



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

5 DE FEBRERO DE 2020

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO, SE RECOMIENDA REVISAR DIRECTAMENTE LA PROVIDENCIA O EL VIDEO.

EL DOCUMENTO SE ENCUENTRA EN LA PÁGINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil/74

SALA CIVIL

INCIDENTE DE REGULACIÓN DE PERJUICIOS POR MEDIDAS CAUTELARES PRACTICADAS, SEGUIDO DE PROCESO EJECUTIVO. PÁG. 2 – 13.

SALA CIVIL
ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LTDA, CONTRA CLÍNICA FRAY BARTOLOME DE
LAS CASAS Y OTROS – IMPUGNACIÓN SENTENCIA
MP DR. JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
RADICADO: 11001310300320060064504

ANTECEDENTES

1. A través de la ritualidad incidental de que trata el artículo 2863 del C. G. del P., Fresenius Medical Care de Colombia solicitó, de manera principal:

“PRIMERA: *CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA a la restitución de la suma pagada por Fresenius como consecuencia de la condena de la sentencia invalidada por la suma -por concepto de Capital de COP\$ 1.441.107.077,oo.*

SEGUNDA: *CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA a pagar a favor de Fresenius los intereses causados -tasa máxima legal definida en el primer escenario del dictamen aportado -de la suma indicada en el literal anterior por la cuantía de COP\$ N 1.746.012.555,00 o la que quede probada en este incidente.*

TERCERA: *CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA a pagar a favor de Fresenius el valor de los perjuicios derivados de la práctica de las medidas cautelares decretadas -tasa máxima legal definida en el primer escenario del dictamen aportado -incluyendo intereses y capital insoluto derivados los embargos de dinero realizados contra Fresenius como consecuencia del proceso ejecutivo, intereses y capital insoluto derivados de la constitución de la garantía bancaria decretada en el proceso ejecutivo y los intereses y capital insoluto derivado de las costas cobradas a Fresenius dentro del proceso - por las sumas de:*

3.1. *Intereses y capital insoluto derivados DE los embargos de dinero realizados contra Fresenius y consignados por EPS FAMISANAR como consecuencia del proceso ejecutivo por la suma de COP\$ 1.134.568.737,00 o la que quede probada en este incidente.*

3.2. *Intereses y capital insoluto derivados la garantía bancaria constituida por FRESENIUS como consecuencia del proceso ejecutivo por la suma de COP\$2.022.987.295,oo o la que quede probada en este incidente.*

3.3. *Intereses y capital insoluto derivados la comisión pagada para la constitución de la garantía bancaria constituida por FRESENIUS como consecuencia del proceso ejecutivo por la suma de COP\$206.562.431,oo o la que quede probada en este incidente.*

3.4. *Intereses y capital insoluto derivados las costas cobradas a FRESENIUS como consecuencia del proceso ejecutivo por la suma de COP\$9.942.575,oo o la que quede probada en este incidente.*

CUARTA: *ORDENAR el levantamiento de las medidas cautelares decretadas contra Fresenius como consecuencia de la condena de la sentencia invalidada.*

QUINTA: *CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA a pagar a favor de Fresenius las costas decretadas mediante sentencia del 10 de diciembre de 2009 emitida por el Juzgado Tercero del Circuito de Bogotá, así como las fijadas por la Corte Suprema en la sentencia de revisión.*

SEXTA: *ORDENAR, con base en el artículo 441 del CGP, la ejecución de la garantía constituida por el Demandante para contrarrestar los perjuicios causados a mi representada por las medidas cautelares que fueron practicadas en su contra.*

SÉPTIMA: *CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA al pago de las costas procesales del presente incidente.*

OCTAVA: *ORDENAR la liquidación de las anteriores sumas actualizándolas a la fecha efectiva de pago.”*

1.1.- Como pretensión primera principal, peticiónó:

“PRIMERA SUBSIDIARIA: *CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA a la restitución de la suma pagada por Fresenius como consecuencia de la condena de la sentencia invalidada por la suma - por concepto de Capital de COP\$ 1.441.107.077,oo.*

SEGUNDA SUBSIDIARIA: CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA a pagar a favor de Fresenius los intereses causados - interés corriente bancario hasta la fecha de la sentencia de revisión y tasa máxima legal a partir de esa fecha, definida en el segundo escenario del dictamen aportado - de la suma indicada en el literal anterior por la cuantía de COP\$1.286.566.546 o la que quede probada en este incidente.

TERCERA SUBSIDIARIA: CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA a pagar a favor de Fresenius el valor de los perjuicios derivados de la práctica de las medidas cautelares decretadas - interés corriente bancario hasta la fecha de la sentencia de revisión y tasa máxima legal a partir de esa fecha, definida en el segundo escenario del dictamen aportado -; incluyendo intereses y capital insoluto derivados los embargos de dinero realizados contra Fresenius como consecuencia del proceso ejecutivo, intereses y capital insoluto derivados de la constitución de la garantía bancaria decretada en el proceso ejecutivo y los intereses y capital insoluto derivado de las costas cobradas a Fresenius dentro del proceso - por las sumas de:

3.1. Intereses y capital insoluto derivados los embargos de dinero realizados contra Fresenius y consignados por EPS FAMISANAR como consecuencia del proceso ejecutivo por la suma de COP\$640.747.804.

3.2. Intereses y capital insoluto derivados la garantía bancaria constituida por FRESENIUS como consecuencia del proceso ejecutivo por la suma de COP\$1.369.273.087,00.

3.3. Intereses y capital insoluto derivados la comisión pagada para la constitución de la garantía bancaria constituida por FRESENIUS como consecuencia del proceso ejecutivo por la suma de COP\$ 171.232.251,00.

3.4. Intereses y capital insoluto derivados las costas cobradas a FRESENIUS como consecuencia del proceso ejecutivo por la suma de COP\$8.853.164,00.

CUARTA SUBSIDIARIA: ORDENAR el levantamiento de las medidas cautelares decretadas contra Fresenius como consecuencia de la condena de la sentencia invalidada.

QUINTA SUBSIDIARIA: CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA a pagar a favor de Fresenius las costas decretadas mediante sentencia del 10 de diciembre de 2009 emitida por el Juzgado Tercero del Circuito de Bogotá, así como las fijadas por la Corte Suprema en la sentencia de revisión.

SEXTA SUBSIDIARIA: ORDENAR, con base en el artículo 441 del CGP, la ejecución de la garantía constituida por el Demandante para contrarrestar los perjuicios causados a mi representada por las medidas cautelares que fueron practicadas en su contra.

SÉPTIMA SUBSIDIARIA: CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA al pago de las costas procesales del presente incidente.

OCTAVA SUBSIDIARIA: ORDENAR la liquidación de las anteriores sumas actualizándolas a la fecha efectiva de pago.

1.2. Como pretensión subsidiaria de las primeras subsidiarias, peticionó:

“PRIMERA SUBSIDIARIA: CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA a la restitución de la suma pagada por Fresenius como consecuencia de la condena de la sentencia invalidada por la suma - por concepto de Capital de COP\$ 1.441.107.077,00.

SEGUNDA SUBSIDIARIA: CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA a pagar a favor de Fresenius los intereses causados - interés corriente bancario, definida en el tercer escenario del dictamen aportado - de la suma indicada en el literal anterior por la cuantía de COP\$ 1.209.117.863,00 o la que quede probada en este incidente.

TERCERA SUBSIDIARIA: CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA a pagar a favor de Fresenius el valor de los perjuicios derivados de la práctica de las medidas cautelares decretadas - interés corriente, definida en el tercer escenario del dictamen aportado -; incluyendo intereses y capital insoluto derivados los embargos de dinero realizados contra Fresenius como consecuencia del proceso ejecutivo, intereses y capital insoluto derivados de la constitución de la garantía bancaria decretada en el proceso ejecutivo y los intereses y capital insoluto derivado de las costas cobradas a Fresenius dentro del proceso - por las sumas de:

3.1. Intereses y capital insoluto derivados los embargos de dinero realizados contra Fresenius y consignados por EPS FAMISANAR como consecuencia del proceso ejecutivo por la suma de COP\$626.458.469,00.

3.2. Intereses y capital insoluto derivados la garantía bancaria constituida por FRESENIUS como consecuencia del proceso ejecutivo por la suma de COP\$1.321.042.499,00.

3.3. Intereses y capital insoluto derivados la comisión pagada para la constitución de la garantía bancaria constituida por FRESENIUS como consecuencia del proceso ejecutivo por la suma de COP\$ 167.024.326,00.

3.4. Intereses y capital insoluto derivados las costas cobradas a FRESENIUS como consecuencia del proceso ejecutivo por la suma de COP\$8.560.267,00.

CUARTA SUBSIDIARIA: ORDENAR el levantamiento de las medidas cautelares decretadas contra Fresenius como consecuencia de la condena de la sentencia invalidada.

QUINTA SUBSIDIARIA: CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA a pagar a favor de Fresenius las costas decretadas mediante sentencia del 10 de diciembre de 2009 emitida por el Juzgado Tercero del Circuito de Bogotá, así como las

fijadas por la Corte Suprema en la sentencia de revisión.

SEXTA SUBSIDIARIA: ORDENAR, con base en el artículo 441 del CGP, la ejecución de la garantía constituida por el Demandante para contrarrestar los perjuicios causados a mi representada por las medidas cautelares que fueron practicadas en su contra.

SÉPTIMA SUBSIDIARIA: CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA al pago de las costas procesales del presente incidente.

OCTAVA SUBSIDIARIA: ORDENAR la liquidación de las anteriores sumas actualizándolas a la fecha efectiva de pago.”

2. Al descorrer el traslado del incidente, Alpha Seguridad Privada Limitada se opuso a las pretensiones, formulando como excepciones: “La inaplicabilidad del artículo 283 del C. G. del P., improcedencia del incidente- trámite inadecuado-”; “La fecha hasta cuando ha de producirse la liquidación de acuerdo con la sentencia de revisión: 10 de diciembre de 2010”; “Las medidas cautelares decretadas que posiblemente serían objeto de liquidación de perjuicios son únicamente las provenientes de Famisanar”; “Los intereses derivados de medidas cautelares”; “Las gestiones a cargo de la ejecutada para retirar títulos judiciales, a consecuencia de depósitos por práctica de medidas cautelares”; “La responsabilidad y esfera de dominio de Fresenius Medical Care Colombia S.A. para el ejercicio de acciones”, “Prejudicialidad”, y la denominada “Excepción de inconstitucionalidad”.

ANÁLISIS DE LA SALA

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y no avizorándose vicio que invalide lo rituado, se hace necesario anotar, de manera preliminar, que esta Sala se ocupará de

examinar los motivos de desencuentro demarcados por los extremos apelantes, sin limitación alguna, acatando los lineamientos del inciso 1º del canon 328 del Código General del Proceso, cuestionamientos que, en lo medular, encaminan el debate jurídico a determinar si las pretensiones indemnizatorias, elevadas por parte de Fresenius Medical Care de Colombia, tienen asidero jurídico, y si éstas encuentran la solidez necesaria para mantenerse indemnes frente a las excepciones formuladas por el extremo incidentado.

2. Definido como se encuentra el centro de la discusión, es menester memorar, inauguralmente, que en virtud del artículo 95 de la Carta Política, el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente implica responsabilidades, por lo que se impone como un deber de la persona y del ciudadano, entre otros, respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. De donde se sigue que ejercer las prerrogativas otorgadas por el ordenamiento jurídico descarriando la finalidad trazadas por el legislador, conlleva la reparación de los daños que con tal actuación se alcancen a irrogar, según lo prevé el canon 2341 del Código Civil.

En ese mismo sendero normativo, importa llamar la atención en que, al tenor de lo preceptuado en la regla 3ª del canon 443 del C. G. del P., norma subrogatoria del otrora artículo 510 del C. de P. C., la sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso, trayendo consigo el desembargo de los bienes perseguidos, así como la condena al ejecutante a pagar las costas, junto a los perjuicios sufridos por aquél, con ocasión del proceso y las cautelares decretadas; gravamen económico

que se hace valer por mandato legal, con estribo en el hecho de producirse una sentencia declaratoria del éxito de las excepciones allí propuestas, cuyo desenlace impide al juez evadir su imposición, ya que, como lo ha reiterado la Corte, “(...) dicha condena es de naturaleza ‘preceptiva’, en el sentido de que se trata de una condena establecida objetiva o imperativamente por la ley con base en el solo hecho de producirse una sentencia favorable a las excepciones, razón por la cual el juez no puede sustraerse o condicionar su decreto”;¹ sin que pueda soslayarse que “(...) el hecho jurídico que da origen a la responsabilidad extracontractual sólo adquiere tal estatus en el momento de hacer la atribución (...)”, en razón a que la imputación “(...) de un resultado lesivo a un sujeto, en suma, no depende en todos los casos de la producción física del perjuicio, porque el hecho de que una persona ocasione directamente un daño a otra no siempre es necesario y nunca es suficiente para cargárselo a su cuenta como suyo.”²

Sobre el orden conceptual que se trae, comporta apuntalar que la condena al demandante a pagar al demandado que obtiene la prosperidad de sus exceptivas en el juicio, los perjuicios que le ocasionaron las cautelares decretadas y practicadas por solicitud de aquél, se estructura, a voces de la Corte Suprema de Justicia, en la responsabilidad extracontractual derivada del abuso del derecho a litigar,³ es decir, del ejercicio desbordado de la garantía fundamental del acceso a la administración de justicia, instituida en el artículo 229 de la Norma Fundamental, al emplearse, de manera perniciosa, las vías procesales legalmente establecidas para lograr la efectividad del derecho material discutido; desafuero que

¹ CSJ. Cas. Civil Sentencia sustitutiva de agosto 2 de 1995, exp. 4159.

² CSJ SC 13925 – 2016.

³ CSJ. Cas. Civil. Sentencia de 2 de diciembre 1993. Exp. 4159, M.P. Pedro Lafont Pianetta, reiterada en sentencia de 14 de febrero de 2005, exp. 12073.

M.P. Edgardo Villamil Portilla, y en sentencia de 28 de abril de 2001, exp. 41001-3103-004-2005-00054-01.M.P. William Namén Vargas, en la que a su vez se reiteró la sentencia sustitutiva de agosto 2 de 1995, exp. 4159.

consolida la obligación resarcitoria fijada perentoriamente por el legislador, para cuya satisfacción corresponde al interesado atender la carga de acreditar la existencia cierta y directa del menoscabo, su valía, así como el nexo causal con las cautelas ordenadas, a fin de traer el convencimiento necesario sobre la merma patrimonial o moral, según sea el caso, pues “(...) el hecho de imponer la ley una condena preceptiva como la consagrada en el artículo 510 del C. de P. C. [433, C.G.P.] no implica para el beneficiario de la misma un tratamiento favorable en materia probatoria, que lo libere del deber de acreditar los elementos configurativos de la responsabilidad aquiliana”;⁴ siendo posible derribar la pretensión indemnizatoria por parte de quien impetró la acción ejecutiva frustrada, al desvirtuarse la existencia de la relación de causalidad y del daño padecido.

3. A la luz de los derroteros legales y jurisprudenciales descritos en precedencia, lo primero a resaltar es que, en el presente asunto, es un tema pacífico, y, además, probado con suficiencia, el decreto de las medidas cautelares al interior del compulsivo,⁵ a través de las cuales se ordenó la retención de \$1.223'284.557,00, entre los meses de abril a octubre de la misma anualidad,⁶ y que posteriormente fueron desgravados el 14 de julio de 2008.⁷

En segundo lugar, verificadas, en toda su extensión, las argumentaciones esgrimidas por la Juez de instancia en la sentencia opugnada, se avizora, sin equívocos, que ésta omitió pronunciarse frente a los hechos configurativos de excepciones que rotulo así:

“La inaplicabilidad del artículo 283 del C. G. del P., improcedencia del incidente- trámite inadecuado-“; “La fecha hasta cuando ha de

producirse la liquidación de acuerdo con la sentencia de revisión: 10 de diciembre de 2010”; *“Las medidas cautelares decretadas que posiblemente serían objeto de liquidación de perjuicios son únicamente las provenientes de Famisanar”;* *“Los intereses derivados de medidas cautelares”;* *“Las gestiones a cargo de la ejecutada para retirar títulos judiciales, a consecuencia de depósitos por práctica de medidas cautelares”;* *“La responsabilidad y esfera de dominio de Fresenius Medical Care Colombia S.A. para el ejercicio de acciones”, “Prejudicialidad”, y la denominada “Excepción de inconstitucionalidad”, la cual hizo consistir en que:*

“Alpha Seguridad Privada es un tercero de buena fe exenta de culpa, totalmente ajeno a las contingencias de los negocios causales de quienes integran o integraron la UNIÓN TEMPORAL NUEVA CLÍNICA FRAY BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, y de las autoridades administrativas bajo cuya competencia funcional se encontraba la adopción de decisiones y aprobaciones, que derivaron en solicitudes la revocatoria, agotamiento de vías gubernativas, laudo arbitral, anulación de laudo, fallo penal ejecutoriado el 22 de junio de 2011; revocatoria de los efectos de la cesión de posición contractual del 13 de marzo de 2012, esto es, luego de más de un año de la fecha del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal de Bogotá, el 24 de agosto de 2011, con ocasión del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 10 de diciembre de 2009.

De acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente y con la aquí aportada, y en lo que respecta a la INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO para el inicio del proceso ejecutivo promovido por ALPHA (...) no podía ésta haber actuado en forma distinta integrándolo con el HOSPITAL DEL TUNAL en lugar de a FRESENIUS MÉDICAL CARE COLOMBIA S. A., puesto que previamente al inicio del proceso, durante el proceso y hasta un año y un mes posterior al fallo de segunda instancia, no se había revocado, por la autoridad competente, la aprobación de la cesión de posición a contractual a la aquí ejecutada y que data del año 2002 (...) [enmarcándose] el actuar de ALPHA (...) dentro del principio de confianza legítima y se soporta en las presunciones de legalidad de los actos administrativos que certificaron la integración del contradictorio; estando ajena a las decisiones de las autoridades, no habiendo sido llamado a concurrir a ninguno

⁴ CSJ. Cas. Civil. Sentencia de 12 de julio de 1993. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

⁵ Auto del 18 de enero de 2007. Fl. 5, cdno 2.

⁶ Fls 8,9, 11, 17, 25, 35, 39 y 42, *ídem*

⁷ Fls. 47 a 55, 62 y 63, *ibídem*.

de [los] procesos (...) en consecuencia, no siendo responsable por las actuaciones de competencia exclusiva de las autoridades de la república.

En nuestro criterio, no puede endilgarse responsabilidad objetiva a mi representada (...) cuando no ha existido violación a la ley, de acuerdo a los postulados de los artículos 4, 55, 91, 94, 209 y conexos de [la] Carta Política, y con las garantías fundamentales al debido proceso, sin que pueda desvirtuarse el ceñimiento de mi representada a los postulados de la buena fe, conforme con el artículo 83 superior.

(...) Se pretende por la aquí incidentante [soportar sus reclamos indemnizatorios, pasando por alto que la ejecución se derivó] del 'reconocimiento' que la Secretaría Distrital de Salud (...) hicieran que Fresenius (...) era miembro de la Unión temporal (...) dado que Alpha (...) demandó y tramitó el proceso el ejecutivo incluyendo la segunda instancia siempre amparado en las certificaciones que expidió la Secretaría (...) en el sentido de que Fresenius (...) era miembro de la Unión Temporal (...) actos administrativos a los cuales les cobija la presunción de legalidad y que solo fueron desestimados por la misma administración mediante resolución 167 de marzo de 2012 en cumplimiento de orden judicial, es decir, 1 año después de la segunda instancia (...).⁸

4. Sentadas de esta manera las bases de la discusión, este Corporativo es del criterio que, dadas las particularidades del presente caso, las pretensiones incoadas deben desestimarse, tras hallarse demostrados los hechos en que se cimentó la excepción de inconstitucionalidad alegada por el extremo incidentado, si en mente se tiene, de un lado, que la posibilidad de pedir la indemnización objeto de demanda solo vino a materializarse, no al interior de la compulsa ejecutiva, sino en el marco del recurso extraordinario de revisión, trámite en el que, al arrimarse prueba del "vínculo irregular"⁹ de Fresenius en el contrato de colaboración mencionado, se encontró fundada la causal 2

del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, afectándose, solo entonces, la órbita obligacional pecuniaria existente entre los contendores de esta litis.; y del otro, al fungir Alpha Seguridad como un tercero de buena fe, foráneo a las contingencias contractuales internas de la prenotada unión temporal, y apegado, en su comportamiento, a la confianza legítima generada por varias atestaciones emitidas por la autoridad competente frente a la membresía de Fresenius en dicha asociación, se alcanza a percibir que los perjuicios deprecados tienen como génesis adecuada la conducta delictual que victimizó, por igual, a las aquí intervinientes; facticidad que se erige en una causa extraña que rompe el nexo causal entre el daño sufrido por la incidentante y el ejercicio de la acción impetrada por la incidentada.

Es por eso que, en este específico asunto, considerando cada una de las características factuales que rodearon la situación surgida entre los aquí enfrentados, no es dable predicar que la entidad ejecutante haya actuado desprovista de una *iusta causa litigandi* en detrimento de los intereses de la entidad incidentante, comoquiera que -evocando reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Civil para aplicarlos al presente asunto, *mutatis mutandi*- "(...) la referida pretensión está llamada a fracasar, pues la entidad demandada [aquí incidentada] '...tuvo motivos legítimos para promover el frustrado proceso Ejecutivo', ya que estaba dotada de un título ejecutivo que legitimaba su pretensión frente a la demandada. No hizo uso de su derecho con desmesura ni ligereza '...solo procedió como lo haría cualquier acreedor ante la evidencia de una obligación insoluta'. El triunfo de los demandados no les deriva, por

⁸ Fls. 268 a 300, cdno. 500.

⁹ Juzgado 4 Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá. Sentencia de 31 de agosto de 2010. fls. 807 a 845, cdno.1

sí solo, consecuencias adversas, pues aún hoy es discutible' (sent. cas. civ. de 25 de febrero de 2002, Exp. No. 5925)' (cas.civ. sentencia de 14 de febrero de 2005, exp. 12073)."¹⁰

Esta conclusión cobra mayor firmeza en el caso en concreto con el fallo de revisión mediante la cual la Corte Suprema de Justicia invalidó parcialmente la sentencia de 24 de febrero de 2011, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Descongestión, en la que puntualizó:

"(...) antes del fallo impugnado no llegó al proceso, como verdad acreditada, por haberlo establecido la justicia penal, la falsedad; (...) Todo lo contrario, la conducta penal, demostrada fuera del juicio ejecutivo, sólo pudo conocerse con posterioridad. Así, respecto de la firma de Rodrigo Díaz Sendoya, representante de Fresenius Medical Care Colombia S.A., en la cesión de los derechos (...) aparece que los encausados (...) fueron condenados por los delitos de falsedad y fraude procesal, según sentencia de 31 de agosto de 2010, emitida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá, confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, Sala Penal, el 15 de diciembre, siguiente.

Aunque dichos pronunciamientos precedieron, como se observa, al 2 de febrero de 2011, fecha del fallo de seguir adelante la ejecución, esto no neutraliza la causal de revisión estatuida en el artículo 380, numeral 2° del Código de Procedimiento Civil, en cuanto se requiere, al decir de esta Corporación, que la '(...) declaración judicial de falsedad se hubiera producido con posterioridad a la sentencia o que, si lo fue con anterioridad, hubiese sido ignorada por el demandante en revisión (...)'. Lo anterior, porque el sello definitivo se consumó, reitérase, luego, en concreto con la ejecutoria del auto de 22 de junio de 2011, mediante el cual la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000, resolvió no admitir las demandas de casación interpuestas (...) Según esa misma providencia, la inadmisión traía como consecuencia que las '(...)

¹⁰ Sentencia del 28 de abril de 2011 Exp. 004-2005-00054-01.

*determinaciones quedan en firme, aún las relacionadas con el restablecimiento de derecho adoptadas en primera instancia por los que abogan los sujetos procesales no recurrentes (...)."*¹¹(Negrillas fuera de texto).

De la consideración destacada, *ut supra*, se revalida que solo el 22 de junio de 2011 se tuvo seguridad del ilícito cometido en la relación contractual del que resultaron afectados las partes involucradas en este trámite incidental; realidad que deja al descubierto que, al menos, hasta la memorada época, la empresa ejecutante, con soporte en las certificaciones emanadas de autoridad competente, y el título ejecutivo que tenía en su poder, en un ejercicio legítimo de su derecho de acción en contra de los deudores, podía exigir el pago de las cantidades dinerarias debidas, entre esos, a la aquí incidentante; advirtiéndose que, de no consumarse el delito en mención, el detrimento a ésta ocasionado no habría tenido ocurrencia, puesto que ni siquiera habría sido llamada al juicio coactivo, situación reveladora de que fue un factor extraño al proceso el generador, en términos de causa adecuada, del daño alegado, más que un elemento endógeno al rito promovido por la incidentada, que por esa circunstancia le fuera imputable al ejecutante.

Aunado a lo anterior, incumbe destacar que es un hecho irrefutable que, a través de la cuerda ejecutiva singular, la sociedad Alpha Seguridad Privada Limitada exigió el pago de \$548'779.197,00, por concepto de capital adeudado, junto a los intereses moratorios desde el 9 de septiembre de 2006, así como la suma de \$266'743.841,00, por réditos remuneratorios, amparado en el título coercitivo (acta de conciliación No 019/06), de fecha 1° de septiembre 2006, en el cual aparece instrumentado que la Unión Temporal Nueva

¹¹ Sentencia dictada dentro del recurso de revisión visible a folios 1 a 22 del Cdn. 4.

Clínica Fray Bartolomé de las Casas se había constituido por documento privado adiado del 24 de julio de 2001, asociación en la que formalmente figuraba como miembro integrante la sociedad, Fresenius Medical Care Colombia S. A.¹²

Asimismo, se tiene que, en respuesta a la solicitud realizada por la sociedad acreedora a la Secretaría de Salud, por misiva del 6 de junio de 2006, es decir, antes de la radicación de la demanda ejecutiva, se informó que “[l]a *UNIÓN TEMPORAL NUEVA CLÍNICA FRAY BARTOLOMÉ DE LAS CASAS*, fue constituida el 24 de julio de 2001 con cinco integrantes, de los cuales, uno de ellos, en septiembre de 2002 cedió sus derechos, por lo que en la actualidad, la Unión está constituida por: (...) *Fresenius Medical Care Colombia* (...) [r]evisada la base de datos correspondiente a los procesos judiciales en contra y en pro de la Secretaría Distrital de Salud y/o Fondo Financiero Distrital de Salud no se registra que la Sociedad *Fresenius* (...) haya interpuesto Acción judicial contra la entidad, a fin de que se les desvincule como miembro de la Unión temporal Nueva Clínica Fray Bartolomé de las Casas”.¹³

Además, posee vocación de certeza el hecho de que por comunicación del 5 de junio de 2007, la misma Secretaría puso en conocimiento que, para esa data, Fresenius hacía parte de la Unión temporal, y que las acciones de revocatoria de la resolución No 0938 de 27 de agosto de 2003,¹⁴ que la vinculaban con dicho grupo societario, no habían salido avante, estando en trámite de prueba la investigación penal

llevaba en el Juzgado 6 Penal del Circuito de Bogotá,¹⁵ lo que también aparece corroborado con la respuesta dada por Ricardo Forero Bernal el 12 de junio de 2007, quien manifestó ser el representante legal de la Unión temporal.¹⁶

Del mismo modo, se tiene por acreditado que, adelantado el curso propio del compulsivo de marras, la funcionaria de cognición declaró la prosperidad de las excepciones promovidas por Fresenius Medical Care de Colombia,¹⁷ descollando, en resumen, que el documento base de acción no provino de los deudores, ni de la persona facultada para representarlos, al no probarse que el suscriptor del acta de conciliación hubiera recibido mandato para comprometer la responsabilidad de los asociados, y, además, que Fresenius nunca hizo parte de la unión temporal conminada, basándose en el dictamen pericial elaborado por Medicina legal, así como en el laudo arbitral proferido el 19 de mayo de 2009, en el que se declaró la inexistencia del contrato de cesión de participación, al no haberse expresado su voluntad de querer celebrar dicho negocio jurídico.¹⁸ En consecuencia, denegó las pretensiones elevadas, dispuso la terminación del coactivo, el levantamiento de las medidas cautelares, y condenó a la ejecutante al pago de las costas del juicio, así como “(...) *de los perjuicios causados con ocasión de las medidas cautelares decretadas.*”

Por igual, aparece acreditado en el plenario que Alpha resistió la sentencia de primer grado dictada dentro del ejecutivo, y como fruto de la mentada pretensión impugnativa, la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de

¹² Fls. 18, 29 a 34, cdno 1.

¹³ Fl. 21 y 22, *idem*

¹⁴ Fls. 253 a 267, cdno. 1.

¹⁵ Fls. 112 y 113, cdno. 1.

¹⁶ Fls. 117 y 118, cdno. 1.

¹⁷ Enterada la parte ejecutada de la acción en su contra, ésta elevó las excepciones de mérito que denominó: “Inexistencia de título ejecutivo”; “El

documento aportado como título ejecutivo no constituye plena prueba contra Fresenius”; “incapacidad jurídica del representante legal para suscribir el título y comprometer a la Unión temporal nueva Clínica Fray Bartolomé de las Casas”; “Ausencia de legitimidad por pasiva”; y la “Genérica” (fl 207 a 226, cdno 1)

¹⁸ Fls. 618 a 626, cdno. 1.

Bogotá, con sentencia del 24 de febrero de 2011, revocó el fallo increpado, considerando que, si desde el 7 de julio de 2005, Ricardo Forero Bernal fungía como representante legal de la unión temporal “(...) *no le eran ajenos los actos mediante los cuales comprometió la responsabilidad de las personas jurídicas allí asociadas; al menos, no se trajo medio probatorio alguno dirigido a desconocer que esa representación no le era para obligar a éstas respecto de las actividades comerciales que desplegó la unión temporal, por lo que no se ha podido ignorar el precepto 832 del Código de Comercio (...)*”; sin que hubiere podido apreciar el dictamen pericial, porque la empresa de seguridad demandante no tuvo a su alcance el ejercicio del derecho de contradicción sobre esa prueba en particular.¹⁹

En similar manera, se advierte que Fresenius, mediante título judicial creado el 28 de septiembre de 2011, consignó la suma de \$1.441'107.077,00, a fin de dar por terminada la ejecución en su contra;²⁰ constituyó garantía bancaria por valor de \$1.950'000,000,00, en favor de proceso;²¹ realizó depósito judicial por valor de \$5'450.000,00, por concepto de costas procesales,²² y se halla ratificado el pago de la comisión sufragada por la garantía bancaria por los valores enunciados en la certificación contable visible a folio 71 del cuaderno 15, la cual se soporta en las documentales obrantes a folios 116 a 129, *ídem*, sumas que se aprecian desembolsadas a causa del coactivo promovido por Alpha Seguridad Ltda., en contra de la aquí reclamante.

También, aparece comprobado que la parte ejecutada interpuso el recurso de revisión frente al fallo proferido por el Corporativo de Descongestión, invocando las causales primera

y segunda del otrora artículo 380 del C. de P. C.; reclamo que trajo como secuela la declaratoria exitosa de la pretensión impugnativa extraordinaria, tras encontrarse probada la última de las causales arriba citadas, al considerarse, entre otras cosas, que “(...) *al haberse declarado falsos por los jueces penales documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida (...)*”, ésta se abrió paso, por lo que fue invalidada la sentencia confutada “(...) *únicamente en lo que respecta a la orden de seguir adelante la ejecución contra Fresenius (...)* para en su lugar negarla, con las consecuencias inherentes, cual lo concluyó el juzgado, sin más, por cuanto conforme a lo anotado, dicha sociedad no ha adquirido ninguna obligación a favor de Alpha Seguridad (...) pues no hizo ni hace parte de la Unión Temporal”;²³ acaecimiento que dio cabida a la solicitud indemnizatoria objeto de escrutinio en esta oportunidad.

A su vez, obra en el legajo copia auténtica de la decisión arbitral que data del 19 de mayo de 2009 en la que se declaró la inexistencia del contrato de cesión de participación que vincula a Fresenius Medical Care Colombia S. A., como miembro de la Unión Temporal nueva Clínica Fray Bartolomé de las Casas,²⁴ el que, según lo avistado por la Corte Suprema de Justicia, fue anulado por el Consejo de Estado con providencia adiada del 18 de febrero de 2010.

Las evidencias probatorias antes relacionadas permiten colegir que la excepción de inconstitucionalidad implorada por la intimada -sobre la que omitió pronunciarse la funcionaria *a quo*- se abre paso, habida consideración que el comportamiento de Alpha Seguridad Privada Ltda., a pesar de haber impulsado las medidas de embargo de las que

¹⁹ Fls. 108 a 121, cdno. 13

²⁰ Fls. 660, cdno 1.

²¹ Fls. 796 a 799, cdno 1. Y fl. 10, cdno 5.

²² Fls. 31 y 35, cdno. 5.

²³ Fls. 1 a 22, cdno 4.

²⁴ Fls. 525 a 582, cdno 1.

aquí se duele la parte incidentante, ciertamente no puede tenerse como un acto que respalde con éxito la aspiración indemnizatoria deprecada, si en mente se tiene que dicha compañía, en su condición de titular de la acreencia cobrada en el compulsivo del cual emergieron los menoscabos cuyo resarcimiento aquí se peticionan, tuvo motivos legítimos para adelantar la frustrada exacción judicial.

Ello, por cuanto el título ejecutivo báculo del compulsivo se encontraba dotado de las características enunciadas en el subrogado artículo 488 del C de P. C., documento que, además, expresa textualmente que la sociedad Fresenius Medical Care Colombia S. A. hace parte de la Unión Temporal Nueva Clínica Fray Bartolomé de las Casas, la cual había sido constituida desde el 24 de julio de 2001.

Tampoco puede dejarse de mencionar que el extremo activante, meses antes a la presentación del libelo coactivo,²⁵ tuvo cuidado de verificar si Fresenius Medical Care Ltda. hacía parte de la aludida asociación, indagando ante la autoridad competente la veracidad de tal hecho, como puede apreciarse de los medios de persuasión referidos en precedencia, conducta que pone de relieve que la incidentada no hizo uso del derecho de acción con ligereza o desmesura, pues, a decir verdad, su comportamiento se devela como el que cualquier acreedor hubiera desplegado, ante la realidad de tener un compromiso dinerario no satisfecho.

Ahora, comporta recordar que, aún después de iniciado el litigio, y no obstante las manifestaciones de la sociedad ejecutada sobre el desconocimiento de la obligación exigida, no es de poca monta que la aquí conminada

estuviera al margen de las vicisitudes de los lazos contractuales que surgieron en la integración de la “UNIÓN TEMPORAL NUEVA CLÍNICA FRAY BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”, las cuales solo vinieron a esclarecerse luego del cierre de la segunda instancia de la ejecución fuente de este trámite accesorio, circunstancia que permite concluir que, para el momento del llamamiento al coactivo, no habían razones sólidas para derruir el sustento jurídico que fundó el apremio del pago de la prestación, que, según el título ejecutivo, debían; lo que, de contera, justificaba las órdenes de embargos peticionadas por la demandante; para lo que se impone reiterar que las irregularidades penales suscitadas en torno a la veracidad de quienes constituían la mentada unión temporal solo pudieron determinarse luego de la sentencia dictada por el Colegiado de Descongestión, tal como lo precisó la propia Corte Suprema de Justicia en el fallo del recurso de revisión.²⁶

Si esto es así, como en efecto lo fue, resulta dable sostener que Alpha Seguridad Privada Ltda. actuó en el coactivo como un acreedor apegado al principio de la buena fe, el que a veces de máximo órgano de Justicia Civil, equivale a “*obrar con lealtad, rectitud y honestidad, (...) la [cual es la] que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones* [ésta se presume de todas las actuaciones o gestiones que los particulares realizan ante el Estado; de ahí que se exija desvirtuarla]”,²⁷ lo que en el *sub examine* se echa de menos, ante la falta de prueba que contradiga la presunción establecida en los artículos 83 de la Carta Política.

Y si se miran con detenimiento las cosas, al otearse en las diligencias una conducta acorde y responsiva al principio de confianza

²⁵ 3 de noviembre de 2006, folio 35, Cdn. 1.

²⁶ Folios 1 a 22 del Cdn. 4.

²⁷ CSJ STC 8123 de 2017.

legítima,²⁸ la que tuvo respaldo en la información brindada por las autoridades públicas competentes, así como en la presunción de legalidad de los actos administrativos que daban cuenta de que Fresenius Medical Care era miembro de la Unión Temporal para el momento de la interposición de la demanda, se alcanza a entrever que el comportamiento de la enjuiciada atendió, incluso, los postulados de la buena fe cualificada o exenta de culpa, que "(...) *tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía. La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente [la] máxima (...) [que] indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa'* [la cual exige ser probada por quien requiere consolidar jurídicamente una situación determinada. Así, la buena fe exenta de culpa exige dos elementos: de un lado, uno subjetivo, que consiste en obrar con lealtad y, de otro lado,

uno objetivo, que exige tener la seguridad en el actuar, la cual solo puede ser resultado de la realización actuaciones positivas encaminadas a consolidar dicha certeza],"²⁹ situación que se atisba en el caso de marras, ya que la ejecutante desplegó un compartimiento encaminado a averiguar, ante las entidades competentes, la realidad de la condición contractual de la convocada al juicio compulsivo.

En esas condiciones, se desprende, sin tropiezo, que en el asunto bajo estudio se demostraron con suficiencia los hechos en que se fundó la excepción de inconstitucionalidad presentada por la pasiva, la cual, no sobra insistir, fue sustentada en que "(...) *Alpha Seguridad Privada es un tercero de buena fe exenta de culpa, totalmente ajeno a las contingencias de los negocios causales de quienes integran o integraron la UNIÓN TEMPORAL NUEVA CLÍNICA FRAY BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, (...) puesto que previamente al inicio del proceso, durante el proceso y hasta un año y un mes posterior al fallo de segunda instancia, no se había revocado, por la autoridad competente, la aprobación de la cesión de posición a contractual a la aquí ejecutada y que data del año 2002 (...) [enmarcándose] el actuar de ALPHA (...) dentro del principio de confianza legítima y se soporta en las presunciones de legalidad de los actos administrativos que certificaron la integración del contradictorio; (...) no habiendo sido llamado a concurrir a ninguno de [los] procesos (...) Alpha (...) demandó y tramitó el proceso el ejecutivo incluyendo la segunda instancia siempre amparado en las certificaciones que expidió la*

²⁸ Frente a este principio de derecho, la Sala Civil de la Corte Suprema de justicia ha conceptuado que éste "(...) [p]rocura garantizar a las personas que ni el Estado ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias ", ya que el proceder inicial puede generar legítimas

expectativas en los usuarios de la administración de justicia, que deben ser respetadas (...)" (auto de 4 de febrero de 2008, exp. 2002-00537-00) (...)".extracto jurisprudencial extractado de la sentencia STC 236 de 2019.

²⁹ *ídem*

Secretaría (...) en el sentido de que Fresenius (...) era miembro de la Unión Temporal (...) actos administrativos a los cuales les cobija la presunción de legalidad y que solo fueron desestimados por la misma administración mediante resolución 167 de marzo de 2012 en cumplimiento de orden judicial, es decir, 1 año después de la segunda instancia (...)”.

V. CONCLUSIÓN

1. Todo lo delantadamente discurrido patentiza la ruptura del nexo causal entre el daño sufrido por Fresenius Medical Care Colombia y el ejercicio de la acción incoada por Alpha Seguridad Privada, sociedades víctimas de una conducta punible generatriz del llamamiento de aquélla al proceso de cobro, y que vino a ser demostrada judicialmente, en términos definitivos, con posterioridad a la ejecución instaurada por la demandante, ahora incidentada, quien, por consiguiente, tuvo razones legítimas para poner en marcha la administración de justicia; situación que, en verdad, cimienta la acreditación del medio exceptivo denominado “*excepción de inconstitucionalidad*”, no quedando otro camino que el de revocar el fallo confutado, sin que haya lugar a pronunciarse sobre los restantes reparos elevados por los apelantes, por sustracción de materia.

2. No obstante, se impone clarificar que el hecho de no haber tenido éxito las reclamaciones indemnizatorias en el incidente de la referencia, no exime a las partes aquí involucradas de dar cumplimiento a lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia 18 de agosto de 2015, y en el proveído que resolvió sobre la adición presentada, en el sentido de retrotraer las cosas al estado inicial, es decir, de atender, con estrictez, la orden que conduce a retornar los dineros que Fresenius entregó con ocasión del

compulsivo, que se vio compelida a afrontar por causa de un ilícito, cuando no era de su resorte soportar tal confrontación judicial.

Por consiguiente, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará a Alpha Seguridad Privada Limitada que, si no lo hubiere hecho, devolver, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, los dineros que le fueron entregados en el curso de la ejecución por ella incoada, y que Fresenius Medical Care sufragó, junto a la indexación de dichas cantidades desde el momento en que fueron retenidas y/o entregadas, según el caso, hasta la fecha de su restitución efectiva, so pena de generar intereses legales, conforme lo preceptúa el artículo 1617 del C. C.

Tales montos dinerarios son: **i) \$5'000.000,00**, que fueron entregados mediante título judicial el día 16 de septiembre de 2013, tal y como se aprecia a folio 53 del cuaderno 5; **ii) \$1.441'107.077,00**, que fueron entregados mediante título judicial el 15 de agosto de 2012, según constancia visible a folio 800 del cuaderno 1°; **iii) \$198'362.862,18**, entregados el día 13 de febrero de 2013, conforme a la atestación a folio 879, *ídem*.

3. Ante las resultas del proceso, sin costas en esta instancia.