

HONORABLES MAGISTRADOS

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

E.

S.

D.

REF: PROCESO DE PERTENENCIA No.2014-0498

DEMANDANTE: BLANCA LUCILA LOPEZ y JOSE ALFONSO NIETO

DEMANDADO: MARCELINO LEAL PUENTES y DEMAS PERDONAS

INDETERMINADAS

ORIGEN: JUZGADO 40 CIVIL CIRCUITO

Honorables Magistrados:

CLAUDIA MARCELA MUÑOZ ARAQUE, mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en el asunto de la referencia como apoderada judicial de la parte actora, por medio del presente me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS DE LA NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES

El despacho fundó la negación de las pretensiones por considerar que no existe **JUSTO TITULO** dado que en el certificado de tradición y libertad aparece un embargo contra el demandado MARCELINO LEAL.-

Embargo del Juzgado 13 Civil del Circuito, ya que la fecha de la Escritura Pública es posterior al embargo mencionado.-

Argumento que con el debido respeto no comparto por las siguientes razones:

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

- 1) Quedó probado con la documental que la negociación (promesa de compraventa) se firmó entre las partes en fecha **31 de agosto de 1994**, fecha en la cual si se observa el certificado de tradición y libertad 50S - 40162341 estaba libre de cualquier embargo o limitación que afectara su negociación.-
- 2) Que el precio del inmueble se pagó entre los años 1994 - 1995 tal y como lo dejaron constar en la Escritura Pública 1370 de fecha 01/09/1997 de la Notaría 61 del círculos de Notarías de la ciudad de Bogotá *“CUARTA: El precio de venta es la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000,00) MONEDA CORRIENTE, que el vendedor declara recibidos íntegramente de los compradores a su entera satisfacción”*
- 3) Que la posesión del inmueble mis poderdantes la tienen desde el año 1997 hasta la fecha, tal y como se pudo probar en la inspección judicial realizada por el despacho de primera instancia.-
- 4) Que la firma de la Escritura Pública se demoró por causas imputables exclusivamente al vendedor, por que como se indicó el precio estaba pagado desde el año 1995.- Desafortunadamente, al momento de la firma de la Escritura apareció el embargo del Juzgado 13 Civil Circuito en el certificado de tradición, situación que impidió el registro, pero no quiere decir que la venta del bien no se hubiera hecho **(en el año 1994)** sobre un **justo título**, porque el inmueble estaba libre de cualquier gravamen que afectara su comercialización al momento de la negociación y pago del bien, a

tal punto que de no haber pagado y cumplido la parte demandada en este proceso, no les hubieran entregado la posesión del bien.-

BUENA FE

Solicito al despacho se tenga en cuenta que mis poderdantes, tal y como se ha probado a lo largo del proceso, han actuado bajo el imperio del principio de la buena fé, y todas sus obligaciones fueron cumplidas.-

Su posesión (recibida en su momento directamente del propietario) ha sido ininterrumpida, amparados en **UN JUSTO TÍTULO** pues resalto que la negociación data del año 1994 y no de 1997 como lo pretende hacer ver el despacho.-

POSESIÓN REGULAR

Adquirida de buena fe directamente del propietario, quien incluso hasta la fecha aparece en el certificado de tradición y libertad y es el aquí demandado.-

PROCESO EJECUTIVO TERMINADO

Téngase en cuenta señores Magistrados que el señor Juez 51 Civil Circuito, está negando la pretensiones con base en un embargo ordenado en virtud de proceso ejecutivo el cual para la fecha de **proferir el fallo** se encuentra terminado por desistimiento tácito y es la suscrita quien demostrando interés legítimo en ese Juzgado 13 Civil del Circuito, estoy buscando se me autorice el retiro de los oficios de desembargo para tramitar el levantamiento de la Medida Cautelar, con lo cual permitiría a continuación radicar el fallo favorable de este caso.-

Nótese señores Magistrados que el bien al momento de celebrar el contrato de promesa de compraventa, estaba dentro de lo que la doctrina y la jurisprudencia consideran un **JUSTO TÍTULO**, luego mal haría la justicia imponer cargas adicionales a quien ha cumplido el contrato de promesa, ha pagado el inmueble y ha permanecido en él desde hace más de 16 años tal y como las pruebas documentales, testimoniales y los interrogatorios de parte se recepcionaron en el proceso así lo indican.-

Máxime cuando la empresa demandante en el proceso ejecutivo (Juzgado 13 Civil del Circuito) **ya no existe**, y es por ello como se indicó atrás que la suscrita a pesar de no corresponder esa carga procesal en cabeza de mis poderdante, está gestionando todo para lograr el desembargo de su inmueble.-

CARGA PROCESAL

Téngase en cuenta que la Medida Cautelar, e incluso la inscripción de la medida, **no cumplió el objetivo para el cual fue ordenada** (pago/garantía de las obligaciones), por lo tanto fue **INEFICAZ** es decir, **Ineficaz para interrumpir el ejercicio de la posesión** que ha venido ejerciendo mis poderdantes desde hace más de 16 años, repito como quedo claramente probado por el señor Juez. Doctrina en sede de tutela. Reiteración de las sentencias de 10 de septiembre de 1992 y 11 de junio de 2008. **Irrelevante para desvirtuar la buena fe**, pues se tramitó en proceso ejecutivo aparte que no afecta la buena fe de mis clientes, por el contrario la reafirma, es decir de los pretensores de prescripción adquisitiva ordinaria y, por último **no cumplió su objetivo**, es decir pagar la obligación o en su defecto cambiar de propietario el inmueble (como resultado de un remate), luego al ser Ineficaz la Medida Cautelar, mal hace el despacho del señor Juez, darle la fuerza jurídica que no le

corresponde, máxime cuando ya no existe y lo único que falta es un trámite administrativo (radicación del oficio que ordena el levantamiento de las Medidas Cautelares)

Es por ello que desde el principio se le expuso al señor Juez **la verdad**, y en aras del principio de la buena fe, solicito se **REVOQUE EL FALLO** proferido por el Despacho del señor Juez Cincuenta y Uno Civil Circuito y en su lugar se declare a favor de mis poderdantes la pertenencia por prescripción ordinaria

Anexos:

- Pruebas de las gestiones ante el Juzgado 13 Civil Circuito
- Pantallazo rama judicial del proceso ejecutivo

Atentamente,

CLAUDIA MARCELA MUÑOZ ARAQUE

C. C. No. 52.485.112 de Bogotá

T. P. No. 135.761 del C. S. de la J.



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social

www.abogadodecolombiasas.com

Alega Ariza 40 C. C.

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ Sala de decisión Civil
Dr. MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
Magistrado sustanciador
E. S. D.

Referencia: Verbal No. 110013104304020180011701
Demandante: WILSON ARIZA FONTECHA
Demandado: AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ
Asunto: Memorial sustentando apelación (art. 327 C. de P. C.)

FABIO ROJAS ROJAS, en mi calidad de apoderado judicial del Demandante, estando en oportunidad, conforme a lo previsto por el artículo 14 de Decreto legislativo 806 del 4 de junio de 2020, proferido por el Ministerio de Justicia y Derecho, presento sustentación del recurso de apelación interpuesto por la Parte Demandante, la cual represento, contra la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

a. Como pretensiones, solicité, se declare que entre los señores WILSON ARIZA FONTECHA y AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ, se constituyó una sociedad de hecho de carácter comercial desde el 17 de junio de 1.993 hasta el 8 de mayo de 2016; se declare que dentro de la formación de la sociedad de hecho de carácter comercial, formada por WILSON ARIZA FONTECHA y AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ, se adquirió el siguiente bien: Inmueble ubicado en la calle 37 bis A sur No. 0-55 Este (antes diagonal 36 L sur No. 1-39 Este), de Bogotá, D. C., matriculado con el No. 50S-180755, el cual en la actualidad se halla a nombre de YESSICA ELIANA LUQUERNA FONTECHA en virtud de la venta simulada que la demanda hizo del bien, el cual hace parte de la sociedad formada por las Partes del proceso, como bien común;

b. El Juzgado 40 Civil del Circuito de esta ciudad, en audiencia celebrada el 11 de marzo de 2020, declaró probadas las excepciones denominadas: inexistencia de la pretendida sociedad comercial de hecho por ausencia de sus elementos, patrimonio propio, ausencia de objeto social y ausencia de causa y por ende del contrato pretendido; denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la Parte Actora, con base en los siguientes argumentos:

1.- Que según el art 498 del Código de Comercio, la sociedad comercial de hecho podrá demostrarse su existencia por cualquier de los medios probatorios reconocidos en la Ley y sin desconocer en todo caso que la jurisprudencia ha dejado sentado que para ello también será necesario acreditar la existencia: 1) de aportes recíprocos de cada integrante, 2) animos lucrandi, es decir la participación de

1



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social

www.abogadodecolombiasas.com

Alega Ariza 40 C. C.

utilidades, beneficio o incluso pérdidas y 3) el animus o affectio societatis, esto es la intención de colaborar en un proyecto de empresa común;

2.- Elementos que se sabe se circunscriben, el primero, a los aportes y o contribuciones que realizan los consocios, los cuales pueden ser como lo señalo, la jurisprudencia, en dinero, trabajo o en otros bienes apreciables o cuantificables o que se traduzcan en un elemento monetario o dinerario; el segundo, en un reparto o distribución de utilidades y eventuales pérdidas en cuanto a que el propósito de este tipo de sociedades es perseguir un lucro social, pero también para los propios asociados y en la medida en que un socio que aporta o hace ese tipo de inversiones pues se espera derivar beneficios de la misma índole, beneficios de tipo económico; y el tercero la ocurrencia de actividades que es posible enmarcar dentro del ámbito de la colaboración y el apoyo, la colaboración mutua y en pie de igualdad.

3.- Ultimo que se dirige en eventos como el que aquí nos compete estudiar, esto es donde se conformó una unión marital de hecho al afianzamiento de dicha relación con la búsqueda inminente de formar un patrimonio común que serviría incluso para solventar las necesidades económicas del hogar, elemento este que así ha sido precisado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; como para citar un ejemplo, la sentencia STS 4002 de 2017 del 22 de marzo de 2017, dentro del expediente 2017620 M. P. Dr. Luis Alonso Rico Puerta.

4.- Que al margen de la demostración de una convivencia permanente con carácter afectivo, como la que existe o existió en este caso entre las partes del proceso y que fue declarada adicionalmente y valga reiterarlo, por el Juzgado 19 de Familia de esta ciudad, lo cierto es que para que exista una relación de la estirpe anotada, con o sin sociedad de hecho mercantil puede existir, no basta la colaboración de dos o más personas en una misma explotación o una serie de operaciones coordinadas de actividades que se desarrollan en común, sino que necesariamente deben estar presentes los 3 elementos a los que hemos hecho mención o hemos descrito, elementos que de entrada debe decirse, no están configurados en el asunto de la referencia y por tanto desde ya deberán dar lugar a que no se acojan las pretensiones de la demanda, téngase en cuenta que, aunque según lo reglado en la norma acotada y lo expuesto en la jurisprudencia, será posible la declaratoria de una sociedad de hecho mercantil en eventos como el que aquí se propone, cuando concurren presupuestos, como una serie coordinada de hechos de explotación común, se ejerza una acción paralela y simultanea entre los presuntos asociados tendientes a la consecución de beneficios, la colaboración entre ellos se desarrolle en pie de igualdad y no se trate de un estado simple de indivisión de tenencia, de guarda o vigilancia de bienes, sino verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios y que a pesar de la existencia de una relación afectiva entre los presuntos socios, entre ellos se pueden forjar actos eminentemente comerciales en cuanto a que estos no se repelen entre si y en la medida que podrán tomarse para su constitución o declaración la contribución de los compañeros permanentes, incluso si ella está reflejada en aportes derivados de oficios meramente domésticos, puesto que con ello también se contribuye a edificar un patrimonio en interés de

2



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social

www.abogadodecolombiasas.com

Alega Ariza 40 C. C.

quienes conforman la sociedad, como se ha señalado también por parte de la jurisprudencia.

5.- Nada de esas circunstancias o nada de lo anterior se encuentra acreditado en el caso de marras, pues no obstante que se advierte que efectivamente entre los extremos procesales, si se constituyó una unión marital de hecho y eventualmente una sociedad patrimonial, producto de esa unión y que en vista de las especiales circunstancias que rodearon dicho fenómenos del segundo, pero solo a partir del 7 de julio de 2006, en cuanto a que solo hasta esa fecha, el Demandante liquidó por escritura pública 2879 la sociedad conyugal que sostenía con la señora AINC y el por otra parte en vigencia del primero, eso es de la unión marital de hecho que se conformó a partir del 17 de junio de 1993, la Demandada adquirió el inmueble identificado con folio de matrícula 50S-180755 ubicado en la calle 37 bis a sur No. 055 de la ciudad, a través de escritura pública 1330 de 1998, no se demuestran las circunstancias en las que el Demandante, sustenta la supuesta conformación de la sociedad de hecho comercial, esto es que como dice en la declaración que brindó a este Estrado Judicial haya participado en la participación de la compraventa del inmueble referido, que según su dicho adquirió la Demandada con el producto de la venta de otro inmueble de su propiedad y que con el aporte que este hiciera estimado en la suma de 40 millones, también por una presunta venta de un inmueble que a este le pertenecía y que además se enajenó con el fin de comprar en el que se estableció el negocio por el cual se pretende sustentar la sociedad que pretende sea declarada.

6.- Aparte que sumado de ello dice haber dispuesto unas mejoras y arreglos sobre el mismo. Si como tampoco se encuentran demostradas las exigencias que se describieron, pues ni la existencia de la sociedad de la tipología mencionada, puede probarse por cualquier medio probatorio reconocido en la Ley, el solo dicho del Demandante y lo dispuesto por los testigos FEMA y BAF primos y hermano del actor respectivamente, quienes se manifiestan sobre la presunta constitución de la sociedad comercial de hecho comercial resultan insuficientes para tener por definido, por ejemplo que se efectuaron aportes recíprocos por el Demandante y la Demandada, que ambos tuvieron la intención de colaborar en un proyecto económico común que en el caso en concreto se definió por las Partes como el establecimiento de licores y cigarrería que durante un periodo no mayor a 1 año, impulsó el señor WAF y que en virtud de aquel existió también un ánimo de participar tanto de las utilidades como de las pérdidas del mismo, por parte de la señora ALFM, negocio del que manifestó LMLF, no tenía participación alguna, la señora ALFM y que era atendido por inquilinos del primer piso del inmueble.

7.- Circunstancias todas que ha dispuesto la jurisprudencia son necesarias para poder habilitar o para poder proceder a declarar la sociedad en los términos que se pide en la demanda, esto es la existencia de la sociedad de hecho comercial y disponer entonces en consecuencias su liquidación, especialmente cuando nada de lo dicho al evacuar las pruebas oportunamente solicitadas, da cuenta de la existencia de un acuerdo entre las partes respecto a un objeto social, a una repartición de

3



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social

www.abogadodecolombiasas.com

Alega Ariza 40 C. C.

ganancias, sobre la voluntad de asociación o sobre el grado de participación que tenía o tubo el Demandante en la venta que hizo la Demandada con antelación a la conformación de la sociedad patrimonial de aquellos, producto de la cual adquirió el segundo inmueble que en primera medida consiguió según el dicho de ella, con la indemnización de Ecopetrol de su exesposo difunto.

8.- Todo sin perjuicio de que el Demandante efectivamente haya dispuesto un arreglo en el garaje del mismo como se colige de las declaraciones agotadas que ciertamente si verificaron que se hicieron esas modificaciones a la vivienda y que estas fueron habilitadas por la Demandada y postergar que para ello no suficiente lo indicado por el primo del Demandante en torno a que la razón por la cual se pudo conformar la sociedad, es porque siempre los veía juntos; ese no es un elemento indicador de la conformación de una sociedad, es parte de la convivencia que ninguno de los dos niega, ni Demandante ni Demandado niega haber convivido ni haber tenido una relación sentimental, pero eso solo, por si, no estructura la sociedad, que se pide se declare.

9.- Extremos procesales que también según se extrae de las pruebas practicadas, laboraban y obtenían ingresos del trabajo de conductor del Demandante en el INS y de la actividad de cuidar niños y de rentas de la Demandada y no del establecimiento que se instituyó, que se levantó en el primer nivel del bien, siendo entonces del caso puntualizar que en el subyudice se advierte una omisión probatoria para los hechos que se quiere, sean declarados, carga que en el asunto le competía al Demandante al tenor de lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso y que no se logró con lo acopiado a este trámite.

10.- Debe señalarse que aunque no había lugar a ahondar en más circunstancias fácticas descritas en el plenario, pues solo se obtuvo para estudio las documentales aportadas de las que ciertamente no se da cuenta lo que se pretende alegar por el Demandante, esto es la declaratoria de unión marital y sociedad patrimonial del 30 de enero de 2018, certificado del inmueble, el avalúo del bien, la escritura de compraventa 1330 del 5 de mayo de 1998, la constancia de conciliación fallida, la liquidación de la sociedad conyugal a través de la escritura 2879 de 2006, el documento publico 1115 de 2015, los contratos, certificaciones, vistos a folio 85 a 112 del expediente, pues de ellos no se logra demostrar por si solos en qué términos y cuáles fueron los alcances de constitución de la sociedad que aquí se predica, se da cuenta de unos actos de transferencia de dominio en unas fechas y plazos determinados, pero no la disposición de los actos encaminados a constituir la sociedad en los términos que aduce el señor WAF, ni cuál fue su aporte, ni cuál fue la intención de los dos, ni cuales fueron los actos mancomunados encaminados a obtener utilidades y repartirse las pérdidas derivadas de ese trabajo.

En ese orden de ideas no hay forma de evidenciar ese traspaso del campo personal, de la relación afectiva que sostuvieron las partes al campo de la sociedad comercial que se pretende se estudie, no hay forma de verificar ese elemento, serán por esas precisas circunstancias y esa falencia probatoria de los elementos exigidos para la

4



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social

www.abogadodecolombiasas.com

Alega Ariza 40 C. C.

declaratoria pretendida que habrá de acogerse las excepciones que la parte Demandada definió como inexistencia de la pretendida sociedad comercial de hecho, por ausencia de sus elementos, patrimonio propio, ausencia de objeto social y ausencia de causa y por ende del contrato pretendido que se encausaron contra la Demandada pretendida y que por cuya virtualidad el Despacho se releva de estudiar cualquier otra, porque las mismas son suficientes para derivar la pretensión principal.

c.- Discrepo de los argumentos del Juzgador y por ende apelé la decisión, sentando como puntos de inconformidad, los precedentes que en esta materia han fijado la Honorable Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional y refutando los elementos que el Juez de instancia echa de menos, basado en los lineamientos del Código de Comercio, acotando que existe prueba de la unión marital, la sociedad patrimonial que existió entre las Partes y que dentro de la conformación de esa clase de uniones, una parte fundamental, intrínseca es la conformación de una sociedad económica que persigue la consecución de un patrimonio económico que será objeto de repartición, una vez se termine esa relación, y al respecto me permito presentar los siguientes argumentos:

1º.- Sea lo primero recalcar como inició esta novela, porqué se sucedieron los hechos y porqué estamos en este proceso:

1.1. WILSON ARIZA FONTECHA y AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ sin estar casados, convivieron como marido y mujer, en forma continua y singular, compartiendo techo, lecho y mesa, desde el 17 de junio de 1.993 hasta el 8 de mayo de 2016;

1.2. AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ a través del mismo abogado que la acompaña en este proceso, presentó demanda civil, para que el Juez de Familia declara existencia de unión marital de hecho, sociedad patrimonial de hecho desde el 17 de junio de 1.993 hasta el 8 de mayo de 2016;

1.3. El Juez 19 de Familia de Bogotá en diligencia fechada del 30 de enero de 2017 que obra en autos, declaró la existencia de la unión marital de hecho desde ese periodo, pero negó la declaratoria de sociedad patrimonial de hecho por el periodo señalado por la señora AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ en razón de que WILSON ARIZA FONTECHA fue casado anteriormente y solo hasta el 6 de julio de 2006 liquidó la sociedad conyugal con la esposa, y en consecuencia, el Juez 19 de Familia declaró la existencia de la sociedad patrimonial de hecho desde el 7 de julio de 2006 hasta el 8 de mayo de 2.016 con la señora AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ;

1.4. Durante la convivencia y existencia de la unión marital formada en WILSON ARIZA FONTECHA y AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ, cada uno adquirió un inmueble en Bogotá, así: AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ con el fruto de dineros adquiridos por una indemnización de su extinto esposo y WILSON ARIZA FONTECHA con dineros fruto de su trabajo y un préstamo que le realizó el Fondo Nacional del Ahorro;

1.5. La pareja AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ y WILSON ARIZA FONTECHA acordaron vender el inmueble que estaba a nombre de AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ y dejar el de WILSON ARIZA FONTECHA rentando para pagar los gastos del hogar y hacer arreglos a la nueva casa;

1.6. Cuando fueron a comprar la nueva casa Inmueble ubicado en la calle 37 bis A sur No. 0-55 Este (antes diagonal 36 L sur No. 1-39 Este) de Bogotá, D. C., matriculado con



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social

www.abogadodecolombiasas.com

Alega Ariza 40 C. C.

el No. 50S-180755, la que objeto de esta demanda, acordaron que como WILSON ARIZA FONTECHA era casado y aunque no convivía con su esposa, sino con la Demandada, la primera podría obtener derechos por la sociedad conyugal existente, acordaron de palabra, que el nuevo predio quedaba a nombre de AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ y así sucedió, por ello se firmó la escritura No. 1330 del 5 de mayo de 1.998 de la Notaría 54, solamente se anotó el nombre de AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ, como consta en el certificado de libertad y la fotocopia de la escritura de propiedad que obran en el expediente;

1.7. Posteriormente la pareja formada por WILSON ARIZA FONTECHA y AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ acordaron que venderían la casa que figuraba a nombre de WILSON ARIZA FONTECHA, pagaban unas deudas, arreglaban el Inmueble ubicado en la calle 37 bis A sur No. 0-55 Este (antes diagonal 36 L sur No. 1-39 Este) de Bogotá, D. C., matriculado con el No. 50S-180755, construyendo un apartamento en el último piso de la casa para arrendarlo y construyeron un local comercial, para explotarlo y así acrecentar las entradas de la familia;

1.8. Como sucede en la mayor parte de los hogares, no se elaboran escrituras de conformación de sociedades, no se llevan libros de contabilidad, no se especifican quien recibe las ganancias de la misma, porque a veces, ni siquiera alcanzan para los gastos, sino que se da todo lo que se tiene y hasta más, y en este caso no ha sido la excepción, como lo hizo mi Mandante para poder sacar adelante la familia, formada por su compañera permanente, dos hijas de la Demandada, una hija común;

1.9 La pareja formada por WILSON ARIZA FONTECHA y AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ se separaron definitivamente el 8 de mayo de 2016 y el 27 de mayo de 2016 (19 días después) transfirió simuladamente el predio tantas veces mentado a su hija YESSICA ELIANA LUQUERNA FONTECHA a través de la escritura pública No. 2255 del 27-05-2016 de la Notaría 54 de Bogotá, como consta en el expediente;

1.10. Por efecto de la sentencia del Juzgado 19 de Familia donde el Juez no accedió a la pretensión de AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ de declarar la existencia de la sociedad patrimonial de hecho desde el 17 de junio de 1.993 hasta el 8 de mayo de 2016, sino que la fijó desde el 7 de julio de 2006 (un día después de que WILSON ARIZA FONTECHA liquidó la sociedad conyugal con su esposa), el único camino que le quedó a mi Mandante para reclamar su derecho, y evitar que la Demandada le sustrajera su Derecho, fue iniciar la presente acción;

1.11. Aceptar la teoría del Juzgado de conocimiento, sería patrocinar la injusticia, aceptar un enriquecimiento sin causa e ir en contra del principio del estado social de derecho que pregona del Estado, a través de sus Jueces, como lo son: la justicia y la equidad, por encima de la misma Ley y los formalismos procesales.

2º.- El material probatorio aportado al expediente consta en autos, lo ha recalcado el Juez de Instancia en los argumentos de su fallo, motivo por el cual no entraré a repetir lo que cada uno de los sujetos procesales y testigos ha señalado, así como los documentos y demás que obran en el informativo;

3º.- Como lo ha manifestado, de vieja data, la Honorable Corte Suprema de Justicia, ante la ostensible inequidad devenida del trato inmemorial discriminatorio y desigual de la sociedad conyugal y las uniones libres, la jurisprudencia de esta Alta Corporación, desde 1.935 inició el proceso de transformación del alto contenido social y jurídico, registrando su realidad para admitir en veces, sus efectos económicos, especialmente a través de la sociedad de hecho, cuando concurren sus elementos (cas. civ. 30 de noviembre de 1935, G.J. 1987, p. 476) y,

6



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social

www.abogadodecolombiasas.com

Alega Ariza 40 C. C.

en la época actual, en su dimensión familiar y del estado civil de las personas (cas.civ. sentencia de 11 de marzo de 2009, exp. 85001-3184-001-2002-00197-01);

4º.- Por su parte, dice la Honorable Corte Constitucional, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema, en razón a los factores económicos y culturales o sociales en general y en aras de proteger a la mujer casada que era, entonces, la parte débil de la relación, fueron los factores que movieron a los jueces en defensa de la concubina, en un país donde aproximadamente la mitad de las uniones son de hecho y fue así como se constituyó la teoría de la sociedad de hecho entre concubinos, teoría que representó un segundo paso en el camino hacia la igualdad económica de los miembros de la pareja, pues el primero se había dado al aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa y hacer, en consecuencia, titular de la acción in rem verso al concubino cuyo trabajo había sido una de las causas para la adquisición de bienes en cabeza del otro.

5º.- En este sentido la Honorable CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, a través de la SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado Ponente: Dr. WILLIAM NAMÉN VARGAS, en providencia del veinticuatro (24) de febrero de dos mil once (2011). Discutido y aprobado en Sala de seis (6) de diciembre de dos mil (2010). Referencia: C-25899-3103-002-2002-00084-01, se ha referido a este tema en específico y al respecto voy a señalar algunos apartes, así:

"La Corte Suprema resumió así todo este proceso: 'El concubinato, que es la resultante de relaciones sexuales permanentes y ostensibles entre un hombre y una mujer no casados entre sí, como situación de hecho que es, desde el punto de vista jurídico ha sido diversamente apreciado por los sistemas de derecho positivo; en algunos aparece repudiado enérgicamente; en otros admitido con definitiva y total eficacia; y, en los más, se lo recibe y regulan sus efectos con determinadas restricciones. Estas diversas posiciones se apoyan, no obstante, en el mismo fundamento: la moral. Quienes ven en el concubinato una afrenta a las buenas costumbres o un ataque a la familia legítima, lo estiman contrario a la moral y por tanto lo rechazan, negándole eficacia jurídica a las consecuencias que de él dimanen; quienes, en cambio, propugnan su defensa, aseveran que lo inmoral es desconocer en forma absoluta validez a las obligaciones y derechos que son efecto del concubinato. Los partidarios de la tesis ecléctica ven en la circunstancia del concubinato dos aspectos diferentes: de un lado, las relaciones sexuales que, por no estar legitimadas por el vínculo matrimonial, consideran ilícitas; y de otro, las consecuencias de orden económico que, en rigor jurídico, no están cobijadas por presunción de ilicitud y que, por lo tanto, estiman que deben ser objeto de regulación por el derecho. De acuerdo con ella, el concubinato no genera, como sí ocurre con

7



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social

www.abogadodecolombiasas.com

Alega Ariza 40 C. C.

el matrimonio, una sociedad de bienes que la ley se anticipa a reconocer y reglamentar. Con base en la equidad, empero, se sostiene que una conjunción de intereses, deliberada o no por los amantes, un largo trabajo en común puede constituir una sociedad de hecho, producto casi siempre más de las circunstancias que de una actividad razonada y voluntaria. Fue, pues, así como la doctrina, en punto de relaciones económicas o patrimoniales de los concubinos, al comienzo abrió la puerta inicialmente a la actio in rem verso, en beneficio del concubino que ha colaborado con el otro en sus empresas; y luego, para la partición de los bienes adquiridos en común y la repartición de los beneficios, se consagró la actio pro socio' (Sent., 26 de febrero 1976, CLII, 35)" (Sentencia C-239 de 1994)."

La jurisprudencia civil, admitió entonces, la probable sociedad de hecho bajo condiciones estrictas relativas al contrato social y a la relación "concubinaria".

Habiendo de reconocer las sociedades de hecho "(...) que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas (...) cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación", señaló la Corte, "las siguientes condiciones: 1° Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2° Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3° Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa; 4° Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios" (cas. civ. sentencia de 30 de noviembre de 1935, tomo XCIX, Nos. 2256 a 2259, p. 70 y ss.).

Delante de esta problemática, como advirtió la Sala, la exigencia estricta probativa del animus societatis con "actividades cardinalmente distintas al desenvolvimiento de la vida familiar, se justificaba en el contexto socio-jurídico en el que la Corte acuñó su jurisprudencia concerniente con los elementos estructurales de la sociedad de hecho entre concubinos", enmarcada en odiosa e injustificada

8



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social

www.abogadodecolombiasas.com

Alega Ariza 40 C. C.

estigmatización, reprobación social e ilicitud del concubinato a contrariedad de la época contemporánea por su aceptación, protección normativa y el reconocimiento de la familia en la Constitución Política de 1991, ya por vínculos jurídicos matrimoniales, ora naturales y por la voluntad responsable de un hombre y una mujer, de donde "no puede exigirse, en forma tan radical, para el reconocimiento de la sociedad de hecho entre concubinos, que la conjunción de aportes comunes, participación en las pérdidas y ganancias y la affectio societatis surja con prescindencia de la unión extramatrimonial y que no tenga por finalidad crear, prolongar o estimular dicha especie de unión, pues, por el contrario en uniones concubinarias con las particularidades de la aquí examinada no puede escindirse tajantemente la relación familiar y la societaria, habida cuenta que sus propósitos económicos pueden estar inmersos en esa comunidad de vida (...)" (cas. civ. sentencia de 27 de junio de 2005, exp. 7188).

En afán de precisión, para la Corte, la comunidad de vida singular, estable o duradera entre quienes como pareja conviven more uxorio, integran una unidad o núcleo familiar caracterizado por los lazos afectivos, la cohabitación, las relaciones sexuales, la ayuda y el socorro mutuos, por elementales reglas de experiencia, evidencia de suyo, por sí y ante sí, el prístino designio de conformar también una comunidad singular de bienes con esfuerzos recíprocos y el propósito de asociarse de obtener un patrimonio o "provecho económico común, sea mediante el aporte en dinero sin importar propiamente el carácter de las actividades que lo originan, o sea también con el trabajo doméstico y afectivo, o con esta y la ayuda en las actividades del otro socio" (cas. civ. 22 de mayo de 2003, Exp. No. 7826).

Esta Sala, en consecuencia, acentúa la relevancia singular de la relación personal o sentimental como factor de formación, cohesión y consolidación del núcleo familiar, así como la particular connotación de las labores del hogar, domésticas y afectivas, en las cuales, confluyen usualmente relaciones de cooperación o colaboración conjunta de la pareja para la obtención de un patrimonio común. Para ser más exactos, a juicio de la Corte, el trabajo doméstico y afectivo de uno de los compañeros libres, su dedicación a las labores del hogar, cooperación y ayuda a las actividades del otro, constituyen per se un valioso e importante aporte susceptible de valoración, la demostración inequívoca del animus societatis y de la comunidad singular de bienes, salvo prueba en contrario.



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social

www.abogadodecolombiasas.com

Alega Ariza 40 C. C.

Sentadas las antecedentes premisas, el estudio conjunto de los cargos se justifica, no sólo por concernir a idéntica vía, sino por servirse de una misma argumentación.

El Tribunal, desestimó el *petitum* al considerar ausente la probanza del *animus societatis*, menester para la existencia de la sociedad de hecho, por cuanto en su sentir, pese a la demostrada relación de pareja, mayor a veinte años, permanente e ininterrumpida entre Dolores y Hernando según expresa la demanda, aceptaron los herederos demandados y confirmaron los testigos, las pruebas no permiten establecer el designio "de establecer una sociedad para repartir ganancias y pérdidas o desarrollar una actividad lucrativa", evidencian la unión "por los vínculos sentimentales y no con el propósito de conformar una sociedad" y la demandante "como compañera sentimental del difunto, se dedicó con ahínco a las labores domésticas, propias de una ama de casa", ayudándole a criar a sus hijos matrimoniales, quien "no hizo nada distinto a colaborar económicamente en el hogar". Por su lado, la recurrente enrostra al fallador yerros fácticos en la apreciación del material probatorio enunciado en los cargos, demostrativo de la relación sentimental y societaria.

Prima facie, adviértase la intrascendencia del yerro en torno a la naturaleza civil o comercial de la sociedad de hecho pretendida, por tratarse "de una sociedad patrimonial de hecho que se conforma con el ánimo de asociarse para obtener provecho económico común, sea mediante el aporte en dinero sin importar propiamente el carácter de las actividades que lo originan, o sea también con el trabajo doméstico y afectivo, o con esta y la ayuda en las actividades del otro socio, cuya presencia ciertamente fue advertida por los juzgadores de instancia. De ese modo, no resulta ni era relevante determinar si los actos, tendientes sin duda a obtener provecho económico común, eran de índole comercial o civil; ... si bien es cierto que en el pasado se distinguía entre las que se regían por la legislación mercantil y las que tenían venero en la civil, no es menos cierto que una y otra fueron reconocidas bajo la concurrencia de idénticos elementos consistentes en la 'pluralidad de socios, aportes comunes, propósito de lucro para repartir utilidades o pérdidas e intención de constituir la sociedad' Cas. Civ. mayo 14 de 1992)" (cas. civ. 22 de mayo de 2003, Exp. No. 7826)

6º.- Siguiendo las instrucciones de la Honorable Corte Suprema de Justicia y en concordancia con lo señalado por la Honorable Corte Constitucional, tenemos que, en este caso se han cumplido los parámetros exigidos para la demostración de la existencia de una

10



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social

www.abogadodecolombiasas.com

Alega Ariza 40 C. C.

sociedad de hecho, entre los señores WILSON ARIZA FONTECHA y AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ, a saber.

1° Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común.

Al respecto es preciso señalar que, se ha probado que cuando WILSON ARIZA FONTECHA y AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ, cada uno tenía una vivienda, que la vendieron para comprar una nueva y cada uno realizó una actividad de explotación, pues si bien es cierto, no constituyeron una contabilidad organizada, ni crearon estatutos donde señalaban la actividad que cada uno realizaba, existe prueba de que AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ la administraba, arrendaba, cobraba la renta; WILSON ARIZA FONTECHA entregaba parte del dinero que recogía de su trabajo en el Ministerio de Salud, realizó mejoras en el predio, como un apartamento en el último piso de la casa, la construcción y adecuación de un local comercial, el instalamiento de una cigarrería, bar o venta de cerveza, como lo calificaron unos y otros actores del proceso e inclusive lo administraban, las Partes y las hijas de la Demandada, en algunas ocasiones, según se dice;

2° Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios.

Al respecto, también se demostró que mientras AMPARO LIGIA FONTECHA MARTÍNEZ administraba el predio común, arrendaba, cobraba la renta, pagaba los servicios, WILSON ARIZA FONTECHA trabajaba en el Ministerio de Salud, coordinaba los arreglos del predio, instaló la cigarrería, a veces administraba el negocio y coordinaba lo atinente a los pagos que conlleva el inmueble;

3° Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa.

Sobre este particular es del caso resaltar, que, en ninguna parte del proceso, se hable de alguna dependencia económico de ninguna de las Partes, uno respecto del otro, sino que la labor se realizó de común acuerdo en igualdad de condiciones, como dueños de la casa; desigualdad que solo se notó cuando se presentó la ruptura de la relación de pareja;
y

11



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social

www.abogadodecolombiasas.com

Alega Ariza 40 C. C.

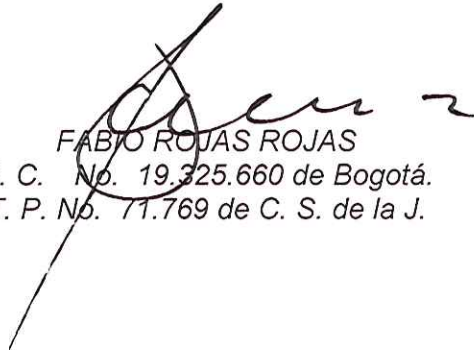
4° Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios" (cas. civ. sentencia de 30 de noviembre de 1935, tomo XCIX, Nos. 2256 a 2259, p. 70 y ss.).

Como es costumbre, la compra y venta de inmuebles es una actividad autónoma por la que optaron las Partes, como lo hacemos la mayoría de las parejas que realizamos diferentes actividades económicas con la ilusión de tener algo en la vida para tener una seguridad económica, un mejor vivir y una expectativa para el futuro.

7°.- Respecto de las excepciones propuestas, denominadas: inexistencia de la pretendida sociedad comercial de hecho por ausencia de sus elementos esenciales; patrimonio propio; ausencia de causa y por ende del contrato pretendido, y temeridad y mala fe, considero que no le asiste razón al Excepcionante, y aunque la última fue declarada no probada, porque el señor WILSON ARIZA FONTECHA, tiene razones más que suficientes para poder accionar esta demanda y porque con base en los argumentos anteriores, tiene derecho a ser admitido como socio de hecho de la demandada, en la forma pedida en este libelo y cuyos argumentos no vuelvo a señalar para no entrar en repeticiones y me atengo a los fundamentos aquí expresados y por ello ruego a esta Honorable Sala, se revoque la sentencia impugnada y como consecuencia, se acceda a las pretensiones de la demanda, en la forma allí pedida.

Dejo de esta manera rendidos mis alegaos y pido al señor Juez, tenerlos en cuenta para el fallo que ha de dictar, acogiendo las pretensiones de la demanda.

Cordialmente,


FABIO ROJAS ROJAS
C. C. No. 19.325.660 de Bogotá.
T. P. No. 71.769 de C. S. de la J.

Honorables Magistrados
Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil
Mag. Dra. Martha Isabel García Serrano

Asunto: Proceso Verbal de Adriana Uriza Támara contra Prosalud y otros.
Rad. 2015-0052601

Actuando en mi calidad de apoderado especial de la sociedad Prosalud SAS, debidamente reconocido dentro del proceso de la referencia, respetuosamente interpongo recurso de Reposición contra el auto del 7 de Julio de 2020, notificado por estado del 8 de julio de 2020 mediante el cual el Honorable Tribunal declaró desierto el recurso de Apelación interpuesto por la parte que represento, considerando que este no había sido sustentado en tiempo.

Sobre el particular, solicito al Despacho revocar dicha decisión, por los siguientes fundamentos:

Si bien, el decreto 806 del 4 de junio permitió agilizar los trámites e implementar las tecnologías de la información en los procesos y de manera especial para el trámite de apelaciones de sentencias en materia civil, no es menos cierto que este trámite debe garantizar a los sujetos procesales la debida información y el debido proceso con el fin de que no se vea vulnerado su derecho a la defensa.

Así, los artículos 8 y 9 de dicho decreto ordenan que el interesado conozca cada pronunciamiento del Despacho, el cual tratándose del auto que al parecer corrió término para sustentar el recurso no fue conocido por parte nuestra ni tuvimos acceso al mismo. El artículo 9 del citado decreto indica que el estado que notifica debe insertar la providencia que se notifica, a la cual reitero no tuvimos acceso.

No obstante lo anterior, y entendiendo la situación que se presenta en la actualidad y las dificultades propias que nos aquejan, por tratarse de un tema de fondo que no permite el trámite de un recurso interpuesto en legal forma, es preciso señalar al Despacho que el recurso de apelación fue presentado y sustentado en la primera instancia en audiencia en la cual se informaron las razones de la inconformidad con el fallo, que de conformidad con el artículo 322 del CGP "Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada" lo cual se hizo de manera clara y completa en el trámite de la audiencia de primera instancia sin

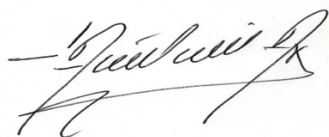
ser necesario allí pero siendo entonces completamente válida para el análisis del Despacho en segunda instancia.

Por tratarse de un tema de pura formalidad debe prevalecer el derecho de defensa y por ende si el recurso fue sustentado en forma en la audiencia ya señalada, así se debe tener por sustentado, argumentos conocidos plenamente por el apelante demandante y por los demás sujetos procesales, guardando así el equilibrio y la lealtad procesal pilares del debido proceso y por ello solicito al Honorable Tribunal dejar sin efecto el auto notificado el 8 de Julio de 2020 mediante el cual lo declaró desierto por no estar sustentado.

Así mismo solicito esta revocatoria con el fin de evitar la nulidad de lo actuado de conformidad con el artículo 133 numeral 6 del CGP, y tener por sustentado el recurso para que continúe el trámite del proceso en debida forma.

Mi dirección de notificación registrada en el registro nacional de abogados y la cual suministro para todos los efectos del presente proceso es juridica@ale.com.co

Atentamente,



Luis Alejandro Acuña García

C.C. 79.242.166

T.P. 73.252

Apoderado Prosalud SAS



ABOGADOS ASESORES

Honorable Magistrado
MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
Magistrado Ponente
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ -Sala Civil-
BOGOTÁ, D.C.

Referencia:	ACCIÓN PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO
Demandante:	MAQUILA INTERNACIONAL DE CONFECCIÓN S.A. NORA EUGENIA GÓMEZ GONZÁLEZ
Demandado:	ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.
No Radicación:	110013199003 2018 0121401

Actuación: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

CLARA ISABEL AGUDELO DE ZÚÑIGA, mayor de edad y vecina de Santiago de Cali, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.750.045 expedida en Bogotá, D.C., obrando como apoderada especial de la parte Demandante, MAQUILA INTERNACIONAL DE CONFECCIÓN S.A. y NORA EUGENIA GÓMEZ GONZÁLEZ, respetuosamente manifiesto a usted que por medio del presente escrito y encontrándome dentro del término legal para hacerlo, sustento Recurso de Apelación contra la Sentencia Anticipada proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, en Audiencia, a través de la cual la Superintendencia Financiera de Colombia declaró probada la Excepción de Transacción

El artículo 327 del Código General del Proceso establece el trámite de la Apelación de Sentencias, a saber:

“Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los siguientes casos:

...

Ejecutoriado el auto que admite la apelación, el juez convocará a la audiencia de sustentación y fallo. ... [Lo resaltado y subrayado fuera de texto]

Si bien el Despacho no fijó fecha para la Audiencia establecida en el citado artículo, y tampoco ha ordenado el traslado para sustentación del Recurso, dado que en la Sala Civil se han tomado diferentes posiciones para el trámite respecto de la sustentación del Recurso de Apelación, procedo a sustentar el Recurso, el cual fue presentado ante el juzgador de primera instancia en debida forma, **sustentándolo de manera concreta, clara y precisa, fundamentando cada una de las inconformidades frente al fallo**; por tal razón, con los argumentos esgrimidos al impetrar el recurso, no existe duda que la apelación quedo sustentada.

PETICIÓN

Solicito respetuosamente mediante el presente recurso que el superior jerárquico **REVOQUE la Sentencia Anticipada dictada por la Superintendencia Financiera de Colombia en la Audiencia del día de hoy 7 de mayo de 2020**, proferida dentro del proceso de las demandantes MAQUILA INTERNACIONAL DE CONFECCIÓN S.A. y NORA EUGENIA GÓMEZ GONZÁLEZ, contra ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. mediante la cual la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, declaró probado de oficio el fenómeno de la Transacción.

La Delegatura fundamenta su fallo en la celebración de los OTRO SI Generales Reglamentarios suscritos por mis poderdantes, **desconociendo todas las actuaciones y pruebas documentales aportadas en el proceso, que precedieron la suscripción de los mismos; ignorando lo declarado en el interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la sociedad Demandada, y principalmente omitiendo dar aplicación a lo ordenado por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y especialmente a lo estipulado en la Circular Externa 24 de Julio de 2016**, la cual imparte instrucciones en materia de negocios fiduciarios y establece los requisitos mínimos para los contratos de fiducia inmobiliaria, y principalmente, emite su fallo sin la observancia de los principios generales del Derecho, especialmente el Principio rector de la Buena Fe Contractual.

Constituyen argumentos que sustentan el recurso de apelación, los siguientes:

Si bien es cierto que se celebraron estos Otro Si Generales Reglamentarios que modificaron los contratos de Encargo Fiduciario Individual suscritos por mis representadas, desconoció el Despacho las pruebas y la confesión de la representante legal de la Demandada que nos llevan a demostrar sin lugar a equívocos que mis representadas SI FUERON LLEVADAS A FIRMAR ESTOS OTRO SI CON ENGAÑOS; que estos engaños viciaron su consentimiento, y que estos OTRO SI fueron suscritos violando claramente el principio general del Derecho de la buena fe, la transparencia, la debida y correcta información por parte de la entidad financiera, principios que desconoció la Delegatura al proferir el fallo a saber:

1. Desconoció, o no valoró la Delegatura las pruebas que demuestran que desde el 4 de Noviembre de 2014, ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. actuó de manera DOLOSA, al dar por “VERIFICADAS” unas condiciones que no se habían cumplido

Desconoció, o no valoró la Delegatura que el ordenamiento jurídico colombiano expresa que *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”*. Así, la buena fe se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. [Corte Constitucional, Sentencia C-1194/08: M.P: Dr. Rodrigo Escobar Gil, 2008].

La Corte Constitucional, a través de Sentencia T-469 de 1992, precisó el alcance del artículo 83 de la Constitución Política y las razones de la Asamblea Nacional Constituyente para expedirlo. Según dicho pronunciamiento *“la buena fe no es un concepto sino un principio general del derecho que abarca la totalidad de las relaciones jurídicas.”* (Corte Constitucional, Sentencia T-469/92 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, 1992).

Plenamente probada se encuentra la mala fe, y por que no asegurarlo, el dolo con el que actuó ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. en todas sus actuaciones previas a la suscripción de los Otro Si Reglamentarios.

La Corte Constitucional expuso su alcance en la sentencia C-540-95, señalando que este principio supone que todos los hombres actúan desde la buena fe. La relevancia del buen actuar frente a las obligaciones que se van a adquirir, pues en caso de que las partes no actúen con transparencia, puede generar consecuencias que van desde la no celebración del negocio hasta el incumplimiento de las obligaciones, en el caso de consolidarse el contrato;

Es así que la buena fe debe estar presente en todo el proceso contractual, desde las negociaciones que preceden a la formación del contrato, la celebración, la ejecución y hasta el periodo post-contractual, por lo que Neme (2006) sostiene que este principio está presente “in extenso”; además dicha presencia se caracteriza por su intensidad durante todas las etapas en comento, razón por la cual cuando haya de juzgarse si el comportamiento de las partes se ajustó o no a los postulados de la buena fe, ello debe evaluarse de manera integral, revisando su aplicación en todos los momentos del proceso. (*Neme Villareal M. L., 2006*).

En efecto, el artículo 863 del Estatuto Mercantil expresa que, "*Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen*".

Los preacuerdos sustentados en la buena fe, constituyen verdaderas obligaciones para los contratantes pues estos acuerdos previos a la celebración del negocio jurídico deben ser protegidos; de hecho, deben generar responsabilidad civil;

Reducir su aplicación solo al perfeccionamiento y ejecución del contrato, sería dejar de lado una etapa muy importante, la precontractual, que cumple un papel fundamental en el negocio jurídico, porque es este el momento en el que se prepara el "***cumplimiento de los deberes futuros***" (*Monsalve Caballero, 2008, pág. 47*), con lo que no sólo se podrá desarrollar el negocio mismo, sino controlar sus posibles efectos posteriores.

2. Desconoció la Delegatura que la Demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., **faltó a su deber de información**, deber indelegable establecido en la Ley, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en la Circular Básica Jurídica, y especialmente en la Circular Externa 24 de 2016, que al tenor literal establece en el numeral 2.2.1., las normas y principios a considerar de sus Previsiones Generales (2.2.):

Ahora bien, en el caso concreto, ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. faltó a su deber indelegable de información. Plenamente probado se encuentra el hecho que ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. faltó a su deber legal de informar a mis representadas los siguientes hechos:

- 2.1. NO informó a mis representadas las modificaciones que realizó al Contrato de Encargo de Preventas MR-799, sino a finales de noviembre de 2014.

Para la fecha en la cual la Demandada inició la transferencia de los recursos, esto es, para el 4 de noviembre de 2014, no se habían cumplido las condiciones pactadas en el objeto del Contrato.

2.2. NUNCA informó a mis representadas la grave situación por la que atravesaba el proyecto, y por el contrario:

2.3. NUNCA advirtió a mis representadas que con la firma de los OTRO SI reglamentarios, esto es, con la supuesta “transacción y desistimiento de cualquier incumplimiento” ellas renunciaban a su derecho de demandar las actuaciones dolosas del representante legal de la Demandada al suscribir el ACTA DE VERIFICACIÓN, dando por cumplidas unas condiciones inexistentes, y realizar la transferencia de los recursos sin el cumplimiento de las condiciones pactadas.

2.4. NUNCA informó ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. a mis representadas que el proyecto se descapitalizó en parte porque ella pagó el lote denominado BAXTER, lote donde se desarrollaría el proyecto, cuando el aporte de éste era del resorte exclusivo del promotor

2.5. NUNCA informó la Demandada con anterioridad a la firma de los OTRO SI que sus dineros los había transferido tres (3) ANOS antes, sin el cumplimiento de las condiciones, y los dineros depositados en el 2016, fueron transferidos con el pleno conocimiento por parte de la Fiduciaria que el proyecto presentaba retrasos.

Pruebas suficientemente claras del incumplimiento de la Demanda no solo a su deber indelegable de “INFORMACIÓN”, sino, peor aún pruebas contundentes de “su actuar indiscutiblemente DOLOSO”.

Dentro del contexto de los fallos emitidos por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera se encuentra también expresada su posición frente al “deber de información”, el cual, tiene como pilar la necesidad que el consumidor reciba una información cierta, veraz y oportuna, a fin de menguar el desequilibrio existente entre las entidades financieras con el consumidor financiero.

Ciertamente, *en sus consideraciones, la Corte afirma que en tratándose de la obligación de información, la mera transgresión de la prestación consistente en suministrar datos relevantes para el consumidor es, per se, constitutivo de culpa.*

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 estos 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».**

3. Los pronunciamientos de la Corte nos lleva a afirmar que en los Otro Si firmados por mis representadas fueron suscritos sin la transparencia y lealtad que exige la Ley y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, razón por la que podemos afirmar que nos encontramos frente a una **CLÁUSULA ABUSIVA**;

En los OTRO SI a los Contratos de Encargos Fiduciarios Individuales suscritos por mis representadas, claramente y sin lugar a dudas existió un flagrante DOLO; se presentó una actitud malintencionada y consciente de parte del representante legal de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., dado que por un lado informa que se cumplieron las condiciones de transferencia y por la otra, exige para la reestructuración del proyecto la obtención de dicho crédito.

Manifestó la Demandada en el acápite de los Antecedentes de los OTRO SI suscritos, que el Proyecto “*cumplió las condiciones de transferencia*” -sin que ello fuera cierto- y entre ellas se encontraba la aprobación o pre-aprobación de crédito constructor. Sin embargo, estipula como condición para la reactivación de las obras “Obtener la constancia de aprobación del crédito constructor”

Esta forma o procedimiento de contratar actúa la llamada crisis del sistema. Ya se sabe el estribillo: **el contrato realiza, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.**

4. Simple **RENUNCIA A UN DERECHO**. Con el **desconocimiento absoluto** de todas las maniobras engañosas y del actuar doloso del representante legal de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., que quedó plenamente probado dentro del proceso, especialmente con la denuncia penal presentada por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. contra su representante legal y casi la totalidad del personal de la oficina de Cali, mis representadas fueron llevadas a firmar unos OTRO SI contentivos de una cláusula donde transaban los incumplimientos pasados, denotando esto que, lo que se presenta es la **renuncia a un derecho**, que nuestro ordenamiento jurídico les otorga.

El artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en su primer inciso, se refería a las «reglas de conducta de los administradores» pero la modificación del 12 de la Ley 795 de 2003, las extendió a las «entidades vigiladas (...) directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios», quienes **«deben obrar no solo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio al interés público de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política»**, siendo relevante que pasó de hablarse de los «intereses sociales» al «interés público de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política».

Lo anterior significa que el ordenamiento jurídico, consciente de su limitación de regular todas las relaciones interpersonales, faculta a los ciudadanos de la capacidad de crear, modificar y extinguir efectos jurídicos interpartes, y como vehículo para realizarlo, reviste de validez jurídica la manifestación de voluntad, **siempre y cuando esta no esté viciada por error, fuerza o dolo**.

INEXISTENCIA DE LA TRANSACCIÓN.

Sorprende que el Delegado para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera fundamentara su fallo en la existencia del fenómeno de la “TRANSACCIÓN”, desconociendo los elementos esenciales para su formación.

Nuestro Código Civil contempla la Transacción como modo para terminar o prever un litigio de manera extrajudicial, en su Título XXXIX, artículo 2469 y ss., en los siguientes términos:

ARTICULO 2469. <DEFINICIÓN DE LA TRANSACCIÓN>. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

ARTICULO 2476. <NULIDAD DE LA TRANSACCIÓN>. Es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados, y en general por dolo o violencia.

Es un contrato cuyo elemento esencial son las concesiones recíprocas que cada parte realiza al renunciar parcialmente a sus pretensiones, con el propósito de solucionar en forma directa una controversia actual o inminente, y así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en diferentes providencias

Esta es la circunstancia de la **reciprocidad de concesiones que con tal fin hacen las partes o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes, es la que distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho.**

Es indiscutible que la transacción planteada en los Otro Si Generales Reglamentarios en los cuales se fundamenta el fallo, NO CONSTITUYEN un contrato bilateral para ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., toda vez que en la misma **no se concertó concesiones a su cargo, siendo inexistente el requisito de la reciprocidad.**

Lo estipulado en el referido documento, incluía tan solo el reconocimiento **por parte de la Sociedad PROMOTORA** de pagar a favor de la inversionista una tasa de interés mensual sobre los dineros que efectivamente ingresaron al fideicomiso, reconocimiento por parte de la Promotora a favor de las inversionistas que tampoco se efectuó, toda vez los locales comerciales JAMÁS fueron escriturados ni entregados, con lo cual la transacción no produce efecto legal alguno, pues de lo contrario significaría la renuncia de derechos, el desistimiento a interponer las acciones legales lo cual constituye a la luz de nuestro ordenamiento jurídico una clausula abusiva.

VALORACIÓN PROBATORIA

Sorprende la afirmación de la Delegatura al manifestar que **no se logró probar por las demandantes el presunto engaño que viciara su consentimiento para dejar sin efectos lo pactado,** y por el contrario lo que alumbra tanto del interrogatorio de las actoras como de la documental arrojada al proceso es la existencia de una voluntad consciente de las consumidoras financieras de llegar a un acuerdo para que se pudiera seguir adelante con el proyecto inmobiliario. [Lo resaltado y subrayado fuera de texto]

Desconoció de manera total el Delegado las pruebas aportadas con la Demanda, o no las apreció con las reglas de la sana crítica como lo establece el artículo 176 del CGP. De la lectura de la Sentencia proferida por la Delegatura se desprende que el Delegado se limitó a darle valor probatorio aisladamente, sin otorgarle valor alguno a las pruebas aportadas y practicadas en la etapa probatoria, pruebas aportadas al descorrer los traslados de la Demandante y de la llamada en Garantía y, de los interrogatorios de parte.

Sin lugar a dudas la suscrita aportó al proceso suficientes herramientas probatorias para determinar el claro incumplimiento de la Demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. por las acciones y omisiones de su representante legal principal (sin limitación alguna) y de los empleados de la sucursal (hoy agencia) de la ciudad de Santiago de Cali, acervo probatorio que desconoció, que no valoró el Delegado a la hora de proferir el fallo.

Desconoció de manera total el Delegado las pruebas aportadas con la Demanda, o no las apreció con las reglas de la sana crítica como lo establece el artículo 176 del CGP. De la lectura de la Sentencia proferida por la Delegatura se desprende que el Delegado se limitó a darle valor probatorio aisladamente, sin otorgarle valor alguno a las pruebas aportadas y practicadas en la etapa probatoria, pruebas aportadas al descorrer los traslados de la Demandante y de la llamada en Garantía y, de los interrogatorios de parte.

A lo largo del interrogatorio se desprende que la Promotora no tenía como desarrollar el proyecto, y la sociedad Fiduciaria, con engaños llevó a mis representadas a suscribir los OTRO SI fundamento del fallo, buscando evitar responsabilidades futuras a su cargo.

DERECHO

Invoco como fundamento de derecho lo preceptuado por los artículos 320 y ss., Capítulo II, Sección Sexta, Título Único.

PRUEBAS

Ruego tener como pruebas la actuación surtida en el proceso de ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO, tanto las documentales como los interrogatorios de parte.

COMPETENCIA

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, D.C.. es competente para conocer del recurso de apelación por encontrarse la primera instancia en la Delegatura para funciones Jurisdicciones de la Superintendencia Financiera de Colombia.

NOTIFICACIONES

La suscrita en la Secretaría de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá o en:

Dirección: Calle 8 Oeste No. 36-91 - OF. 1202 / Edificio Nabusimake - Barrio Cristales
Teléfono: (310) 470 3715
Ciudad: Santiago de Cali
Correo Electrónico: ciao.agudelosociados@gmail.com
agudelosociados@gmail.com

Las Demandantes:

Maquila Internacional de Confección S.A.:

Dirección física: Calle 60 Sur Nro. 43 A -97 Sabaneta
Teléfono: PBX: (57-4) 444 28 49
Correo electrónica: asisfinanciero@mic.com.co

Nora Eugenia Gómez

Dirección física: Calle 60 Sur Nro. 43 A -97 Sabaneta
Teléfono: PBX: (57-4) 444 28 49
Correo electrónica: dirafmic@gmail.com

La Demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Dirección física: Calle 85 Nro. 9-65 Bogotá
Teléfono: PBX: (57-1) 691 50 90
Correo electrónica: notijudicial@accion.com.co

Del Honorable Magistrado

Respetuosamente,



CLARA ISABEL AGUDELO DE ZÚÑIGA

C.C. No. 41.750.045 expedida en Bogotá, D.C.

T.P. No. 29.242 del CSJ.



ABOGADOS ASESORES

Honorable Magistrado
MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
Magistrado Ponente
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ -Sala Civil-
BOGOTÁ, D.C.

Referencia:	ACCIÓN PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO
Demandante:	ANA CRISTINA ORREGO GÓMEZ MARÍA PAULA ORREGO GÓMEZ
Demandado:	ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.
No. Radicación:	110013199003 2018 0125501

Actuación: **SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN**

CLARA ISABEL AGUDELO DE ZÚÑIGA, mayor de edad y vecina de Santiago de Cali, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.750.045 expedida en Bogotá, D.C., obrando como apoderada especial de la parte Demandante, señoras **ANA CRISTINA ORREGO GÓMEZ** y **MARÍA PAULA ORREGO GÓMEZ**, respetuosamente manifiesto a usted que por medio del presente escrito y encontrándome dentro del término ordenado por el Despacho para hacerlo, sustento **Recurso de Apelación** contra la Sentencia Anticipada proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, notificada mediante incursión en estados del día 15 de Abril de los corrientes, a través de la cual este Despacho declaró probada la excepción de transacción.

El artículo 327 del Código General del Proceso establece el trámite de la Apelación de Sentencias, a saber:

“Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los siguientes casos:

...

Ejecutoriado el auto que admite la apelación, el juez convocará a la audiencia de sustentación y fallo. ...” [Lo resaltado y subrayado fuera de texto]

Si bien el Despacho no fijó fecha para la Audiencia establecida en el citado artículo, en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal en traslado E-35, procedo a sustentar el recurso, el cual fue presentado ante el juzgador de primera instancia en debida forma, sustentándolo de manera concreta, clara y precisa, fundamentando cada una de las inconformidades frente al fallo; por tal razón, con los argumentos esgrimidos al impetrar el recurso, no existe duda que la apelación quedo sustentada.

PETICIÓN:

Solicito respetuosamente mediante el presente recurso que la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá **REVOQUE la Sentencia Anticipada dictada por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia de fecha catorce (14) de abril de 2020**, proferida dentro del proceso de la referencia, mediante la cual declaró probado de oficio el fenómeno de la transacción y en su lugar declare probado el incumplimiento de los contratos de Encargo Fiduciario Individual Nos. 1100010258 y 1100010228, por parte de la Demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

ANTECEDENTES

1. Las Demandantes ANA CRISTINA ORREGO GÓMEZ y MARÍA PAULA ORREGO GÓMEZ, suscribieron con ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. los contratos de Encargo Fiduciario Individual Nos. 1100010258 y 1100010228 respectivamente, para la compra de dos locales ubicados en el Centro Comercial MARCAS MALL, proyecto que se construiría en la ciudad de Santiago de Cali, en un lote identificado con el Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 370-695292.

2. Los contratos suscritos tenían por objeto la administración de los recursos por parte de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., consignados por mis representadas, con el fin que estos recursos fueran transferidos al Promotor una vez se cumplieran las ocho (8) condiciones plasmadas en el contrato
3. El valor pagado en cada uno de los encargos fiduciarios individuales fue de \$255.645.000.
4. El 4 de noviembre de 2014, ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. suscribe el ACTA DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS PROMOTOR MR-799 MARCAS MALL.
5. En fecha 07 de Agosto de 2018, las Demandantes ANA CRISTINA y MARÍA PAULA ORREGO presentaron Demanda de ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO ante la Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, fundamentando la Demanda en el incumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas de los contratos de Encargo Fiduciario Individual números 1100010258 y 1100010228 respectivamente, suscritos con ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

MOTIVACIÓN DEL FALLO Y SU CONGRUENCIA

La Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia en cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 278 del Código General del Proceso profirió "Sentencia Anticipada", considerando encontrar probado el fenómeno de la "TRANSACCIÓN", por la celebración de los OTRO SI que mis representadas suscribieron con ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. los días 18 y 22 de agosto de 2017, manifestando:

“Precisamente en la parte introductoria de estos otrosíes, contenidos a páginas 66 a 85 derivado 000 (Anexo 3 foliado mecánico número 52 hasta el número 71), se señaló en ambos lo siguiente:

““Entre los suscritos descritos anteriormente hacemos constar que hemos celebrado el presente otrosí, que sustituye en todo al contrato de vinculación celebrado con anterioridad y sus posteriores Otro sí, quedando todas las situaciones regidas por las cláusulas que a continuación se detallan, y en lo no previsto en ellas, por las disposiciones legales que correspondan a su naturaleza””.

Afirmando la Delegatura que:

“... del anterior acuerdo, se extrae que a partir de este otro si, se modificó totalmente el negocio jurídico que inicialmente habían celebrado las partes -hoy en día ventilado a través de la presente acción de protección al consumidor, en cuanto se refiere a las relaciones de las consumidoras financieras con la sociedad fiduciaria demandada, en razón a la reestructuración del proyecto Marcas Mall que hiciese viable dicho negocio, pactando los extremos contractuales a partir de allí, nuevas condiciones que regirían su vínculo contractual hacia el futuro, en otras palabras, por acuerdo de voluntades, el contrato Inicial de Encargo Fiduciario MR-799, fue objeto de cambio a través de la mencionada transacción. Al respecto, se estableció específicamente en el PARÁGRAFO PRIMERO de dicho contrato la siguiente cláusula:

“PARÁGRAFO PRIMERO: Las Partes mediante el presente contrato, además de pactar las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario, manifiestan que transan, desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión al contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes el día Mayo de 2014 y sus posteriores Otrosíes.

PARÁGRAFO SEGUNDO: En contraprestación de la renuncia que hace EL INVERSIONISTA, a reclamos por incumplimientos de obligaciones correspondientes a negocios jurídicos anteriores, las Partes acuerdan que el PROMOTOR pagará al INVERSIONISTA una tasa de interés del 0,75% mensual sobre los dineros efectivamente depositados al fideicomiso (...).” (resaltados ajenos al texto).”

La Delegatura fundamenta su fallo en la celebración de los OTRO SI Generales Reglamentarios suscritos por mis poderdantes, desconociendo todas las actuaciones y pruebas documentales aportadas en el proceso, que precedieron la suscripción de los mismos; ignorando lo declarado en el interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la sociedad demandada, y principalmente omitiendo dar aplicación a lo ordenado por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y especialmente a lo estipulado en la Circular Externa 24 de Julio de 2016, la cual imparte instrucciones en materia de negocios fiduciarios y establece los requisitos mínimos para los contratos de fiducia inmobiliaria, y principalmente, emite su fallo sin la observancia de los principios generales del Derecho.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Constituyen argumentos que sustentan el recurso de apelación, los siguientes:

Si bien es cierto que se celebraron estos Otro Si Generales Reglamentarios que modificaron los contratos de Encargo Fiduciario Individual suscritos por mis representadas, desconoció el Despacho las pruebas y la confesión de la representante legal de la Demandada que nos llevan a demostrar sin lugar a equívocos que mis representadas SI FUERON LLEVADAS A FIRMAR ESTOS OTRO SI CON ENGAÑOS; que estos engaños viciaron su consentimiento, y que **estos OTRO SI fueron suscritos violando claramente el principio general del Derecho de la buena fe, la transparencia, la debida y correcta información por parte de la entidad financiera**, principios que desconoció la Delegatura al proferir el fallo a saber:

1. Desconoció, o no valoró la Delegatura las pruebas que demuestran que desde el 4 de Noviembre de 2014, ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. actuó de manera DOLOSA, al dar por "VERIFICADAS" unas condiciones que no se habían cumplido, tal y como se encuentra plenamente probado con los documentos aportados con la demanda [Anexos 7 a folio 0102; Anexo 9, 11 a folio 122; Anexo 13], del interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la Demandada, en la cual confiesa que esta Acta de Verificación contiene afirmación FALSA [Interrogatorio de parte 3:00:30 horas], confirmando que ACCIÓN FIDUCIARIA considera que la afirmación FALSA contenida en el Acta es un acto fraudulento [Interrogatorio de parte 3:01:23 horas]. El representante legal, director de la sucursal de la ciudad de Cali, realizó maniobras engañosas, desvió de recursos, relacionados con el proyecto MARCAS MALL, tal y como lo denuncia la dirección general de la Fiduciaria ante la Fiscalía General de la Nación [Denuncia Penal, Anexo 3 al descorrer las excepciones de mérito de la Demandada, derivado 024, a folios 042 a 092 -Folio 59 (faltante de dinero en el FA-2351)] y se confiesa en el interrogatorio [3:01:42 horas]

1.1. Al manifestar en la citada Acta de Verificación que el lote donde se desarrollaría el proyecto se encontraba en cabeza de un fideicomiso administrado por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., siendo esta afirmación absolutamente FALSA, para el 4 de noviembre de 2014 [Ver ANEXO 9 del derivado 00 -Demanda-, a folio 111 a 114, anotación 11 del Folio de Matrícula Inmobiliaria 370-695292]

1.2. Al manifestar en la citada Acta de Verificación que la sociedad PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S. mediante comunicación del día 4 de noviembre de 2014, certificaba que no era necesario el crédito constructor, siendo FALSA igualmente esta afirmación, toda vez que la citada certificación que aportan como sustento, tiene fecha de 12 de noviembre de 2014 [Ver ANEXO 13 del derivado 00 -Demanda-, a folio 127]

1.3. Adicionalmente, en ninguna parte del proceso se encuentra probado que la sociedad Fiduciaria cumplió el punto de equilibrio y por el contrario, la suscrita aportó una relación entregada por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA con la que soportaba dicho punto de equilibrio, en Anexo 11 de la Demanda, a folios 122 a 124, donde claramente se puede determinar que para la determinación del punto de equilibrio ACCIÓN FIDUCIARIA tuvo en cuenta los encargos fiduciarios de INVGROUP 18 S.A., que fueron suscritos en el mes de diciembre de 2014, esto es, con posterioridad al 4 de noviembre de 2014. Sin lugar a dudas se encuentra probado que para el 4 de noviembre de 2014, el punto de equilibrio NO se había cumplido. [Ver Anexo 11 de la Demanda -Derivado 00, a Folios 122]

El ordenamiento jurídico colombiano expresa el principio de la buena fe desde la propia Constitución en el artículo 83 de la Carta Política *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”*. Además, se ha definido como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una *“persona correcta (vir bonus)”*. Así, la buena fe se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. (*Corte Constitucional, Sentencia C-1194/08: M.P: Dr. Rodrigo Escobar Gil, 2008*).

Para la mayoría de los estudiosos del derecho, siempre se presentó a la buena fe como uno de los postulados principales del Derecho privado, y en específico, como elemento esencial de las relaciones contractuales particulares. Sin embargo, a lo largo del desarrollo de los diferentes sistemas jurídicos, se ha visto como está presente de forma transversal e ilumina todos los presupuestos normativos que lo integran, no solo valorizando en términos éticos la conducta de quienes interactúan, sino que asegura un equilibrio o si se quiere, actúa como válvula reguladora de las actuaciones, no solo entre los particulares, sino entre estos con el poder público. La buena fe es entonces un elemento común de la vida en sociedad, que apropia el Derecho en su búsqueda de reequilibrar las nuevas realidades sociopolíticas actuales

La Corte Constitucional, a través de Sentencia T-469 de 1992, precisó el alcance del artículo 83 de la Constitución Política y las razones de la Asamblea Nacional Constituyente para expedirlo. Según dicho pronunciamiento "**la buena fe no es un concepto sino un principio general del derecho que abarca la totalidad de las relaciones jurídicas.**" (Corte Constitucional, Sentencia T-469/92 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, 1992).

Así mismo el constituyente estableció la buena fe como un amplio deber de la administración, el cual debe identificarse con el animo de servicio y de solución a legítimas pretensiones, de manera que su desconocimiento trae consigo una sanción acorde a lo que estipule la ley, y que debe ser impuesta luego de abordar todos los requisitos probatorios y de haberse desvirtuado suficientemente la buena fe presunta de la actuación de una determinada autoridad. (*Ospina Sepúlveda, 2010*).

Por otra parte, en lo que se refiere a la buena fe en el derecho privado colombiano, se establece en especial el texto del artículo 769 del Código Civil según el cual:

“La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse”.

La Corte Constitucional expuso su alcance en la sentencia C-540-95, señalando que este principio supone que todos los hombres actúan desde la buena fe y en este sentido, para las relaciones entre particulares las acusaciones de actuaciones de mala fe, deben probarse. La relevancia del buen actuar frente a las obligaciones que se van a adquirir, pues en caso de que las partes no actúen con transparencia, puede generar consecuencias que van desde la no celebración del negocio hasta el incumplimiento de las obligaciones, en el caso de consolidarse el contrato;

En el caso de las relaciones contractuales ha de tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha venido sosteniendo que resulta un pilar básico para su constitución. **La Corte señala que el principio de buena fe, se identifica, con el actuar real, honesto, probo, correcto, apreciado objetivamente,** o sea,

*“con determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres”, no ‘hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, **sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, de reserva mental, astucia o viveza, en fin de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en la colectividad,** es ‘realidad actuante y no simple intención de legalidad y carencia de legitimidad’ y se*

equipara ‘a la conducta de quien obra con espíritu de justicia y equidad al proceder razonable del comerciante honesto y cumplidor’ (cas. civ. Sentencias de 23 de junio de 1958, LXXXVIII, 234; 20 de mayo de 1936; XLIII, 46 y ss., 2 de abril de 1941, LI, 172; 24 de marzo de 1954, LXXXVIII, 129; 3 de junio de 1954, LXXXVII, 767 y ss.)” (cas. civ. sentencia de 15 de julio de 2008, exp. 68001-3103-006-2002-00196-01). (Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. P.M. Wiliam Namén Vargas. Referencia 11001-3103-002-2003-14027-01).

En materia contractual este principio resulta fundamental tanto para los negocios jurídicos entre particulares como los que se consolidan en el ámbito público; es así como el Consejo de Estado maneja el mismo argumento al señalar que este principio no puede justificar una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. Para profundizar en este aspecto, señala el concepto de buena fe objetiva como aquella que actúa en materias como la formación (precontrato) y ejecución de las obligaciones contractuales, y de ahí que actué como realización de un comportamiento esperado, distinguiendo la buena fe subjetiva por considerarla como la convicción interna de las personas (*Colombia. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado 811 de 1996*) (Neme Villareal M, 2009, pág. 59).

Es así que la buena fe debe estar presente en todo el proceso contractual, desde las negociaciones que preceden a la formación del contrato, la celebración, la ejecución y hasta el periodo post-contractual, por lo que Neme (2006) sostiene que este principio está presente “in extenso”; además dicha presencia se caracteriza por su intensidad durante todas las etapas en comento, razón por la cual cuando haya de juzgarse si el comportamiento de las partes se ajustó o no a los postulados de la buena fe, ello debe evaluarse de manera integral, revisando su aplicación en todos los momentos del proceso. (*Neme Villareal M. L., 2006*).

El principio de la buena fe ha sido considerado como una regla de conducta para los negocios contractuales, que incluye todas las etapas del proceso. Entre estas la precontractual que corresponde a los caminos que se recorren previos a la celebración del contrato, dado que, en el momento de la aceptación de la oferta, puede considerarse como celebrado el contrato.

Sin embargo, la responsabilidad civil no inicia a partir de este momento, sino que, debe incluirse los perjuicios que se causen a alguna de las partes, ya sea por la celebración de un contrato que no pueda ser considerado después válido o por generar una confianza acerca de la celebración del mismo, "*prolongando de forma contraria a la buena fe unas negociaciones que resultarían frustradas*" (Bernal Fandiño, 2013, pág. 44). En este sentido la buena fe (Arrubla Paucar, 2013), es señalada como un principio general que impone a los contratantes un deber especial de comportamiento, especialmente a las entidades financieras.

El mencionado principio en el orden privado se constituye como un pilar desarrollado en el artículo 1603 del Código Civil, en el que se expresa "*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella*" y en el artículo 871 del Código de Comercio, cuando expresa: "*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligaran no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*" (Largo Taborda, 2012), cobijando no sólo lo que se encuentra expresamente pactado, sino lo que se relaciona con la naturaleza de lo acordado, así no se encuentre de manera explícita. De forma complementaria, el mismo código consideró que este principio se encuentra también en los acuerdos negociales, es decir, durante las manifestaciones de voluntad con efectos jurídicos, que se emiten en el periodo anterior al contrato, conocido como precontractual, y cuya consecuencia jurídica consiste en el nacimiento, modificación o extinción de un derecho subjetivo. Como ejemplo de ello se tiene el precontrato. En efecto, el artículo 863 expresa que, "*Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen*".

Los preacuerdos sustentados en la buena fe, constituyen verdaderas obligaciones para los contratantes pues estos acuerdos previos a la celebración del negocio jurídico deben ser protegidos; de hecho deben generar responsabilidad civil; resulta así una forma efectiva de proteger los derechos del otro que pueden resultar afectados cuando se desconocen los acuerdos previos que dieron origen a su voluntad de contratar, reparación que debe ser integral, porque solo así puede hablarse de una recomposición del equilibrio que puede resultar afectado en el supuesto de desconocer el origen mismo del acuerdo. Aquí radica la importancia misma del reconocimiento del principio de la buena fe desde el primer instante del acercamiento de las partes, porque constituye un verdadero garante de la seguridad para ellas mismas.

Reducir su aplicación solo al perfeccionamiento y ejecución del contrato, sería dejar de lado una etapa muy importante, la precontractual, que cumple un papel fundamental en el negocio jurídico, porque es este el momento en el que se prepara el "*cumplimiento de los deberes futuros*" (Monsalve Caballero, 2008, pág. 47), con lo que no sólo se podrá desarrollar el negocio mismo, sino controlar sus posibles efectos posteriores.

2. Desconoció la Delegatura que la Demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., **faltó a su deber de información**, deber indelegable establecido en la Ley, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en la Circular Básica Jurídica, y especialmente en la Circular Externa 24 de 2016, que al tenor literal establece en el numeral 2.2.1., las normas y principios a considerar de sus Previsiones Generales (2.2.):

2.2.1.2. En la celebración de todo negocio, la sociedad fiduciaria debe tener en cuenta y observar los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el artículo 1234 del Código de Comercio, en el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, los principios generales del negocio fiduciario y la jurisprudencia, entre otros, los siguientes:

*2.2.1.2.1. **Deber de información.** Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que **el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual**, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. **Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato.*** (Lo subrayado y resaltado fuera de texto)

Ahora bien, en el caso concreto, ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. faltó a su deber indelegable de información. Plenamente probado se encuentra el hecho que ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. faltó a su deber legal de informar a mis representadas los siguientes hechos:

2.1. NUNCA informó a mis representadas las modificaciones que realizó al Contrato de Encargo de Preventas MR-799, donde modificaba las condiciones de transferencia [Interrogatorio 2:11:20 horas], a saber:

- (i) Otro Si No.1 de fecha marzo de 2014 [Folio 104, Anexo 8 de la Demanda, del Derivado 00].
- (ii) Otro Si No.2 de fecha 21 de mayo de 2014 [Folio 107, Anexo 8 de la Demanda, del Derivado 00].
- (iii) Otro Si No.3 de fecha octubre de 2014 [Folio 109, Anexo 8 de la Demanda, del Derivado 00].

Esto es, **para la fecha en la cual la Demandada inició la transferencia de los recursos, esto es, para el 4 de noviembre de 2014, no se habían cumplido las condiciones pactadas en el objeto del Contrato.** [Ver Anexos 1, 2, 8, 9, 11/folio 122, Anexo 13, de la Demanda, Derivado 00]

2.2. NUNCA informó a mis representadas la grave situación por la que atravesaba el proyecto, y por el contrario:

- (i) Con el pleno conocimiento de los problemas de la obra informados por el interventor en el mes de diciembre de 2015, transfirió los recursos aportados por mis representadas en el mes de enero de 2016, que ascendían a la suma de \$146.613.000, violando así la diligencia y cuidado que le exige la ley y la recta administración de estos recursos pactada en la Cláusula Primera de los contratos suscritos y su deber de protección de los bienes fideicomitidos, estipulado en la Circular Externa 24 (Parte II / Título II / Capítulo I2.2.1.2.3); [Interrogatorio Hora 2:23:04].
- (ii) El representante legal de la Demandada propició una reestructuración con el conocimiento que no se contaba con los recursos; que el proyecto presentaba problemas de caja para seguir adelante, como lo confesó la representante legal en el interrogatorio [Respuesta a hora: 2:35:15 y 2:38:01]
- (iii) Llevó a mis representadas a firmas los OTRO SI, con un proyecto paralizado desde el año 2016 [Interrogatorio Hora 2:35:15]
- (iv) Engañando a mis representadas al hacerles creer que existía un comité fiduciario, plasmando así la supervisión de dicho comité en los OTRO SI reglamentarios, comité que nunca existió. [Interrogatorio Hora 2:55:30]

2.3. NUNCA advirtió a mis representadas que con la firma de los OTRO SI reglamentarios, esto es, con la supuesta "transacción y desistimiento de cualquier incumplimiento" **ellas renunciaban a su derecho de demandar las actuaciones dolosas del representante legal de la Demandada** al suscribir el ACTA DE VERIFICACIÓN, dando por cumplidas unas condiciones inexistentes, y realizar la transferencia de los recursos sin el cumplimiento de las condiciones pactadas.

2.4. NUNCA informó ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. a mis representadas que el proyecto se descapitalizó en parte porque ella pagó el lote denominado BAXTER, lote donde se desarrollaría el proyecto, cuando el aporte de éste era del resorte exclusivo del promotor [Ver ANEXO 1 al descorrer la contestación del Llamado en Garantía -derivado 037, a folio 022]

2.5. NUNCA informó la Demandada con anterioridad a la firma de los OTRO SI que sus dineros los había transferido tres (3) ANOS antes, sin el cumplimiento de las condiciones, y los dineros depositados en el 2016, fueron transferidos con el pleno conocimiento por parte de la Fiduciaria que el proyecto presentaba retrasos.

Pruebas suficientemente claras del incumplimiento de la Demanda no solo a su deber indelegable de "INFORMACIÓN", sino, peor aún pruebas contundentes de "su actuar indiscutiblemente DOLOSO".

Dentro del contexto de los fallos emitidos por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera se encuentra también expresada su posición frente al "deber de información", el cual, tiene como pilar la necesidad que el consumidor reciba una información cierta, veraz y oportuna, a fin de menguar el desequilibrio existente entre las entidades financieras con el consumidor financiero.

Sobre este aspecto, dicha entidad en su labor jurisdiccional ha señalado reiteradamente en sus fundamentos que:

"(...) el acceso a la información adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que en relaciones de consumo que surgen tanto de este tipo de negocio jurídico como de cualquier otro, el derecho de recibir información oportuna, clara, precisa e idónea es un derecho del consumidor, cuya prevalencia tiene sus cimientos desde la Constitución misma, cuando en su artículo 78 estatuyó que "la ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización", postulado que se desarrolló en el título primero de la Ley 1328 de 2009, específicamente estableciendo un régimen de protección al consumidor financiero, en el que se destaca, dentro de la contratación financiera, la obligación según la cual la información debe ser "cierta, suficiente y oportuna" y en particular que la que "se suministre previamente a la celebración del contrato, deberá permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado" para que "el consumidor

comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio”, al punto que el incumplimiento de la obligación da derecho al consumidor financiero “de finalizar el contrato sin penalidad alguna, sin perjuicio de las obligaciones que según el mismo contrato deba cumplir” (artículos 9 y 10). (Sentencia 2014-0073 de la Superintendencia Financiera de Colombia) (Lo resaltado y subrayado fuera de texto)

Hacer saber a la contraparte, informar de las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido y los efectos de este, entre otros elementos, que permiten dentro del periodo precontractual, la determinación de la decisión de contratar en las condiciones que permitan satisfacer los propios intereses de los contratantes, como también la subsiguiente ejecución del contrato orientado al cumplimiento debido de las obligaciones, son postulados de la buena fe. (*Chinchilla Imbett, 2011, pág. 5*).

Mediante un fallo de año 2017, la CSJ **abrió las puertas para las imputaciones de responsabilidad objetiva frente a las entidades financieras también en el evento de incumplimientos al deber de información.**

En esta providencia, proferida con base en el artículo 21 de la Ley 546 de 1999 —*dado que la época de los hechos impedía la aplicación de la regulación actualmente vigente, cual es la contenida en la Ley 1328 de 2009*—, la Corte Suprema de Justicia fue enfática en afirmar que, en materia de información, la banca tiene una obligación de resultado en virtud de la cual debe:

“Suministrar información cierta, suficiente, oportuna y de fácil comprensión para el público y para los deudores respecto de las condiciones de sus créditos, en los términos que determine la Superintendencia Bancaria...”.

Lo relevante de la providencia, en cualquier caso, es que al calificar la obligación de información como una de aquellas que se considera *de resultado*, introdujo, aunque no expresamente, parámetros objetivos de atribución asociados a la valoración de la responsabilidad derivada de la omisión de información.

En efecto, aunque el fallo de la CSJ en cuestión nunca hace mención explícita de la responsabilidad objetiva o de la aplicación de este régimen a la hora de analizar la obligación de indemnización en cabeza de la entidad financiera frente a la infracción del deber de información, la forma en la que realiza el análisis corresponde, a no dudar, a este régimen de responsabilidad.

Ciertamente, *en sus consideraciones, la Corte afirma que en tratándose de la obligación de información, la mera transgresión de la prestación consistente en suministrar datos relevantes para el consumidor es, per se, constitutivo de culpa.*

Así las cosas, el elemento culpa se entiende configurado por el solo hecho de que no se provea toda la información que la entidad financiera está en la obligación de proveer, sin que sea necesaria ninguna consideración relativa a la pericia, la prudencia o la diligencia observada por la entidad a la hora de suministrar dicha información.

En ese sentido, esta Corporación ha sostenido que:

(...) 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).*

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 estos 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».**

3. Los pronunciamientos de la Corte nos lleva a afirmar que en los Otro Si firmados por mis representadas fueron suscritos sin la transparencia y lealtad que exige la Ley y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, razón por la que podemos afirmar que nos encontramos frente a una **CLÁUSULA ABUSIVA**; que NO se realizó transacción alguna, y que lo que mis representadas a conciencia estaban "perdonando" era el incumplimiento de la firma de la escritura y la entrega del local, como lo afirmaron las Demandantes en repetidas ocasiones en los interrogatorios de parte surtidos.

En los OTRO SI a los Contratos de Encargos Fiduciarios Individuales suscritos por mis representadas, claramente y sin lugar a dudas existió un flagrante DOLO; se presentó una actitud malintencionada y consciente de parte del representante legal de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., dado que por un lado informa que se cumplieron las condiciones de transferencia y por la otra, exige para la reestructuración del proyecto la obtención de dicho crédito. Claramente, la demandada no informó a mis representadas que el proyecto se encontraba sin recursos por la no existencia del crédito constructor, presentándose esta incongruencia en el mismo contenido del texto de los mencionados OTRO SI en los que fundamentó la decisión el Delegado al proferir el fallo. (Ver Anexo 3 de la Demanda - derivado 00-, folios 53 y 62)

A. El proyecto Centro Comercial Marcas Mall cumplió las condiciones de transferencia de los recursos depositados por LOS INVERSIONISTAS vinculados al mencionado proyecto, de acuerdo con las condiciones pactadas en la Cláusula Tercera del Encargo MR-799, modificadas con el otrosí No. 3 de dicho encargo, las cuales se relacionan a continuación:

...

3. Carta de aprobación o pre-aprobación de crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo del PROYECTO o para cada etapa del PROYECTO, si es del caso

Manifestó la Demandada en el acápite de los Antecedentes de los OTRO SI suscritos, que el Proyecto "*cumplió las condiciones de transferencia*" -sin que ello fuera cierto- y entre ellas se encontraba la aprobación o pre-aprobación de crédito constructor. Sin embargo, estipula como condición para la reactivación de las obras "Obtener la constancia de aprobación del crédito constructor ..." [Ver Anexo 3 de la Demanda -derivado 00-, folios 54 y 63]

- H. De acuerdo con la reestructuración presentada por la firma URBANIZAR S.A., mencionada en el literal c. de estos antecedentes, se requiere el cumplimiento de la totalidad de las siguientes condiciones para la reactivación de las obras de construcción, quedando exonerada dicha sociedad de cualquier responsabilidad por el no cumplimiento de las mismas:
- (i) Obtener la constancia de aprobación del crédito constructor para la financiación del proyecto, por parte de una entidad financiera.

La doctrina y la jurisprudencia han aceptado la existencia de cláusulas abusivas en contratos entre particulares e individualmente negociados, “Lo abusivo —o despótico— de este tipo de cláusulas que pueden estar presentes en cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocios tipo” (Corte Suprema de Justicia, 2001). Por otro lado, surge la enorme confusión de esta figura con la buena fe y el abuso del Derecho. Si bien están ligados, no son lo mismo. La violencia vicia el consentimiento; el abuso propicia el derecho de indemnización y la buena fe puede ser creadora de responsabilidad o de nulidad.

[...] obliga a quien impone el contenido negocial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante [...] porque de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico (Corte Suprema de Justicia 2011).

Si bien en esta decisión la Corte Suprema de Justicia analiza la circunstancia de violencia económica, la releva a un plano de causa de desequilibrio económico, mas no del derecho de corrección, ya que se acerca a la noción de buena fe para controlar el hecho de haber un desequilibrio del contrato.

La Superintendencia Financiera adopta una vía parecida a la tomada por la Superintendencia de Industria y Comercio. Es de obligatoria referencia la Circular Externa 039 de 2011, en la que se establecen reglas sobre cláusulas abusivas con fundamento en los Artículos 7 y 11 de la Ley 1328 de 2009, que faculta a la Superintendencia Financiera para producir listas negras de cláusulas abusivas. A su turno, cuando una previsión contractual coincide con el supuesto de prohibición de la Circular Externa o de la Ley 1328 de 2009, esta será ineficaz de pleno derecho. Las mismas observaciones son aplicables sobre la autoridad de Industria y Comercio.

ARTÍCULO 42. CONCEPTO (...). Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza (Ley 1480 de 2011).

Se diría que las cláusulas abusivas representan una ventaja para quien las impone y una desventaja para quien de buena fe contrata, al no poder desistir de ellas, pudiendo ser éstas advertidas, pero cuando son ambiguas se prestan para confundir, se corre el riesgo de que su carga prestacional se haga más onerosa, haciendo casi imposible el cumplimiento de la obligación

Recordemos que únicamente, y solo las entidades fiduciarias pueden crear, constituir, suscribir contratos fiduciarios como los Encargos Fiduciarios, y por tal razón son éstas las llamadas a modificarlos siendo inadmisibles que, con la obligación de actuar leal y de buena fe, de transparencia, de información veraz y correcta, en la elaboración de los OTRO SI, la Fiduciaria haya incluido cláusulas de manera dolosa.

A toda luz el PARÁGRAFO PRIMERO de la CLÁUSULA PRIMERA de los OTRO SI suscritos con mis representadas, son cláusulas abusivas, que han sido entendidas como aquellas previsiones particulares que rompen el equilibrio justo de las relaciones privadas, cuyo efecto es, en principio, la ineficacia de pleno Derecho. De ahí que sean el abuso del Derecho y la buena fe los referentes históricos y de naturaleza jurídica que la doctrina ha acogido en explicación de este tipo anómalo de cláusulas.

Las condiciones generales de la contratación significan un procedimiento privilegiado para realizar la imposición de cláusulas abusivas. Las debilidades del propio mercado se desdoblán en debilidad contractual del consumidor. El adquirente de bienes y servicios alcanza sólo a realizar la pesada de las variables esenciales del intercambio: precio-contraprestación (*«la cosa y la causa»*, art. 1262 CC) y abandona en manos de la otra parte la organización de los derechos y obligaciones recíprocos que concretan y aseguran (*o, mejor dicho, deberían concretar y asegurar*) la realización efectiva de aquella proporción. En este sentido característico la situación de inferioridad significa dos cosas: falta de información e imposición. Como no puede soportar los costes económicos de la información, el consumidor no negocia ni consiente el entramado de derechos y obligaciones; simplemente se adhiere al paquete cerrado hecho por el profesional o empresario (condiciones generales y cláusulas predispuestas). Termina así aceptando a ciegas o engañado las decisiones contractuales tomadas por la otra parte en propio interés.

Esta forma o procedimiento de contratar actúa la llamada crisis del sistema. Ya se sabe el estribillo: **el contrato realiza, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.**

4. Con el **desconocimiento absoluto** de todas las maniobras engañosas y del actuar doloso del representante legal de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., mis representadas fueron llevadas a firmar unos OTRO SI contentivos de una cláusula donde transaban los incumplimientos pasados, denotando esto que, lo que se presenta es la **renuncia a un derecho**, que nuestro ordenamiento jurídico les otorga.

El profesor De Castro explicó los peligros de la llamada renuncia a las leyes. Advirtió, en particular, que los pactos que excluyen o limitan el Derecho dispositivo significan un instrumento apropiado para realizar un perjuicio injustificado de las expectativas del consumidor.

La Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia, quien manifestó que “la relación de consumo constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos, y es precisamente el consumidor, quien, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y de desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa.

El Derecho de los contratos ha sufrido transformaciones sorprendentes en el intento de realizar una protección especial y característica del consumidor. En esta tarea no se han escatimado esfuerzos. El contrato se somete, por sistema, a un control de calidad o validez que detecta los desequilibrios en perjuicio del consumidor y reconduce el intercambio a un orden adecuado, justo o, mejor dicho, ajustado a los recíprocos intereses de las partes contratantes.

El Código de Comercio colombiano contempla la indemnización de perjuicios, por quien en el ejercicio de sus derechos y en forma abusiva y desproporcionada le haya ocasionado daño a otro (art. 831), y prohíbe de igual forma, el enriquecimiento sin causa de una de las dos partes en el contrato a expensas del empobrecimiento de la otra (Código de Comercio, art. 830).

La jurisprudencia también se ha permitido darle reconocimiento a la buena fe, refiriéndose a ella como las nuevas tendencias que marcan la interpretación del moderno derecho de los contratos. Dicho principio es entendido, en términos amplios:

Una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fi el y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos (Corte Constitucional, Sentencia C- 131 de 2004).

En este sentido, si bien la jurisprudencia vigente, en virtud de las protecciones al consumidor financiero y los deberes procesales probatorios en manos de las entidades bancarias, ha impuesto un grado alto de responsabilidad a las entidades financieras, continúa haciéndolo con estribo en un análisis de la diligencia predicable de la entidad financiera, eso sí, arreciando las exigencias de prudencia, pericia y diligencia.

Por un lado, el artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en su primer inciso, se refería a las «reglas de conducta de los administradores» pero la modificación del 12 de la Ley 795 de 2003, las extendió a las «entidades vigiladas (...) directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios», quienes «deben obrar no solo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio al interés público de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política», siendo relevante que pasó de hablarse de los «intereses sociales» al «interés público de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política».

En cuanto al artículo 98 numeral 4º, si bien fue afectado con el artículo 24 de la Ley 795 de 2003, se conservó el que las «instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, **deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes**»

Lo anterior significa que el ordenamiento jurídico, consciente de su limitación de regular todas las relaciones interpersonales, faculta a los ciudadanos de la capacidad de crear, modificar y extinguir efectos jurídicos interpartes, y como vehículo para realizarlo, reviste de validez jurídica la manifestación de voluntad, **siempre y cuando esta no esté viciada por error, fuerza o dolo.**

INEXISTENCIA DE LA TRANSACCIÓN.

Sorprende que el Delegado para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera fundamentara su fallo en la existencia del fenómeno de la “TRANSACCIÓN”, desconociendo los elementos esenciales para su formación.

Nuestro Código Civil contempla la Transacción como modo para terminar o prever un litigio de manera extrajudicial, en su Título XXXIX, artículo 2469 y ss., en los siguientes términos:

ARTICULO 2469. <DEFINICIÓN DE LA TRANSACCIÓN>. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

ARTICULO 2476. <NULIDAD DE LA TRANSACCIÓN>. Es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados, y en general por dolo o violencia.

Es un contrato cuyo elemento esencial son las concesiones recíprocas que cada parte realiza al renunciar parcialmente a sus pretensiones, con el propósito de solucionar en forma directa una controversia actual o inminente, y así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en diferentes providencias:

“Conforme a lo expuesto por el artículo 2469 del Código Civil, mediante la transacción pueden las partes dar por terminado extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual, lo que implica que al celebrar ese acto jurídico las partes recíprocamente renuncian parcialmente a un derecho respecto del cual puede surgir o se encuentra en curso un litigio”

“Para que exista efectivamente este contrato se requieren en especial estos tres requisitos: 1°. Existencia de una diferencia litigiosa aún cuando no se halle sub judice; 2°. Voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla, y 3° concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin” [Sala de Casación Civil CSJ 13 de Junio de 1996. MP Pedro Lafont P.]

*“La transacción en sí no es más que un acuerdo para acabar con un litigio, o precaver uno futuro, **caracterizado porque las partes renuncian a la exclusividad de los derechos en disputa y prefieren más bien ceder parcialmente sus aspiraciones recíprocas.***

*“...Tal libelo, en efecto, revela el acuerdo de voluntades en torno a cómo desearon las partes ponerle término al litigio, con las **concesiones recíprocas que caracteriza convenio semejante,** ... [Sala de Casación Civil CSJ 26 de Mayo de 2006. MP Manuel Isidro Ardila V]*

Esta es la circunstancia de la **reciprocidad de concesiones que con tal fin hacen las partes** o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes, es la que **distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho.**

Es indiscutible que la transacción planteada en los Otro Si Generales Reglamentarios en los cuales se fundamenta el fallo, NO CONSTITUYEN un contrato bilateral para ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., toda vez que en la misma **no se concertó concesiones a su cargo, siendo inexistente el requisito de la reciprocidad,** y así lo confiesa la representante legal de la Demandada al absolver el interrogatorio de parte a las 2:53:50 horas de la Audiencia, donde claramente y expresamente al ser interrogada por la apoderada de las Demandantes respecto de la existencia de “concesiones recíprocas, manifestó:

“NO. El tema de los intereses era un tema del Promotor; no de la Fiduciaria”

Lo estipulado en el referido documento, incluía tan solo el reconocimiento por parte de la Sociedad PROMOTORA de pagar a favor de la inversionista una tasa de interés del 0,75% mensual sobre los dineros que efectivamente ingresaron al fideicomiso, intereses que serían liquidados desde el momento de la suscripción del referido Otro Si, hasta la fecha de la firma de la escritura pública de compraventa o de la entrega de los locales comerciales, dichos valores los reconocería la promotora a favor de las inversionistas descontándolos o aplicándolos al saldo a pagar por el “PROMITENTE COMPRADOR”.

El reconocimiento de los intereses antes mencionados por parte de la Promotora a favor de las inversionistas tampoco se efectuó, toda vez los locales comerciales JAMÁS fueron escriturados ni entregados, con lo cual la transacción no produce efecto legal alguno, pues de lo contrario significaría la renuncia de derechos, el desistimiento a interponer las acciones legales lo cual constituye a la luz de nuestro ordenamiento jurídico una clausula abusiva.

VALORACIÓN PROBATORIA

Sorprende la afirmación de la Delegatura al manifestar que “no se logró probar por las demandantes el presunto engaño que viciara su consentimiento para dejar sin efectos lo pactado, y por el contrario lo que alumbra tanto del interrogatorio de las actoras como de la documental arrimada al proceso es la existencia de una voluntad consciente de las consumidoras financieras de llegar a un acuerdo para que se pudiera seguir adelante con el proyecto inmobiliario.” [Lo resaltado y subrayado fuera de texto]

Desconoció de manera total el Delegado las pruebas aportadas con la Demanda, o no las apreció con las reglas de la sana crítica como lo establece el artículo 176 del CGP. De la lectura de la Sentencia proferida por la Delegatura se desprende que el Delegado se limitó a darle valor probatorio aisladamente, sin otorgarle valor alguno a las pruebas aportadas y practicadas en la etapa probatoria, pruebas aportadas al descorrer los traslados de la Demandante y de la llamada en Garantía y, de los interrogatorios de parte.

Sin lugar a dudas la suscrita aportó al proceso suficientes herramientas probatorias para determinar el claro incumplimiento de la Demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. por las acciones y omisiones de su representante legal principal (sin limitación alguna) y de los empleados de la sucursal (hoy agencia) de la ciudad de Santiago de Cali, acervo probatorio que desconoció, que no valoró el Delegado a la hora de proferir el fallo.

A lo largo del interrogatorio se desprende que la Promotora no tenía como desarrollar el proyecto, y la sociedad Fiduciaria, con engaños llevó a mis representadas a suscribir los OTRO SI fundamento del fallo, buscando evitar responsabilidades futuras a su cargo.

DERECHO

Invoco como fundamento de derecho lo preceptuado por los artículos 320 y ss., Capítulo II, Sección Sexta, Título Único.

PRUEBAS

Ruego tener como pruebas la actuación surtida en el proceso de ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO, tanto las documentales como los interrogatorios de parte.

COMPETENCIA

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, D.C.. es competente para conocer del recurso de apelación por encontrarse la primera instancia en la Delegatura para funciones Jurisdicciones de la Superintendencia Financiera de Colombia.

NOTIFICACIONES

La suscrita en la Secretaría de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá o en:

Dirección: Carrera 6 No. 3-08 / Barrio San Antonio

PBX: (57-2) 893 8042

Ciudad: Santiago de Cali

Correo Electrónico: ciao.agudeloyasociados@gmail.com

Mis poderdantes en:

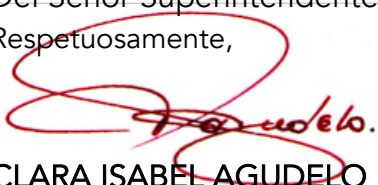
Dirección: Carrera 34 No. 13A -253
PBX: (57-2) 882 30 40
Ciudad: Yumbo (Valle)
Correo Electrónico: samiraibrahim@calzatodo.com.co

La Demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Dirección física: Calle 85 Nro. 9-65 Bogotá
Teléfono: PBX: (57-1) 691 50 90
Dirección electrónica: notijudicial@accion.com.co

Del Señor Superintendente Delegado

Respetuosamente,



CLARA ISABEL AGUDELO DE ZÚÑIGA

C.C. No. 41.750.045 expedida en Bogotá, D.C.

T.P. No. 29.242 del CSJ.

Doctor:

IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA

Honorable Magistrado

Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil

E. S. D.

Ref. Ordinario. Demandante. LUIS ALEJANDRO VASQUEZ ROJAS.
Demandados. NEMIR LOZANO (Q.E.P.D) y MÉDICOS ASOCIADOS S.A.
I.P.S./NUEVA CLINICA SAN SEBASTIAN DE GIRARDOT. Rad. 110013103005-
2007-00324-01.

CAROLINA CASTILLO PERDOMO, mayor de edad, identificada con la cedula de ciudadanía No. 52.891.129 expedida en Bogotá, en condición de Representante Legal (s) de **MÉDICOS ASOCIADOS S.A.**, entidad creada mediante escritura publica No. 2.440 otorgada en la Notaria 1ª de Bogotá el día 21 de junio de 1978, con NIT No. 860066191-2 y matricula mercantil 00104115, tal y como se demuestra con la Certificación de existencia y representación expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá que se anexa, por medio del presente escrito manifiesto que confiero poder especial, amplio y suficiente al **Dr. FRANCISCO JOSE MORENO RIVERA**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 79.411.177 de Bogotá y T.P. 65.534 del C.S. de la J., para que asuma la defensa de los intereses de Médicos Asociados S.A., en el proceso e instancia referidos.

Nuestro apoderado queda facultado para conciliar, transigir, recibir, retirar, desistir, sustituir, renunciar, reasumir, interponer recursos de ley, reconvenir y demás facultades inherentes al mandato legal.

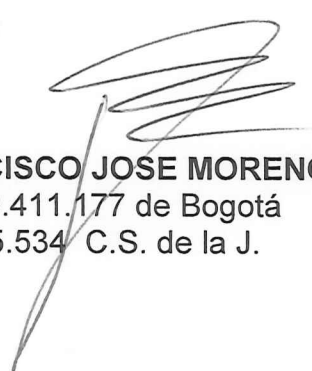
Solicito al señor Juez se reconozca personería judicial a nuestro apoderado para actuar.

Cordialmente,

La Poderdante,


CAROLINA CASTILLO PERDOMO
C.C. 52.891.129 de Bogotá
Representante Legal

Acepto,


FRANCISCO JOSE MORENO RIVERA
C.C. 79.411.177 de Bogotá
T.P. 65.534 C.S. de la J.



Doctor:
IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA
Honorable Magistrado
Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil
E. S. D.

Ref. Ordinario Demandante: LUIS ALEJANDRO VASQUEZ ROSAS.
Demandados: NEMIR LOZANO (O.E.P.) y MEDICOS ASOCIADOS S.A.
I.P. SANUEVA CLINICA SAN SEBASTIAN DE GIRARDOT. Ref. 11001319308-
2007-00324-01

CAROLINA CASTILLO PERDOMO, mayor de edad, identificada con la cédula de
ciudadanía No. 52.891.129 expedida en Bogotá, en condición de Representante
Legal (e) de MEDICOS ASOCIADOS S.A., entidad creada mediante escritura
pública No. 2.440 otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá el día 21 de junio de 1978,
con NIT No. 80069181-2 y matrícula mercantil 00104115, así y como se
demuestra con la Certificación de existencia y representación expedida por la
Cámara de Comercio de Bogotá que se anexa, por medio del presente se
manifiesta que confiere poder...



**DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN
PERSONAL Y DE RECONOCIMIENTO
BLANCA AZUCENA GARCIA
MANRIQUE NOTARIA 50
ENCARGADA**



Ante el Notario 50 del Circulo de Bogotá, D.C.

Compareció: **CASTILLO PERDOMO CAROLINA**
quien se identificó con: **C.C. 52891129**

y declaró que el contenido del documento es cierto y que la firma y
huella que aquí aparecen son suyas.



Bogotá D.C. 07/07/2020

febgddegc4c4ecec



ND

Huella de índice derecho certificada
a solicitud del compareciente

Handwritten signature and ID: *Carolina Castillo*
52.891.129 Bta



Signature of CAROLINA CASTILLO PERDOMO
C.C. 52.891.129 de Bogotá
Representante Legal

Signature of FRANCISCO JOSE MORENO RIVERA
C.C. 78.411.77 de Bogotá
T.P. 88.634 C.S. de la J.

Doctor:

IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA

Honorable Magistrado

Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil

E. S. D.

Ref. Ordinario. Demandante. LUIS ALEJANDRO VASQUEZ ROJAS.
Demandados. NEMIR LOZANO (Q.E.P.D) y MÉDICOS ASOCIADOS S.A.
I.P.S./NUEVA CLINICA SAN SEBASTIAN DE GIRARDOT. Rad. 110013103005-
2007-00324-01. – Alegatos sustentación recurso de Apelación a la Sentencia de
1er instancia.

En mi condición de apoderado especial de la demandada sociedad MEDICOS ASOCIADOS propietaria de la denominada Nueva Clínica San Sebastián, así reconocido en autos, por medio del presente escrito manifiesto al Señor Magistrado y en cumplimiento de lo ordenado por Auto del día 3 de julio de 2020 notificado por estado del día 6 del mismo mes y año, que presento los Alegatos que en tramite de segunda instancia solicito se tengan en cuenta para efectos de obtener la revocatoria de la sentencia proferida en primer instancia por el Señor Juez 46 Civil de Circuito de Bogotá en día 1º de Octubre de 2019 en el asunto referido, recurso que sustento conforme a los siguientes fundamentos:

1.- LA SENTENCIA IMPUGNADA:

El Juez 46 Civil de Circuito de Bogotá el día 1º de Octubre de 2019 en sentencia de primer instancia resuelve absolver de responsabilidad alguna al codemandado Dr. Gemir Lozano y condena a la Sociedad Médicos Asociados y su Clínica Nueva San Sebastián, como responsables de daños y perjuicios supuestamente causados al menor Luis Alejandro Vásquez Zabala por aparente mala praxis médica y/o fallas en el servicio asistencial brindado al mismo el día 25 de octubre de 2006.

2.- RECURSO DE APELACION:

Se invoca de forma oportuna recurso de apelación contra la sentencia proferida en primer instancia por el Juez 46 Civil de Circuito de Bogotá el día 1º de Octubre de 2019 y se sustenta por escrito oportunamente el día 8 de octubre de 2019, teniéndose como puntos de objeción:

- No demostración de daños morales (punto 2)
- No demostración relación entre conducta y supuesto daño a la salud y lesión económica. (punto 2)
- No debida valoración probatoria – análisis parcializado de la prueba y conducta institucional (punto 2)
- No se valoro la responsabilidad y conducta asumida por el responsable del paciente – su familia (punto 2)
- No se valoro la inexistencia de falla alguna en el servicio de salud institucional (punto 3)

3.- SUSTENTO RECURSO DE APELACION:

Mi representada genera contestación en oportunidad procesal a la demanda principal oponiéndose a los hechos y pretensiones, respuesta visible a **Folios 73 a 79** del libro o cuaderno de actuación principal, planteándose para efectos de oposición a las pretensiones de la demanda las excepciones de inexistencia nexa causal; culpa exclusiva de la víctima; inexistencia obligación de indemnizar; in dubio pro reo; Obligaciones de medio y no de resultado y la de excepción genérica.

Se aprecia la práctica de pruebas referidas a interrogatorios de parte, recepción de testimonios y de dictámenes periciales, así como las aportadas – documentales a la demanda y su contestación, pruebas practicadas tanto en el despacho del señor Juez 5º Civil de Circuito como en el despacho de la Señora Juez 6ª Civil de Circuito de descongestión, las que resumo y analizo como sigue:

3.1.- Folios 66, 67 y 68 (233 a 235) del cuaderno principal, aparece allí fotocopias simples tomadas de la historia clínica abierta al paciente Luis Miguel de la Coromoto Zabala, durante la asistencia brindada al mismo en salud el día 25 de octubre de 2006 en la Nueva Clínica San Sebastián, apreciándose en el **folio 68 (235)**, que el Medico General, Nemir Lozano (Q.E.P.D.), el día en cita – 25 de octubre de 2006, **remite por interconsulta a valoración al menor Luis Miguel para Urología.**

Con lo anterior es claro y posible afirmar que el medico general adopto las medidas pertinentes previo a valorar al paciente y dispuso remisión para valoración por servicio de Urología, y así lo declara y veremos mas adelante, el citado galeno en su declaración dentro de diligencia de interrogatorio de parte.

Asi mismo es necesario advertir que estos folios se repiten, aportados al contestar la demanda a folios 233 a 235 y que a folio 234 o 67, aparece folio de la hc del paciente, en la cual se aprecia en su parte superior que el plan de manejo dado por el Dr Nemir Lozano indica 1- observación, 2- valoración por urología y 3- diclofenaco amp... y en el mismo folio, aparece nota final, parte inferior, en que se indica que se cierra la hc el 27 de octubre de 2006 por cuanto el paciente no se presenta al servicio de urgencias...ESTO ES INDICIO CLARO DE QUE EL PACIENTE NO ACUDIO A VALORACION POR UROLOGIA AL DIA SIGUIENTE D ELOS HECHOS, ESTO ES, EL 26 DE OCTUBRE DE 2006 A CONSULTA POR UROLOGIA-

3.2.- Folios 110 a 117, Interrogatorio de Parte al Dr. Nemir Alberto Lozano Escobar (Q.E.P.D.).

- indico que el paciente (Luis Miguel) fue atendido a las 7 PM, que refirió que a las 3 PM al tirarse de una piscina sufrió un dolor testicular por lo cual consulto, e indico el medico en cita que en el testículo derecho había edema, eritema, dolor a la palpación, sin cianosis y diagnostico orquitis, se ordeno pasar a observación, valoración por urólogo y se aplico diclofenaco intramuscular.

- anoto que en camino a observación, el padre del paciente le dijo que él (el padre ahora demandante) **no veía tan malo como para dejarlo en observación**, que por que no lo dejaba en sala de espera viendo televisión.

- que en vista de que a las 9 PM no llegaba el urólogo, se le dio salida al paciente ya que presentaba un trauma testicular leve, que el paciente refirió sentirse bien sin dolor alguno, se le dio salida con recomendaciones y signos de alarma como consta en acta de comité técnico científico del 18 de enero de 2007, en la que el señor Luis Alejandro de la Coromoto Vásquez Rojas dice: “.a las 9 PM el medico le dio salida con analgésicos, indicaciones de compresas, y signos de alarma para reconsultar”.

- que al día siguiente el 26 de octubre de 2006, el paciente no presento dolor pero seguía con el edema testicular, el 27 de octubre de 2006, presento dolor intenso por lo que el padre decidió llevarlo a la clínica San Rafael de Bogotá – lo anterior según nota del despacho, fue observado por el interrogado en el acta del comité técnico científico de fecha 18 de enero de 2007 elaborada por Compensar.

- ante pregunta del despacho, ultima, visible a folio 112, en la cual se interroga al medico Nemir Lozano sobre si el paciente presentaba el 26 de octubre de 2006 edema y el 27 presento dolor intenso, hallándose en el centro medico San Sebastián, bajo la vista del interrogado, porque razón no se le aplico o recomendó algún procedimiento antes de ser llevado a la Clínica San Rafael de Bogotá, **el interrogado contesto, que el paciente nunca reconsulto, a pesar de recomendaciones, o sea el paciente no volvió, a pesar de las recomendaciones de los signos de alarma. – Valga la pena anotar, que el señor Juez 5 Civil de Circuito de Bogotá, ante quien se adelanto este interrogatorio, OMITIO recordar, que el paciente ya NO estaba en la Clínica San Sebastián, pues es claro que el día 25 de octubre de 2006 el**

paciente SALIO de dicha clínica por orden del Dr. Nemir Lozano y con recomendaciones y signos de alarma para que reconsultara, esto es, para que de presentarsen tales signos de alarma, VOLVIERA el paciente a dicha clínica a ser nuevamente valorado y que el citado galeno le había dado orden de interconsulta al paciente para el día siguiente 26 de octubre de 2006 en horas desde la 7 AM por urología.

- anoto que el paciente no fue valorado por el urólogo, mas existe indicio de que el medico remitió a interconsulta y adicionalmente le genero recomendaciones y signos de alarma para reconsultar.

- anoto que **no se practico exámenes adicionales por cuanto el cuadro clínico que presentaba el paciente en ese momento no se justificaba ningún examen - esto es, NO había signos ni síntomas de torsión testicular.**

- anoto a pregunta del demandante, que los signos de alarma que genero al paciente eran persistencia e intensidad del dolor, cambios en la coloración en el escroto.

- ante pregunta del por que no ordeno la hospitalización del paciente, indico que el paciente no presento dolor según palabra del señor de La Coromoto en el comité técnico científico.

- **indico que descarto una torsión testicular, porque al examen físico solo se encontró edema testicular y eritema y en la torsión testicular por el contrario hay deformidad del contenido escrotal y se palpa una masa correspondiente al sitio de la torsión, intensamente dolorosa.**

- indico que los especialistas si no están en la clínica se ubican por celular y se les informa la interconsulta.

- anoto ante pregunta relacionada con que si el paciente no es valorado por especialista, cual es el procedimiento que se debe seguir como medico, cuando se hace necesaria tal valoración especializada, indico el testigo que todo depende del cuadro clínico, y que si el paciente como ya lo había dicho presentaba un trauma testicular leve, que mejoro, no ameritaba en ese momento la valoración.

- indico el testigo, que ha atendido para el año pasado, se entiende, para el año 2008 (el testimonio lo rinde en el 2009), diez (10) pacientes que consultaron por dolor testicular, resultando uno con torsión sin antecedentes de trauma, porque según el galeno, la torsión ocurre principalmente en pacientes previamente sanos con un inicio súbito, generalmente en horas de la mañana.

3.3.- Folios 122 a 129, diligencia de testimonio al Dr. Camilo Andrés Medina Márquez - Md. Urólogo.

- indico que hizo parte del comité técnico científico de la EPS COMPENSAR en carácter de perito, que trabaja con Compensar.

- anoto que con un testículo contralateral sano no se esperan alteraciones ni desde el punto de vista hormonal ni reproductivo.

- insistió que debe esperarse que su función reproductiva y hormonal no tenga limitaciones, en cuanto al impacto psicológico no estaba en capacidad de responder.

- **anoto que la atención brindada por el medico de urgencias en la Clínica San Sebastián a su manera de ver fue correcta.**

- explico respecto de edema y eritema sin cianosis, que son signos clínicos que en un paciente de esa edad, con dolor, sugieren diagnostico de síndrome escrotal agudo, que requieren de valoración por especialista.

- **anoto que los signos o síntomas de un trauma testicular son el dolor, inflamación, eritema o enrojecimiento o equimosis y por lo tanto pueden ser distinguibles de un síndrome escrotal agudo.**

- anoto que los signos de una torsión testicular se refieren a dolor, inflamación, eritema y ocasionalmente cambios en la posición y orientación del testículo.
- a pregunta respecto de si en la historia clínica – de la Clínica San Sebastián -, se registro signos contundentes de torsión testicular, indico que lo anotado puede ser o no, signos de una torsión testicular, pero también de otros diagnósticos diferentes.
- indico que fue correcta la posición del medico al remitir al paciente a valoración por urología.
- anoto que una forma de evitar la perdida del testículo es la cirugía, esto se desprende de una respuesta algo confusa y ante interrogante de cómo proceder si no había valoración por urólogo. – -- Nota respecto de esta declaración, es que puede afirmarse que el paciente pudo ser sometido a procedimiento quirúrgico exploratorio por otro medico no urólogo, como lo es un cirujano, teniéndose en cuenta que para ello los signos o síntomas debían poder asumir al medico la existencia de un posible trauma escrotal agudo, signos que en el paciente no se presentaron en el momento de consultar el día 25 de octubre de 2006.
- anoto que es procedente someter a exploración quirúrgica a un paciente de estas características dentro de las seis primeras horas.
- indico así mismo que la variabilidad individual es grande – respecto de exploración quirúrgica por trauma testicular en seis siguientes horas – pero se considera alta probabilidad de salvar el testículo en general en las seis primeras horas y de perdida alta después de las veinticuatro horas. --- Nota, sea necesario recordar que el paciente es atendido en la Clínica San Sebastián a las 7 PM del día 25 de octubre de 2006, egresa de la entidad el mismo día sobre las 9 PM, con signos o indicaciones de alarma para reconsulta, que es remitido para valoración por urología para el día siguiente esto es el 26 de octubre de 2006, mas el paciente NO retorna a tal valoración por urología y que el padre del paciente, lo traslada finalmente a Bogotá, el día 27 de octubre de 2006, de tal forma, que se puede afirmar que de haber seguido el padre del paciente las indicaciones para reconsulta al día siguiente, y de conformidad a lo aquí informado por el testigo, sin duda alguna la posibilidad de salvar el testículo del paciente habría sido my alta, mas el paciente NO acudió el 26 de octubre a reconsulta.
- finalmente indica el medico urólogo – testigo, que si se supera las 24 horas es mayor el riesgo de que se requiera una orquidectomía --- favor tener en cuenta nota anterior.

3.4.- Folios 131 a 138, Interrogatorio de Parte al demandante Luis Alejandro de la Coromoto Vásquez Rojas.

- realiza un relato de los eventos acaecidos el 25 de octubre de 2006, indicando que el accidente ocurre sobre las 3:30 PM del 25 de octubre de 2006, **acepta que el Dr. Nemir Lozano, atiende al menor y remite al mismo a valoración por urología, en indica que pasadas las 10 PM les da salida.**
- alega se le indico debía tener al niño en reposo, ponerle compresas de hielo, analgésicos --- Nota, lo anterior indica que el medico si dio instrucciones y sin duda alguna signos de alarma para reconsulta.
- indico esa misma noche les dijo que tenia que verlo el urólogo.
- acepta según se aprecia en la hoja No. 4, que el Dr. Nemir le dijo que tenia que ir al urólogo, aunque no acepto que tal remisión fuera con soporte en lo contenido en el ya referido folio No. 68.
- anota que siguiendo las recomendaciones del Dr. Nemir permanecieron el día 26 de octubre, colocando compresas y analgésicos y que el 27 ante dolor agudo y viendo el testículo amoratado y se dirigieron a Bogotá a la Clínica San Rafael. Esto implica que el actor, NO traslado al menor hijo a cumplir con la valoración por urología a la que le remitiera el Dr. Nemir Lozano el 25 de octubre de 2006.

- anota el interrogado, visible a hoja 5 de su declaración, que el niño tuvo dos dolores fuertes, el día 25 y el 27, **que el 26 no presento dolor alguno por que estaba bajo el efecto de sedante que le coloco el Dr. Nemir**; que seguía presentando el testículo la misma inflamación y color con que se había llevado a la Clínica de Girardot --- **Nota, 1.- ha de observarse que es contradictoria esta observación del interrogado, 1. Porque el analgésico colocado por el Dr. Nemir, no tiene efecto por 24 o 48 horas, de tal forma que si hubo dolor agudo este debió manifestarse el día 26 de octubre incluso antes de medio día, 2. Si el testículo al día 26 seguía presentando inflamación y color igual al del día 25 en que consultan inicialmente a la Clínica San Sebastián, porque razón no reconsultaron a la misma clínica o a la San Rafael de Girardot?, no es acaso esta conducta del padre, un claro descuido, mas aun cuando el medico genero signos de alarma para consulta?**

3.5.- Folios 150 a 158, diligencia de recepción de testimonio del Dr. Guillermo Hermida Peña, Md. Urólogo.

- indico que el síndrome de testículo agudo involucra varias patologías en donde hay que hacer un diagnostico diferencial para llegar a una patología específica.

- ese síndrome lo componen el trauma testicular, la torsión de testículo, la torsión de a idatide de morganni, la necrosis, orquitis, epididimitis, orquipedidimitis, dolor, rubor.

- anoto que el tratamiento dado al paciente inicialmente en su parecer fue correcto.

- indico que en un trauma testicular el manejo es expectante y de acuerdo a la evolución, se tomarían otro tipo de medidas, suministrándose inicialmente analgésicos antiinflamatorios, reposo, hielo local.

- indico que si se aprecia un hematoma (colección de sangre) que va en aumento, se hace necesario el acto quirúrgico. Nota.- Este signo no se describe en la valoración inicial del 25 de octubre de 2006, por ende no había alerta para proceder qx

- se pregunto al testigo, folio 153, entre las 9:00 PM, el día 25 de octubre se tiene establecida la hora de salida de consulta del menor, y dentro de las seis horas siguientes, que sintomatología pudo haberse presentado que alertase de una lesión de mayor cuidado o de gravedad, conforme a la capacidad o entendimiento de una persona no preparada en aspectos médicos o científicos, y contesto, si el paciente presenta nauseas, vomito, dolor abdominal, aumento de tamaño del mismo testículo, en donde uno observa que las medidas tomadas inicialmente no son suficientes para mejorar el estado general a cualquier persona se le ocurre que las cosas no van por buen camino y tendrán que volver donde el profesional.

- anota el testigo que la perdida de un testículo no impide los actos de reproducción en el menor y que tampoco se altera la función hormonal del menor.

- indica que el aspecto hormonal (da las características hormonales en una persona y las define como mujer o varón) no se altera por la carencia de un testículo, que se trata también de un manejo psicológico, que depende del medico y la familia que lo rodea (al paciente).

- refiere que al paciente – menor, no se le recomendaría actividades extremas.

- anota que el folio No. 68 (235) en efecto corresponde a una interconsulta para valoración por urología.

3.6.- Folios 179 a 182, diligencia de recepción de declaración del menor Luis Miguel de la Coromoto Vásquez.

- anota que el testículo que le queda esta bien.
- anota que el Dr. Casao psicólogo de la EPS Famisanar – folio 181, le dijo que podía hacer cualquier deporte aun teniendo el suspensorio.
- ante pregunta referida así su concepción personal respecto a su condición masculina a raíz de lo sucedido había cambiado, indico "los deportes que ya no puedo hacer, es lo único que ha cambiado en mí".
- a pregunta respecto de si ha sentido algún impacto psicológico o espiritual frente a su concepción de hombre u hombría, indico que se siente normal.
- acepta finalmente que no volvió a la clínica (San Sebastián) y se vinieron a Bogotá.

3.7.- Folios 206 a 210, diligencia de Interrogatorio de Parte a Representante Legal de Medicos Asociados, Dr. José Jesús Ángel Díaz.

- anota previo relato de los hechos, que el menor no ingreso a observación en urgencias por cuanto el padre del mismo no acepta ello y pide se le mantenga – al hijo, en sala de espera, que el paciente ante interrogatorio del medico dice sentirse bien por lo que el medico dispone dar salida para regresar al día siguiente para nueva evaluación.

- ante pregunta relacionada con que motivo la extirpación, el interrogado indico que el dolor desapareció tras una hora de atención medica y por lo tanto no se podía pensar en un cuadro de torsión testicular.

- respecto de por que el menor no fue atendido por urólogo, indico que el paciente no asistió a la cita programada por la mañana. ---Nota, ha de recordarse que a folio 68 (235), se halla una anotación del Dr. Nemir Lozano, en que se anuncia o remite o solicita valoración por urología, la cual era para el día 26 de octubre de 2006, esto es, al día siguiente de ocurridos los hechos. Debo así mismo indicar, que por regla general los médicos especialistas acuden a la Clínica San Sebastián para valorar a los pacientes en horario que fluctúa entre las 7, 8 y 9 AM de cada mañana, realizando la denominada "ronda", y que era ese el momento en que el paciente seria valorado por urólogo.

- anoto que en la citada clínica si había servicio de urología.

- indico – folio 209, **que las interconsultas no siempre son para ser contestadas de manera urgente y que en este caso por la desaparición de los síntomas, la interconsulta se dejo para el día siguiente (26 de octubre de 2006).**

- ante pregunta de porque se permite la salida del paciente sin valoración por urólogo, indico que el padre decide llevarlo para traerlo (a la clínica) al día siguiente y que de acuerdo a la segunda valoración el paciente estaba asintomático y se le envía a casa con recomendaciones.

3.8.- Folios 237 a 239 (9 a 11), acta comité técnico científico adelantado en EPS Compensar.

- a las preguntas del usuario, el comité indica ¿mi hijo podría perder el otro testículo?, el comité contesta, El Dr. Medina (Camilo Medina, urólogo), en la cirugía se realizo fijación del testículo izquierdo lo que no permite la torsión del mismo; ¿mi hijo tendrá

vida sexual y fertilidad normal?, el **Dr. Medina contesta, que un solo testículo es suficiente para tener una fertilidad y una vida sexual normal. No se ven afectadas las hormonas masculinas. En la cirugía se realizo protección del testículo izquierdo al fijarlo.; ¿mi hijo puede volver a jugar futbol?, el Dr. Medina indico, **que no tendría problema en reiniciar su actividad deportiva con las protecciones necesarias.****

- indico el comité que el manejo inicial de urgencias fue adecuado ya que lo pertinente era aplicar analgésico y solicitar interconsulta a Urología, lo cual se realizo.

- se anoto así mismo que el señor Alejandro Vásquez padre del paciente refiere que a las 9 PM el medico les dio salida con analgésicos, indicaciones de compresas y signos de alarma para reconsultar; que al siguiente día 26 de octubre de 2006 el paciente no presento dolor pero si edema testicular, el 27 de octubre de 2006 presento dolor intenso por lo que el padre decidió llevarlo a la Clínica San Rafael de Bogotá. NOTA. Se acepta entonces que no obstante los signos de alarma, el paciente es quien decide no retornar el 26 de octubre de 2006 para consulta por urología.

3.9.- Folio 261 y 266, ambas caras, informe de la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá.

- indica que el demandante estuvo afiliado a Compensar EPS y desde el 2012 a Famisanar EPS.

- anota que los protocolos asistenciales los debe aportar la IPS, ya que tales entidades manejan sus protocolos.

3.10.- Folios 288 a 289, dictamen medico rendido por el perito Dr. Fernando Guzmán Chávez, Md. Urólogo.

- define los síntomas de orquitis y trauma testicular así: 1.- orquitis, proceso inflamatorio, caracterizado por calor, dolor y aumento de tamaño del testículo y 2.- trauma testicular, equimosis, edema, hemorragia intraparenquimatosa, ruptura total o parcial del testículo, dolor, hematoma.

- respecto del tratamiento para una orquitis y un trauma testicular, indico: 1.- si es orquitis de origen bacteriano se trata o basa el tratamiento en antibioterapia, si es orquitis urliana, se trata con incisiones de relajamiento y 2.- si trauma testicular, se realiza la clasificación del trauma, si es leve, reposo y analgesia y si el trauma compromete la integridad de la albugínea se debe realizar exploración escrotal y rafia testicular, si se presenta estallido testicular se realiza orquidectomía simple. --- Nota, deba apreciarse por el despacho que la valoración y concepto medico en urgencias fue de trauma testicular leve y se trato por el Dr. Nemir Lozano con reposo, analgesia, signos de alarma.

- informo que los síntomas de torsión testicular son cuadro de dolor de inicio súbito y al examen se encontraría testículo ascendido de su posición normal aumentada de tamaño y consistencia.- NOTA- ESTOS SIGNOS NO SE HALLARON EN LA CONSULTA ATENDIDA POR EL DR. NEMIR LOZANO EL 25 DE OCTUBRE DE 2006

- en cuanto a la fertilidad anoto que siendo el testículo fijado "normal" no deberá presentar alteraciones de fertilidad.

- respecto de consecuencias a un paciente a quien se practica orquidectomía respecto de su vida sexual, anoto que no debe presentar alteraciones a su vida sexual.

- en cuanto a limitaciones en el desempeño de actividades cotidianas a paciente con practica de orquidectomía, anoto que si la orquidectomía fue simple o por patología no tumoral no hay limitación funcional.

3.11.- Folios 291 a 293, diligencia de recepción de testimonio al Dr. Martin Alonso Larrotta Díaz, cirujano pediatra.

Debe anotarse que el testigo en particular no atendió al menor en la Clínica San Sebastián de Medicos Asociados y adicionalmente no ostenta la calidad de especialista en urología.

- a la pregunta de si lo descrito en el diagnostico descrito es un síndrome inguinoescrotal agudo por torsión testicular, indico que el diagnostico allí descrito es orquitis (entiéndase golpe) post trauma.

- respecto de la pregunta de si conoce cual es la diferencia entre el síndrome inguinoescrotal agudo por torsión testicular y la orquitis post trauma, indico que la diferencia clínica es muy difícil delimitarla pero el pronostico entre uno y otro diagnostico es totalmente diferente.

- respecto de que consecuencias puede tener la perdida del testículo, indico que en general con un testículo se puede conseguir desarrollo sexual y de procreación satisfactorio.

3.12.- Folio 309, complementación al dictamen medico rendido por el perito Dr. Fernando Guzmán Chávez, Md. Urólogo.

- a la pregunta dos, respecto de si el medico general de urgencias puede clasificar el trauma con el tacto y examen físico, anoto, que la orquitis se presenta como un proceso crónico, con síntomas como el dolor, calor, rubor y aumento de tamaño del testículo y el trauma testicular tiene un agente causal directo y al examen físico se encontrara dolor, equimosis, aumento de tamaño del testículo y ante esa situación el medico general de urgencia debe solicitar una ecografía testicular caso contrario, de no autorizarse se debe remitir a valoración por urología. --- Nota, proceder que se aplico en el presente asunto por el Dr. Nemir Lozano.

- a la pregunta cinco, indico que la capacidad de procrear esta determinada por la calidad del semen, que con los dos testículos se tiene mejor capacidad y mayor posibilidad y que si sentirse bien, mas seguro, se refiere a tener una buena erección, no hay relación a tener uno o dos testículos.

3.13.- Otras pruebas.

No obra en el proceso prueba aportada o practicada a solicitud del actor o demandante, ni de oficio, ni referida a dictamen financiero, con la cual se este demostrando la existencia de perjuicios o daños materiales – entiéndase daño emergente y lucro cesante, ni de daño moral o de afectación a la vida, ni se demuestra daño futuro alguno, por ende ha de afirmarse que las pretensiones respecto de indemnización por daño alguno, no han sido plenamente probadas o soportadas en el curso del tramite procesal.

No obra en el expediente prueba documental o de otra clase con la cual el actor demuestre que el menor Luis Miguel, reportaba o tendría la futura oportunidad de reportar o recibir ingresos económicos por su actividad deportiva como futuro futbolista adscrito a equipo profesional o amateur alguno; no se aporta reporte de ingresos económicos presentes o futuros por tal actividad, ni prueba alguna respecto de manejo alguno por especialista en promoción de deportistas.

No obra en el proceso dictamen financiero alguno con el cual se verifique o establezca eventos referidos a sumas dejadas de percibir por concepto de daño emergente, lucro cesante, daño a la vida de relación, daño moral, que permita establecer un criterio para definir la veracidad de las pretensiones económicas enlistadas en la demanda.

3.2.- Alegatos Apelación:

Conforme a los puntos 2 y 3 del recurso de apelación:

- No demostración de daños morales (punto 2)
- No demostración relación entre conducta y supuesto daño a la salud y lesión económica. (punto 2)
- No debida valoración probatoria – análisis parcializado de la prueba y conducta institucional (punto 2)
- No se valoro la responsabilidad y conducta asumida por el responsable del paciente – su familia (punto 2)
- No se valoro la inexistencia de falla alguna en el servicio de salud institucional (punto 3)

Se tiene que en el tramite del proceso cuya sentencia se impugna en apelación:

No se demostró en el proceso referido la existencia de daños materiales ni morales, ni de aquellos referidos a la relación de vida, ni presentes o futuros, que permita afirmar la existencia de los mismos ni su cuantum, o que tales estén a cargo de la demandada Médicos Asociados o su Clínica Nueva San Sebastián, y esto se afirma ante la carencia absoluta de dictamen financiero o peritazgo en tal sentido, de forma tal no es posible demostrar la cuantía de daño material exigida por el actor ni se soporta así mismo el monto de condena concedido por el juzgador en primer instancia.

Sea necesario anotar que se presenta incluso un evento en virtud del cual se ha de excluir responsabilidad alguna en cabeza de mi asistida y que consiste en un acto o hecho de la propia victima, pues es claro que el menor Luis Miguel fue remitido a valoración por urología para el 26 de octubre de 2006 – **FOLIOS 68 o 235 de las actuaciones** - y que el menor no acudió a tal consulta o servicio y espero el 26 de octubre en el lugar de descanso – Y ASI LO ACEPTO EL DEMANDANTE EN SU INTERROGATORIO DE PARTE - y solo hasta el 27 de octubre cuando su estado se agrava, es que acuden a la clínica San Rafael de Bogotá, de forma tal que no puede endilgarse responsabilidad alguna a nuestra entidad o al Dr Nemir Lozano, mas aun cuando es claro que la salida del paciente es autorizada con indicación de signos de alarma para reconsultar, evento este que incluso es aceptado por el demandante en su interrogatorio de parte.

En el curso del proceso ha quedado claro que el proceder del Dr. Nemir Lozano (QEPD), al brindar la asistencia al menor Luis Alejandro el día 25 de octubre de 2006 en la Clínica San Sebastián fue oportuno y ceñido a los protocolos clínicos y de conformidad con la evolución del paciente, así de hecho lo valora el comité técnico de compensar EPS, su medio camilo andres medina marquez y el testigo Guillermo Hermida.

Dada la evolución clínica que presento el menor en cita, se dio salida al paciente con recomendaciones medicas, signos de alarma para reconsultar de presentarse los mismos y con remisión al servicio de urología para el día siguiente, según se aprecia en el folio 67, 68 (234-235) de las actuaciones, esto es, para valoración el día 26 de octubre de 2006, cita que no fue requerida ni utilizada por el menor, quien según el padre y al pasar el 26 de octubre de 2006 sin mayores contratiempos, no fue llevado a consulta por urología; solo el día 27 de octubre, cuando el menor presenta signos de alarma, el progenitor del menor Luis Alejandro, opta por trasladar al hijo a Bogotá, esto es, **pasadas mas de 24 horas**.

Si el día 25 de octubre (miércoles), se dispuso remisión para el día siguiente (26 de octubre de 2006 - Jueves) según folio 17, 68 Y **237** del cuaderno principal y adicionalmente según lo anotado por los testigos camilo andres medina, Guillermo Hermida y martin larrota, Fernando guzman chavez, los signos síntomas presentados el 25 de octubre **no eran sugestivos de una torsión testicular**, y si la cita para el 26 de octubre de 2006 se hubiere cumplido, por el actor – progenitor ahora demandante, seguramente habría generado y estando aun en oportunidad, un desenlace muy diferente al conocido, mas no podía el personal medico obligar al señor Dela Coromoto Vásquez para que acudiera con su hijo al servicio de urología en la Clínica San Sebastián.

No hay evidencia concreta con que en el curso del proceso se hubiere demostrado que no se advirtió al paciente o su responsable (padres) que signos de alarma se debían tener en cuenta para acudir a reconsulta por urgencias o urología, no hay evidencia con la cual se soporte o demuestre que en la Clínica San Sebastián no se contaba para la fecha de los hechos con el citado servicio de urología, **por el contrario es el demandante quien en su interrogatorio de parte, folios 131 a 138, acepta que al menor se le da salida y se recomienda compresas, medicación para dolor y dice textualmente a folio 4 de su int. De parte "trascurridos el 26 y siguiendo las indicaciones dadas por el medico que el niño tenia que estar en reposo, con compresas y con analgésicos, no nos movimos de dicha habitación, para hacerle el tratamiento, en la habitación del centro recreacional", sin duda lo anterior implica necesariamente se genero por el medico tratante en CSS, un plan de manejo y alertas, que sin duda no fueron acatadas por el ahora actor.**

Si es claro que el paciente no reconsulta el servicio de urología tal y como lo dispusiera el Dr. Nemir Lozano (QEPD) según folio 68 (235) de las actuaciones, **y es aun mas claro que el propio actor decide según la evolución que apreció el 26 de octubre de 2006, no acudir a reconsulta**, solo generando tal actuar el día 27 cuando observa cambios graves en los órganos genitales del menor hijo, decidiendo no acudir a la misma clínica, sino que dispone un traslado a la ciudad de Bogotá.

Puede afirmarse que lo observado por el Dr. Nemir Lozano el 25 de octubre de 2006 era fundamento para proceder tal y como lo hizo, pues si el menor no presentaba las características de una torsión testicular no era procedente su hospitalización, mas aun así recomendó y remitió una interconsulta por urología para el día siguiente, dio el alta al paciente dada su evolución y genero información para reconsulta ante la presencia de signos de alarma; si se hubiere reconsultado el día 26 de octubre de 2006, y de conformidad a lo indicado por dictamen pericial, aun dentro de ese margen de 24 horas se habría generado un desenlace sin duda diferente al conocido.

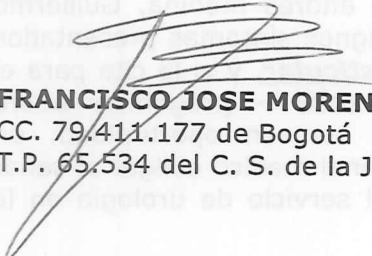
La salud no es solo responsabilidad del personal medico, sino que su cuidado corresponde en nuestro ordenamiento en primer instancia al propio sujeto o paciente, a la familia de este y solo al personal asistencial en salud cuando se acude ante los mismos.

En el presente caso no puede pregonarse o imputarse a la demandada Médicos Asociados o su clínica San Sebastián, falla asistencial alguna, mas aun cuando no se demostró en el curso del proceso que dichas entidades hubieren negado servicio alguno al joven Luis Miguel, quien finalmente no regresa a consulta por urología por eventos o causas no atribuibles a mis representadas, sino exclusivamente al progenitor o familia que es el primer cuidador del citado paciente.

No esta demostrado daño a la vida de relación, y con los diversos dictámenes es claro que las funciones reproductivas se mantienen habilitadas y que eventos tales como la continuidad de una practica deportiva y demás actividades propias del desarrollo humano, no se ven afectadas al menor Luis Miguel.

En virtud de lo expuesto, con soporte en las pruebas practicadas y aquí analizadas y en el hecho ostensible de que no se halla demostrados los daños materiales, ni morales, ni daño a la salud o vida de relación, de forma respetuosa solicito al Honorable Tribunal, se sirva en sentencia de Segunda Instancia, revocar la sentencia proferida el 1º de octubre de 2019 por el Señor Juez 46 Civil de Circuito de Bogotá y dejar sin efecto o valor la condena impuesta a Médicos Asociados S.A. y la I.P.S. de su propiedad a tal fecha Nueva Clínica San Sebastián de Girardot.

Atentamente,


FRANCISCO JOSE MORENO RIVERA
CC. 79.411.177 de Bogotá
T.P. 65.534 del C. S. de la J