suponiendo una prueba que no existe, solamente para justificar un falso testimonio rendido por el aquí demandante.

De esta irregularidad no se dio cuenta el Despacho, muy a pesar de que la suscrita apoderada y la Curadora Ad Liten de las personas indeterminadas se lo hubiéramos manifestado en las etapas procesales correspondientes.

2.) La falta de valoración de la prueba obtenida legalmente dentro del proceso por parte de la señora Juez de primera instancia, se pudo evidenciar así:

Según la prueba obrante dentro del expediente, se realizó diligencia de secuestro del inmueble objeto de pertenencia el día 27 de Junio de 2005 por parte del Juzgado 13 Civil Municipal de Descongestión de Bogotá, dejando en tenencia o en depósito gratuito al señor **GUILLERMO ALBERTO DUARTE VERGARA**.

Si hubiese sido cierto que el señor **GUILLERMO ALEJANDRO BLANCO**, ostentaba la calidad de poseedor, en gracia de discusión, desde que suscribió la escritura pública de compraventa, esto es, desde el 15 de agosto del año 2003, y no estando en la señalada diligencia de secuestro antes referida, no ejerció las facultades consagradas en los Arts. 686 y 338 del C.P.C., vigente para la época, esto es, oponiéndose a la diligencia de secuestro en su calidad de poseedor.

Nuevamente se hace una diligencia de secuestro por parte del señor Juez Primero Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá, el 24 de septiembre de 2012, en la cual se le hizo entrega del bien inmueble al secuestre señor **OSCAR JARAMILLO**. En este caso la diligencia fue atendida por el aquí demandante **GUILLERMO ALEJANDRO BLANCO**, quien no hizo oposición a la diligencia de secuestro en ese momento ni posteriormente ante el Juzgado de conocimiento, conforme a lo dispuesto en los Art. 338 y 686 del C.P.C., vigente para la época, por el contrario, recibió el inmueble en "*deposito provisional y gratuito a mi orden y en cabeza de quien atendió la diligencia hasta que se pueda llegar a un acuerdo entre las partes.*"

El secuestre señor **OSCAR JARAMILLO**, falleció, siendo necesario hacer cambio de secuestre del inmueble objeto de pertenencia, es así como el Juez Primero Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá, el 21 de mayo de 2018, realizó el cambio de secuestre, haciéndose entrega del inmueble al señor **FAVIAN RICARDO CRUZ CARRILLO**, en donde el Juez manifestó que "*quien comunicó al señor Guillermo Alejandro Blanco Ramírez que debía*

suscribir un contrato de arrendamiento o si es el caso entenderse verbalmente en donde el canon habrá de ser determinado por el secuestre.”

Nuevamente en esta diligencia que fue atendida por el demandante **GUILLERMO ALEJANDRO BLANCO**, no hizo oposición a la diligencia de secuestro conforme a lo dispuesto en los Art. 338 y 686 del C.P.C.

En lo manifestado por el testigo señor secuestre **FAVIAN RICARDO CRUZ CARRILLO**, nombrado y debidamente reconocido por el Juzgado Primero Civil de Ejecución de Sentencias, donde cursa proceso ejecutivo singular de **LORENZO PEÑA CASTELLANOS** contra el señor **JAVIER ENRIQUE OSORIO**, bajo el radicado N° 11001400303320050030700, donde manifestó: *“Recibí el inmueble objeto de este proceso por orden del señor Juez Primero Civil Municipal de Ejecución de Sentencias en diligencia en el respectivo inmueble el día 21 de mayo del año 2018 y por orden del Despacho, el demandante quedó en calidad de arrendatario comprometiéndose a pagar un canon de arrendamiento mensual de un millón de pesos consignados a órdenes del juzgado”*

3.) La señora Juez de primera instancia, nunca valoró, ni tuvo en cuenta los testimonios ni las pruebas allegadas al expediente en su totalidad.

Es así que en la sentencia objeto de apelación manifestó que como quiera que el expediente proveniente del Juzgado Primero Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá, era prueba sumaria no podía tenerse en cuenta.

En este sentido la prueba sumaria es aquella que no ha sido controvertida por el sujeto procesal al cual se le enrostra.

En el presente caso ha de tenerse en cuenta que el demandante nunca objeto o rechazo la prueba, el silencio que ha sido una constante por parte del señor **BLANCO RAMIREZ**, hace que la prueba tenga total validez, pues nunca fue objetada o controvertida dentro de este proceso.

El expediente no llegó en último momento, el expediente fue remitido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá, desde 18 de junio de 2018, esto desde antes de que se trabara el contradictorio.

Sin embargo, la diligencia de secuestro de fecha 27 de Junio de 2005 y diligencias de entrega del 24 de Septiembre de 2012 y del 21 de Mayo de 2018, fueron aportadas por la suscrita en la contestación de la demanda y son plena prueba que obran dentro del expediente y por lo tanto tienen la validez necesaria para probar la interrupción de la supuesta posesión del demandante.

4.) La posesión para que sea apta para prescribir debe ser continua y no haber sido interrumpida natural o civilmente. La posesión se interrumpe naturalmente cuando ha pasado a otras manos, y no ha podido ser recuperada legalmente, o cuando sin haber pasado a otras manos se hace imposible la explotación del bien sobre la que recaía, como cuando una

heredad se inunda. (Art. 2523 del C.C.). Se da la interrupción civil cuando la posesión es discutida por un tercero a través de una demanda judicial. La interrupción civil opera en los términos señalados en el Art. 94 del C.G.P.

En el presente caso, la posesión ejercida por el señor **GUILLERMO ALEJANDRO BLANCO RAMIREZ** fue interrumpida civilmente por la diligencia de secuestro de fecha 24 de septiembre de 2012 y posteriormente con la diligencia de entrega de fecha 21 de mayo de 2018, en donde claramente se deja el inmueble en arrendamiento al aquí demandante.

La diligencia de secuestro de fecha 27 de junio de 2005 y diligencias de entrega del 24 de septiembre de 2012 y del 21 de Mayo de 2018, tienen la virtualidad de interrumpir la prescripción, pues esta al momento de la diligencia no se encontraba consumada.

El Art. 2531 del Código Civil es su numeral 3 enseña: "*Pero la existencia de mera tenencia, hará presumir la mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1.) Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos veinte años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción. 2.) Que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.*"

En este orden de ideas, se puede establecer que el demandante no cumple con los requisitos que establece el Art. 2531 del Código Civil, situación que fue evidente en el proceso y que no fue evaluado por la juez de conocimiento.

Ahora bien, el Art. 768 del C.C., establece que la buena fe "*es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y todo otro vicio. Así en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.*"

De esta definición se deduce que la buena fe es un asunto básicamente subjetivo, perteneciente al fuero interno, dado que está constituida por el convencimiento íntimo de la persona de que adquirió la propiedad del objeto poseído de quien estaba facultado para enajenarlo y a través de medios legítimos.

A pesar de que la buena fe, es una cuestión de conciencia ella se deja traslucir al exterior, como otros fenómenos psíquicos, dejando vestigios que son los que precisamente le sirven al Juez para establecer la calidad del poseedor.

Sobre la exteriorización de la buena fe la Corte enseñaba en sentencia de Junio 4 de 1.968: "*Dentro de la problemática de la valoración Jurídica de la conducta humana, la buena o mala fe con que proceden los individuos es, en principio y según lo tiene enseñado la doctrina, una cuestión de hecho; tal estado es, por su naturaleza es un fenómeno psíquico, vale decir de índole subjetiva y moral, cuya apreciación necesariamente tiene que hacerse a través de otros hechos, estos si objetivos como son los rastros o huellas que deja al*

exteriorizarse y así alcanzar resonancia en la órbita del derecho.” (C.S.J. Sala de casación civil, sentencia de Junio 4 de 1.968.).

Desde ahora es necesario enfatizar, que a través del estudio de las distintas pruebas y de los hechos materia de este proceso, y por medio de un examen crítico y conjunto se puede llegar a la conclusión de la mala fe del demandante, que no fue analizada por la Juez de instancia, pues éste tiene claro que la posesión no le pertenece, ni mucho menos tuvo la calidad de propietario, pues la propiedad se prueba con la escritura de adquisición y el registro de la misma, situación que por negligencia del actor, no se produjo. Situación que además no tuvo una explicación lógica dentro del proceso.

Nunca hizo oposición a las diligencias de entrega de fecha 24 de Septiembre de 2012 y del 21 de Mayo de 2018, en la misma audiencia o en el Despacho Judicial dentro de la oportunidad procesal pertinente.

5.) La buena fe y el Justo título son conceptos Jurídicos independientes, de tal manera que puede haber poseedor con justo título, pero con mala fe y viceversa (Art. 764 inc. 3 del C.C.).

No obstante, el justo título y la buena fe, son factores relacionados entre sí, hasta el punto que el título puede exteriorizar la buena o mala fe. Esta mala fe fue exteriorizada máxime que en el interrogatorio de parte indicó fechas que no concuerdan con la realidad.

El artículo 768 enseña que el título para que conlleve la buena fe, supone la convicción por parte del poseedor de haber adquirido de quien tenía facultad para enajenar y que dicho título esté libre de fraudes, vicios, u otra circunstancia que pueda afectar su validez o eficacia. Nuestro Máximo Tribunal recuerda que

“...para que un adquirente a non domino sea de buena fe es necesario que haya creído que su autor era propietario, pues no podría recibir de un derecho de que no fuese titular. De donde es inevitable concluir que el conocimiento por el poseedor, de los vicios del título de su autor es excluyente de la buena Fe, porque infirma esta creencia.” (C.S.J. Sala de casación Civil. Sentencia de junio 26 de 1.964).

La Juez de instancia dio al traste con la garantía que tiene el conglomerado social con las normas, con la ley, con la jurisprudencia, con la seguridad jurídica. No puede pasarse por alto que este tipo de providencia crean inseguridad jurídica, pues al no valorarse las pruebas en su conjunto si no de forma aislada y al acomodo de una aseveración carente de sustento probatorio, crean errores de bulto, errores que generan vías de hecho.

Tampoco es cierto como lo afirma el demandante en el hecho segundo de la demanda, por que como se dijo anteriormente, esta mera tenencia, si ha sido interrumpida en tres ocasiones, nunca la ejercido de manera pacífica, pública y sin solución de continuidad, fueron desacertadas las declaraciones del demandante y de los testigos, pues estos últimos nunca entraron al inmueble

Dra. VIVIAN LILIANA LOPEZ SIERRA
Abogada

presuntamente de propiedad del demandante, solo lo veían pasar, solo lo saludaban y tuvieron una falsa percepción de la realidad que les dibujada el demandante.

Los documentos aportados por la Administración del Conjunto residencial, adolecen de toda credibilidad, dado que, para que un propietario pueda asistir y ser miembro activo de las Asambleas de Copropietarios, lo primero que se exige es ser titular de derecho real de dominio, pues como arrendatario solo puede asistir con poder del propietario, él no podía hacerse pasar como propietario, si ningún certificado de tradición que acreditará su titularidad.

Con este fallo de primera instancia se viola flagrantemente el debido proceso no solo en los postulados del Artículo 29 de la carta sino de todas aquellas normas constitucionales concordantes, únicamente legislo para la parte actora y las demás partes procesales intervinientes para ella brillaron por su ausencia, fallos de esta naturaleza desdibuja nuestra justicia en este país, crea zozobra y desconcierto jurídico ante la normatividad vigente y existente.

Fallos de esta naturaleza echa por la borda el patrimonio de un tercero que es superior a los **CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000.00)** y que proviene de un proceso ejecutivo ya con sentencia debidamente ejecutoriada, que se ha prolongado en el tiempo, no solo por la mora judicial, sino por las maniobras fraudulentas realizadas por el demandante, que buscan engañar a la justicia para defraudar a personas de buena fe.

Por lo anteriormente expuesto, respetuosamente solicito a Usted se sirva revocar la sentencia de primera instancia y decidiendo de esta forma lo que en **DERECHO** corresponde.

De la Honorable Magistrada,



VIVIAN LILIANA LOPEZ SIERRA
C.C. N° 52.535.938 de Bogotá
T.P. N° 218.336 del C.S.J.

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. ACOSTA BUITRAGO RV: 2022-00073-01 -
SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA ANTICIPADA
PROCESO DE RENDICION DE CUENTAS PROVOCADA**

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

Lun 10/10/2022 16:23

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: Hugo riaño <hugo.andrespuello@gmail.com>

Enviado: lunes, 10 de octubre de 2022 4:08 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

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

<secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: fredy arellano <fredyarellano74@yahoo.es>

Asunto: 2022-00073-01 - SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA ANTICIPADA PROCESO DE RENDICION DE CUENTAS PROVOCADA

buenas tardes cordial saludo

**HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA SALA CIVIL-
FAMILIA**
MAGISTRADO SUSTANCIADOR
Dr. RICARDO ACOSTA BUITRAGO
E. S. D.

**Asunto: SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA
ANTICIPADA**

Referencia: PROCESO DE RENDICIÓN PROVOCADA DE CUENTAS

Radicado: 2022-00073-01

Demandante: INVERSIONES CICAM S.A.S. en LIQUIDACIÓN

Demandada: ISABEL CRISTINA PIEDRAHITA SALOM

HUGO ANDRES RIAÑO PUELLO, mayor de edad, abogado titulado, inscrito y en ejercicio, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 1.128.062.053 de Cartagena y portador de la Tarjeta Profesional número 214.286 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando de conformidad con el poder otorgado por el Señor **FREDY ARELLANO TIJERA**, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con Cedula de Ciudadanía No. 3.815.026 de Arjona (Bolívar), actuando en calidad de **LIQUIDADOR REPRESENTANTE LEGAL de INVERSIONES CICAM S.A.S en LIQUIDACIÓN con NIT No. 900.421.351-1**, con todo respeto estando en el término legal oportuno para **SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN contra la sentencia anticipada proferida por la DELEGACION DE PROCESOS MERCANTILES DE LA SUPERSOCIEDADES de fecha 17 de Agosto de 2022, notificada por estado electrónico el día estado el día 18 de agosto de 2022**, procedo a sustentar en el escrito anexo.

atentamente

--

HUGO RIAÑO PUELLO

Abogado

Especialista en Derecho Procesal

Movil: 300-7480225

NOTA CONFIDENCIAL: La información contenida en este E-mail es confidencial y sólo puede ser utilizada por el individuo o la compañía o entidad a la cual está dirigido. Si no es el receptor autorizado, cualquier retención, difusión, distribución o copia de este mensaje es prohibida y será sancionada por la ley. Si por error recibe este mensaje, favor reenviarlo y borrar el mensaje recibido inmediatamente. This message and any attached files may contain information that is confidential and/or subject of legal privilege intended only for use by the intended recipient. If you are not the intended recipient or the person responsible for delivering the message to the intended recipient, be advised that you have received this message in error and that any dissemination, copying or use of this message or attachment is strictly forbidden, as is the disclosure of the information therein. If you have received this message in error please notify the sender immediately and delete the message.



**HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA CIVIL-FAMILIA
MAGISTRADO SUSTANCIADOR
Dr. RICARDO ACOSTA BUITRAGO
E. S. D.**

Asunto: SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA ANTICIPADA

Referencia: PROCESO DE RENDICIÓN PROVOCADA DE CUENTAS

Radicado: 2022-00073-01

Demandante: INVERSIONES CICAM S.A.S. en LIQUIDACIÓN

Demandada: ISABEL CRISTINA PIEDRAHITA SALOM

HUGO ANDRES RIAÑO PUELLO, mayor de edad, abogado titulado, inscrito y en ejercicio, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 1.128.062.053 de Cartagena y portador de la Tarjeta Profesional número 214.286 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando de conformidad con el poder otorgado por el Señor **FREDY ARELLANO TIJERA**, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con Cedula de Ciudadanía No. 3.815.026 de Arjona (Bolívar), actuando en calidad de **LIQUIDADOR REPRESENTANTE LEGAL de INVERSIONES CICAM S.A.S en LIQUIDACIÓN con NIT No. 900.421.351-1**, con todo respeto estando en el término legal oportuno para **SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN** contra la **sentencia anticipada proferida por la DELEGACION DE PROCESOS MERCANTILES DE LA SUPERSOCIEDADES de fecha 17 de Agosto de 2022, notificada por estado electrónico el día estado el día 18 de agosto de 2022**, procedo a sustentar dela siguiente manera:

REPAROS CONCRETOS EXPUESTOS CONTRA EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA



El suscrito en la oportunidad procesal expuso los siguientes reparos al fallo de primera instancia:

1. Violación Al Principio Iura Novit Curia
2. Violación Al Debido Proceso Por No Valoración De La Prueba De Confesión De La Demandada
3. Error In Iudicando Por Inaplicación Del Artículo 27 De La Ley 1258 De 2008
4. Desconocimiento del precedente judicial - sentencia n.º 2019-01-075549 del 26 de marzo de 2019 de la delegatura de procesos mercantiles de la supersociedades
5. Desconocimiento del precedente judicial - sentencia n.º 801-34 de junio 11 de 2014 y sentencia n.º 800-107 de octubre 30 de 2017 de la delegatura de procesos mercantiles de la supersociedades
6. Vicios procedimentales carentes de control de legalidad por el fallador aquo
7. Vulneración del derecho fundamental de acceso a la justicia que genero la violación directa de la constitución
8. Indebida apreciación, valoración e interpretación de las pruebas

DESARROLLO DE LA SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS

Procede el suscrito a desarrollar uno por uno los reparos antes mencionados, así:

PRIMER REPARO AL FALLO - VIOLACION AL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

Los errores en la aplicación del derecho sustantivo se producen por i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea. Estos defectos transgreden el principio procesal clásico *iura novit curia*, traducido comúnmente como “*el juez conoce el derecho*”, principio que le permite a un juez determinar el derecho aplicable a una controversia sin consideración a las normas invocadas por las partes.

En el presente asunto el Despacho no solo interpretó y aplicó de una manera muy desacertada el derecho sustantivo, contenido en los artículos 22 de la ley 222 de 1995 y el artículo 164 del Código de Comercio, sino que dejó de aplicar lo normado en el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 (administrador de hecho), alegando como impedimento la violación al principio de congruencia.



Analicemos cada uno de estos aspectos a continuación:

De entrada el Aquo yerra en la interpretación y aplicación del derecho sustancial, al decir lo siguiente:

*En otras palabras, según lo previsto en las disposiciones referidas en el párrafo anterior, **solamente** la persona que ha sido administradora de una compañía, esto es, **quien tenga o haya tenido alguna de las calidades establecidas en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995** – o de administrador de hecho para el caso de las S.A.S., conforme art. 27, L. 1258/08 – , le asiste el deber de rendir cuentas de su gestión a la respectiva sociedad.*

Lo anterior no es cierto, primero, porque el listado del artículo 22 de la ley 222 de 1995 no es taxativo, y en segundo lugar, la norma lo que quiere decir es que las personas con esas calidades “representante legal, administrador, factor etc” se consideran administradores, pero no que la condición de administrador se circunscribe solamente a esas. Debemos recordar que la obligación de rendir cuentas, es una obligación del **administrador**, y si el representante legal llegará hacerlo es en virtud de los actos que adelanta en el ejercicio de las funciones de administrador.

Así lo ha indicado incluso la Superintendencia de Sociedades en CIRCULAR EXTERNA 220-000006 del marzo 25 de 2008:

1. Quiénes se consideran Administradores

Según el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, además del representante legal, el liquidador y los miembros de las juntas o consejos directivos, son administradores, el factor y quienes de acuerdo con los estatutos detenten funciones administrativas.

De conformidad con el artículo 1332 del Código de Comercio, se da el nombre de "factor" a la persona que en virtud de un contrato de preposición, toma a su cargo la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo. Así, por ejemplo, el encargado de dirigir cualquiera de las agencias de una sociedad ostenta la condición de administrador de esa compañía dentro del ámbito del establecimiento de comercio que administra, aún cuando no sea representante legal ni miembro de su junta o consejo directivo.

Fenómeno análogo se presenta con las personas que por razón de las responsabilidades propias de sus cargos, actúan en nombre de la sociedad, como sucede con los vicepresidentes, subgerentes, gerentes zonales, regionales, de mercadeo, financieros, administrativos, de producción, y de recursos humanos, entre otros, quienes pueden tener o no la representación de la sociedad en términos estatutarios o legales y serán administradores si ejercen funciones



administrativas o si las detentan, de donde resulta que es administrador quien obra como tal y también lo es quien está investido de facultades administrativas.

La Ley también confiere el carácter de administrador a aquellas personas que si bien no actúan permanentemente como administradores del ente societario, sí tienen esa posibilidad, tal como acontece con los representantes legales y con los miembros de Junta Directiva, suplentes, cuya actuación se encuentra supeditada a la ausencia temporal o definitiva del principal.

De la circular antes citada podemos extraer claramente que esa parte final del artículo 22 de la ley 222 de 1995 *quienes ... detentan funciones administrativas*, sugiere que no se considera administrador solamente las personas enlistadas en el artículo 22, sino quienes efectivamente **ejercen o hayan ejercido actos de administración**. Por lo tanto el criterio para que una persona sea llamada y obligada a rendir cuentas, no es porque tenga el título de representante legal, sino porque la ley presupone que el representante legal ejerce o ejerció funciones de administrador.

De manera que el argumento del *A-quo*, al decir que la demandada no está obligada a rendir cuentas porque no ostentó la calidad de representante legal *en virtud de que la sentencia del 26 de marzo de 2021, el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena que (i) ordenó el restablecimiento de los derechos de las víctimas y; (ii) dejó sin efecto el registro del acta n.º 003 del 19 de septiembre de 2011, donde se designó a Isabel Cristina Piedrahita Salom como representante legal de la compañía, y el Acta adicional del 19 de septiembre de 2011, no es más que una falacia argumentativa, es un argumento que no soporta el más mínimo escrutinio porque existe abundante material probatorio que da cuenta que la demandada SÍ EJERCIO MULTIPLES ACTOS DE ADMINISTRACIÓN durante más de 7 años, y se anexaron pruebas para soportar esos hechos: poderes, contratos de administración, registro como titular de cuentas bancarias, transacciones, actualización del RUT entre otros.*

Lo anteriores hechos parecen no ser ignorados por el Juzgador, pues indicó lo siguiente:

El Despacho encuentra que la señora Piedrahita Salom no ha fungido como representante legal de Inversiones Cicam S.A.S. en Liquidación, ni ha ostentado alguna de las condiciones a que alude el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, por lo que no tiene el deber de rendir cuentas a la sociedad demandante en los términos de los artículos 45 y siguientes de la citada Ley.

Cuando el despacho expresa lo antes mencionado incurre en una grave vulneración del ordenamiento jurídico específicamente del artículo 22 de la Ley 906 de 2004 que expresa:

***ARTÍCULO 22. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.** Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal.*

Con la norma en mención vemos que jurídicamente no es posible llevar las cosas al estado anterior a la ocurrencia del delito, situación está debido a la liquidación que hoy cursa sobre mi apadrinada INVERSIONES CICAM, ahora la orden dada por el juzgado sexto penal del circuito de Cartagena sobre restablecimiento de derecho ordenando la cancelación de las actas espurias o fraudulentas, vemos que tiene efectos jurídicos a futuro, debido a la ausencia de modulación temporal en el fallo en mención por el juez penal, lo cual claramente nos muestra que la DELEGACION DE PROCESOS MERCANTILES vulnero el principio IURA NOVIT CURIA por indebida interpretación y aplicación de normas.

Ahora nos preguntamos como puede decir en una providencia el funcionario judicial que la demandada no fungió como representante legal si tiene en el expediente los poderes y las actuaciones judiciales y extrajudiciales que adelanto en esa condición?

Nisiquiera la máxima sanción al negocio jurídico de ineficacia invalida perse los actos consumados aunque tenga efecto ex tunc.

EL juzgador no puede, con conocimiento afirmar hechos ajenos a la realidad, y eso es lo que observamos, una grosera contradicción al fijar los hechos, sigamos viendo, indica:

Así las cosas, en vista de que aparece acreditado que la señora Piedrahita Salom no fungió como administradora de la sociedad demandante, el Despacho considera que carece de legitimación en la causa por pasiva. Ciertamente, las pretensiones de la demanda no pueden dirigirse en su contra como administradora social, cuando no ha fungido formalmente en esa posición.

Pero luego se contradice y afirma lo siguiente:

Pese a que la demandada parece haber ejercido actos como administradora de Inversiones Cicam S.A.S. en Liquidación según se puede apreciar en los documentos aportados – pues (i) recibió dineros correspondientes a los arrendamientos de los bienes inmuebles de la compañía; (ii) gestionó la apertura y cancelación de productos financieros y; (iii) suscribió un contrato de administración inmobiliaria con Araujo & Segovia que tenía como objeto el arrendamiento de local comercial ubicado en el Edificio Neptuno –, 7 lo cierto es que, como ya se indicó, la orden emitida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena implica que no tuvo facultades para ello, ya que parte de que, en estricto sentido, nunca estuvo inscrita en el registro mercantil y, por ende, no adquirió la condición de administradora.

Como arriba lo indicamos es una conclusión completamente inverosímil y contraria a la realidad, el hecho de que el acta de nombramiento tuvo una sanción jurídica o una cancelación por ser espuria ello no puede cambiar la realidad (hechos), que es el insumo sobre el cual trabaja el Juez para aplicar el derecho.

Si se ordenó el restablecimiento del derecho y la cancelación de la inscripción, con mayor razón surge la obligación de rendir cuentas, puesto que es la única forma como las cosas podrían volver al estado anterior, pues es solo esa persona llamada a rendirlas quien tiene la información para poder restituir las cosas al estado inicial, de lo contrario, sería un premio al delito, una irresponsabilidad, una interpretación contraria a los principios de justicia y de equidad, de allí que en otros casos de manera análoga se apliquen institutos como la restituciones mutuas, pues, no podría entenderse que quien afecto a otro con un negocio viciado se beneficie o aproveche de su propio dolo, culpa o engaño.

La cancelación de un acta de asamblea y su registro no pueden borrar de ninguna manera los actos que ya consumó la parte demandada. Honorables Magistrados, no existe acto humano que pueda borrar el pasado, tampoco lo puede hacer el restablecimiento de una sentencia judicial; no puede borrar todos los actos de administradora que realizó la demandada, y justamente lo que ordena la norma es que las personas que fungieron como administradores rindan cuentas.

Así las cosas el error en la interpretación y aplicación de la norma estriba en que la persona llamada a rendir cuentas es quien efectivamente **realizó actos de administrador.**

Este principio ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte como aquel por el cual “los jueces tienen el deber de verificar el **derecho** aplicable a cada caso concreto, sin estar atados a los errores cometidos por las partes en sus pronunciamientos y **sin que ello implique desconocer o crear los hechos probados en el proceso**”¹

En virtud del principio *iura novit curia* le es dable al juez variar el título invocado por aquellos para acreditar su legitimación material, es necesario precisar que son ante todo los hechos alegados por las partes los que determinan la *causa petendi* y, con esta, la congruencia que debe observar el juez al momento de fallar. A este respecto se explica:

“Las peticiones contenidas en la demanda determinan el objeto de las pretensiones; los hechos que las partes alegan en la demanda configuran la causa jurídica de donde se pretende que emane el derecho para perseguir tal objeto, que delimita exactamente el sentido y alcance de la resolución que debe adoptarse en la sentencia. [...]

En cambio, los elementos de derecho que las partes suministran al juez [...] no tienen ninguna aplicación para la materia de la congruencia, en razón de que el juzgador mantiene una absoluta libertad en la aplicación del derecho y las normas que lo contienen [...]

Esta diferencia entre hechos y normas de derecho se explica también porque en aquellos se contiene la *causa petendi* o título jurídico invocado como la fuente de donde se quiere dedicar el derecho presentado que, por tanto, delimita uno de los aspectos o elementos esenciales de la pretensión [...]. No es lo mismo pretender algo por una causa determinada, que por otra; se puede tener el derecho en razón de aquella y no de esta; por ejemplo: reclamar la propiedad de un inmueble por haberlo comprado, es diferente a reclamarla por haberlo ganado por prescripción, y la cosa juzgada sobre lo primero no impide sentencia de mérito y favorable sobre lo segundo. Por ello el juez debe limitarse al examen de la causa [invocada] en los hechos, única que el demandado ha controvertido y que es materia de resolución”.²

¹ Sentencia T-399 de 2014 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio)

² Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría general del proceso*, 15° ed., Bogotá, Editorial Temis – Universidad Javeriana, 2012, p. 432-433

Detallado lo anterior es claro que la sentencia recurrida viola el principio IURA NOVIT CURIA debido a que el juez AQUO no solo aplicó e interpretó indebidamente la norma, sino que dejó de aplicar las normas de derecho propias para la resolución del caso, porque incluso, sin que fuera estrictamente necesario como ya dijimos, pudo dar aplicación al artículo 27 de la ley 1258 de 2008, como explicaremos a continuación.

TERCER REPARO AL FALLO - ERROR IN IUDICANDO POR INAPLICACION DEL ARTÍCULO 27 DE LA LEY 1258 DE 2008

La sentencia, en cualquier proceso, es la decisión judicial más importante dictada por una autoridad del Estado, investida de jurisdicción, que no sólo debe cumplir los requisitos establecidos en la ley en cuanto a su forma y contenido, sino que constituye un juicio lógico y axiológico destinado a resolver una situación controversial, en armonía con la Constitución y la ley. Dicha providencia no es, entonces, un simple acto formal sino el producto del análisis conceptual, probatorio, sustantivo y procesal, de unos hechos sobre los cuales versa el proceso, y de las normas constitucionales y legales aplicables al caso concreto.

Tal acto, entonces, puede contener errores de *juicio o de actividad*, que los doctrinantes denominan errores *in iudicando* y errores *in procedendo*. Es decir, "*que la voluntad concreta de la ley proclamada por el juez como existente en su sentencia, no coincida con la voluntad efectiva de la ley (sentencia injusta), porque, aún habiéndose desarrollado de un modo regular los actos exteriores que constituyen el proceso (inmune, así, de errores in procedendo), el juez haya incurrido en error durante el desarrollo de su actividad intelectual, de modo que el defecto inherente a una de las premisas lógicas haya repercutido necesariamente sobre la conclusión. En este caso, en el que la injusticia de la sentencia se deriva de un error ocurrido en el razonamiento que el juez lleva a cabo en la fase de decisión, los autores modernos hablan de un 'vicio de juicio' que la doctrina más antigua llamaba un 'error in iudicando'.*"³

Expresa el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 lo siguiente:

ARTÍCULO 27. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES. *Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones*

³ Morales Medina Hernando. Técnica de Casación Civil.



simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere.

PARÁGRAFO. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.

El artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 consagra la reglas de responsabilidad, dentro de las que se haya la obligación de rendir cuentas de su gestión al representante legal de la sociedad por acciones simplificadas aplicable a la demandada al caso concreto, además previó la figura del administrador de hecho o de facto en una sociedad por acciones simplificada (SAS), por lo cual, los individuos que ostenten esta calidad tienen el deber de adecuar todas sus actuaciones de acuerdo con lo dispuesto en la ley y los estatutos sociales, asumiendo las responsabilidades propias del ejercicio de dicha dignidad, tal como confiesa la demandada en su escrito de contestación de la demanda, pero que erradamente el despacho descarta incurriendo así en un error *in iudicando*.

En gracia de discusión que consideremos que no era aplicable el artículo 22 del 222 de 1995 en virtud de la decisión judicial del Juzgado 6° Penal, cobraba aplicación el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, sin que eso signifique que este variando la causa petendi, pues no hay variación de hechos, la situación fáctica se ha expuesto desde el principio en la demanda con suma claridad dado que se han enunciado los actos concretos que constituyen *actividades positivas de gestión, administración o dirección de la sociedad* por parte de la demandada. Le corresponde al Juez aplicar el derecho cuando la parte actora da los hechos y las pruebas.

Por los argumentos antes planteados este reparo está llamado a **PROSPERAR**.

SEGUNDO REPARO AL FALLO - VIOLACION AL DEBIDO PROCESO POR NO VALORACION DE LA PRUEBA DE CONFESION DE LA DEMANDADA

El debido proceso, consagrado de manera explícita en el artículo 29 de la Constitución, compendia la garantía de que todos los demás derechos reconocidos en la Carta serán rigurosamente respetados por el juez al resolver asuntos sometidos ha su competencia, como única forma de asegurar la materialización de la justicia, meta última y razón de ser del ordenamiento positivo. Tales derechos no son sólo

los que aparecen recogidos en el Estatuto Superior, o constitución en sentido formal, sino los consagrados en instrumentos internacionales que vinculan al Estado Colombiano, tales como la Declaración universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que conforman el llamado *bloque de constitucionalidad* (art. 93 C.P.) y que por tanto son parte inescindible de la constitución en sentido material. Dichos principios y garantías, se convierten así en normas rectoras a las cuales deben ajustarse tanto las autoridades como las partes que intervienen en el proceso pues su desconocimiento acarrea la violación de la Ley Suprema.⁴

El debido proceso, ha dicho la Corte Constitucional, es aquél que *"en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. Como las demás funciones del Estado, la de administrar justicia (y en ella, más que en ninguna otra, agrega ahora la Corte) está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene una persona a la recta administración de justicia."*⁵

Tenemos que existe violación al derecho al debido proceso por no valoración de la prueba de confesión de la demandada en el fallo de primera instancia.

Señala el fallo recurrido en su página 2 lo siguiente:

Finalmente, acepta el extremo pasivo que la señora Piedrahita Salom sí realizó gestiones propias de un administrador pues aduce que gestionó productos financieros ante el Banco BBVA S.A., suscribió el contrato de administración inmobiliaria con Araujo & Segovia, cerró la cuenta bancaria que la sociedad tenía en Bancolombia.

Expresa el CGP en su artículo 191 lo siguiente:

ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. *La confesión requiere:*

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 252 de 2001

⁵ Corte Constitucional sentencia T-101/93 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein

1. *Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.*
2. *Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.*
3. *Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.*
4. *Que sea expresa, consciente y libre.*
5. *Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.*
6. *Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada. La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.*

Seguidamente señala el artículo 193 del CGP, lo siguiente:

ARTÍCULO 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. *La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.*

Vemos con lo anterior entonces que existe violación al debido proceso, pues en ningún momento el juzgador dio valor probatorio a la confesión de la demandada vertida en el escrito de contestación de la demanda, situación que directamente afectó la operación intelectual de resolución del caso.

Por los argumentos antes planteados este reparo está llamado a **PROSPERAR**.

CUARTO REPARO AL FALLO - DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL - SENTENCIA N.º 2019-01-075549 DEL 26 DE MARZO DE 2019 DE LA DELEGATURA DE PROCESOS MERCANTILES DE LA SUPERSOCIEDADES

El precedente judicial es concebido como una sentencia previa relevante para la solución de un nuevo caso bajo examen judicial, debido a que contiene un pronunciamiento sobre un problema jurídico basado en hechos similares, desde un punto de vista jurídicamente relevante, al que debe resolver el juez. Como los supuestos de hecho similares deben recibir un tratamiento jurídico similar, la sentencia precedente debería determinar el sentido de la decisión posterior.⁶

⁶ Sentencia T-292 de 2006. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sin embargo, no todo el contenido de una sentencia posee *fuerza normativa de precedente*. En las providencias judiciales es posible distinguir tres componentes: (i) la parte resolutive o *decisum*, en la que se dictan las normas u órdenes particulares que vinculan a las partes del proceso, y constituyen la solución al problema analizado;⁷ (ii) la *ratio decidendi*, compuesta por las consideraciones (razones) necesarias para *sostener* la decisión adoptada, y (iii) los *obiter dicta*, argumentos de contexto y complementarios, que no son lógicamente imprescindibles para soportar la conclusión normativa de la sentencia. El segundo componente, es decir, la *ratio decidendi* posee fuerza de precedente; en tanto que la parte resolutive de las sentencias de tutela, en principio, tienen efectos inter partes, mientras que las de una decisión de constitucionalidad, simple o condicionada, deben ser obedecidas por todos los operadores jurídicos.⁸

En el sistema jurídico colombiano los precedentes judiciales proyectan un valor vinculante en la actividad de los distintos operadores jurídicos. En virtud de los principios de igualdad y seguridad jurídica, los jueces están obligados a seguirlos, o a justificar adecuadamente la decisión de apartarse de ellos.⁹

⁷ Se utiliza la expresión *partes* para caracterizar lo que frecuentemente ocurre en los fallos judiciales. No debe pasarse por alto, sin embargo, que decisiones como las que se adoptan en sede de control de constitucionalidad, o nulidad simple, tienen efectos *erga omnes*, y que esta Corporación, en sus fallos ha acudido a dispositivos de extensión de efectos *inter pares* e *inter comunis*.

⁸ Ver, Sentencia SU-047 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. SV. Hernando Herrera Vergara. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹ Actualmente la Corte Constitucional cuenta con una sólida doctrina sobre la obligatoriedad del precedente judicial. El respeto por el principio de igualdad y el mandato ético de universalidad como fundamentos de esta obligación fueron por primera vez expuestos en las sentencias T-123 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-447 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); posteriormente, en la Sentencia SU-047 de 1999 (MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. SV. Hernando Herrera Vergara. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz.), la Corporación incorporó al lenguaje constitucional colombiano los conceptos propios del análisis del precedente del derecho anglosajón, tales como *ratio decidendi*, *obiter dicta* y *decisum*. La Sentencia C-037 de 1996 (SPV. José Gregorio Hernández Galindo. SPV. Vladimiro Naranjo Mesa. SV. José Gregorio Hernández Galindo. SPV. Alejandro Martínez Caballero. AV. Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa. AV. Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa. SPV. Hernando Herrera Vergara) constituye un hito en la materia, el prever que la *ratio decidendi* de las decisiones de revisión de tutela también es vinculante para los jueces y que, en caso de pretender apartarse de ella deben cumplir con una carga argumentativa suficiente. La consolidación de la jurisprudencia se produjo, sin embargo, con la decisión C-836 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil. AV. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. SPV. Jaime Araújo Rentería. SV. Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis), en la cual, al estudiar la constitucionalidad del artículo 4o de la Ley 169 de 1890, la Corporación planteó que esa obligación es acorde con el deber general de seguir el precedente judicial, como una concreción del principio de igualdad. De esa manera se precisó que también los órganos de cierre de las jurisdicciones Ordinaria y de lo



Con la introducción de la figura del administrador de hecho en la Ley 1258 de 2008, el legislador buscó someter al mismo régimen de responsabilidad de los administradores a aquellas personas que no ostentaban dicho cargo, pero que en la práctica sí ejercían labores positivas de gestión y administración²⁴. En atención a esto, la sentencia del 16 de marzo de 2019¹⁰—única sentencia que ha tratado la materia— desarrolló los deberes a los que están sometidos los administradores de hecho.

En este caso, la DELEGACION DE PROCESOS MERCANTILES determinó que un administrador de hecho puede ser responsable en los términos de la Ley 222 de 1995 solo en el marco de las actividades positivas de gestión y administración que se le hayan acreditado. En el caso citado, las actividades demostradas de gestión se limitaron a la administración de los contratos de arrendamiento sobre algunos activos de la compañía y a la utilización del vehículo de esta, por lo que solamente le fue reprochable no llevar la contabilidad y no rendir las cuentas a los accionistas sobre dichas actividades.

Por los argumentos antes planteados este reparo está llamado a **PROSPERAR**.

QUINTO REPARO AL FALLO - DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL - SENTENCIA N.º 801-34 DE JUNIO 11 DE 2014 Y SENTENCIA N.º 800-107 DE OCTUBRE 30 DE 2017 DE LA DELEGATURA DE PROCESOS MERCANTILES DE LA SUPERSOCIEDADES

Hubo desconocimiento del precedente judicial debido a que se desconoció de parte del juez *AQUO* que existen sentencias y una línea clara para la resolución del caso y no dio aplicación a las mismas, apartándose del precedente con una justificación incongruente.

Contencioso Administrativo crean precedentes vinculantes, pues también ante esas decisiones esperan los ciudadanos se aplique el derecho de igualdad de trato. La Sentencia T-292 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) supuso una presentación sistemática de la doctrina constitucional sobre el precedente, y las sentencias C-539 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y C-634 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) constituyen los pronunciamientos recientes más relevantes sobre el tema. En estos se analizó la vinculación de los órganos de la administración al precedente judicial, y la constitucionalidad del mecanismo de extensión de jurisprudencia creado por el nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo.

¹⁰ Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles, sentencia de marzo 26 de 2019

En jurisprudencia la DELEGACION DE PROCESOS MERCANTILES ha planteado que el deber de lealtad de los administradores no implica solamente que se abstengan de actuar en conflicto con los intereses de la compañía, sino que, además, comprende obligaciones específicas orientadas a proteger secretos empresariales, el respeto por las oportunidades de negocios y sobre todo que los administradores actúen para garantizar los mejores intereses de la compañía¹¹.

En ese sentido, la jurisprudencia ha identificado una serie de conductas de los administradores que constituyen infracciones al deber de lealtad, que se desprende de la lectura del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y, especialmente, del numeral 7 de dicho artículo. Por un lado, es claro que constituye una violación al deber de lealtad realizar actos respecto de los cuales exista un conflicto de intereses o emprender actividades que impliquen competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas¹²

En sentencia del 30 de octubre de 2017, la DELEGACION DE PROCESOS MERCANTILES encontró que el administrador demandado había ejecutado operaciones utilizando para su provecho personal los activos de la sociedad, de manera que había cometido una infracción al deber de lealtad, toda vez que “mal podría obrar con lealtad quien distrae, para beneficio propio, activos que le han sido confiados para adelantar la gestión de los negocios de una compañía”¹³

Por los argumentos antes planteados este reparo está llamado a **PROSPERAR**.

SEXTO REPARO AL FALLO - VICIOS PROCEDIMENTALES CARENTES DE CONTROL DE LEGALIDAD POR EL FALLADOR AQUO

Dentro del trámite del proceso se puede apreciar que en el expediente electrónico no obra documento donde el suscrito dentro del término oportuno se pronunció sobre las excepciones elevadas por la parte demandada, escrito que consideramos necesario para el abordaje jurídico el caso, el cual fue plenamente omitido por el fallador al momento de proferir la sentencia de primera instancia.

¹¹ Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-107 de octubre 30 de 2017.

¹² Ley 222/1995, inciso 1, numeral 7, art. 23.

¹³ Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 801-34 de junio 11 de 2014.

SEPTIMO REPARO AL FALLO - VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA QUE GENERO LA VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION

A partir del principio de supremacía constitucional, previsto en el artículo 4º de la Constitución, el *“actual modelo de ordenamiento constitucional” reconoce valor normativo superior a los preceptos constitucionales, y ellos contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares.*”

Inicialmente, bajo la tesis de las vías de hecho, esta causal era considerada como un defecto sustantivo. Posteriormente, tal doctrina se decantó y consolidó -en la Sentencia C-590 de 2005-¹⁴ con la idea de causales específicas de procedibilidad, advirtiendo que, pese a que en últimas todos los defectos sugieren el desconocimiento de la Norma Superior, existen unas situaciones especiales en las que este último se configura. En tal sentido, se ha afirmado que ello ocurre cuando: (i) en la solución del caso no se interpretó o aplicó una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional; (ii) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata; (iii) el juez no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución; y (iv) el fallador omitió aplicar la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de que la norma a la que se sujetaba el caso era incompatible con la Constitución, incluso si las partes no solicitaron tal aplicación. Ha advertido este Tribunal que *“[e]n estos casos, la prevalencia del orden superior debe asegurarse aun cuando las partes no hubieren solicitado la inaplicación de la norma para el caso particular.”*¹⁵

Se genera la violación directa a la constitución debido a que en el fallo recurrido se vulnero el derecho de acceso a la justicia de mi apadrinada por la ausencia de fundamentación coherente y congruente como motivos de la decisión hoy apelada, la cual dio por terminado el proceso en plena vulneración de normas y principios constitucionales que indican que el caso debía resolverse de otra manera.

El artículo 228 de la Carta Política define la administración de justicia como una función pública, e impone a todas las autoridades judiciales la responsabilidad de *hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se*

¹⁴ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁵ Sentencia SU-024 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

*resumen en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados*¹⁶. En este orden de ideas, la administración de justicia conlleva la realización material de los fines del Estado Social de Derecho, pues a través de esta función pública, entre otras, el Estado garantiza un orden político, económico y social justo, promueve la convivencia pacífica, vela por el respeto a la legalidad y la dignidad humana, y asegura la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas.¹⁷

En concordancia con la disposición anterior, los artículos 229 Superior y 2º de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia¹⁸ consagran el derecho fundamental de toda persona a acceder a la justicia, cuyo contenido a continuación se analizará.

El derecho a la administración de justicia ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como *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.*¹⁹

Aquella prerrogativa de la que gozan las personas, naturales o jurídicas, de exigir justicia, impone a las autoridades públicas, como titulares del poder coercitivo del Estado y garantes de todos los derechos ciudadanos, distintas obligaciones para que dicho servicio público y derecho sea real y efectivo.

En general, las obligaciones que los estados tienen respecto de sus habitantes pueden dividirse en tres categorías, a saber: las obligaciones de respetar, de proteger y de realizar los derechos humanos²⁰. Con base en esta clasificación, a continuación se determinará el contenido del derecho fundamental a la administración de justicia.

¹⁶ Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁷ De conformidad con los artículos 1 y 2 de la Constitución Política.

¹⁸ Ley 270 de 1996.

¹⁹ Sentencia C-426 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁰ Eide Asbjørn considera que *[e]stas obligaciones aplican a todas las categorías de derechos humanos, pero hay una diferencia de énfasis. Para algunos derechos civiles, la preocupación principal es con la obligación de respeto, mientras que con algunos derechos económicos y sociales, los elementos de protección y provisión se vuelven más importantes. No obstante, este equipo triple de obligaciones de los estados –de respetar, proteger y realizar- aplica a todo el sistema de derechos humanos y debe ser tenido en cuenta en nuestro entendimiento*

En primer lugar, la **obligación de respetar** el derecho a la administración de justicia implica el compromiso del Estado de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización.²¹ Asimismo, conlleva el deber de inhibirse de tomar medidas discriminatorias, basadas en criterios tales como el género, la nacionalidad y la casta.

En segundo lugar, la **obligación de proteger** requiere que el Estado adopte medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho.

En tercer lugar, la **obligación de realizar**²² implica el deber del Estado de (i) facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y, (ii) hacer efectivo el goce del derecho.

Facilitar el derecho a la administración de justicia conlleva la adopción de normas y medidas que garanticen que todas las personas, sin distinción, tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensiones.

En cumplimiento del deber de regular, la Ley 270 de 1996 establece que, dentro de los principios que informan la administración de justicia, se encuentran el acceso a la justicia (artículo 2º), la celeridad (artículo 4º)²³, la eficiencia (artículo 7º)²⁴ y el respeto

del buen gobierno desde una perspectiva de derechos humanos. (ASBJØRN, Eide. Making Human Rights Universal: Achievements and Prospects. http://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR4110/h04/undervisningsmateriale/Lecture1_Eide_Paper.pdf.)

²¹ Un ejemplo de incumplimiento de esta obligación sería no permitir el acceso a un traductor.

²² También denominadas obligaciones de asegurar o garantizar.

²³ "ARTICULO 4º. **CELERIDAD.** La administración de justicia debe ser pronta y cumplida. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria."

²⁴ "ARTICULO 7º. **EFICIENCIA.** La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley."

de los derechos (artículo 9º)²⁵, los cuales se constituyen en mandatos que deben ser observados por quienes administran justicia en cada caso particular.

También se facilita la administración de justicia cuando se adoptan normas que garanticen (i) la existencia de procedimientos adecuados, idóneos²⁶ y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas²⁷; (ii) que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso; y (iii) que las decisiones que se adopten protejan los derechos conforme a la Constitución y demás normativa vigente.

Asimismo, el deber de tomar medidas implica la obligación de remover los obstáculos económicos para acceder a la justicia²⁸, crear la infraestructura necesaria para administrarla y asegurar la asequibilidad de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población en condiciones de vulnerabilidad²⁹.

Por otra parte, hacer efectivo el derecho a la administración de justicia conlleva garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende: (i) la posibilidad de los ciudadanos de acudir y plantear un problema ante las autoridades judiciales,

²⁵ “ARTICULO 9º. **RESPECTO DE LOS DERECHOS.** Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.”

²⁶ Por ejemplo, ante los casos de violencia contra las mujeres, el Estado debe adoptar estrategias integrales para prevenirla, sancionarla y erradicarla. Dentro de estas medidas se encuentra el acceso a mecanismos adecuados para la protección de los derechos de las mujeres víctimas. En este sentido, en la sentencia T-1078 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) la Corte Constitucional protegió los derechos de una mujer que fue víctima de trata de personas en la modalidad de servidumbre por deudas, y señaló: (...) *la Sala desea recordar a las autoridades con responsabilidades en la materia, que si bien el proceso penal es un mecanismo importante para garantizar los derechos de las víctimas de esclavitud, servidumbre, trata de personas y trabajo forzoso, no es el único ni el más idóneo, entre otras razones, porque supedita la protección de las víctimas a la comprobación de la ocurrencia de un delito. Por tanto, las autoridades deben diseñar otros mecanismo [sic] que aseguren la realización de los derechos de las víctimas y que atiendan a la complejidad de los fenómenos.* (Negrillas fuera del texto)

²⁷ Esto implica el derecho a que exista un recurso rápido y efectivo para violaciones de derechos humanos, como es la acción de tutela.

²⁸ Esto se consigue implementando tasas judiciales razonables y a través de figuras como el amparo de pobreza.

²⁹ Esto se logra, por ejemplo, con el acercamiento de los servicios del sistema de justicia a las personas que se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación. Otro ejemplo es la ubicación de los Tribunales en edificios que permitan el ingreso de las personas en condición de discapacidad.

(ii) que éste sea resuelto y, (iii) que se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados³⁰.

Debido a la clara vulneración al derecho de acceso a la justicia que genero la violación directa de la constitución vemos que el fallo recurrido esta llamado a ser revocado, por la manifiesta vulneración de principios constitucionales, y normas de orden publico.

Por los argumentos antes planteados este reparo está llamado a **PROSPERAR**.

OCTAVO REPARO AL FALLO - INDEBIDA APRECIACION, VALORACION e INTERPRETACION DE LAS PRUEBAS

La jurisprudencia constitucional ha precisado que el defecto fáctico se configura a partir de una doble dimensión³¹, a saber: (i) positiva cuando el operador judicial admite a trámite pruebas que no ha debido valorar, por haber sido indebidamente recaudadas, en desconocimiento directo de la Constitución, y (ii) una dimensión negativa³², cuando el operador judicial niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional, caprichosa u omite por completo su valoración. En palabras de esta Corporación:

“En cuanto a las dimensiones que puede revestir el defecto fáctico, esta Corporación ha precisado que se pueden identificar dos: La primera corresponde a una dimensión negativa que se presenta cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba o la valora de una manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin una razón valedera considera que no se encuentra probado el hecho o la circunstancia que de la misma deriva clara y objetivamente. En esta dimensión se incluyen las omisiones en la valoración de las pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. La segunda corresponde a una dimensión positiva que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución.”³³

³⁰ Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-553 de 1995, M.P.Carlos Gaviria Díaz; T-406 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; y T-1051 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³¹ Ver sentencia T-233 de 2007.

³² Ver T-442 de 1994.

³³ Corte Constitucional Sentencia T-274 de 2012.

Al tenor de lo transcrito, el defecto fáctico se produce cuando: (i) simplemente se omite valorar una prueba determinante para la resolución del caso; (ii) se excluye sin razones justificadas una prueba de la misma relevancia, o (iii) la valoración del elemento probatorio definitivamente se sale de los cauces racionales.

En la sentencia SU-500 de 2015 la Corte se pronunció en el sentido que la procedencia de la acción de tutela contra providencias arbitrales por defecto fáctico también requiere tener en cuenta el elemento de la voluntad del acuerdo de las partes de apartarse de la jurisdicción estatal y someterse a una justicia alternativa. En ese sentido, el análisis del juez de tutela sobre la actividad probatoria desplegada por el tribunal de arbitramento debe ser cuidadosa y, sólo se activará la procedencia de la acción, ante una valoración arbitraria y carente de razonabilidad del material probatorio.

De acuerdo con lo anterior, la actividad probatoria desplegada por el tribunal debe tener una "*entidad relevante y determinante*" para la afectación del derecho fundamental al debido proceso que lesione gravemente a la parte procesal afectada por la decisión, de tal suerte que no cualquier omisión en cuanto a la valoración de alguna prueba configura automáticamente el defecto fáctico. En la pluricitada sentencia T-466 de 2011, al abordar este aspecto en relación con la justicia arbitral, la Corte señaló lo siguiente:

“En consecuencia, no basta con que el panel arbitral haya dejado de valorar alguna prueba irrelevante, o que no se haya pronunciado sobre la totalidad de los elementos probatorios obrantes en el expediente. En realidad, para que se configure una vía de hecho por defecto fáctico, es indispensable que el error en la apreciación probatoria sea de tal magnitud que pueda advertirse de manera evidente y flagrante, sin que quepa margen de objetividad alguno que permita explicar razonablemente la conclusión a la cual llegó el Tribunal de Arbitramento. En igual sentido, es imprescindible que tal yerro tenga una trascendencia fundamental en el sentido del fallo, de manera que si no se hubiera incurrido en él, los árbitros hubieran adoptado una decisión completamente opuesta.”

Expresa el artículo 176 del CGP lo siguiente:

ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. *Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.*

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

En ese sentido vemos que en la providencia recurrida el Despacho *aquo* incurrió en una valoración alejada de la sana crítica probatoria por lo que:

- (i) *han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso;*
- (ii) *(ii) han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales,*
- (iii) *o (iii) han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable.*

Con ocasión a la incongruencia generada, vemos que el fallo recurrido, tuvo una indebida e inadecuada valoración e interpretación probatoria, toda vez, que los elementos de convicción que el juzgador *AQUO* utiliza para proferir el fallo, todos dan cuenta de la debida probanza de las pretensiones de la demanda, además de las calidades que detentaba la demandada como administradora de hecho.

Puntualmente se ve la indebida apreciación, valoración e interpretación en las pruebas en:

- Página 2 del fallo recurrido cuando se expresa:

Finalmente, acepta el extremo pasivo que la señora Piedrahita Salom sí realizó gestiones propias de un administrador pues aduce que gestionó productos financieros ante el Banco BBVA S.A., suscribió el contrato de administración inmobiliaria con Araujo & Segovia, cerró la cuenta bancaria que la sociedad tenía en Bancolombia.

- Página 4 del fallo recurrido cuando expresa:

Pese a que la demandada parece haber ejercido actos como administradora de Inversiones Cicam S.A.S. en Liquidación según se puede apreciar en los documentos aportados —pues (i) recibió dineros correspondientes a los arrendamientos de los bienes inmuebles de la compañía; (ii) gestionó la apertura y cancelación de productos financieros y; (iii) suscribió un contrato de administración inmobiliaria con Araujo & Segovia que tenía como objeto el arrendamiento de local comercial ubicado en el Edificio Neptuno—,⁷ lo

Igualmente destacamos una indebida apreciación de la prueba documental de Sentencia penal proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento pues la misma lleva no solo la orden de restablecimiento del derecho sino también con posterioridad se emitió auto de fecha 14 de mayo de 2021 declarando la preclusión por prescripción de la acción penal durante el traslado del recurso de



apelación interpuesto por la demandada contra el fallo condenatorio penal, auto que en su parte motiva dice:

“ (...) solo se condenó por el delito de ESTAFA a ISABEL CRISTINA PIEDRAHITA SALOM en calidad autora responsable, a la pena principal de TREINTA Y DOS (32) MESES DE PRISIÓN y al pago de multa equivalente a sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) salarios mínimos legales mensuales vigentes, porque los demás delitos por los cuales se acusó, estos es, FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO, CIRCULACION Y USO DE EFECTOS OFICIALES O SELLO FALSIFICADO Y HURTO, artículo 289, 281 y 239 del Código Penal, se precluyeron, con sustento en la causal 1 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, porque la acción penal se encontraba prescrita al momento de proferir el sentido de fallo, luego de las múltiples audiencias realizadas dentro de esta actuación.

Aconteció que, durante el trámite de recurso de apelación, también feneció el término que tenía el Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación, para seguir tramitando el delito de ESTAFA.

En este caso, ha sido solicitada por el Defensor, dentro de sus alegatos ara sustentar el recurso vertical intentado contra la sentencia en cita y sabemos que si bien, conforme al artículo 250 Constitucional numeral 5, en principio es la Fiscalía quien tiene la facultad exclusiva y excluyente, para hacer esta solicitud cuando sobreviene esta causal, que es eminentemente objetiva, de simple verificación y que viene desarrollada en el causal 1 del artículo 332 del Código de Procedimiento

Penal, como la imposibilidad de seguir el estado el ejercicio de la acción penal, también la pueden impetrar la Defensa y el Ministerio Público, en la etapa de juzgamiento.

Como causal de extinción de la acción penal, la prescripción viene señalada en los artículos 77 y 292 del Código de Procedimiento Penal y encuentra su regulación en los artículos 82 y siguientes de la ley 599 de 2000.

La primera regla general acerca de la prescripción se encuentra expresada en la Ley 599 de 2000, artículo 83, inciso primero, de acuerdo con la cual, la acción penal se extingue en un tiempo igual al de la pena máxima dispuesta por la ley para el delito respectivo, si es privativa de la libertad, lapso que de todas formas no puede ser inferior a cinco (5) años, ni exceder de veinte (20).

Y en tratándose de delitos cuyo enjuiciamiento está gobernado por las ritualidades de la

Ley 906 de 2004, en armonía con el artículo 292 de esa codificación procesal, el lapso de prescripción de la acción penal al que alude la primera regla, se interrumpe con la formulación de la imputación, momento desde el que empieza a correr de nuevo por un lapso igual a la mitad del señalado en el citado artículo 83 de la codificación penal sustantiva, sin que pueda ser inferior a tres (3) años.

En este caso al verificar la audiencia preliminar de formulación de imputación, constatamos que se realizó el 8 de abril de 2015, ante EL JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE CARTAGENA, donde para el delito en cita – ESTAFA -, se interrumpió la prescripción y comenzó a correr un nuevo término equivalente a la mitad del máximo de la pena, sin que pueda ser inferior a tres (3) años ni superior a diez (10).

Si realizamos el simple conteo, desde el 8 de abril de 2015, a la fecha de hoy – 14 de mayo de 2021 -, han transcurrido seis (6) años, un (1) mes y seis (6) días y si la a pena máxima



del delito del delito de ESTAFA es de ciento cuarenta y cuatro (144), meses de prisión, esto es doce (12) años y desde la imputación comienza a correr un nuevo término igual a la mitad del máximo de la pena, esto es, seis (6) años, los mismos fenecieron el 8 de abril de 2021, cuanto se estaba tramitando el recurso de apelación aquí interpuesto, en el término del recurrente³⁴.

Escrutado lo anterior, inane resulta la concesión del recurso interpuesto y corresponde en la parte conclusiva así señalarlo, además de declarar prescrita la acción penal por el delito de ESTAFA, no sin antes iterar los ingentes esfuerzos realizados por esta judicatura para adelantar este proceso dentro de los términos que la Constitución y la ley establecen en el marco del debido proceso, así como se dejó constancia, en la sentencia de 26 de marzo de 2021, a la cual nos remitimos, en este apartado.

Consecuentemente, EL JUZGADO SEXTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CARTAGENA, RESUELVE

PRIMERO: NO CONCEDER el recurso de apelación intentado contra la sentencia de 26 de abril de 2021, mediante la cual se condenó a ISABEL CRISTINA PIEDRAHITA SALOM, en calidad de autora responsable de la conducta punible de ESTAFA, previsto en el artículo 246 del Código Penal, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: PRECLUIR a favor de ISABEL CRISTINA PIEDRAHITA SALOM, la investigación por el delito de ESTAFA, contenido en el artículo 246 del Código Penal, con sustento en la causal 1 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal. (...)

Ahora en concordancia con la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, de radicado 47998, # de providencia AP3905-2016 de fecha 22 de junio de 2016 en la cual se expresa en su parte motiva lo siguiente:

“(...) 2.1. Las consecuencias procesales de la extinción de la acción penal por prescripción

La prescripción de la acción penal es “*un instituto liberador, en virtud del cual se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción*” (C-556 de 2001 y C-1033 de 2006). En el último de los fallos en cita, la Corte Constitucional destacó que la prescripción de la acción penal

*[e]ncuentra fundamento en el principio de la seguridad jurídica ya que la finalidad esencial de la prescripción de la acción penal está íntimamente vinculada con el derecho que tiene todo procesado de que se le defina su situación jurídica, pues “ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad”.*³⁵

³⁴ La sentencia se notificó en estrados el 26 de marzo de 2021. El traslado para el recurrente inició el 5 de abril de 2021 y feneció el 9 de abril de 2021. Para nos recurrentes fue del 12 al 16 de abril de 2021.

³⁵ Sentencia C-176/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero

Además, la prescripción hace parte del núcleo esencial del debido proceso puesto que su declaración tiene la consecuencia de culminar de manera definitiva un proceso, con efectos de cosa juzgada, contrariamente a lo que ocurre con los fallos inhibitorios, que no resuelven el asunto planteado y que dejan abierta la posibilidad para que se dé un nuevo pronunciamiento³⁶. En suma, la declaratoria de prescripción contiene una respuesta definitiva fundada en derecho que pone fin a la acción iniciada.

Bajo el entendido de que “*toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria sobre su responsabilidad penal*” (art. 7 de la Ley 600 de 2000, art. 29 de la Constitución Política), la prescripción de la acción penal tiene entre sus consecuencias obvias el afianzamiento de este derecho, simple y llanamente porque no será posible la emisión de una sentencia definitiva sobre la responsabilidad penal y, por tanto, quien tuvo la calidad de procesado debe ser tratado como inocente.

Sobre las consecuencias de la extinción de la acción penal por prescripción, de tiempo atrás la Sala ha precisado lo siguiente:

[l]a declaratoria de prescripción constituye, en efecto, una sanción para el Estado, en virtud de la cual pierde la potestad legal para continuar con el ejercicio del ius puniendi, de allí que la acción penal queda extinguida y debe por tanto disponerse la cesación de procedimiento mediante auto interlocutorio que tiene la virtud de dar por terminado el proceso (CSJ AP, 18 Abr. 2007, Rad. 26328).

En cuanto a los efectos de la prescripción de la acción penal en las medidas orientadas al restablecimiento del derecho, en el mismo proveído se planteó:

[e]l efecto de la extinción de la acción penal a causa de la prescripción, deja sin vigor los fallos de instancia, por manera que en lo que respecta al restablecimiento de derechos invocado por uno de los impugnantes, es claro que ha perdido vigencia no solo la condenación en perjuicios, sino también las medidas que se adoptaron con miras a garantizar el efectivo resarcimiento de los mismos. De allí que en el auto recurrido se haya dispuesto la cancelación de ellas. (...)

Luego entonces debido a la jurisprudencia en mención encontramos que existe una indebida valoración, análisis e interpretación de la prueba documental y de su alcance, lo cual traduce que al perder vigor o vigencia la orden de restablecimiento del derecho se restaura la situación propia de la representante legal de la hoy demandada.

³⁶ Ver al respecto la Sentencia C-666/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo



Por los argumentos antes planteados este reparo está llamado a **PROSPERAR**.

De acuerdo a los argumentos antes planteados **solicito al Honorable Tribunal REVOCAR INTEGRAMENTE LA DECISION TOMADA POR LA DELEGATURA DE PROCESOS MERCANTILES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.**

De esta forma dejo sustentado en su integridad el recurso de apelación.

Con Distinción y respeto,

HUGO ANDRES RIAÑO PUELLO
C.C. No. 1.128.062.053 de Cartagena.
T.P. No. 214.286 del C. S. De la J.

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. ACOSTA BUITRAGO RV: 2022-00073-01 -
SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA ANTICIPADA
PROCESO DE RENDICION DE CUENTAS PROVOCADA**

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

Lun 10/10/2022 14:50

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: Hugo riaño <hugo.andrespuello@gmail.com>

Enviado: lunes, 10 de octubre de 2022 2:04 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

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

<secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: fredy arellano <fredyarellano74@yahoo.es>

Asunto: 2022-00073-01 - SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA ANTICIPADA PROCESO DE RENDICION DE CUENTAS PROVOCADA

buenas tardes cordial saludo

**HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA SALA CIVIL-
FAMILIA**

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

Dr. RICARDO ACOSTA BUITRAGO

E. S. D.

**Asunto: SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA
ANTICIPADA**

Referencia: PROCESO DE RENDICIÓN PROVOCADA DE CUENTAS

Radicado: 2022-00073-01

Demandante: INVERSIONES CICAM S.A.S. en LIQUIDACIÓN

Demandada: ISABEL CRISTINA PIEDRAHITA SALOM

HUGO ANDRES RIAÑO PUELLO, mayor de edad, abogado titulado, inscrito y en ejercicio, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 1.128.062.053 de Cartagena y portador de la Tarjeta Profesional número 214.286 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando de conformidad con el poder otorgado por el Señor **FREDY ARELLANO TIJERA**, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con Cedula de Ciudadanía No. 3.815.026 de Arjona (Bolívar), actuando en calidad de **LIQUIDADOR REPRESENTANTE LEGAL de INVERSIONES CICAM S.A.S en LIQUIDACIÓN con NIT No. 900.421.351-1**, con todo respeto estando en el término legal oportuno para **SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN contra la sentencia anticipada proferida por la DELEGACION DE PROCESOS MERCANTILES DE LA SUPERSOCIEDADES de fecha 17 de Agosto de 2022, notificada por estado electrónico el día estado el día 18 de agosto de 2022**, procedo a sustentar en el escrito anexo.

atentamente

--

HUGO RIAÑO PUELLO
Abogado
Especialista en Derecho Procesal
Movil: 300-7480225

NOTA CONFIDENCIAL: La información contenida en este E-mail es confidencial y sólo puede ser utilizada por el individuo o la compañía o entidad a la cual está dirigido. Si no es el receptor autorizado, cualquier retención, difusión, distribución o copia de este mensaje es prohibida y será sancionada por la ley. Si por error recibe este mensaje, favor reenviarlo y borrar el mensaje recibido inmediatamente. This message and any attached files may contain information that is confidential and/or subject of legal privilege intended only for use by the intended recipient. If you are not the intended recipient or the person responsible for delivering the message to the intended recipient, be advised that you have received this message in error and that any dissemination, copying or use of this message or attachment is strictly forbidden, as is the disclosure of the information therein. If you have received this message in error please notify the sender immediately and delete the message.



**HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA CIVIL-FAMILIA
MAGISTRADO SUSTANCIADOR
Dr. RICARDO ACOSTA BUITRAGO
E. S. D.**

Asunto: SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA ANTICIPADA

Referencia: PROCESO DE RENDICIÓN PROVOCADA DE CUENTAS

Radicado: 2022-00073-01

Demandante: INVERSIONES CICAM S.A.S. en LIQUIDACIÓN

Demandada: ISABEL CRISTINA PIEDRAHITA SALOM

HUGO ANDRES RIAÑO PUELLO, mayor de edad, abogado titulado, inscrito y en ejercicio, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 1.128.062.053 de Cartagena y portador de la Tarjeta Profesional número 214.286 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando de conformidad con el poder otorgado por el Señor **FREDY ARELLANO TIJERA**, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con Cedula de Ciudadanía No. 3.815.026 de Arjona (Bolívar), actuando en calidad de **LIQUIDADOR REPRESENTANTE LEGAL de INVERSIONES CICAM S.A.S en LIQUIDACIÓN con NIT No. 900.421.351-1**, con todo respeto estando en el término legal oportuno para **SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN** contra la **sentencia anticipada proferida por la DELEGACION DE PROCESOS MERCANTILES DE LA SUPERSOCIEDADES de fecha 17 de Agosto de 2022, notificada por estado electrónico el día estado el día 18 de agosto de 2022**, procedo a sustentar dela siguiente manera:

REPAROS CONCRETOS EXPUESTOS CONTRA EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA



El suscrito en la oportunidad procesal expuso los siguientes reparos al fallo de primera instancia:

1. Violación Al Principio Iura Novit Curia
2. Violación Al Debido Proceso Por No Valoración De La Prueba De Confesión De La Demandada
3. Error In Iudicando Por Inaplicación Del Artículo 27 De La Ley 1258 De 2008
4. Desconocimiento del precedente judicial - sentencia n.º 2019-01-075549 del 26 de marzo de 2019 de la delegatura de procesos mercantiles de la supersociedades
5. Desconocimiento del precedente judicial - sentencia n.º 801-34 de junio 11 de 2014 y sentencia n.º 800-107 de octubre 30 de 2017 de la delegatura de procesos mercantiles de la supersociedades
6. Vicios procedimentales carentes de control de legalidad por el fallador aquo
7. Vulneración del derecho fundamental de acceso a la justicia que genero la violación directa de la constitución
8. Indebida apreciación, valoración e interpretación de las pruebas

DESARROLLO DE LA SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS

Procede el suscrito a desarrollar uno por uno los reparos antes mencionados, así:

PRIMER REPARO AL FALLO - VIOLACION AL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

Los errores en la aplicación del derecho sustantivo se producen por i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea. Estos defectos transgreden el principio procesal clásico *iura novit curia*, traducido comúnmente como “*el juez conoce el derecho*”, principio que le permite a un juez determinar el derecho aplicable a una controversia sin consideración a las normas invocadas por las partes.

En el presente asunto el Despacho no solo interpretó y aplicó de una manera muy desacertada el derecho sustantivo, contenido en los artículos 22 de la ley 222 de 1995 y el artículo 164 del Código de Comercio, sino que dejó de aplicar lo normado en el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 (administrador de hecho), alegando como impedimento la violación al principio de congruencia.



Analicemos cada uno de estos aspectos a continuación:

De entrada el Aquo yerra en la interpretación y aplicación del derecho sustancial, al decir lo siguiente:

*En otras palabras, según lo previsto en las disposiciones referidas en el párrafo anterior, **solamente** la persona que ha sido administradora de una compañía, esto es, **quien tenga o haya tenido alguna de las calidades establecidas en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995** – o de administrador de hecho para el caso de las S.A.S., conforme art. 27, L. 1258/08 – , le asiste el deber de rendir cuentas de su gestión a la respectiva sociedad.*

Lo anterior no es cierto, primero, porque el listado del artículo 22 de la ley 222 de 1995 no es taxativo, y en segundo lugar, la norma lo que quiere decir es que las personas con esas calidades “representante legal, administrador, factor etc” se consideran administradores, pero no que la condición de administrador se circunscribe solamente a esas. Debemos recordar que la obligación de rendir cuentas, es una obligación del **administrador**, y si el representante legal llegará hacerlo es en virtud de los actos que adelanta en el ejercicio de las funciones de administrador.

Así lo ha indicado incluso la Superintendencia de Sociedades en CIRCULAR EXTERNA 220-000006 del marzo 25 de 2008:

1. Quiénes se consideran Administradores

Según el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, además del representante legal, el liquidador y los miembros de las juntas o consejos directivos, son administradores, el factor y quienes de acuerdo con los estatutos detenten funciones administrativas.

De conformidad con el artículo 1332 del Código de Comercio, se da el nombre de "factor" a la persona que en virtud de un contrato de preposición, toma a su cargo la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo. Así, por ejemplo, el encargado de dirigir cualquiera de las agencias de una sociedad ostenta la condición de administrador de esa compañía dentro del ámbito del establecimiento de comercio que administra, aún cuando no sea representante legal ni miembro de su junta o consejo directivo.

Fenómeno análogo se presenta con las personas que por razón de las responsabilidades propias de sus cargos, actúan en nombre de la sociedad, como sucede con los vicepresidentes, subgerentes, gerentes zonales, regionales, de mercadeo, financieros, administrativos, de producción, y de recursos humanos, entre otros, quienes pueden tener o no la representación de la sociedad en términos estatutarios o legales y serán administradores si ejercen funciones



administrativas o si las detentan, de donde resulta que es administrador quien obra como tal y también lo es quien está investido de facultades administrativas.

La Ley también confiere el carácter de administrador a aquellas personas que si bien no actúan permanentemente como administradores del ente societario, sí tienen esa posibilidad, tal como acontece con los representantes legales y con los miembros de Junta Directiva, suplentes, cuya actuación se encuentra supeditada a la ausencia temporal o definitiva del principal.

De la circular antes citada podemos extraer claramente que esa parte final del artículo 22 de la ley 222 de 1995 *quienes ... detentan funciones administrativas*, sugiere que no se considera administrador solamente las personas enlistadas en el artículo 22, sino quienes efectivamente **ejercen o hayan ejercido actos de administración**. Por lo tanto el criterio para que una persona sea llamada y obligada a rendir cuentas, no es porque tenga el título de representante legal, sino porque la ley presupone que el representante legal ejerce o ejerció funciones de administrador.

De manera que el argumento del *A-quo*, al decir que la demandada no está obligada a rendir cuentas porque no ostentó la calidad de representante legal *en virtud de que la sentencia del 26 de marzo de 2021, el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena que (i) ordenó el restablecimiento de los derechos de las víctimas y; (ii) dejó sin efecto el registro del acta n.º 003 del 19 de septiembre de 2011, donde se designó a Isabel Cristina Piedrahita Salom como representante legal de la compañía, y el Acta adicional del 19 de septiembre de 2011, no es más que una falacia argumentativa, es un argumento que no soporta el más mínimo escrutinio porque existe abundante material probatorio que da cuenta que la demandada SÍ EJERCIO MULTIPLES ACTOS DE ADMINISTRACIÓN durante más de 7 años, y se anexaron pruebas para soportar esos hechos: poderes, contratos de administración, registro como titular de cuentas bancarias, transacciones, actualización del RUT entre otros.*

Lo anteriores hechos parecen no ser ignorados por el Juzgador, pues indicó lo siguiente:

El Despacho encuentra que la señora Piedrahita Salom no ha fungido como representante legal de Inversiones Cicam S.A.S. en Liquidación, ni ha ostentado alguna de las condiciones a que alude el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, por lo que no tiene el deber de rendir cuentas a la sociedad demandante en los términos de los artículos 45 y siguientes de la citada Ley.

Cuando el despacho expresa lo antes mencionado incurre en una grave vulneración del ordenamiento jurídico específicamente del artículo 22 de la Ley 906 de 2004 que expresa:

ARTÍCULO 22. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal.

Con la norma en mención vemos que jurídicamente no es posible llevar las cosas al estado anterior a la ocurrencia del delito, situación está debido a la liquidación que hoy cursa sobre mi apadrinada INVERSIONES CICAM, ahora la orden dada por el juzgado sexto penal del circuito de Cartagena sobre restablecimiento de derecho ordenando la cancelación de las actas espurias o fraudulentas, vemos que tiene efectos jurídicos a futuro, debido a la ausencia de modulación temporal en el fallo en mención por el juez penal, lo cual claramente nos muestra que la DELEGACION DE PROCESOS MERCANTILES vulnero el principio IURA NOVIT CURIA por indebida interpretación y aplicación de normas.

Ahora nos preguntamos como puede decir en una providencia el funcionario judicial que la demandada no fungió como representante legal si tiene en el expediente los poderes y las actuaciones judiciales y extrajudiciales que adelanto en esa condición?

Nisiquiera la máxima sanción al negocio jurídico de ineficacia invalida perse los actos consumados aunque tenga efecto ex tunc.

EL juzgador no puede, con conocimiento afirmar hechos ajenos a la realidad, y eso es lo que observamos, una grosera contradicción al fijar los hechos, sigamos viendo, indica:

Así las cosas, en vista de que aparece acreditado que la señora Piedrahita Salom no fungió como administradora de la sociedad demandante, el Despacho considera que carece de legitimación en la causa por pasiva. Ciertamente, las pretensiones de la demanda no pueden dirigirse en su contra como administradora social, cuando no ha fungido formalmente en esa posición.

Pero luego se contradice y afirma lo siguiente:

Pese a que la demandada parece haber ejercido actos como administradora de Inversiones Cicam S.A.S. en Liquidación según se puede apreciar en los documentos aportados –pues (i) recibió dineros correspondientes a los arrendamientos de los bienes inmuebles de la compañía; (ii) gestionó la apertura y cancelación de productos financieros y; (iii) suscribió un contrato de administración inmobiliaria con Araujo & Segovia que tenía como objeto el arrendamiento de local comercial ubicado en el Edificio Neptuno –, 7 lo cierto es que, como ya se indicó, la orden emitida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena implica que no tuvo facultades para ello, ya que parte de que, en estricto sentido, nunca estuvo inscrita en el registro mercantil y, por ende, no adquirió la condición de administradora.

Como arriba lo indicamos es una conclusión completamente inverosímil y contraria a la realidad, el hecho de que el acta de nombramiento tuvo una sanción jurídica o una cancelación por ser espuria ello no puede cambiar la realidad (hechos), que es el insumo sobre el cual trabaja el Juez para aplicar el derecho.

Si se ordenó el restablecimiento del derecho y la cancelación de la inscripción , con mayor razón surge la obligación de rendir cuentas, puesto que es la única forma como las cosas podrían volver al estado anterior, pues es solo esa persona llamada a rendirlas quien tiene la información para poder restituir las cosas al estado inicial, de lo contrario, sería un premio al delito, una irresponsabilidad, una interpretación contraria a los principios de justicia y de equidad, de allí que en otros casos de manera análoga se apliquen institutos como la restituciones mutuas, pues, no podría entenderse que quien afecto a otro con un negocio viciado se beneficie o aproveche de su propio dolo, culpa o engaño.

La cancelación de un acta de asamblea y su registro no pueden borrar de ninguna manera los actos que ya consumó la parte demandada. Honorables Magistrados, no existe acto humano que pueda borrar el pasado, tampoco lo puede hacer el restablecimiento de una sentencia judicial; no puede borrar todos los actos de administradora que realizó la demandada, y justamente lo que ordena la norma es que las personas que fungieron como administradores rindan cuentas.

Así las cosas el error en la interpretación y aplicación de la norma estriba en que la persona llamada a rendir cuentas es quien efectivamente **realizó actos de administrador.**

Este principio ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte como aquel por el cual “los jueces tienen el deber de verificar el **derecho** aplicable a cada caso concreto, sin estar atados a los errores cometidos por las partes en sus pronunciamientos y **sin que ello implique desconocer o crear los hechos probados en el proceso**”¹

En virtud del principio *iura novit curia* le es dable al juez variar el título invocado por aquellos para acreditar su legitimación material, es necesario precisar que son ante todo los hechos alegados por las partes los que determinan la *causa petendi* y, con esta, la congruencia que debe observar el juez al momento de fallar. A este respecto se explica:

“Las peticiones contenidas en la demanda determinan el objeto de las pretensiones; los hechos que las partes alegan en la demanda configuran la causa jurídica de donde se pretende que emane el derecho para perseguir tal objeto, que delimita exactamente el sentido y alcance de la resolución que debe adoptarse en la sentencia. [...]

En cambio, los elementos de derecho que las partes suministran al juez [...] no tienen ninguna aplicación para la materia de la congruencia, en razón de que el juzgador mantiene una absoluta libertad en la aplicación del derecho y las normas que lo contienen [...]

Esta diferencia entre hechos y normas de derecho se explica también porque en aquellos se contiene la *causa petendi* o título jurídico invocado como la fuente de donde se quiere dedicar el derecho presentado que, por tanto, delimita uno de los aspectos o elementos esenciales de la pretensión [...]. No es lo mismo pretender algo por una causa determinada, que por otra; se puede tener el derecho en razón de aquella y no de esta; por ejemplo: reclamar la propiedad de un inmueble por haberlo comprado, es diferente a reclamarla por haberlo ganado por prescripción, y la cosa juzgada sobre lo primero no impide sentencia de mérito y favorable sobre lo segundo. Por ello el juez debe limitarse al examen de la causa [invocada] en los hechos, única que el demandado ha controvertido y que es materia de resolución”.²

¹ Sentencia T-399 de 2014 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio)

² Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría general del proceso*, 15° ed., Bogotá, Editorial Temis – Universidad Javeriana, 2012, p. 432-433

Detallado lo anterior es claro que la sentencia recurrida viola el principio IURA NOVIT CURIA debido a que el juez AQUO no solo aplicó e interpretó indebidamente la norma, sino que dejó de aplicar las normas de derecho propias para la resolución del caso, porque incluso, sin que fuera estrictamente necesario como ya dijimos, pudo dar aplicación al artículo 27 de la ley 1258 de 2008, como explicaremos a continuación.

TERCER REPARO AL FALLO - ERROR IN IUDICANDO POR INAPLICACION DEL ARTÍCULO 27 DE LA LEY 1258 DE 2008

La sentencia, en cualquier proceso, es la decisión judicial más importante dictada por una autoridad del Estado, investida de jurisdicción, que no sólo debe cumplir los requisitos establecidos en la ley en cuanto a su forma y contenido, sino que constituye un juicio lógico y axiológico destinado a resolver una situación controversial, en armonía con la Constitución y la ley. Dicha providencia no es, entonces, un simple acto formal sino el producto del análisis conceptual, probatorio, sustantivo y procesal, de unos hechos sobre los cuales versa el proceso, y de las normas constitucionales y legales aplicables al caso concreto.

Tal acto, entonces, puede contener errores de *juicio o de actividad*, que los doctrinantes denominan errores *in iudicando* y errores *in procedendo*. Es decir, "*que la voluntad concreta de la ley proclamada por el juez como existente en su sentencia, no coincida con la voluntad efectiva de la ley (sentencia injusta), porque, aún habiéndose desarrollado de un modo regular los actos exteriores que constituyen el proceso (immune, así, de errores in procedendo), el juez haya incurrido en error durante el desarrollo de su actividad intelectual, de modo que el defecto inherente a una de las premisas lógicas haya repercutido necesariamente sobre la conclusión. En este caso, en el que la injusticia de la sentencia se deriva de un error ocurrido en el razonamiento que el juez lleva a cabo en la fase de decisión, los autores modernos hablan de un 'vicio de juicio' que la doctrina más antigua llamaba un 'error in iudicando'.*"³

Expresa el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 lo siguiente:

ARTÍCULO 27. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES. *Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones*

³ Morales Medina Hernando. Técnica de Casación Civil.



simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere.

PARÁGRAFO. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.

El artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 consagra la reglas de responsabilidad, dentro de las que se haya la obligación de rendir cuentas de su gestión al representante legal de la sociedad por acciones simplificadas aplicable a la demandada al caso concreto, además previó la figura del administrador de hecho o de facto en una sociedad por acciones simplificada (SAS), por lo cual, los individuos que ostenten esta calidad tienen el deber de adecuar todas sus actuaciones de acuerdo con lo dispuesto en la ley y los estatutos sociales, asumiendo las responsabilidades propias del ejercicio de dicha dignidad, tal como confiesa la demandada en su escrito de contestación de la demanda, pero que erradamente el despacho descarta incurriendo así en un error *in iudicando*.

En gracia de discusión que consideremos que no era aplicable el artículo 22 del 222 de 1995 en virtud de la decisión judicial del Juzgado 6° Penal, cobraba aplicación el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, sin que eso signifique que este variando la causa petendi, pues no hay variación de hechos, la situación fáctica se ha expuesto desde el principio en la demanda con suma claridad dado que se han enunciado los actos concretos que constituyen *actividades positivas de gestión, administración o dirección de la sociedad* por parte de la demandada. Le corresponde al Juez aplicar el derecho cuando la parte actora da los hechos y las pruebas.

Por los argumentos antes planteados este reparo está llamado a **PROSPERAR**.

SEGUNDO REPARO AL FALLO - VIOLACION AL DEBIDO PROCESO POR NO VALORACION DE LA PRUEBA DE CONFESION DE LA DEMANDADA

El debido proceso, consagrado de manera explícita en el artículo 29 de la Constitución, compendia la garantía de que todos los demás derechos reconocidos en la Carta serán rigurosamente respetados por el juez al resolver asuntos sometidos ha su competencia, como única forma de asegurar la materialización de la justicia, meta última y razón de ser del ordenamiento positivo. Tales derechos no son sólo

los que aparecen recogidos en el Estatuto Superior, o constitución en sentido formal, sino los consagrados en instrumentos internacionales que vinculan al Estado Colombiano, tales como la Declaración universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que conforman el llamado *bloque de constitucionalidad* (art. 93 C.P.) y que por tanto son parte inescindible de la constitución en sentido material. Dichos principios y garantías, se convierten así en normas rectoras a las cuales deben ajustarse tanto las autoridades como las partes que intervienen en el proceso pues su desconocimiento acarrea la violación de la Ley Suprema.⁴

El debido proceso, ha dicho la Corte Constitucional, es aquél que *"en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. Como las demás funciones del Estado, la de administrar justicia (y en ella, más que en ninguna otra, agrega ahora la Corte) está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene una persona a la recta administración de justicia."*⁵

Tenemos que existe violación al derecho al debido proceso por no valoración de la prueba de confesión de la demandada en el fallo de primera instancia.

Señala el fallo recurrido en su página 2 lo siguiente:

Finalmente, acepta el extremo pasivo que la señora Piedrahita Salom sí realizó gestiones propias de un administrador pues aduce que gestionó productos financieros ante el Banco BBVA S.A., suscribió el contrato de administración inmobiliaria con Araujo & Segovia, cerró la cuenta bancaria que la sociedad tenía en Bancolombia.

Expresa el CGP en su artículo 191 lo siguiente:

ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. *La confesión requiere:*

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 252 de 2001

⁵ Corte Constitucional sentencia T-101/93 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein

1. *Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.*
2. *Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.*
3. *Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.*
4. *Que sea expresa, consciente y libre.*
5. *Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.*
6. *Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada. La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.*

Seguidamente señala el artículo 193 del CGP, lo siguiente:

ARTÍCULO 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. *La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.*

Vemos con lo anterior entonces que existe violación al debido proceso, pues en ningún momento el juzgador dio valor probatorio a la confesión de la demandada vertida en el escrito de contestación de la demanda, situación que directamente afectó la operación intelectual de resolución del caso.

Por los argumentos antes planteados este reparo está llamado a **PROSPERAR**.

CUARTO REPARO AL FALLO - DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL - SENTENCIA N.º 2019-01-075549 DEL 26 DE MARZO DE 2019 DE LA DELEGATURA DE PROCESOS MERCANTILES DE LA SUPERSOCIEDADES

El precedente judicial es concebido como una sentencia previa relevante para la solución de un nuevo caso bajo examen judicial, debido a que contiene un pronunciamiento sobre un problema jurídico basado en hechos similares, desde un punto de vista jurídicamente relevante, al que debe resolver el juez. Como los supuestos de hecho similares deben recibir un tratamiento jurídico similar, la sentencia precedente debería determinar el sentido de la decisión posterior.⁶

⁶ Sentencia T-292 de 2006. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sin embargo, no todo el contenido de una sentencia posee *fuerza normativa de precedente*. En las providencias judiciales es posible distinguir tres componentes: (i) la parte resolutive o *decisum*, en la que se dictan las normas u órdenes particulares que vinculan a las partes del proceso, y constituyen la solución al problema analizado;⁷ (ii) la *ratio decidendi*, compuesta por las consideraciones (razones) necesarias para *sostener* la decisión adoptada, y (iii) los *obiter dicta*, argumentos de contexto y complementarios, que no son lógicamente imprescindibles para soportar la conclusión normativa de la sentencia. El segundo componente, es decir, la *ratio decidendi* posee fuerza de precedente; en tanto que la parte resolutive de las sentencias de tutela, en principio, tienen efectos inter partes, mientras que las de una decisión de constitucionalidad, simple o condicionada, deben ser obedecidas por todos los operadores jurídicos.⁸

En el sistema jurídico colombiano los precedentes judiciales proyectan un valor vinculante en la actividad de los distintos operadores jurídicos. En virtud de los principios de igualdad y seguridad jurídica, los jueces están obligados a seguirlos, o a justificar adecuadamente la decisión de apartarse de ellos.⁹

⁷ Se utiliza la expresión *partes* para caracterizar lo que frecuentemente ocurre en los fallos judiciales. No debe pasarse por alto, sin embargo, que decisiones como las que se adoptan en sede de control de constitucionalidad, o nulidad simple, tienen efectos *erga omnes*, y que esta Corporación, en sus fallos ha acudido a dispositivos de extensión de efectos *inter pares* e *inter comunis*.

⁸ Ver, Sentencia SU-047 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. SV. Hernando Herrera Vergara. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹ Actualmente la Corte Constitucional cuenta con una sólida doctrina sobre la obligatoriedad del precedente judicial. El respeto por el principio de igualdad y el mandato ético de universalidad como fundamentos de esta obligación fueron por primera vez expuestos en las sentencias T-123 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-447 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); posteriormente, en la Sentencia SU-047 de 1999 (MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. SV. Hernando Herrera Vergara. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz.), la Corporación incorporó al lenguaje constitucional colombiano los conceptos propios del análisis del precedente del derecho anglosajón, tales como *ratio decidendi*, *obiter dicta* y *decisum*. La Sentencia C-037 de 1996 (SPV. José Gregorio Hernández Galindo. SPV. Vladimiro Naranjo Mesa. SV. José Gregorio Hernández Galindo. SPV. Alejandro Martínez Caballero. AV. Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa. AV. Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa. SPV. Hernando Herrera Vergara) constituye un hito en la materia, el prever que la *ratio decidendi* de las decisiones de revisión de tutela también es vinculante para los jueces y que, en caso de pretender apartarse de ella deben cumplir con una carga argumentativa suficiente. La consolidación de la jurisprudencia se produjo, sin embargo, con la decisión C-836 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil. AV. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. SPV. Jaime Araújo Rentería. SV. Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis), en la cual, al estudiar la constitucionalidad del artículo 4o de la Ley 169 de 1890, la Corporación planteó que esa obligación es acorde con el deber general de seguir el precedente judicial, como una concreción del principio de igualdad. De esa manera se precisó que también los órganos de cierre de las jurisdicciones Ordinaria y de lo



Con la introducción de la figura del administrador de hecho en la Ley 1258 de 2008, el legislador buscó someter al mismo régimen de responsabilidad de los administradores a aquellas personas que no ostentaban dicho cargo, pero que en la práctica sí ejercían labores positivas de gestión y administración²⁴. En atención a esto, la sentencia del 16 de marzo de 2019¹⁰—única sentencia que ha tratado la materia— desarrolló los deberes a los que están sometidos los administradores de hecho.

En este caso, la DELEGACION DE PROCESOS MERCANTILES determinó que un administrador de hecho puede ser responsable en los términos de la Ley 222 de 1995 solo en el marco de las actividades positivas de gestión y administración que se le hayan acreditado. En el caso citado, las actividades demostradas de gestión se limitaron a la administración de los contratos de arrendamiento sobre algunos activos de la compañía y a la utilización del vehículo de esta, por lo que solamente le fue reprochable no llevar la contabilidad y no rendir las cuentas a los accionistas sobre dichas actividades.

Por los argumentos antes planteados este reparo está llamado a **PROSPERAR**.

QUINTO REPARO AL FALLO - DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL - SENTENCIA N.º 801-34 DE JUNIO 11 DE 2014 Y SENTENCIA N.º 800-107 DE OCTUBRE 30 DE 2017 DE LA DELEGATURA DE PROCESOS MERCANTILES DE LA SUPERSOCIEDADES

Hubo desconocimiento del precedente judicial debido a que se desconoció de parte del juez *AQUO* que existen sentencias y una línea clara para la resolución del caso y no dio aplicación a las mismas, apartándose del precedente con una justificación incongruente.

Contencioso Administrativo crean precedentes vinculantes, pues también ante esas decisiones esperan los ciudadanos se aplique el derecho de igualdad de trato. La Sentencia T-292 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) supuso una presentación sistemática de la doctrina constitucional sobre el precedente, y las sentencias C-539 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y C-634 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) constituyen los pronunciamientos recientes más relevantes sobre el tema. En estos se analizó la vinculación de los órganos de la administración al precedente judicial, y la constitucionalidad del mecanismo de extensión de jurisprudencia creado por el nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo.

¹⁰ Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles, sentencia de marzo 26 de 2019

En jurisprudencia la DELEGACION DE PROCESOS MERCANTILES ha planteado que el deber de lealtad de los administradores no implica solamente que se abstengan de actuar en conflicto con los intereses de la compañía, sino que, además, comprende obligaciones específicas orientadas a proteger secretos empresariales, el respeto por las oportunidades de negocios y sobre todo que los administradores actúen para garantizar los mejores intereses de la compañía¹¹.

En ese sentido, la jurisprudencia ha identificado una serie de conductas de los administradores que constituyen infracciones al deber de lealtad, que se desprende de la lectura del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y, especialmente, del numeral 7 de dicho artículo. Por un lado, es claro que constituye una violación al deber de lealtad realizar actos respecto de los cuales exista un conflicto de intereses o emprender actividades que impliquen competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas¹²

En sentencia del 30 de octubre de 2017, la DELEGACION DE PROCESOS MERCANTILES encontró que el administrador demandado había ejecutado operaciones utilizando para su provecho personal los activos de la sociedad, de manera que había cometido una infracción al deber de lealtad, toda vez que “mal podría obrar con lealtad quien distrae, para beneficio propio, activos que le han sido confiados para adelantar la gestión de los negocios de una compañía”¹³

Por los argumentos antes planteados este reparo está llamado a **PROSPERAR**.

SEXTO REPARO AL FALLO - VICIOS PROCEDIMENTALES CARENTES DE CONTROL DE LEGALIDAD POR EL FALLADOR AQUO

Dentro del trámite del proceso se puede apreciar que en el expediente electrónico no obra documento donde el suscrito dentro del término oportuno se pronunció sobre las excepciones elevadas por la parte demandada, escrito que consideramos necesario para el abordaje jurídico el caso, el cual fue plenamente omitido por el fallador al momento de proferir la sentencia de primera instancia.

¹¹ Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-107 de octubre 30 de 2017.

¹² Ley 222/1995, inciso 1, numeral 7, art. 23.

¹³ Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 801-34 de junio 11 de 2014.

SEPTIMO REPARO AL FALLO - VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA QUE GENERO LA VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION

A partir del principio de supremacía constitucional, previsto en el artículo 4º de la Constitución, el *“actual modelo de ordenamiento constitucional” reconoce valor normativo superior a los preceptos constitucionales, y ellos contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares.*”

Inicialmente, bajo la tesis de las vías de hecho, esta causal era considerada como un defecto sustantivo. Posteriormente, tal doctrina se decantó y consolidó -en la Sentencia C-590 de 2005-¹⁴ con la idea de causales específicas de procedibilidad, advirtiendo que, pese a que en últimas todos los defectos sugieren el desconocimiento de la Norma Superior, existen unas situaciones especiales en las que este último se configura. En tal sentido, se ha afirmado que ello ocurre cuando: (i) en la solución del caso no se interpretó o aplicó una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional; (ii) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata; (iii) el juez no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución; y (iv) el fallador omitió aplicar la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de que la norma a la que se sujetaba el caso era incompatible con la Constitución, incluso si las partes no solicitaron tal aplicación. Ha advertido este Tribunal que *“[e]n estos casos, la prevalencia del orden superior debe asegurarse aun cuando las partes no hubieren solicitado la inaplicación de la norma para el caso particular.”*¹⁵

Se genera la violación directa a la constitución debido a que en el fallo recurrido se vulnero el derecho de acceso a la justicia de mi apadrinada por la ausencia de fundamentación coherente y congruente como motivos de la decisión hoy apelada, la cual dio por terminado el proceso en plena vulneración de normas y principios constitucionales que indican que el caso debía resolverse de otra manera.

El artículo 228 de la Carta Política define la administración de justicia como una función pública, e impone a todas las autoridades judiciales la responsabilidad de *hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se*

¹⁴ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁵ Sentencia SU-024 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

*resumen en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados*¹⁶. En este orden de ideas, la administración de justicia conlleva la realización material de los fines del Estado Social de Derecho, pues a través de esta función pública, entre otras, el Estado garantiza un orden político, económico y social justo, promueve la convivencia pacífica, vela por el respeto a la legalidad y la dignidad humana, y asegura la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas.¹⁷

En concordancia con la disposición anterior, los artículos 229 Superior y 2º de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia¹⁸ consagran el derecho fundamental de toda persona a acceder a la justicia, cuyo contenido a continuación se analizará.

El derecho a la administración de justicia ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como *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.*¹⁹

Aquella prerrogativa de la que gozan las personas, naturales o jurídicas, de exigir justicia, impone a las autoridades públicas, como titulares del poder coercitivo del Estado y garantes de todos los derechos ciudadanos, distintas obligaciones para que dicho servicio público y derecho sea real y efectivo.

En general, las obligaciones que los estados tienen respecto de sus habitantes pueden dividirse en tres categorías, a saber: las obligaciones de respetar, de proteger y de realizar los derechos humanos²⁰. Con base en esta clasificación, a continuación se determinará el contenido del derecho fundamental a la administración de justicia.

¹⁶ Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁷ De conformidad con los artículos 1 y 2 de la Constitución Política.

¹⁸ Ley 270 de 1996.

¹⁹ Sentencia C-426 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁰ Eide Asbjørn considera que *[e]stas obligaciones aplican a todas las categorías de derechos humanos, pero hay una diferencia de énfasis. Para algunos derechos civiles, la preocupación principal es con la obligación de respeto, mientras que con algunos derechos económicos y sociales, los elementos de protección y provisión se vuelven más importantes. No obstante, este equipo triple de obligaciones de los estados –de respetar, proteger y realizar- aplica a todo el sistema de derechos humanos y debe ser tenido en cuenta en nuestro entendimiento*

En primer lugar, la **obligación de respetar** el derecho a la administración de justicia implica el compromiso del Estado de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización.²¹ Asimismo, conlleva el deber de inhibirse de tomar medidas discriminatorias, basadas en criterios tales como el género, la nacionalidad y la casta.

En segundo lugar, la **obligación de proteger** requiere que el Estado adopte medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho.

En tercer lugar, la **obligación de realizar**²² implica el deber del Estado de (i) facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y, (ii) hacer efectivo el goce del derecho.

Facilitar el derecho a la administración de justicia conlleva la adopción de normas y medidas que garanticen que todas las personas, sin distinción, tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensiones.

En cumplimiento del deber de regular, la Ley 270 de 1996 establece que, dentro de los principios que informan la administración de justicia, se encuentran el acceso a la justicia (artículo 2º), la celeridad (artículo 4º)²³, la eficiencia (artículo 7º)²⁴ y el respeto

del buen gobierno desde una perspectiva de derechos humanos. (ASBJØRN, Eide. Making Human Rights Universal: Achievements and Prospects. http://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR4110/h04/undervisningsmateriale/Lecture1_Eide_Paper.pdf.)

²¹ Un ejemplo de incumplimiento de esta obligación sería no permitir el acceso a un traductor.

²² También denominadas obligaciones de asegurar o garantizar.

²³ "ARTICULO 4º. **CELERIDAD.** La administración de justicia debe ser pronta y cumplida. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria."

²⁴ "ARTICULO 7º. **EFICIENCIA.** La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley."

de los derechos (artículo 9º)²⁵, los cuales se constituyen en mandatos que deben ser observados por quienes administran justicia en cada caso particular.

También se facilita la administración de justicia cuando se adoptan normas que garanticen (i) la existencia de procedimientos adecuados, idóneos²⁶ y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas²⁷; (ii) que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso; y (iii) que las decisiones que se adopten protejan los derechos conforme a la Constitución y demás normativa vigente.

Asimismo, el deber de tomar medidas implica la obligación de remover los obstáculos económicos para acceder a la justicia²⁸, crear la infraestructura necesaria para administrarla y asegurar la asequibilidad de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población en condiciones de vulnerabilidad²⁹.

Por otra parte, hacer efectivo el derecho a la administración de justicia conlleva garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende: (i) la posibilidad de los ciudadanos de acudir y plantear un problema ante las autoridades judiciales,

²⁵ “ARTICULO 9º. **RESPECTO DE LOS DERECHOS.** Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.”

²⁶ Por ejemplo, ante los casos de violencia contra las mujeres, el Estado debe adoptar estrategias integrales para prevenirla, sancionarla y erradicarla. Dentro de estas medidas se encuentra el acceso a mecanismos adecuados para la protección de los derechos de las mujeres víctimas. En este sentido, en la sentencia T-1078 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) la Corte Constitucional protegió los derechos de una mujer que fue víctima de trata de personas en la modalidad de servidumbre por deudas, y señaló: (...) *la Sala desea recordar a las autoridades con responsabilidades en la materia, que si bien el proceso penal es un mecanismo importante para garantizar los derechos de las víctimas de esclavitud, servidumbre, trata de personas y trabajo forzoso, no es el único ni el más idóneo, entre otras razones, porque supedita la protección de las víctimas a la comprobación de la ocurrencia de un delito. Por tanto, las autoridades deben diseñar otros mecanismo [sic] que aseguren la realización de los derechos de las víctimas y que atiendan a la complejidad de los fenómenos.* (Negrillas fuera del texto)

²⁷ Esto implica el derecho a que exista un recurso rápido y efectivo para violaciones de derechos humanos, como es la acción de tutela.

²⁸ Esto se consigue implementando tasas judiciales razonables y a través de figuras como el amparo de pobreza.

²⁹ Esto se logra, por ejemplo, con el acercamiento de los servicios del sistema de justicia a las personas que se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación. Otro ejemplo es la ubicación de los Tribunales en edificios que permitan el ingreso de las personas en condición de discapacidad.



(ii) que éste sea resuelto y, (iii) que se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados³⁰.

Debido a la clara vulneración al derecho de acceso a la justicia que genero la violación directa de la constitución vemos que el fallo recurrido esta llamado a ser revocado, por la manifiesta vulneración de principios constitucionales, y normas de orden publico.

Por los argumentos antes planteados este reparo está llamado a **PROSPERAR**.

OCTAVO REPARO AL FALLO - INDEBIDA APRECIACION, VALORACION e INTERPRETACION DE LAS PRUEBAS

La jurisprudencia constitucional ha precisado que el defecto fáctico se configura a partir de una doble dimensión³¹, a saber: (i) positiva cuando el operador judicial admite a trámite pruebas que no ha debido valorar, por haber sido indebidamente recaudadas, en desconocimiento directo de la Constitución, y (ii) una dimensión negativa³², cuando el operador judicial niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional, caprichosa u omite por completo su valoración. En palabras de esta Corporación:

“En cuanto a las dimensiones que puede revestir el defecto fáctico, esta Corporación ha precisado que se pueden identificar dos: La primera corresponde a una dimensión negativa que se presenta cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba o la valora de una manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin una razón valedera considera que no se encuentra probado el hecho o la circunstancia que de la misma deriva clara y objetivamente. En esta dimensión se incluyen las omisiones en la valoración de las pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. La segunda corresponde a una dimensión positiva que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución.”³³

³⁰ Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-553 de 1995, M.P.Carlos Gaviria Díaz; T-406 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; y T-1051 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³¹ Ver sentencia T-233 de 2007.

³² Ver T-442 de 1994.

³³ Corte Constitucional Sentencia T-274 de 2012.

Al tenor de lo transcrito, el defecto fáctico se produce cuando: (i) simplemente se omite valorar una prueba determinante para la resolución del caso; (ii) se excluye sin razones justificadas una prueba de la misma relevancia, o (iii) la valoración del elemento probatorio definitivamente se sale de los cauces racionales.

En la sentencia SU-500 de 2015 la Corte se pronunció en el sentido que la procedencia de la acción de tutela contra providencias arbitrales por defecto fáctico también requiere tener en cuenta el elemento de la voluntad del acuerdo de las partes de apartarse de la jurisdicción estatal y someterse a una justicia alternativa. En ese sentido, el análisis del juez de tutela sobre la actividad probatoria desplegada por el tribunal de arbitramento debe ser cuidadosa y, sólo se activará la procedencia de la acción, ante una valoración arbitraria y carente de razonabilidad del material probatorio.

De acuerdo con lo anterior, la actividad probatoria desplegada por el tribunal debe tener una "*entidad relevante y determinante*" para la afectación del derecho fundamental al debido proceso que lesione gravemente a la parte procesal afectada por la decisión, de tal suerte que no cualquier omisión en cuanto a la valoración de alguna prueba configura automáticamente el defecto fáctico. En la pluricitada sentencia T-466 de 2011, al abordar este aspecto en relación con la justicia arbitral, la Corte señaló lo siguiente:

“En consecuencia, no basta con que el panel arbitral haya dejado de valorar alguna prueba irrelevante, o que no se haya pronunciado sobre la totalidad de los elementos probatorios obrantes en el expediente. En realidad, para que se configure una vía de hecho por defecto fáctico, es indispensable que el error en la apreciación probatoria sea de tal magnitud que pueda advertirse de manera evidente y flagrante, sin que quepa margen de objetividad alguno que permita explicar razonablemente la conclusión a la cual llegó el Tribunal de Arbitramento. En igual sentido, es imprescindible que tal yerro tenga una trascendencia fundamental en el sentido del fallo, de manera que si no se hubiera incurrido en él, los árbitros hubieran adoptado una decisión completamente opuesta.”

Expresa el artículo 176 del CGP lo siguiente:

ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. *Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.*

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

En ese sentido vemos que en la providencia recurrida el Despacho *aquo* incurrió en una valoración alejada de la sana crítica probatoria por lo que:

- (i) *han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso;*
- (ii) *(ii) han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales,*
- (iii) *o (iii) han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable.*

Con ocasión a la incongruencia generada, vemos que el fallo recurrido, tuvo una indebida e inadecuada valoración e interpretación probatoria, toda vez, que los elementos de convicción que el juzgador *AQUO* utiliza para proferir el fallo, todos dan cuenta de la debida probanza de las pretensiones de la demanda, además de las calidades que detentaba la demandada como administradora de hecho.

Puntualmente se ve la indebida apreciación, valoración e interpretación en las pruebas en:

- Página 2 del fallo recurrido cuando se expresa:

Finalmente, acepta el extremo pasivo que la señora Piedrahita Salom sí realizó gestiones propias de un administrador pues aduce que gestionó productos financieros ante el Banco BBVA S.A., suscribió el contrato de administración inmobiliaria con Araujo & Segovia, cerró la cuenta bancaria que la sociedad tenía en Bancolombia.

- Página 4 del fallo recurrido cuando expresa:

Pese a que la demandada parece haber ejercido actos como administradora de Inversiones Cicam S.A.S. en Liquidación según se puede apreciar en los documentos aportados —pues (i) recibió dineros correspondientes a los arrendamientos de los bienes inmuebles de la compañía; (ii) gestionó la apertura y cancelación de productos financieros y; (iii) suscribió un contrato de administración inmobiliaria con Araujo & Segovia que tenía como objeto el arrendamiento de local comercial ubicado en el Edificio Neptuno—,⁷ lo

Igualmente destacamos una indebida apreciación de la prueba documental de Sentencia penal proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento pues la misma lleva no solo la orden de restablecimiento del derecho sino también con posterioridad se emitió auto de fecha 14 de mayo de 2021 declarando la preclusión por prescripción de la acción penal durante el traslado del recurso de



apelación interpuesto por la demandada contra el fallo condenatorio penal, auto que en su parte motiva dice:

“ (...) solo se condenó por el delito de ESTAFA a ISABEL CRISTINA PIEDRAHITA SALOM en calidad autora responsable, a la pena principal de TREINTA Y DOS (32) MESES DE PRISIÓN y al pago de multa equivalente a sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) salarios mínimos legales mensuales vigentes, porque los demás delitos por los cuales se acusó, estos es, FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO, CIRCULACION Y USO DE EFECTOS OFICIALES O SELLO FALSIFICADO Y HURTO, artículo 289, 281 y 239 del Código Penal, se precluyeron, con sustento en la causal 1 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, porque la acción penal se encontraba prescrita al momento de proferir el sentido de fallo, luego de las múltiples audiencias realizadas dentro de esta actuación.

Aconteció que, durante el trámite de recurso de apelación, también feneció el término que tenía el Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación, para seguir tramitando el delito de ESTAFA.

En este caso, ha sido solicitada por el Defensor, dentro de sus alegatos ara sustentar el recurso vertical intentado contra la sentencia en cita y sabemos que si bien, conforme al artículo 250 Constitucional numeral 5, en principio es la Fiscalía quien tiene la facultad exclusiva y excluyente, para hacer esta solicitud cuando sobreviene esta causal, que es eminentemente objetiva, de simple verificación y que viene desarrollada en el causal 1 del artículo 332 del Código de Procedimiento

Penal, como la imposibilidad de seguir el estado el ejercicio de la acción penal, también la pueden impetrar la Defensa y el Ministerio Público, en la etapa de juzgamiento.

Como causal de extinción de la acción penal, la prescripción viene señalada en los artículos 77 y 292 del Código de Procedimiento Penal y encuentra su regulación en los artículos 82 y siguientes de la ley 599 de 2000.

La primera regla general acerca de la prescripción se encuentra expresada en la Ley 599 de 2000, artículo 83, inciso primero, de acuerdo con la cual, la acción penal se extingue en un tiempo igual al de la pena máxima dispuesta por la ley para el delito respectivo, si es privativa de la libertad, lapso que de todas formas no puede ser inferior a cinco (5) años, ni exceder de veinte (20).

Y en tratándose de delitos cuyo enjuiciamiento está gobernado por las ritualidades de la

Ley 906 de 2004, en armonía con el artículo 292 de esa codificación procesal, el lapso de prescripción de la acción penal al que alude la primera regla, se interrumpe con la formulación de la imputación, momento desde el que empieza a correr de nuevo por un lapso igual a la mitad del señalado en el citado artículo 83 de la codificación penal sustantiva, sin que pueda ser inferior a tres (3) años.

En este caso al verificar la audiencia preliminar de formulación de imputación, constatamos que se realizó el 8 de abril de 2015, ante EL JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE CARTAGENA, donde para el delito en cita – ESTAFA -, se interrumpió la prescripción y comenzó a correr un nuevo término equivalente a la mitad del máximo de la pena, sin que pueda ser inferior a tres (3) años ni superior a diez (10).

Si realizamos el simple conteo, desde el 8 de abril de 2015, a la fecha de hoy – 14 de mayo de 2021 -, han transcurrido seis (6) años, un (1) mes y seis (6) días y si la a pena máxima



del delito del delito de ESTAFA es de ciento cuarenta y cuatro (144), meses de prisión, esto es doce (12) años y desde la imputación comienza a correr un nuevo término igual a la mitad del máximo de la pena, esto es, seis (6) años, los mismos fenecieron el 8 de abril de 2021, cuanto se estaba tramitando el recurso de apelación aquí interpuesto, en el término del recurrente³⁴.

Escrutado lo anterior, inane resulta la concesión del recurso interpuesto y corresponde en la parte conclusiva así señalarlo, además de declarar prescrita la acción penal por el delito de ESTAFA, no sin antes iterar los ingentes esfuerzos realizados por esta judicatura para adelantar este proceso dentro de los términos que la Constitución y la ley establecen en el marco del debido proceso, así como se dejó constancia, en la sentencia de 26 de marzo de 2021, a la cual nos remitimos, en este apartado.

Consecuentemente, EL JUZGADO SEXTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CARTAGENA, RESUELVE

PRIMERO: NO CONCEDER el recurso de apelación intentado contra la sentencia de 26 de abril de 2021, mediante la cual se condenó a ISABEL CRISTINA PIEDRAHITA SALOM, en calidad de autora responsable de la conducta punible de ESTAFA, previsto en el artículo 246 del Código Penal, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: PRECLUIR a favor de ISABEL CRISTINA PIEDRAHITA SALOM, la investigación por el delito de ESTAFA, contenido en el artículo 246 del Código Penal, con sustento en la causal 1 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal. (...)

Ahora en concordancia con la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, de radicado 47998, # de providencia AP3905-2016 de fecha 22 de junio de 2016 en la cual se expresa en su parte motiva lo siguiente:

“(...) 2.1. Las consecuencias procesales de la extinción de la acción penal por prescripción

La prescripción de la acción penal es “*un instituto liberador, en virtud del cual se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción*” (C-556 de 2001 y C-1033 de 2006). En el último de los fallos en cita, la Corte Constitucional destacó que la prescripción de la acción penal

*[e]ncuentra fundamento en el principio de la seguridad jurídica ya que la finalidad esencial de la prescripción de la acción penal está íntimamente vinculada con el derecho que tiene todo procesado de que se le defina su situación jurídica, pues “ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad”.*³⁵

³⁴ La sentencia se notificó en estrados el 26 de marzo de 2021. El traslado para el recurrente inició el 5 de abril de 2021 y feneció el 9 de abril de 2021. Para nos recurrentes fue del 12 al 16 de abril de 2021.

³⁵ Sentencia C-176/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero

Además, la prescripción hace parte del núcleo esencial del debido proceso puesto que su declaración tiene la consecuencia de culminar de manera definitiva un proceso, con efectos de cosa juzgada, contrariamente a lo que ocurre con los fallos inhibitorios, que no resuelven el asunto planteado y que dejan abierta la posibilidad para que se dé un nuevo pronunciamiento³⁶. En suma, la declaratoria de prescripción contiene una respuesta definitiva fundada en derecho que pone fin a la acción iniciada.

Bajo el entendido de que “*toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria sobre su responsabilidad penal*” (art. 7 de la Ley 600 de 2000, art. 29 de la Constitución Política), la prescripción de la acción penal tiene entre sus consecuencias obvias el afianzamiento de este derecho, simple y llanamente porque no será posible la emisión de una sentencia definitiva sobre la responsabilidad penal y, por tanto, quien tuvo la calidad de procesado debe ser tratado como inocente.

Sobre las consecuencias de la extinción de la acción penal por prescripción, de tiempo atrás la Sala ha precisado lo siguiente:

[l]a declaratoria de prescripción constituye, en efecto, una sanción para el Estado, en virtud de la cual pierde la potestad legal para continuar con el ejercicio del ius puniendi, de allí que la acción penal queda extinguida y debe por tanto disponerse la cesación de procedimiento mediante auto interlocutorio que tiene la virtud de dar por terminado el proceso (CSJ AP, 18 Abr. 2007, Rad. 26328).

En cuanto a los efectos de la prescripción de la acción penal en las medidas orientadas al restablecimiento del derecho, en el mismo proveído se planteó:

[e]l efecto de la extinción de la acción penal a causa de la prescripción, deja sin vigor los fallos de instancia, por manera que en lo que respecta al restablecimiento de derechos invocado por uno de los impugnantes, es claro que ha perdido vigencia no solo la condenación en perjuicios, sino también las medidas que se adoptaron con miras a garantizar el efectivo resarcimiento de los mismos. De allí que en el auto recurrido se haya dispuesto la cancelación de ellas. (...)

Luego entonces debido a la jurisprudencia en mención encontramos que existe una indebida valoración, análisis e interpretación de la prueba documental y de su alcance, lo cual traduce que al perder vigor o vigencia la orden de restablecimiento del derecho se restaura la situación propia de la representante legal de la hoy demandada.

³⁶ Ver al respecto la Sentencia C-666/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo



Por los argumentos antes planteados este reparo está llamado a **PROSPERAR**.

De acuerdo a los argumentos antes planteados **solicito al Honorable Tribunal REVOCAR INTEGRAMENTE LA DECISION TOMADA POR LA DELEGATURA DE PROCESOS MERCANTILES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.**

De esta forma dejo sustentado en su integridad el recurso de apelación.

Con Distinción y respeto,

HUGO ANDRES RIAÑO PUELLO
C.C. No. 1.128.062.053 de Cartagena.
T.P. No. 214.286 del C. S. De la J.

Señores:

Tribunal superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil

Magistrado: Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Demandante: Buho Seguridad Ltda.
Demandante: Banco BBVA de Colombia S.A.
Referencia: Verbal. No.11001319900320210198401

Para efectos de dar cumplimiento a su providencia, calendada 28 de septiembre de 2022, al Señor Magistrado, con el debido respeto, me permito darle alcance en forma escrita al recurso de apelación contra la providencia emanada por el delegatario de la Superintendencia Financiera, el cual fue sustentado en audiencia de oralidad el día 24 de agosto a las 4:00 p.m., para que surta su trámite ante su digno despacho, en los siguientes términos:

1. Se encuentran reunidos los requisitos de jurisdicción y competencia.
2. Las partes concurrieron al proceso y estuvieron representadas por intermedio de sus apoderados, Abogados Titulados.
3. Por consiguiente, la Sentencia debe ser de mérito, accediendo a las pretensiones de mi prohiljada.
4. El Banco BBVA, dentro de su reglamento estable unas alertas cuando el monto financiero supera el comportamiento habitual de su cliente, para prevenir un posible fraude, situación esta que corroboró la misma funcionaria DIANA VELEZ, en su testimonio celebrado en Audiencia el 25 de marzo de 2022 y que hace referencia a los protocolos de seguridad del mismo Banco, es así que el señor **DANIEL ROJAS, representante legal de BUHO SEGURIDAD**, recibió una llamada de alerta del Banco el día 24 de septiembre de 2020, como está demostrado en el audio aportado por el Banco y que reposa dentro del expediente referenciado.
5. Se encuentra demostrado dentro del plenario la omisión y la negligencia de la parte demandada, por cuanto no atendió la expresión de mi poderdante en el sentido **que él no autorizaba sacar los dineros de su cuenta para transferirlo a cuentas de otras personas desconocidas** y con las cuales no existía vínculo comercial ni contractual alguno. En consecuencia la parte demandante se encuentra exonerada de toda responsabilidad y por tal razón la entidad financiera debe proceder de inmediato al reintegro de los dineros que fueron debitados de la cuenta de la demandante sin ninguna justificación ni autorización.
6. Observada la contestación de la Demanda en **su numeral 4.5**. Adecuado Perfil Transaccional, se obtiene que el porcentaje autorizado para **transferencias de fondos era únicamente del 3%, pagos por PSE del 75% y del 22% por el servicio de pago a proveedores**, esto significa, que mi poderdante en muy pocas ocasiones acudía a la figura de transferencias de dinero, lo que se demuestra con mayor vehemencia que nunca fueron autorizadas. En el mismo sentido el Banco

BBVA, a pesar de los reiterados requerimientos de la Súper financiera, nunca aportó el historial de la cuenta materia de esta litis, **para corroborar lo anteriormente manifestado por el suscrito en este numeral, a pesar de haber sido una prueba decretada de oficio por la Súper financiera, ordenó la apertura de un incidente de sanción al BBVA Colombia por el incumplimiento de orden judicial.**

7. En la Audiencia del 25 de marzo de 2022 y de acuerdo con el testimonio de la funcionaria del Banco BBVA, **señorita DIANA VELEZ, se pudo establecer que los pagos ON LINE, tenían un tope diario aproximadamente de \$100.000.000.00 y mensual de \$200.000.000.00, esto quiere decir que el pago ON LINE, realizado el día 24 de septiembre de 2020, superó dicho tope, violándose las condiciones contractuales establecidas entre el Banco BBVA y Buho Seguridad.**
8. Así las cosas, la entidad financiera Banco BBVA, debito irresponsablemente y sin ninguna autorización del demandante BUHO Seguridad Ltda., dineros en cuantía de \$94.183.454 **a ocho cuentahabientes de la misma entidad bancaria, personas estas que no tenían ningún vinculo comercial ni contractual para que se hiciera la transferencia de estos dineros.**(La dirección y datos para ubicarlos el banconunca los suministro y el inferior jerárquico los desestimo).
9. Como quedo demostrado el Banco nunca capacito a mi poderdante del manejo del token ni de la plataforma para tal fin, como se comprobó que no hubo visitas técnicas, solamente después del suceso del litigio.
10. Precisamente, el Decreto 663 de 1993, con el que se compilaron todas las normas que conforman el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, señala como integrantes de éste a los establecimientos de crédito, de los cuales hacen parte los establecimientos bancarios, que en el artículo 2° se definen como las **«instituciones financieras que tienen por función principal la captación de recursos en cuenta corriente bancaria, así como también la captación de otros depósitos a la vista o a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito»**. Se trata de un mercado de intermediación entre los ahorradores y los prestatarios potenciales, los primeros en pos de resguardar su capital y obtener una rentabilidad, y los otros con el fin de conseguir recursos para atender proyectos que retornarán aumentados con intereses. (La negrilla y la cursiva son mías)
11. La importancia de tal actividad en el orden social y económico, justifica el establecimiento de controles y políticas restrictivas en su desarrollo, amén de llevar ínsita la exigencia para las instituciones financieras de un mayor grado de diligencia y profesionalismo, porque la actividad que desarrollan además de profesional, tiene los rasgos de ser habitual, masiva y lucrativa, requiere de una organización para ejecutarla y del conocimiento experto y singular sobre las operaciones que comprende, así como de los productos y servicios que ofrece al público, razón por la cual los estándares de calidad, seguridad y eficiencia que se le reclaman, son más altos que los exigidos a un comerciante cualquiera. Toda vez que los adquirentes de los productos ofrecidos por los bancos, entre los cuales están los titulares de cuentas corrientes y de ahorro, constituyen la parte débil de la relación y el Banco, en principio, tiene una posición dominante, la intromisión estatal en esa dinámica mercantil tiene entre sus objetivos que *«esté en*

*concordancia con el interés público»; se tutelen preferentemente las expectativas de ahorradores y depositantes; y las operaciones «se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia», al tenor del artículo 46 *ibidem*.*

12. *Debe tenerse en cuenta que ‘a la luz del artículo 335 de la Constitución Política la actividad financiera es «de interés público» y que, de acuerdo con precedentes jurisprudenciales, ha sido catalogada como un servicio esencial (...). ‘Tampoco ha de negarse que las empresas dedicadas a esa labor en principio ostentan una posición dominante, pues según se sabe, «la banca en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que ‘barrenando los principios liberales de la contratación’ como lo dijera un renombrado tratadista (...), les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar... (CSJ SC, 30 Jun. 2001, Rad. 1999-00019-01).*
13. *De ahí que entre las reglas de competencia y protección al usuario se fijara a las instituciones del sector, según la redacción inicial del artículo 98 ordinal cuarto *id*), el deber de «emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que éstos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones», así como la prohibición de «convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante» (se destaca).*
14. *Por otra parte, entre el Banco y sus clientes se entabla una relación de consumo, en la cual los últimos son reconocidos como la parte débil, de ahí que el ordenamiento jurídico promueva su protección y exija a la entidad un proceder consonante con el interés colectivo trascendente de protección al consumidor que emana de lo estatuido por los artículos 78 y 335 de la Constitución Política, lo que justifica la serie de obligaciones, cargas y conductas exigibles a dicho profesional, amén de un régimen de responsabilidad diferente del común.*
15. *La jurisprudencia de esta Sala entendió que dicho precepto deducía la responsabilidad del Banco bajo la teoría del riesgo creado (CSJ SC, 9 Dic. 1936, G.J. T. XLIV, 405, reiterada en CSJ SC, 15 Jul. 1938, G. J. T. XLVII, 68, y CSJ SC, 11 Mar. 1943, G. J. T. LV, 48).*

En el esquema de la mencionada formulación, se prescinde del análisis de la culpa como elemento para atribuir aquella y siendo una manifestación de responsabilidad objetiva, algunos consideran que se basa en la «*inobservancia de normas de cautela, antes que en una valoración del actuar de la persona y de sus perfiles subjetivos*»¹, de ahí que no se recurra a la culpabilidad como criterio de imputación.

También se ha sostenido que «*La teoría del riesgo, impregnada por el valor moral de la solidaridad, parece sobre todo inspirada por la equidad: Por su actividad, el hombre puede procurarse un beneficio (o, al menos, un placer). Es justo (equitativo) que en contrapartida él repare los daños que ella provoca.*

16. *La responsabilidad bancaria por fraudes con instrumentos diferentes a cheques:*

El régimen de responsabilidad de los Bancos que hasta ahora se ha descrito, deriva de las previsiones contenidas en los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio, ninguna de las cuales contempló los fraudes cometidos con instrumentos diferentes de los cheques u otros mecanismos a través de los cuales sea posible realizar la disposición de los fondos puestos por los ahorradores bajo la custodia y cuidado de tales entidades, tales como notas débito, certificados de depósito a término, transferencias y otras transacciones que involucren los recursos provenientes del ahorro privado. Tal circunstancia, sin embargo, no conlleva la inaplicabilidad del régimen de responsabilidad reconocido por ellas a otra clase de defraudaciones cometidas tanto en la disposición irregular de recursos pecuniarios en cuentas corrientes como en las de ahorro, pues lo que subyace en la regulación mencionada es que el ordenamiento positivo reconoce que las instituciones bancarias ejercen una actividad que es profesional, habitual y de la que deriva un provecho económico, a la que le es inherente una multiplicidad de peligros, y entre ellos se encuentran los derivados de las operaciones que realizan (riesgos operacionales), que pueden afectar los intereses de los cuentahabientes por la mala disposición de sus depósitos.

Siendo la bancaria y la de intermediación financiera, actividades en las que -como atrás se dijo- existe un interés público y son realizadas por expertos que asumen un deber de custodia de dineros ajenos, siéndole exigibles, según lo previsto por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) y las Circulares Básica Contable y Financiera (100 de 1995) y Básica Jurídica (007 de 1996) unos altos y especiales cargos o cumplimiento de estándares de seguridad², diligencia, implementación de mecanismos de control y verificación de las transacciones e incluso de seguridad de la confiabilidad de la información y preservación de la confiabilidad, es natural que la asunción de tales riesgos no les corresponda a los clientes que han encomendado el cuidado de parte de su patrimonio a tales profesionales, de ahí que sea ellos quienes deban asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos.

17. En ese orden de ideas, *«a la hora de apreciar la conducta de uno de tales establecimientos -ha dicho la Corte- es necesario tener presente que se trata de un comerciante experto en la intermediación financiera, como que es su oficio, que maneja recursos ajenos con fines lucrativos y en el que se encuentra depositada la confianza colectiva»* (CSJ SC-076, 3 Ago. 2004, Rad. 7447) y por tales razones se le exige *«obrar de manera cuidadosa, diligente y oportuna en ejercicio de sus conocimientos profesionales y especializados en materia bancaria»* para impedir que sean quebrantados los derechos patrimoniales de titulares de las cuentas de ahorro y corrientes de cuya apertura y manejo se encarga (CSJ SC, 3 Feb. 2009, Rad. 2003-00282-01). De todo lo anterior deriva, necesariamente que en la materia impera un *«modelo particular de responsabilidad profesional del banco»* (CSJ SC-201, 15 Dic. 2006, Rad. 2002-00025-01).

18. Las nuevas tecnologías y el riesgo de la actividad bancaria:

² Entre ellos la NTC-ISO/IEC 27001 aprobada el 22 de marzo de 2006, que recopila los requisitos exigidos para la implementación, revisión, mantenimiento y mejora del sistema de gestión de la seguridad de la información a fin de *«asegurar controles de seguridad suficientes y proporcionales que protejan los activos de información y brinden confianza a las partes interesadas»*

Entre los avances tecnológicos que han sido incorporados a la actividad de la banca en los últimos años para permitir que las operaciones bancarias se efectúen con mayor agilidad, se destacan los referentes a la modernización de la distribución de productos y servicios financieros, lo que determinó el paso de las oficinas físicas de las sucursales a la atención al cliente por otros canales transaccionales como los cajeros automáticos, los receptores de cheques, los receptores de dinero en efectivo, los sistemas de audio respuesta, los centros de atención telefónica, los sistemas de acceso remoto para clientes (RAS), el internet y, recientemente, las aplicaciones en dispositivos móviles.

Todos esos medios de interacción entre los usuarios del sistema financiero y las entidades que lo integran, algunos implementados con anterioridad a los hechos que motivaron el proceso, requieren para su correcto funcionamiento y el cumplimiento de los fines que legal y contractualmente tienen asignados, rigurosos esquemas de seguridad y protección de la información que por ellos circula, pues a través suyo se realiza la disposición de los recursos monetarios de los ahorradores.

Sucede que a la par que las tecnologías de la información han ampliado enormemente las posibilidades de comunicación y dinamizan las relaciones comerciales, el tratamiento automatizado de datos incrementa los riesgos de ocurrencia de hechos ilícitos que ocasionan daño a los haberes patrimoniales de los clientes de las entidades financieras. En ese sentido, se ha dicho que la *«difusión de la informática en todos los ámbitos de la vida social ha determinado que se le utilice como instrumento para la comisión de actividades que lesionan intereses jurídicos y entrañan el consiguiente peligro social...»*

La circunstancia de que internet sea una red abierta y pública, hace que esté caracterizada por una inherente inseguridad, pues eventualmente cualquier transferencia de datos puede ser monitoreada por terceros, lo que incrementa la potencialidad de pérdidas y defraudaciones, cuyos patrones de operación, por lo menos en lo que atañe a la banca electrónica, cambian constantemente y se manifiestan a través de la alteración de registros encaminada a la apropiación de fondos; la suplantación de la identidad de los usuarios, y la simulación de operaciones, compras y préstamos. Sin embargo, no es posible ignorar que se trata de riesgos que son propios de la actividad asumida por las entidades y corporaciones que participan en el *e-commerce*, entre ellas los Bancos, de la cual obtienen grandes beneficios económicos, pues son estos los que para disminuir costos y obtener mejores rendimientos, han puesto al servicio de sus clientes los recursos informáticos y los sistemas de comunicaciones a través de la red, en una estrategia de ampliación de la oferta y cobertura de productos y servicios financieros.

Es natural y obvio que la implementación de medios como el portal virtual de transacciones, si bien requiere de una inversión para su operación y mantenimiento, genera un lucro para la entidad, en la medida en que atrae un mayor número de clientes y de operaciones bancarias. No obstante, el uso de este lleva ínsito el riesgo de fraude electrónico, el cual es de la institución financiera precisamente por la función cumplida por las instituciones financieras y el interés general que existe en su ejercicio y la confianza depositada en él, lo que determina una serie de mayores exigencias, cargas y deberes que dichas entidades deben cumplir con todo el rigor; por el provecho que obtiene de las operaciones que

realiza; por ser la dueña de la actividad, la que -se reitera- tiene las características de ser profesional, habitual y lucrativa; y además, por ser quien la controla, o al menos, a quien le son los exigibles los deberes de control, seguridad y diligencia en sus actividades, entre ellas la de custodiar dineros provenientes del ahorro privado.

El riesgo, entonces, se materializa con el ofrecimiento a los clientes de una plataforma tecnológica para realizar sus transacciones en línea, la cual puede ser vulnerada por delincuentes cibernéticos a través de diversas acciones, atendida la vulnerabilidad inherente a los sistemas electrónicos.

19. Por eso, por una parte las instituciones financieras están compelidas a adoptar mecanismos de protección de los datos transferidos en relación con sus usuarios, a través de los cuales pueda prevenirse la defraudación, pues para el momento en que estos son detectados, generalmente, ya se ha causado el daño patrimonial, y por otra, están sujetas a la responsabilidad que acarrea para ellas la creación de un riesgo de fraude que afecta a sus clientes, a disposición de los cuales ha dispuesto su plataforma y recursos tecnológicos. El tema de seguridad de la información y su adecuada gestión por las organizaciones privadas ha sido una constante preocupación para estas y para el sistema jurídico.

En cuanto al riesgo derivado del manejo de información, establece que a cada institución le corresponde, entre otras cosas: *«definir el enfoque organizacional para la valoración del riesgo; (...) Identificar los riesgos»*, labor en la que es preciso *«1) identificar los activos dentro del alcance del SGSI y los propietarios de estos activos. 2) identificar las amenazas a estos activos. 3) identificar las vulnerabilidades que podrían ser aprovechadas por las amenazas. 4) Identificar los impactos que la pérdida de confidencialidad, integridad y disponibilidad puede tener sobre estos activos»* para después *«e) Analizar y evaluar los riesgos»* lo que comprende: *«1) valorar el impacto de negocios que podría causar una falla en la seguridad, sobre la organización, teniendo en cuenta las consecuencias de la pérdida de confidencialidad, integridad o disponibilidad de los activos. 2) valorar la posibilidad realista de que ocurra una falla en la seguridad, considerando las amenazas, las vulnerabilidades, los impactos asociados con estos activos, y los controles implementados actualmente. 3) estimar los niveles de los riesgos. 4) determinar la aceptación del riesgo o la necesidad de su tratamiento a partir de los criterios establecidos en el numeral 4.2.1, literal c)»* y por último *«f) Identificar y evaluar las opciones para el tratamiento de los riesgos»*.

20. Las modalidades de fraude electrónico:

Entre las más conocidas se encuentran las de interceptación de datos del medio de pago electrónico y de su titular en los canales virtuales por los cuales circula esta información, y la obtención de esta al extraerla de las bandas magnéticas de las tarjetas débito o de crédito, o del chip de la tarjeta inteligente, incorporando mecanismos detectores en cajeros electrónicos y datafonos. Tales situaciones, en principio, no suponen un descuido o negligencia del cliente o titular del medio de pago, pues el fraude electrónico puede ocurrir con independencia del cuidado en la custodia de las tarjetas y aún de las claves, como a continuación se explica al mencionar las formas de defraudación más empleadas en ambientes enteramente virtuales.

En sus versiones primarias se caracteriza por engañar a los usuarios para conseguir datos que son confidenciales, tales como las claves de acceso a la cuenta bancaria en la página web del Banco; el estafador envía mensajes a miles o tal vez millones de direcciones de correo electrónico previamente recolectadas en internet aprovechando los servidores de e-mail mal configurados; en los mensajes que tienen la apariencia de provenir de sitios web de entidades financieras, notifican la necesidad de confirmar la información relacionada con la cuenta por razones diversas como modificaciones del protocolo de seguridad; la cancelación del producto por no actualizar los datos; personalización del acceso para el cliente, entre otros.

El mensaje viene con el logotipo de la entidad bancaria, su publicidad usual y demás signos distintivos como gráficos, imágenes e incluso el código del establecimiento bancario, para generar confusión en el cliente y a través de un link o vínculo hace enrutamiento a un sitio web que aparentemente es el de la entidad, pero en realidad en un sitio falso o «*sitio spoof*», en el cual al ingresar el cliente su información de autenticación (usuario y clave), el cibercriminal la recibe y posteriormente usa en transacciones como transferencia a cuentas, compras o pagos.

La comunicación informal que se establece a través de la mensajería instantánea es aprovechada por los delincuentes para hacerse pasar por amigos o familiares de la víctima, pero al abrir el mensaje se instala en el ordenador un malware (programa o código malicioso) a través de los cuales puede implantarse un *keylogger* o registrador de las pulsaciones realizadas en el teclado del computador, las cuales archiva en un fichero y envía a través de internet, permitiendo el acceso de terceros a contraseñas e información privada.

La exposición de las modalidades reseñadas de fraude revelan no solo que las contraseñas y palabras clave (PIN) ya no son mecanismos suficientemente confiables y seguros, porque pueden ser interceptados durante la transmisión de los datos vía internet y tienen, por tanto, un alto grado de vulnerabilidad, lo que obliga a adoptar herramientas más seguras y dinámicas, porque es la plataforma tecnológica la que debe proveer los medios técnicos de seguridad que se requieran para que solo los titulares de los productos sean los que dispongan de sus dineros, minimizando la vulnerabilidad del sistema informático. Los métodos de defraudación son cada vez más sofisticados, de manera que al cliente le es prácticamente imposible detectarlos antes de la sustracción de dinero de su cuenta.

21. La responsabilidad en este tipo de fraudes:

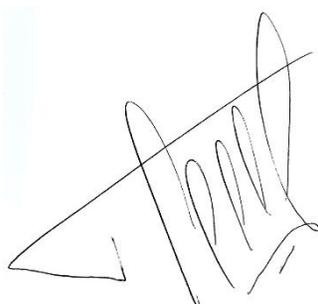
De la exposición que precede, queda claro que en el caso de defraudación por transacciones electrónicas, dado que tal contingencia o riesgo es inherente a la actividad bancaria la cual es profesional, habitual y lucrativa, cuya realización requiere de altos estándares de diligencia, seguridad, control, confiabilidad y profesionalismo, que también tienen que ser atendidos en materia de seguridad de la información que sea transmitida por esa vía, siendo innegable e ineludible su obligación de garantizar la seguridad de las transacciones que autoriza por cualquiera de los medios ofrecidos al público y con independencia de si los dineros sustraídos provienen de cuentas de ahorro o de cuentas corrientes.

De ahí que atendiendo la naturaleza de la actividad y de los riesgos que involucra o

genera su ejercicio y el funcionamiento de los servicios que ofrece; el interés público que en ella existe; el profesionalismo exigido a la entidad y el provecho que de sus operaciones obtiene, los riesgos de pérdida por transacciones electrónicas corren por su cuenta, y por lo tanto, deben asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos a través de reparar los perjuicios causados, y no los usuarios que han confiado en la seguridad que les ofrecen los establecimientos bancarios en la custodia de sus dineros, cuya obligación es apenas la de mantener en reserva sus claves de acceso al portal transaccional.

Desde luego que consumada la defraudación, el Banco para exonerarse de la responsabilidad, debe probar que esta ocurrió por culpa del cuentahabiente o de sus dependientes, que con su actuar dieron lugar al retiro de dinero de la cuenta, transferencias u otras operaciones que comprometieron sus recursos, pues amén de que es este quien tiene el control de mecanismo que le permiten hacer seguimiento informático a las operaciones a través de controles implantados en los software especializados con los que cuentan, la culpa incumbe demostrarla a quien la alegue (art. 835 C.Co.), pues se presume la buena fe «*aún la exenta de culpa*».

Dejo en esta forma planteada el alcance de la sustentación del recurso.



LUIS FERNANDO CUBILLOS NEIRA
C.C. No.19.314.963 de Bogotá
T.P. No. 48.898 del C.S. de la J.
Celular: 3102194867

FERNANDO ALARCÓN ALARCÓN

ABOGADO

Carrera 59 A No. 134-22 (607), Bogotá

Celular 3133690250

alconf250@outlook.com

Doctor

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Exp: 110013199-003-2021-01984-01

Demandante: BÚHO SEGURIDAD LTDA

Demandado: BANCO BBVA COLOMBIA

Asunto: Sustento apelación contra la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA el pasado 24 de agosto.

Respetado Magistrado:

FERNANDO ALARCÓN ALARCÓN, en calidad de apoderado del **BANCO BBVA COLOMBIA**, con fundamento en los artículos 12 de la Ley 2213 de 2022, atentamente procedo a sustentar el recurso interpuesto contra la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA dentro de la actuación 860404674-9 // 2021107663 que dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones denominadas: *“Hecho del demandante”, “Intrusión en las oficinas del demandante”, “La demandante llenó los requisitos pactados en las operaciones para su éxito”,* por las razones expuestas en la parte motiva.

“SEGUNDO: DECLARAR No probadas las excepciones denominadas: *“Pleno cumplimiento del Banco”, “Fuerza mayor y caso fortuito por el hecho de un tercero”, “Ausencia de prueba referida a la responsabilidad del Banco”, “Adecuado perfil transaccional”, “Improcedencia de alegar la responsabilidad objetiva”, “Culpa exclusiva de la víctima”*

“TERCERO: DECLARAR civil y contractualmente responsable al BANCO BBVA COLOMBIA S.A. conforme las consideraciones expuestas, en consecuencia, se le condena a pagar y devolver a la aquí demandante BUHO SEGURIDAD LTDA., en un lapso de 10 días posterior a la firmeza de esta sentencia, la suma correspondiente al 30% del valor reclamado de \$129.163.521 es decir: \$38.749.065, más el valor de esa suma indexado desde la realización de la operación desconocida por la suma de \$5.538.210.”

1.- SUSTENTO

Paso a continuación a reiterar lo expresado en la primera instancia.

1.1.- La inteligencia artificial y la tecnología en materia del comercio electrónico y de las transferencias bancarias avanzan vertiginosamente a tal punto que son más rápidos que todos los legisladores del planeta juntos. En Colombia aún sobreviven las teorías del riesgo del Código Civil de 1886 y otras del Código de Comercio de 1974 en materia de la custodia y el cuidado de papeles físicos.

Los Códigos Civil y el de Comercio deberían ser objeto de actualización en estas materias, pero no es tan sencillo para el legislador hacerse cargo del por ahora encumbrado asunto. El malogrado proyecto de Código Civil contiene algunos artículos referidos a los documentos y a los contratos electrónicos, pero de ahí no ha sido posible pasar.

Es claro que los jueces y particularmente la Superintendencia Financiera deben fallar y lo hacen sobre la base de las pruebas y los indicios que han tenido a bien examinar, asunto en el cual procuran de manera especializada su mayor capacidad de acierto.

El consumidor sí se debe proteger y hay casos en los cuales aquellos, la Superintendencia y los bancos, se anticipan en un lenguaje jurídico comunicacional a solucionar las diferencias, pero ello no en todos los eventos es posible por la forma en que ocurrieron los hechos o por la cuantía comprometida, pero, en todo caso, la protección de los cuentahabientes existe y es seria la posición de los funcionarios de los establecimientos financieros cuando observan irregularidades subsanables o superables.

Un artículo que haga mención de manera genérica a la autoprotección del consumidor puede favorecer al Banco o al cuentahabiente según se quiera advertir en la motivación, sin que ello signifique arbitrariedad pues en el funcionario se radica de manera seria, una función interpretativa de normas, reglas y principios con las cuales podemos estar en acuerdo o desacuerdo.

Esta breve exposición llega a la falta a una legislación o a la existencia de disposiciones que pueden resultar antinómicas. También a un asunto que para la Superintendencia está zanjado y es que en su sede jurisdiccional se debaten asuntos eminentemente contractuales a pesar de que el Tribunal en alguna ocasión se haya apartado de este criterio para situar la función jurisdiccional en un asunto de orden declarativo que puede ir más allá del consumo mismo pues, se ha dicho, entonces para qué se asume esa función de impartir justicia.

El suscrito aún se resiste a creer que en un asunto extracontractual creado por un delincuente sea posible dividir o porcionar como en una torta, la responsabilidad de la conducta. En este caso concreto fue el cliente el que permitió el acceso del intruso y no fue el Banco como anfitrión el que permitió la causa del daño.

Esa misma bruma de las disposiciones aplicables y la anomia, conducen a juicios de valor extremadamente hipotéticos que, en ocasiones, rayan en la responsabilidad objetiva, extremo contra el cual en ocasiones no es posible hacer nada. Acá, por ejemplo, decir que los eventos de (i) un aviso telefónico de reporte de normalidad en las operaciones o (ii) generar un alertamiento, se traducen en un indicio de responsabilidad implica un respetable desvío de la sana crítica.

Un banco cuenta con millones de operaciones al día y su función implica ser selectivo y también conduce a no intervenir cuando las operaciones contienen una apariencia de normalidad generada por el cliente iniciador. No es posible convertir todo movimiento en sospechoso porque se paralizaría la incesante industria financiera con unos consecuenciales efectos y responsabilidad en el manejo de los recursos ajenos.

1.2.- La culpa absoluta se originó en la sociedad demandante sin que exista una prueba que conduzca a situar un 30% de la responsabilidad en el Banco. De este punto se desprende una seria incongruencia y anfibología entre los numerales 1° y 2° del *decisum*. En efecto, si existe un hecho de la demandante incluida la intrusión de un tercero al no haber aquel observado las seguridades propias de esta clase de operaciones, el mismo debe asumirlo íntegramente.

De manera consecencial el Banco cumplió con sus deberes y la culpa se sitúa en la víctima.

1.3.- Las excepciones correspondientes al hecho del demandante, a la intrusión de un tercero en las oficinas del demandante y no del Banco y la de cumplimiento de la demandante de los requisitos para tener la operación como normal o conforme, debió cruzar transversal a todos los hechos, las pruebas y al derecho aplicado, exonerando totalmente al Banco.

El cumplimiento del Banco fue total e incluso con su conducta permitió que parte de los recursos no fueran sustraídos y de su conducta no se deriva omisión alguna; a su vez, se torna exhaustivo el concepto de adecuado perfil transaccional, pues de manera abstracta se crea un hecho que se radicó totalmente en el demandante.

En el Banco no concurre culpa de ninguna naturaleza con fundamento en el artículo 63 del Código Civil. A su vez, si el contrato es ley para las partes -artículo 1607 del Código Civil- no se puede tener como cumplido e incumplido al mismo tiempo por el demandante por cuanto ello crea una antítesis en materia del resultado que él mismo provoca al desconocer de manera absoluta sus deberes de autoprotección.

Conforme al contenido de los artículos 1613, 1614 y 2357 del Código Civil, no hay lugar a indemnización alguna por cuanto la culpa se radica exclusivamente en el

demandante; lo anterior equivale a decir que no debe existir reducción alguna para afectar al Banco BBVA que debe ser absuelto de responsabilidad.

La culpa objetivada bajo la égida conceptual del riesgo creado, sigue aplicándose sin que el legislador o las autoridades expidan disposiciones concretas con el fin de no dejar este asunto sometido a las más variadas interpretaciones -artículo 2356 del Código Civil y sentencia CSJ SC5176 de 2020-.

En este caso debió aplicarse la culpa subjetiva que fue desvirtuada por el Banco en cuanto cumplió íntegramente con sus obligaciones y en lo pertinente a su deber profesional no fue el que creó el resultado que sí generó la demandante y que debe afrontar por autorresponsabilidad y cuidado.

La Corte Suprema en la decisión mencionada aquí y que parcialmente fue base también de la decisión apelada llama a que la actividad bancaria no se califique de forma totalizadora como “peligrosa”.

1.4.- El Banco acreditó su deber de cuidado y existen circunstancias fácticas derivadas del cliente mismo y de la ciberdelincuencia que superan al Estado y a los bancos; lo anterior por más rigurosos y altos estándares de seguridad que apliquen en sus canales presenciales y no presenciales.

Acá existió el protocolo de autenticación y fue claro y cierto el origen de cada orden impartida. Se probó totalmente para el Banco el acaecimiento de una causa extraña y cuando la detectó impidió que siguiera su curso.

Si se acudiera a los artículos 733 y 1391 del Código de Comercio, la culpa se radica exclusivamente en el cuentahabiente, pues fue él quien perdió el control total de la operación e incluso el token-, lo que impide que surja para el Banco cualquier carga de responsabilidad.

1.5.- La actora fue determinante exclusiva en la producción del daño y debe por ello asumir la pérdida de manera íntegra. Debe mirarse este fenómeno bajo el prisma referido a que sin las omisiones de Buho Seguridad el dinero nunca hubiera salido a las cuentas de quienes propiciaron la defraudación, efecto no observado en modo alguno por el *a quo*.

1.6.- Reitero que es respetable el marco de prudente razonabilidad utilizado por la Superintendencia, pero no se comparte. En estas tesis judiciales se acumulan teorías contractuales y extracontractuales que son excluyentes y que permiten vulnerar los artículos 88 de la Constitución Política en materia de responsabilidad objetiva y 8º de la Ley 153 de 1887.

1.7.- En cuanto a los hábitos transaccionales el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión del 7 de octubre de 2020, expediente 003-2019-03463-01, precisa

que se deben sopesar (i) la antigüedad de la cuenta como elemento importante, (ii) la administración de los productos sin parametrización alguna, con lo cual se rompe el nexo causal para estructurar la responsabilidad civil en el ente crediticio, (iii) culpa de la víctima al permitir que terceros tengan acceso a la información, (iv) que las operaciones se adecuen a los hábitos transaccionales del cliente sin ser tan exhaustivos, (v) que se hagan en los días y horas acordados, (vi) a través de la IP normalmente utilizada y (vii) por montos máximos y mínimos usuales¹.

No lo desconoce la propia Superintendencia Financiera de Colombia, entidad que en el radicado 2019061818-017-000 sobre la importancia del perfil transaccional, alude a que se debe tener en cuenta que el Tribunal Superior de Bogotá en su sala Civil dentro de sentencia del 27 de octubre de 2016, dentro del expediente radicado en la Delegatura con el No. 2015-0206, en función a que se debe acreditar la culpa de la víctima y que los hábitos no son exigibles con tanta exhaustividad. En este último caso el grado de subjetividad es posible que sea indebidamente sopesado.

Las Circulares de la Superintendencia deben cumplirse, ni más faltaba, pero su aplicación debe ser razonable en materia de observar la doble vía que une al consumidor y al establecimiento financiero, así también los hechos concretos y particulares de cada caso.

Es diferente la omisión del Banco cuando está avisado por el cuentahabiente y no hace nada o cuando la operación cursa bajo todas las seguridades exigibles y la intrusión se da en un nivel externo al cliente. Esas circunstancias de componentes indiciarios y subjetivos deben ser objeto de un análisis dentro de los parámetros de la sana crítica y no bajo una lente de espontaneidad.

1.8.- El efecto objetivo de asumir íntegramente la parte demandante su responsabilidad deja como efecto que no se le pueda comunicar ni transmitir al Banco demandado culpa o resultado alguno: asunto que lleva, en consecuencia, su absolución.

1.9.- Se insiste en que existen elementos probatorios que se traducen en una sana crítica que no se encuentra formulada por el Despacho de manera congruente frente a los hechos y la necesaria conexidad que permita determinar responsabilidad y daño en contra del Banco. Si bien el informe de seguridad refiere un **alertamiento**, la grabación de la llamada que hace el Banco determina una **confirmación** de las operaciones. El lenguaje técnico de seguridad no puede desplazar la comprensión del juzgador porque no son de recibo en estos pleitos las interpretaciones anfibológicas o ambiguas.

¹ En el caso concreto todos los medios utilizados se dirigen documentalmente a acreditar que (i) la operación se originó desde la IP de la sociedad BUHO, (ii) los hechos indiciarios permiten aseverar que existió infidelidad o la empresa permitió la intrusión a alguien que conocía el número de referencia empresarial, el código de usuario, la clave de acceso, la clave de operaciones, (iii) contaba con el token como dispositivo de seguridad y (iv) no existían seguridades internas ni perimetrales, entre otros factores.

Ya se hizo mención a que la llamada del Banco no indicó peligro alguno y que se trataba de confirmar. No obstante, el lenguaje *ex post* utilizado por Seguridad Bancaria cuando utiliza el término alertamiento, ello no expresa un peligro objetivo o un resultado causado e indeseado; si no se confirma algo irregular, el establecimiento financiero se encuentra restringido para impedir el curso de las operaciones porque las mismas se entienden cursadas de buena fe y sin posibilidad de inferir daño al cliente o a terceros por sospecha.

El alertamiento puede significar que el Banco tuvo conocimiento de las operaciones maliciosas y ello no fue así, se trató simplemente de confirmar con el cuentahabiente el normal curso de las operaciones y al percatarse las partes de la anomalía procedieron a bloquearlas con un beneficio para la sociedad demandante en cuanto se frustró la actividad delictuosa en una suma considerable. Sobre el particular el *ad quem* podrá verificar la misma grabación en los derivados 62, 63 y 78.

El Banco en este caso podía llamar o no porque el hábito en operaciones fraccionadas era normal, pero conforme lo enuncia el *a quo*, el comportamiento de las operaciones era normal para la hora en que el Banco las detecta, 12 y 06 p.m., y a partir de allí asume previsiones, llama e impide la salida de una suma superior a 90 millones de pesos.

Si el cuentahabiente abre la puerta al intruso, el Banco por el número de operaciones que realiza a nivel nacional, no puede contar con reacciones inmediatas para impedir el resultado y menos cuando no existe un límite en el valor de las operaciones, así como tampoco el contrato de mensajería de datos.

1.10.- El Banco sí bloqueó el canal y para ello requería la autorización del cliente. Una vez la obtuvo le fue permitido detener las operaciones irregulares pendientes.

1.11.- El Banco tiene obligaciones profesionales, pero ello no implica estar a lo imposible, ni siquiera ante circulares constitutivas de leyes materiales que no consultan la conducta del cliente ni tampoco la dificultad de las operaciones en un determinado momento. En este punto es donde se aplica la responsabilidad objetiva sin tener en cuenta los elementos subjetivos que rodean esta ilícita actividad que no han podido conjurar el Estado, la justicia penal, los clientes e incluso ni los mismos establecimientos financieros.

2.- Petición

Por lo anterior solicito al honorable Tribunal que (i) revoque la decisión de primera instancia y (ii) disponga exonerar totalmente al Banco de responsabilidad y pago de indemnización o perjuicio alguna a favor de la demandante, en los términos de las excepciones planteadas o en aquellas que de oficio estime el cuerpo colegiado que deba pronunciarlas.

FERNANDO ALARCÓN ALARCÓN

ABOGADO

Carrera 59 A No. 134-22 (607), Bogotá

Celular 3133690250

alconf250@outlook.com

Respetuosamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'F. Alarcón', with a large, sweeping flourish extending to the left.

FERNANDO ALARCÓN ALARCÓN

C.C. 19.272.250

T.P. 43.177

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. ALVAREZ GOMEZ RV: RADICADO 110013199003 2021 02166 02 RECURSO DE SUPLICA

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

Lun 10/10/2022 15:06

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

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. ALVAREZ GOMEZ

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

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

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Rafael Acosta <Rafael.Acosta@acostayasociados.co>

Enviado: lunes, 10 de octubre de 2022 3:00 p. m.

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

Cc: herreraabogados@hotmail.com <herreraabogados@hotmail.com>; Eidelman Javier Gonzalez-Sánchez KSA <eidelman.gonzalez@kingsalomon.com>

Asunto: RADICADO 110013199003 2021 02166 02 RECURSO DE SUPLICA

Honorable

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

SALA CIVIL

Magistrado Ponente: Doctor Marco Antonio Álvarez Gómez

RADICACIÓN: 110013199003 **2021 02166 02**

DEMANDANTE: EMPRESA DE TRANSPORTE INTEGRADO DE BOGOTÁ SAS - ETIB SAS

DEMANDADAS: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA
MUNDIAL DE SEGUROS

ACTUACIÓN: **RECURSO DE SUPLICA**

Acosta & Asociados

ABOGADOS

Honorable

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

Magistrado Ponente: Doctor Marco Antonio Álvarez Gómez

RADICACIÓN: 110013199003 **2021 02166** 02

DEMANDANTE: EMPRESA DE TRANSPORTE INTEGRADO DE BOGOTÁ SAS- ETIB SAS

DEMANDADAS: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA
MUNDIAL DE SEGUROS

ACTUACIÓN: **RECURSO DE SUPLICA**

RAFAEL ACOSTA CHACÓN, en mi calidad reconocida de apoderado especial de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, por medio del presente escrito interpongo **RECURSO DE SUPLICA** contra el Auto de 5 de octubre del presente año, por virtud del cual se rechazó de plano la solicitud de nulidad de la Sentencia objeto del recurso, en orden a que el mismo se revoque y, en su lugar, se dé trámite a la nulidad impetrada y, de todas formas, a la apelación de la sentencia por los cargos de fondo formulados contra ella, con fundamento en los artículos 320, numeral 6, 331 y 332 del CGP.

En nuestro respetuoso sentir, el Tribunal no puede rechazar de plano el estudio de la nulidad deprecada, en tanto la misma alude a la falta de jurisdicción y competencia, por los FACTORES SUBJETIVO Y FUNCIONAL que, por ministerio del artículo 16 del CGP, son IMPRORROGABLES, esto es, ni la jurisdicción, ni la competencia se adquieren por virtud de una decisión precedente sobre la excepción previa por parte de la Superintendencia, e involucran, por tanto, la competencia misma del Tribunal para conocer el recurso de apelación contra la sentencia.

Las pretensiones de la demanda tienen su origen en un Contrato de Seguro celebrado por la Nación - Ministerio de Hacienda, con base en el cual se declaró la responsabilidad contractual de ASEGURADORA SOLIDARIA, el cual tiene el carácter de **CONTRATO ESTATAL** regido por las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y por los Decretos 2082 de 2015 y 1882 de 2018.

De conformidad con el artículo 104, numeral 2 del CPACA, corresponde a **la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de TODOS LOS PROCESOS RELATIVOS A LAS CONTROVERSIAS DE LOS CONTRATOS EN QUE SEA PARTE UNA ENTIDAD PÚBLICA, cualquiera fuere su régimen, esto es, define la jurisdicción y la competencia por factores subjetivo y funcional, sin excepciones.**

De conformidad con el artículo 16 del CGP, se itera, la jurisdicción y la competencia por factores subjetivo y funcional son IMPRORROGABLES, a diferencia de la determinada por otros factores que es PRORROGABLE.

De acuerdo con esta norma, improrrogabilidad es sinónimo de insaneabilidad, y en este caso el vicio aducido de falta de jurisdicción y competencia por factores subjetivo y funcional sigue latente y afecta ahora la competencia misma del Tribunal para conocer el recurso de apelación contra la sentencia, independientemente de lo que hubiere decidido el *a quo* al resolver la condigna excepción previa lo que, por cierto, no es apelable.

Con otras palabras, y con el debido respeto, en este caso no resultaría aplicable el principio de preclusión al que se acude en la providencia recurrida, en tanto con la decisión de la Superintendencia sobre excepciones previas, no remedia, ni otorga la jurisdicción y la competencia de que se adolece. Dice autorizada doctrina sobre este preciso caso:

“Según se observa, la improrrogabilidad es, para estos efectos, sinónimo de insaneabilidad y, por ende, la prorrogabilidad de saneabilidad. Desde este punto de vista, como se dijo, el hecho de que el demandado no ponga la excepción previa de falta de jurisdicción o ausencia de competencia por los factores subjetivo o funcional (art.100 núm. 1º CGP), no implica que el juez adquiera jurisdicción o competencia para conocer de este proceso, pues se trata de atribuciones improrrogables, de tal suerte que deberá el juez declararlas, en cualquier estado del proceso, antes de dictar sentencia y remitir el proceso al que corresponda; si no hace el juez de primera instancia, la irregularidad no se subsana y le corresponderá al Ad quem declarar la nulidad del fallo de primera instancia y de lo actuado a partir de este. Si el juez de segundo grado no lo hace y la sentencia de segundo grado es susceptible de casación, podrá alegarse este vicio a través del recurso extraordinario (art. 336 núm.5º), caso en el cual se declarará la nulidad de las sentencias de primera y segunda instancia y se remitirá el expediente al que se considera competente”

.....

En este sentido y siguiendo la misma línea de los ejemplos propuestos, supongamos que ante un juez civil de circuito se está adelantando equivocadamente una controversia

Acosta & Asociados

ABOGADOS

contractual de una entidad pública, las cuales como bien se sabe, le corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Art.104, num 2, CPACA). Luego de proferida la sentencia de primera instancia la sala civil del respectivo tribunal superior advierte la falta de jurisdicción, por lo que decreta la nulidad únicamente del fallo de primer grado, dejando válido lo actuado hasta antes del mismo y ordena la remisión del expediente al juez Administrativo. (GENERALIDADES DEL NUEVO SISTEMA DE NULIDADES PROCESALES. AUTOR HENRY SANABRIA SANTOS. INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. COMENTARIOS AL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Página 267)

Por lo anterior reitero el pedimento de que revoque el auto recurrido y, en su lugar, se dé trámite a la nulidad impetrada y, de todas formas, a la apelación de la sentencia por los cargos de fondo formulados contra ella.

Del H Tribunal, respetuosamente,



Rafael Acosta Chacón
T.P 61.753 del C S de la J