



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación:	1001-3103-037-2017-00386-01
Asunto.	Verbal
Demandante.	Cooperativa Multiactiva de Producción Prestación Servicios e integración Siglo XXI – Coopinsi- y Roque Miguel Rodríguez Rodríguez.
Demandado.	Sindicato Nacional del Trabajadores de la Industria Colombiana de Llantas “Sintraincollantas en Liquidación”, Mery C. Gómez Castro y Jorge A. Martínez Galvis.
Reparto.	08/02/2019

NEGAR la solicitud de complementación formulada por el demandado Roque Rodríguez Rodríguez, respecto del proveído de 26 de mayo de 2020, al no converger los presupuestos contemplados en el artículo 287 del Código General del Proceso, por cuanto aquel no omitió resolver ninguno de los aspectos fundantes del recurso de reposición y, en subsidio de queja, propuesto contra el auto de 29 de noviembre de 2019, cuyo objeto era definir la procedencia o no de la alzada interpuesta.

La expedición de copias concierne con el trámite del recurso de queja, a cargo de la Secretaría (-Art. 324 ibídem-); además, en la actualidad, ante el levantamiento de los términos - Acuerdo PCSJA 20 -11567 del C.S.J, los usuarios pueden acceder a

las sedes judiciales, previa solicitud y agendamiento de la cita respectiva, la cual deberá ser, en este caso, asignada por el Secretario de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

Por secretaría, efectúese la contabilización de términos, atendiendo las prescripciones de los artículos 118 y s.s. del estatuto procesal en cita.

NOTIFÍQUESE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada

(2)



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación:	11001-3103-037-2017-00386-01
Asunto.	Verbal
Demandantes.	Cooperativa Multiactiva de Producción Prestación Servicios e integración Siglo XXI – Coopinsi- y Roque Miguel Rodríguez Rodríguez.
Demandados.	Sindicato Nacional del Trabajadores de la Industria Colombiana de Llantas “Sintraincollantas en Liquidación”, Mery C. Gómez Castro y Jorge A. Martínez Galvis.
Reparto.	08/02/2019

RECHAZAR de plano la petición de nulidad presentada por el demandado Roque Rodríguez Rodríguez, a través de la cual alega la indebida representación de su contendor “Sintraincollantas”, en razón a que de conformidad con lo previsto en el artículo 135 del C.G.P. aquella tan solo puede ser alegada por “la persona afectada” y deberá rechazarse cuando sea interpuesta por quien carezca de legitimación.

Adicionalmente, los hechos en que el peticionario funda la invalidación de la actuación reclamada no constituye un hecho nuevo, por lo que su alegación no es tempestiva, conforme lo dispuesto en el artículo 132 Ibídem, según el cual “agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras

irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación”.

Por lo demás, al tenor del artículo 134 ejusdem, las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a ésta, si ocurrieren en ella; y en el caso objeto de estudio, la supuesta irregularidad fue invocada después de proferido el fallo de segunda instancia que dirimió el litigio (7 de noviembre de 2019), sin que se vislumbre que acaeció en el mismo.

NOTIFÍQUESE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada
(2)

**República de Colombia
Rama Judicial**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001-31-03 037-2018-00147-01**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **DYSECON SA S.A.S.**
DEMANDADO : **INGISA CONSTRUCTORES S.A.S. Y
OTROS.**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

De conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 4 de junio de 2020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 2019, por el Juzgado Treinta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.- La sociedad demandante, por medio de esta cuerda procesal, pidió declarar la solidaridad y responsabilidad de garantía de pago, entre los demandados, de las facturas No 36, 37, 38, 39 y 40, por un valor total de \$141'411.189,00, junto a los intereses generados, a título de daños y perjuicios. Asimismo, deprecó que se decrete que Ingisa Constructora y Consorcio Urbanizadora obtuvieron el beneficio de la materia prima suministrada. En consecuencia, solicitó se ordene a los demandados atender los compromisos no solucionados.

Para sustentar sus aspiraciones historió que la Caja de Vivienda Popular, financiada por la Fiduciaria Bogotá, quien en su momento hizo las veces de contratista de las obras denominadas:

Arbolizadora Baja Manzana 54 y 55, en la localidad de Ciudad Bolívar y Proyecto de Vivienda Urbana VIP, en el valle de las Ostras-Tolima, contrató a la sociedad Coinprob S.A.S., quien a su vez subcontrató con la empresa Dysecon S. A. S.A.S., para que se prestara el servicio de alquiler de formaleta metálica, relación comercial de la cual se desprenden los compromisos dinerarios arriba anotados y que no fueron cubiertos por Coinprob S.A.S.

2. En su oportunidad, La Caja de Vivienda Popular se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como defensas "*Improcedencia del llamamiento en garantía*" y "*Falta de Legitimación en la causa por pasiva*" (fl. 147 a 153, cdno 1).

A su turno, el Consorcio Urbanizadora y la empresa Ingisa Constructores S. A. resistieron las reclamaciones del actor, formulando como medios de enervación los que denominó: "*Falta de legitimación pasiva*" y "*Cobro de lo no debido*" (fls. 154 a 164, cdno 1).

Asimismo, la Fiduciaria Bogotá S. A. manifestó su descontento frente a las reclamaciones del actor, alegando como exceptivas "*Falta de presupuestos de existencia del enriquecimiento sin justa causa frente a Fiduciaria Bogotá*", "*Falta de presupuestos de existencia de la acción In rem verso frente a Fiduciaria Bogotá*", "*Inexistencia de solidaridad ente Fiduciaria Bogotá S. A. y la Caja de Vivienda Popular y las demás demandadas*", "*Inexistencia de responsabilidad de Fiduciaria Bogotá S. A.*", "*Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de Fiduciaria Bogotá*" e "*Improcedencia del llamamiento en garantía de Fiduciaria Bogotá S.A.*" (fls. 168 a 178, ídem).

II. SENTENCIA

1. El juzgador de primer grado desestimó las pretensiones de la demanda, tras declarar la prosperidad de las excepciones de "*Cobro de lo no debido*" y "*falta de legitimación en la causa por pasiva*" e "*improcedencia del llamamiento en garantía*"; "*falta de presupuestos de existencia del enriquecimiento sin causa frente a Fiduciaria Bogotá*"; "*falta de presupuestos de la acción in rem verso frente a Fiduciaria Bogotá*"; "*inexistencia de responsabilidad de Fiduciaria Bogotá*", "*inexistencia de responsabilidad de Fiduciaria Bogotá*".

Para llegar a tal conclusión, resaltó no haber duda del contrato de alquiler de formaleta entre Dysecon SA S.A.S. y Coingprob S.A.S., vigente en el año 2016 y hasta abril de 2017; estar probado el cruce de cuentas y el pago parcial a través de un apartamento, quedando pendiente por cancelar la suma de \$141'000.000,00. Agregó que es cierta la vinculación entre la Caja de Vivienda Popular y el consorcio, así como la subcontratación, la contratación de la asociación de colaboración con Coingprob, y, a su vez, la subcontratación de ésta con Dysecon S. A. S.A.S., más no la obligación de las demandadas con la activante.

Destacó que las relaciones son independientes, sin que haya documento que predique la solidaridad peticionada, dado que dicha institución jurídica fue acordada entre éstos con la empresa contratante, mas no en relación con los subcontratistas.

Reseñó que la promesa de venta del inmueble no se hizo mención sobre el contrato de alquiler de formaleta; que, a lo sumo, sería válido el pago de un tercero; sin embargo, de ello no se puede inferir que Ingisa Constructores S.A.S. sea obligada solidaria y responsable; máxime cuando, ni siquiera, el negocio prometido fue celebrado con la sociedad Dysecom, a pesar de la existencia del subcontrato con Dysecom, sin que de tal acto pueda determinarse la existencia de la solicitada solidaridad, pues no hay manifestación indicativa en ese sentido.

Respecto del enriquecimiento sin justa causa, concluyó que, además de advertirse su naturaleza subsidiaria, al tener en este caso el proceso ejecutivo para el recaudo de lo aquí cobrado, así como la acción indemnizatoria contra la sociedad obligada, no hay prueba del peticionado enriquecimiento.

Para cerrar, hizo mención que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1568 del Código Civil, y el principio de la relatividad de los contratos, la solidaridad debe estar pactada convencionalmente, lo que no avistó en el *sub lite*. Por consiguiente, al tener claro que el obligado a pagar las sumas reclamadas en la

demanda, es decir, Coingprob, a ésta le ordenó desembolsar la suma de \$141'411.189,00, más intereses desde el 1º de octubre de 2016 y hasta cuando se verifique su pago.

III. APELACIÓN

1. Inconforme con tal determinación, a través de la interposición del recurso de apelación, el extremo impulsor la impugnó, arguyendo que en el expediente se encuentra suficientemente acreditado la vinculación de Ingisa Constructores S.A.S. y de los otros demandados como deudores solidarios y responsables frente a la empresa actora.

Criticó que el abono que Ingisa Constructores S.A.S. hizo mediante el traspaso inmobiliario es prueba, y, por tanto, lo vincula a la responsabilidad solidaria solicitada, dado que en el mismo acto ésta no dijo que había cubierto el pago de adeudado como tercero; por el contrario, se halla demostrado que está compelida a pagar junto con Coingprob.

2. Dentro del término establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, la parte demandante guardó silencio, mientras que la Caja de la Vivienda Popular replicó que una obligación solidaria proviene de la ley o de un contrato, y, en ese sentido, bajo ninguna circunstancia, su representada está llamada a responsabilizarse por los beneficios adquiridos por Ingisa Constructora S.A.S. y Consorcio Urbanizadora, al no convertirse en parte de los contratos que alegan garantía de pago por parte de las demandadas y las llamadas en garantía.

Arguyó que el extremo demandante sustentó el recurso impugnativo sin identificar la jurisprudencia y la doctrina probable que aseguró fue pretermitida por el director del proceso, ni se acreditó que la Caja tuviere a su cargo compromiso contractual con la solicitante, o vínculo del cual pueda derivarse la solidaridad deprecada, y que aquélla hubiere recibido algún beneficio o enriquecimiento ilícito, por cuenta de

la insatisfacción de la contraprestación que Coingprob S.A.S. tenía a su cargo con Dysecon S. A. S.A.S.

Al cerrar su alegato, señaló que en el expediente no existió prueba alguna que edificará los presupuestos de la acción invocada, de las manifestaciones elevadas por la activante; sin que se explicara detalladamente cuales fueron los errores en los que incurrió el juzgador de cognición, sino que se limitó a desarrollar ideas relacionadas con interpretaciones subjetivas de situaciones carentes de respaldo persuasivo.

IV. CONSIDERACIONES

1. De manera liminar, debe precisarse que a pesar de que el informe rendido por la Secretaría de este Tribunal pone en evidencia la inoportunidad de la presentación del escrito elevado por la actora para los fines de que trata el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, lo cierto es que ésta, durante la audiencia de que trata el artículo 373 del C. G. de P., adelantada ante el juzgador de primer orden, expuso de manera suficiente, expresa y cabal las razones argumentativas en las que fundó su discrepancia contra la decisión proferida por el sentenciador de cognición, las que *ut supra* fueron compendiadas, laborió dialéctico que, en el criterio mayoritario de este Colegiado, tiene la entidad jurídica para tener debidamente sustentado el recurso de apelación; máxime cuando una de las entidades conminadas se pronunció oportunamente sobre el descontento de su contraparte. Así las cosas, resultaría inane exigirle al impugnador realizar una sustentación ante el superior, adicional a la efectuada ante el *a quo*, como lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 2976 de 2019,¹ Corporación que, valga resaltar, en reciente pronunciamiento de 10 de junio de 2020, puntualizó:

"En un asunto de similares realidades fácticas al sometido ahora a consideración, esta Sala de la Corte, tuvo la oportunidad de pronunciarse mediante las sentencias CSJ STL3467-2018, CSJ STL3470-2018 y CSJ STL79485-2018, y a través de las cuales se dejó expuesto el cambio jurisprudencial en torno al tema, esto es, en cuanto a que si el recurso de

¹ Concordancia: CSJ STL3467-2018, CSJ STL3470-2018, CSJ STL79485-2018 y STL12420-2018.

apelación se sustentó en debida forma ante el A quo, el juez de alzada debe tramitarlo, es decir, que la inasistencia del recurrente a la audiencia de «sustentación y fallo de segunda instancia», no es óbice para resolver el recurso, si efectivamente ante el juez de primer grado se alegaron y fundamentaron las razones de inconformidad con la providencia apelada.

(...)

En este sentido, precisó esta Corporación, que con la nueva postura adoptada, no solo se garantiza el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, «sino a un proceso justo, y recto», materializándose así el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas.

Así las cosas, es claro, que en aquellos asuntos, cuyas particularidades se asemejen a las del caso que ocupa la atención de la Sala, el recurso de apelación que se interponga en contra de la providencia dictada por el juez de primer grado, puede ser sustentado de forma oral o escrita, y, por lo mismo, habiéndose considerado por el a quo que la sustentación de la alzada se hizo en debida forma, no existía ningún obstáculo para que el Tribunal accionado procediera a desatar la controversia sometida a su consideración.” (STL3915 de 2020. Rad. 89013).

En concordancia con lo manifestado, debe apuntarse que, si bien en el comunicado de prensa No. 35 de 2019, la Corte Constitucional informó, en términos generales, que en la sentencia unificadora N° SU-418/19 se expresó que “(...) el recurso de apelación debe sustentarse ante el superior en la audiencia de sustentación y fallo, y la consecuencia de no hacerlo así, es la declaratoria de desierto del recurso (...)”, lo cierto es que esa providencia, a la fecha, no ha sido objeto de publicación, por consiguiente, no ha adquirido fuerza vinculante, puesto que, como lo ha decantado ese Corporativo, los comunicados de prensa, únicamente “tiene[n] un carácter eminentemente informativo...para servir de órgano de comunicación de este Tribunal y, en consecuencia, no sirven de sucedáneo a la notificación legal de dichos fallos”,² pues “su propósito eminentemente informativo no les confiere fuerza vinculante de ninguna índole (...)”.³

2. Precisado lo anterior, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales para fallar de fondo y al no avizorarse algún vicio que invalide lo rituado, esta Sala de Decisión, con el propósito de dar solución a la alzada interpuesta, se circunscribirá a examinar, exclusivamente, los motivos de desencuentro demarcados por la parte opugnante, acatando los lineamientos del inciso 1º del canon 320 del Código General del Proceso, aspecto que, en esencia, tiene que ver con

² Auto 521 de 2016

³ Auto 283 de 2009

la acreditación de la vinculación de Ingisa Constructores S.A.S., y de los demás demandados como deudores solidarios y responsables, frente a la empresa actora, quedando fuera del escrutinio judicial lo atinente a las pretensiones de enriquecimiento sin justa causa elevadas, así como lo concerniente al llamamiento en garantía deprecado en el escrito demandatorio, al no haber sido cuestionados en sede de apelación.

3. Dicho esto, desde el pórtico de la discusión se avista la esterilidad de la alzada interpuesta, habida consideración que, del material demostrativo recaudado en el proceso, no alcanza a desgajarse que las aquí demandadas hubieren asumido el compromiso solidario de cubrir las sumas dinerarias deprecadas por la actora en este litigio.

3.1. Para soportar tal aserto, de manera inaugural es pertinente hacer mención que con el *petitum* iniciático, entre otras cosas, la parte activa buscó la declaratoria de “*solidaridad y responsabilidad de pago de INGISA CONSTRUCTORA SAS y el CONSORCIO URBANIZADORA del contrato verbal entre COINGPROB S.A.S. Y DYSCON SA S.A.S.*”. Y como corolario, se ordene a los convocados el cumplimiento de las obligaciones dinerarias instrumentadas en las facturas No 36, 37, 38, 39, y 40, por valor de \$141'411.189,00.

3.2. En lo atinente a la solidaridad pasiva, que es la implorada por la sociedad demandante en el presente proceso, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “(...) *tiene como rasgo característico el que **todos y cada uno de los obligados responden por el total de la deuda**; es decir, que a los ojos del acreedor **cada deudor responde como si fuera el único que se encuentra en la parte pasiva del vínculo obligacional.*** (...) *Trátase, entonces, de la quintaesencia misma de la solidaridad, al punto de que donde se diga **obligación solidaria se dice al propio tiempo que para el acreedor todos los obligados son iguales, y a cualquiera puede perseguir por la obligación entera.*** El acreedor los mira a ras: sencillamente todos son codeudores. **No interesa si los deudores reportan beneficio económico de la negociación, o no.** Para el acreedor es esto indiferente; se desnaturalizaría el carácter de caución que ínsito se ve en la solidaridad, si los deudores eludiesen aquel su principal efecto, con sólo argüir luego que no han recibido provecho del negocio que sirvió de fuente a la obligación que se les cobra, como sería, en el caso del mutuo, el no haber

recibido parte alguna del préstamo. Vana ilusión del acreedor sería que los deudores se digan solidarios al contraer la obligación, mas no al momento de pagarla.” ⁴(Subrayado y negrillas del Tribunal).

De acuerdo con esta breve noción jurisprudencial, se otea que la declaratoria de solidaridad deprecada presupone la existencia de una relación obligacional de la cual pueda emanar la viabilidad del cobro reclamado, vínculo jurídico que, al interior de las diligencias, se echa de menos.

Al respecto, se impone llamar la atención en que las copias de las facturas de venta arrimadas al legajo aparecen como única compeliada al pago de los servicios de alquiler de formaleta metálica para vaceado en concreto es la sociedad Compañía de Ingeniería en Proyectos S.A.S., Coingprob S. A. S., pues así se registra de la literalidad de las facturas No 36, 37, 38, 39 y 40, visibles a folios 4 a 8 del paginario principal.

En ese sentido, también se aprecia el acta de liquidación y finalización de contrato de fecha 7 de abril de 2.017, en el que los representantes legales de las empresas Dysecon S.A.S. y Coingprob S.A.S., manifestaron haber llegado al acuerdo de que “(...) *el valor que **adeuda COINPROB SAS (...) a DYSECON SA S.A.S.** (...) al día de hoy es la suma de \$141'411.188,00, obligación que se encuentra en mora por 90 días*”,⁵ documento que a pesar de señalar que los directos beneficiarios del servicio prestado por los consorcios AP y Urbanizadora, encabezados por sus integrantes, entre ellos Ingisa Constructores S.A.S., verdaderamente, de dicha declaración de voluntad no puede inferirse que personas jurídicas distintas a quienes suscribieron el glosado pliego se les pueda tener como obligadas solidarias de la obligación dineraria que allí fue reconocida.

En ese mismo sendero probativo, se tiene la declaración de la representante legal de la sociedad activante, quien, además de admitir que el contrato de suministro lo celebró con Coinprob S. A. S., señaló que los servicios fueron facturados a esta entidad, no a las

⁴ CSJ Sentencia del 11 de enero de 2.000 Exp. 5208

⁵ Folios 42 a 44 , cdno 1.

demás demandadas, y que aquélla contrató con ésta, en su condición de subcontratista de las directamente beneficiadas, empero, destacó que nunca recibió instrucciones de quienes contrataron con la segunda mencionada.

En ese orden de exposición y por todo lo ya mencionado, esta Colegiatura concluye que la solidaridad petitionada no tiene asidero contractual que pretexto la posibilidad de abrigar con éxito las pretensiones elevadas.

3.3. Y es que si se analiza con detenimiento lo atinente a la promesa de venta del inmueble que le hiciera Ingisa Constructores S.A.S. a la representante legal de la empresa demandante, militante a folios 8 a 22 de la encuadernación principal, comporta destacar que de esta pieza procesal no se desprende que aquélla haya asumido el compromiso de solventar solidariamente la deuda adquirida originalmente por Coingprob S.A.S.

3.4. Es más, al centrar el estudio de cada una de las disposiciones contractuales allí pactadas, ciertamente, no es posible determinar que la citada negociación inmobiliaria tuviere como estribo la dación en pago o el abono parcial del adeudo insatisfecho en favor de la empresa demandante, puesto que, contrario a tal afirmación, se observa en el cuerpo de la promesa de negocio jurídico que el acto preparatorio se consolidó entre la Natalia Esneda Rincón Penagos, en su calidad de persona natural y no como representante legal de la compañía querellante, y, además, en la cláusula segunda se dejó plasmado que "(...) **LA PROMETIENTE COMPRADORA** cancel[ó] con recursos propios el día de la firma del contrato de promesa de compraventa apto 506 del proyecto Lean 58 y que **EL PROMETIENTE VENDEDOR** declara tener recibida a satisfacción",⁶ enunciaciones que, a decir verdad, dejan en entredicho la veracidad de las declaraciones elevadas por aquélla en el interrogatorio de parte rendido dentro del proceso, así como lo relatado por el testigo Carlos Eliecer Rincón Penagos, en torno a estas circunstancias

⁶ Folios 12, cdno. 1.

3.5. Y, si en gracia de discusión, se tuviera por verás que la enajenación del reseñado apartamento se efectuó por Ingisa Constructores S.A.S., con el objeto de satisfacer el débito adquirido por Coingprob S.A.S., de tal acto no es dable establecer el surgimiento de una solidaridad obligacional con la entidad para forzar el recaudo de lo debido a Ingisa Constructores S.A.S., porque así no aparece pactado en la referida promesa, ni en ningún otro medio suasorio arrimado a la actuación, y, el pago, como acto unilateral con fines extintivos que lo caracteriza -artículo 1625 del C.C.-, no tiene la virtualidad de fijar una solidaridad obligacional como la aquí pretendida, dado que el ordenamiento así no lo ha contemplado, y no se avizora comprobada la celebración un acuerdo para el efecto.

En otras palabras, si el pago ha sido entendido como la prestación efectiva de lo que se debe -artículo 1630 del C. C.-, entonces, de la denominada *solutio* no puede emerger un efecto distinto a la exterminación de la obligación.

3.6. Ahora, si se estudia el asunto en ciernes a la luz de lo preceptuado en el artículo 825 del C. de Co, el cual reza que “[e]n los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente”, la citada presunción resulta inaplicable, si en mente se tiene que lo único probado en el proceso es la relación comercial entre Dysecon SA S.A.S. y Coingprob S.A.S. mas no que Ingisa Constructora S.A.S. y el Consorcio Urbanizadora hayan comprometido a cubrir la obligación dineraria petitionada en esta demanda por la convocante; lo que tampoco se puede predicar de la simple subcontratación de servicios que hubo entre la Caja de la Vivienda Popular, el Consorcio Urbanizadora y Coingprob S.A.S., quien, a su vez, subcontrató a Dysecon SA S.A.S., toda vez que la solidaridad obligacional por pasiva no deviene, *per se*, del simple hecho de haberse beneficiado del servicio prestado -al ser un aspecto irrelevante para el acreedor en esta estirpe de obligaciones- sino de disposición legal expresa, o la existencia del lazo convencional que así lo haya acordado, como se deduce del pronunciamiento jurisprudencial comentado anteriormente.

Del mismo modo, es menester dejar en claro que luce jurídicamente improcedente concebir que, a causa de las mencionadas subcontrataciones, se hubiere adquirido por las demandadas la carga de solucionar lo no satisfecho por Coingprob S.A.S., comoquiera que, a decir verdad, al margen del beneficio que hubieren podido obtener las convocadas con la labor adelantada por la querellante, lo cierto es que las relaciones contractuales antes enunciadas se develan independientes, una de la otra, lo cual impide que éstas puedan ser compelidas, en este juicio, a asumir el pago de unos servicios no contratados directamente con la activante.

3.7. Es más, téngase en cuenta que, al no aparecer probados los términos de las orquestaciones realizadas entre las encartadas, no es posible determinar si en el marco de las comentadas convenciones se contempló la posibilidad de que los subcontratistas tuvieran la posibilidad de exigir a los beneficiarios del servicio prestado el pago por las prestaciones no solucionadas que nacieron de la obra, en especial, las aquí imploradas.

3.8. Por lo demás, no sobra relieves que el principio de la relatividad de los contratos, a voces de la jurisprudencia vernácula consiste en "(...) *que una vez se perfeccionan mediante el cumplimiento de los requisitos estructurales y las formalidades legales que les son propias, sus efectos se limitan a quienes los suscriben: «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales»*, señala el artículo 1602 del Código Civil", y que en virtud de este postulado, los negocios jurídicos no están llamados a producir consecuencias sino respecto de quienes los celebran, y "(...) [c]omo únicamente las partes contratantes tienen interés en elevar a ley con rango jurídico los hechos de la realidad que son susceptibles de estipulaciones privadas para vincularse jurídicamente por ellas, es ostensible que las obligaciones contraídas y los derechos adquiridos de esa manera no pueden imponerse a terceros, salvo los casos excepcionales previstos por la ley civil: nadie puede resultar comprometido sino en la medida en que lo ha querido. El vigor normativo de los actos y negocios jurídicos, en suma, se circunscribe a las personas que forman parte de la respectiva relación

*jurídico-sustancial, lo que explica la relatividad de su alcance”;*⁷ sin embargo, en el citado pronunciamiento, el Alto Tribunal también precisó que la antelada relatividad no es un principio absoluto, habida cuenta que pueden existir personas afectadas con la ejecución del orquestamiento y que son extrañas a la conformación del mismo, situación tampoco evidenciada en el *sub judice*, pues no aparece debidamente demostrado si en realidad el desarrollo de tales conciertos fue lo que propició la afectación patrimonial endilgadas a las enjuiciadas, entre estas a un consorcio que, conforme a lo estatuido en el artículo 53 del C. G. del P., y a lo decantado por la Corte Suprema de Justicia en relación con la capacidad para ser parte de los consorcios, ha sostenido “(...) éstos ‘no pueden acudir directamente al proceso como demandantes o como demandados, sino que deben hacerlo a través de las personas que lo integran’ (CSJ SC del 13 de septiembre de 2016)”⁸ por lo que no ha debido admitirse la presente acción frente a éste acuerdo de colaboración empresarial.

4. Puestas las cosas de esta manera, no queda otro camino que el de ratificar la denegatoria de las pretensiones aquí debatidas, por las razones expuestas en esta providencia, y ante la esterilidad de la alzada interpuesta, se condenará en costas a la parte recurrente, al tenor de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia pronunciada el 22 de octubre de 2019, por el Juzgado Treinta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto del epígrafe, conforme con lo esgrimido en el cuerpo considerativo de esta decisión.

⁷ SC 3201 de 2018 del 9 de agosto de 2018.

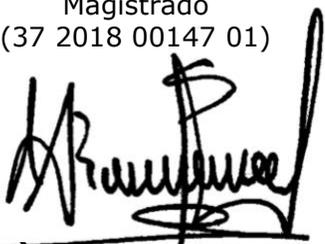
⁸ CSJ SC del 13 de septiembre de 2016, pensamiento reiterado en AC AC4479-2019 del 16 de octubre de 2019, Exp. 2019-3286 00.

SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a la parte recurrente. El Magistrado Sustanciador fija como agencias en derecho la suma de \$1'000.000,00, Tásense, en su oportunidad de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C. G. del P.

TERCERO- DEVOLVER, en oportunidad, el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE,


JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado
(37 2018 00147 01)


JULIAN SOSA ROMERO
Magistrado
(37 2018 00147 01)
(Con Salvamento de Voto)


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado
(37 2018 00147 01)

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



**SENTENCIA ESCRITURAL
(ART. 14 DECRETO 806 DE 2020).**

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
Magistrada Ponente

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)
(Fallo discutido y aprobado en Sala de la fecha)

Proceso: Verbal Ref. 11001 3103 040 2015 00835 02
Demandante: JAIRO GERMÁN VALENCIA OROZCO
Demandado: LINA MARITZA CELIS CASTAÑO Y OTRO

1. ASUNTO A RESOLVER

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el proceso de la referencia contra la **SENTENCIA** adiada 22 de agosto de 2019, proferida por la **JUEZ 40 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**.

2. ANTECEDENTES

2.1 JAIRO GERMÁN VALENCIA OROZCO promovió demanda de “*ACCIÓN ORDINARIA IN REM VERSO (RESTITUCIÓN PATRIMONIAL POR ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA)*” contra **LINA MARITZA CELIS CASTAÑO**, y **PROLUZ E.U**, pretendiendo lo siguiente:

- . *“Se condene a la demandada LINA MARITZA CELIS CASTAÑO como persona natural y como representante legal de la sociedad comercial PROLUZ E.U a restituir el valor de las mercancías recibidas y que no han sido objeto de cancelación sin justa causa y que han sido relacionadas y discriminadas expresamente en los hechos de la demanda (...) en la suma de \$180.000.000.00, que es la suma que la demandada no ha cancelado y que, la estimo razonada y bajo la gravedad de juramento”.*

- . *“Sean resarcidos por parte de la demandada LINA MARITZA CELIS CASTAÑO como persona natural y como representante legal de la sociedad comercial PROLUZ E.U todos los perjuicios materiales ocasionados por el no pago de las mercancías entregadas” por el demandante, “y que ha generado un lucro cesante que estimo razonadamente en la suma de \$120.000.000 con la precisión que esa afirmación la hago bajo la gravedad del juramento”.*

2.2. El sustento de tales pretensiones aparece en los siguientes hechos:

2.2.1. Desde el 2008, Germán Valencia, representante legal de Lumicon S.A.S, mantuvo una relación comercial con la señora LINA MARITZA CELIS, quien era propietaria de la empresa PROLUZ E.U, persona jurídica que no prestaba ninguna garantía económica; motivo por el cual, *“LINA MARITZA CELIS, (...) se comprometió como persona natural a responder por las deudas de su empresa Proluz E.U, llevándonos como garantía un certificado de libertad de un predio del municipio de Girardota (Antioquia) el cual le daba la libertad de hacer negocios y ser una persona solvente”.*

2.2.2. A raíz de dicha situación se le entregaron mercancías a LINA MARITZA CELIS, las cuales se encuentra relacionadas en las facturas No. 3361, 3363, 3382, 4192, 4209, 7131, 3623, 3740, cuyos importes totalizan, \$70.127.577.

2.2.3. En reiteradas ocasiones ha reclamado el pago de las facturas, no obstante, la señora demandada, ha sido renuente a ello.

2.2.4. La falta de pago le ha causado un detrimento patrimonial, y le ha llevado a solicitar préstamos bancarios.

2.2.5. *“Igualmente la demandada suscribió los siguientes cheques: -0000175 por valor de \$5.568.900, -0000178 por valor de \$5.790.000, -0000179 por valor de \$5.790.000,-0000180 por valor de \$5.790.000, 0000183 por valor de \$4.814.819, 0000184 por valor de \$4.814.819, -0000185 por valor de \$4.814.819, -0000188 por valor de \$3.090.000, -0000191 por valor de \$19.100.000, -0000198 por valor de \$43.122.000”. “Asi mismo, por la suma de \$5.206.000 como capital contenido en el cheque No. 0000192, \$4.640.000 como capital contenido en el cheque No. 0000193, \$4.560.000, como capital contenido en el cheque 0000194”, “los cuales fueron objeto de proceso ejecutivo y por las argucias y artimañas esbozadas a través de su apoderado, logró evadir su responsabilidad judicial y en consecuencia fueron negadas las pretensiones que justamente había solicitado, aduciendo que si bien es cierto la mentada señora había girado los cheques no a título personal sino a título y en ejercicio de la representación de la empresa unipersonal denominada PROLUZ E.U.”.*

2.3 El acontecer procesal podemos sintetizarlo diciendo que admitida la demanda el 1º de abril de 2016, tal decisión fue notificada a la parte demandada, quien se opuso a través de curador ad-litem, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó: *“inexistencia de las partes”, “falta de legitimación en la causa por activa”, “inexistencia del título valor – factura”.*

2.4 Adelantado el trámite probatorio y de alegaciones, la primera instancia culminó con **sentencia del 22 de agosto de 2019**, que resolvió: i) *“declarar probada la excepción de ‘falta de legitimación en la causa por activa’, que la pasiva formuló, de acuerdo a los argumentos esgrimidos en la parte considerativa de esta providencia”,* ii) *“negar las pretensiones de la demanda”,* iii) *“sin costas en el proceso por no aparecer causadas”.*

Las razones para tomar tal decisión, fueron las siguientes:

La acción de enriquecimiento cambiario se encuentra regulada en el artículo 882 del Código de Comercio, se trata de un remedio extremo para el tenedor del título, el acreedor, que ha sido afectado por caducidad o prescripción.

Será sujeto legitimado el tenedor del título prescrito o caducado, siempre que, además sea el que resulte empobrecido. (Sentencia del 6 de diciembre de 1993 Cas. Civ.).

Son requisitos para la prosperidad de la acción intentada: caducidad o la prescripción de la acción cambiaria; que se genere un desequilibrio entre el patrimonio del acreedor que decrece, y un incremento en el del deudor; y además, la oportuna proposición del remedio extraordinario.

La legitimación en la causa por activa, es la identidad de la persona a la que la ley concede la acción, con el demandante. En el presente proceso se tuvo como hecho probado que Jairo German Valencia es el representante legal de Lumicon limitada; que esta empresa facturó a Proluz E.U. mercancías entre febrero de 2009 a agosto de 2010, lo cual se respaldó en las copias de las facturas (fl. 8 a 15), y en esa medida se acreditó la relación entre Proluz y Lumicon.

Se determinó entonces que debía probarse, que la relación comercial fue entre el demandante y demandadas -persona natural y persona jurídica-. De lo que obra en el expediente, podría inferirse que la relación comercial que dio lugar a la emisión de las facturas de venta -las cuales no fueron desconocidas-, surgió efectivamente, entre sus representantes legales, Germán Valencia y Luz Maritza Celis, entre ellos, se generó el contrato para la relación comercial; pero no se puede tener por acreditado es que ese vínculo comercial, fuera estrictamente en cabeza de Jairo Germán, como persona natural, falencia probatoria que se deriva de verificar las facturas que fueron emitidas teniendo como cliente Proluz E.U, y como emisor Lumicon Ltda., sin que el demandante por el hecho de ser representante legal, se pueda decir que adelantó el negocio a título personal.

Ahora bien con las copias de los cheques (fl. 16 a 19), se probó que esos títulos aparecen girados a nombre del señor Germán Valencia, sin embargo, según los protestos de la copia del reverso –cuyo valor probatorio no se desconoce-, fueron girados contra la cuenta cuyo titular es Proluz E.U, y según quedó visto del interrogatorio de parte del demandante, esos cheques fueron para pagar mercancías que vendió Lumicon ltda., no a título personal del señor demandante. Adicionalmente, el testigo Octavio Báez Rico, señaló que el procedimiento recepción de los cheques era para pago de mercancías, y que el trámite era consignar esos títulos valores en la cuenta de Lumicon Ltda. No dio ninguno de los testigos referencias de que fueran para pagar a German Valencia, por negocios de él, por actividades comerciales con Maritza Celis o Proluz E.U.

En diligencia de interrogatorio de parte del demandante, al ser indagado por el estado de pago de las facturas, las circunstancias actuales de esas ventas a nivel contable, explicó, que el cheque se anexaba para soportar el pago de la facturas, y que las facturas adosadas en el trámite *“aparecen canceladas porque el respaldo de esas facturas se convierten, o sea pasa a ser el título valor que es el cheque”* (grabación audiencia inicial). Así las cosas, esas facturas corresponden a una relación comercial, que se sostuvo y se desarrolló entre las partes como personas jurídicas, no en cabeza del señor Jairo German Valencia Orozco, lo que no se altera, porque este sea el representante legal de la compañía, pues los negocios de esta no pueden equivaler a los propios de la persona natural.

En consecuencia está llamada a prosperar la excepción de falta de legitimación en la causa.

Adicionalmente, aunque el demandante debió incurrir en unos préstamos para solventar el dinero de los cheques, se verifica, que se pidió información contable sobre la relación comercial con Proluz E.U., para ver si habían sido descargados esos títulos valores; corroborar si se descargaron las facturas, y si cubrió el importe de los cheques con su dinero, pero esa prueba no fue atendida por el extremo activo, lo que debe pesar como un indicio en contra, porque el

demandante debía probar el detrimento y la habilitación legal. Aunque se aportó un dictamen pericial para soportar los perjuicios e indemnización que reclama el demandante, el perito no pone en evidencia, pese a señalar haber revisado la contabilidad, sin soporte alguno, que efectivamente en los libros aparezcan las facturas canceladas o que las cuentas por pagar existentes lo sean en cabeza del aquí demandante, por el contrario indicó que todos están a nombre de Lumicon. De suerte que no hay ningún elemento que acredite la legitimación para hacer valer el enriquecimiento cambiario, derivado de los títulos que aportó.

El otro testigo, Julio Cesar Vega Gómez, señaló haber trabajado con Lina Maritza Celis, 5 meses antes de entrar a trabajar con Lumicon y con Germán Valencia, dijo que tuvo conocimiento del no pago por parte de Lina, frente a algunos elementos eléctricos que había comprado, pero no sabe sumas, no sabe a quién se debía. Entiende que Lumicon podría ser una afectada, pero no precisa las circunstancias de tiempo, modo, y lugar que pudieran dar credibilidad a esas afirmaciones, ni sabe en qué términos surgió la relación comercial entre Jairo German Valencia y Proluz, o la señora Lina Maritza Celis.

2.5 Dicha sentencia fue apelada por el demandante, quien presentó sus reparos concretos frente a la decisión, los cuales sustentó en esta instancia conforme lo dispone el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, que no son otros que:

Las facturas presentadas, eran mera prueba, porque lo que se hizo valer dentro del proceso eran los cheques girados a favor de Jairo Germán Valencia.

Los testigos dijeron que la relación comercial era entre Jairo Germán Valencia y Lina Maritza Celis.

Se probó ampliamente, que la relación comercial entre el demandante y la demandada se presentó entre el año 2008 y 2010, cuando Lina Maritza Celis por intermedio de persona jurídica denominada Proluz E.U, solicitó un crédito de carácter personal, que respaldó con bienes propios como el inmueble

ubicado en Girardota Antioquia y cheques de una cuenta corriente a nombre de Proluz E.U.

Lina Maritza Celis abusando de la buena fe del demandante pidió que la mercancía fuera facturada a nombre de Proluz E.U; *“mercancías que fueron despachadas por mi representado a través de la sociedad de su propiedad y de la cual es representante, esto es, Lumicom S.A.S, así pues, la señora Lina Martiza Celis, enajenó y se lucró con la mercancía despachada por Jairo Germán Valencia”*. No obstante, el despacho no tuvo en cuenta esta situación, y que el demandante aceptó el crédito personal de Lina Maritza Celis, con garantías reales, lo que le provocó un detrimento patrimonial, teniendo que acudir a préstamos bancarios.

Se probó con suficiencia la relación comercial que genera la obligación entre la demandada y el demandante, a través de los cheques girados a nombre de Jairo German Valencia, por parte de la accionada. Además, las facturas correspondientes no fueron desconocidas ni objetadas, encontrándose plenamente aceptada la obligación por parte del extremo pasivo, al tenor de lo normado por el inciso 3º del artículo 773 del Código de Comercio modificado por la Ley 1676 de 2013, y el artículo 272 del C.G.P.

Al tenerse por probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa se desconoce el principio de prevalencia del derecho sustancial, *“dejando de lado que sustancialmente la relación comercial y cambiaria nacida entre [el demandante] y la demandada tiene como origen un acuerdo comercial entre personas naturales, acuerdo llevado a cabo tras las solicitudes de Lina Maritza Celis, personas naturales que para llevar a cabo dicho acuerdo actuaron por medio de las sociedades denominadas Proluz E.U y de otra la sociedad gestada y dirigida plenamente por [el demandante] Lumicom S.A.S, sin que la naturaleza de la relación cambiara de una de tipo personal a una de tipo empresarial, toda vez que las comprometidas no fueron las sociedades sino las personas naturales que las representan”*.

La demandada ha actuado con mala fe, lo que le ha generado un enriquecimiento sin justa causa como persona natural y representante legal de Proluz E.U, y en consecuencia, un empobrecimiento correlativo, *“al solicitar que sobre un crédito otorgado como persona natural se emitieran facturas de venta a nombre de la sociedad que la demandada representa Proluz E.U para que de esta manera aduciendo que las facturas se generaron a nombre de dicha sociedad poder sustraerse del pago de las obligaciones adquiridas, enriqueciéndose sin justa causa a costa del detrimento causado [al demandante], quien con dineros propios y créditos bancarios a fin de no permitir la banca rota de la sociedad Lumicom S.A.S gestada por él y dirigida por este, tuvo que cubrir las acreencias dejadas por la señora Lina Maritza Celis”*.

No se valoraron en forma íntegra las pruebas, sino de manera fragmentada, lo que constituye un defecto fáctico, *“pues el valor probatorio de los cheques girados a favor [del demandante] debido a las facturas emitidas y que se hallan dentro del plenario son prueba suficiente para que la excepción de falta de legitimidad en la causa por activa no fuera de recibo por el fallador”*. *“Asimismo el valor probatorio de los testimonios presentados por los señores Octavio Báez Rico y Julio Cesar Vega, no se les dio el valor probatorio pertinente, pues a través de estos se demostró con meridiana claridad que la relación que da origen a esta acción se suscitó entre la demanda y [el demandante] como personas naturales”*; aunado a que existió un *“efectivo despacho de mercancías a la señora Lina Maritza Celis, a nombre de la sociedad que esta representa, el empobrecimiento y los daños económicos que la falta de pago de la demanda generó [al accionante] y la sociedad que este representa la cual utilizó para concretar el acuerdo personal hecho con Lina Maritza Celis”*.

3. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

3.1 Competencia

Para desatar la alzada diremos que la Sala es competente al tenor del numeral primero del artículo 31 del Código General del Proceso y lo haremos bajo las

limitantes contempladas en los artículos 280 y 328 ibidem. Además, porque no se verifica ninguna irregularidad procesal que invalide lo actuado, y se encuentran satisfechos los presupuestos procesales.

3.2 Consideraciones

De cara a las alegaciones referidas en la apelación, conviene recordar, que las pretensiones que ocupan la atención de esta Sala, en lo esencial, se dirigen a que se declare que se configuró un enriquecimiento cambiario que perjudicó al demandante Jairo Germán Valencia; frente a lo cual, la funcionaria de primer grado estimó que no existía legitimación en la causa por activa, razonamiento que no comparte el apelante, quien insiste en que sí cumplió tal exigencia.

La legitimación en la causa ha sido definida por nuestro máximo tribunal de la justicia ordinaria, como, *“la identidad de la persona del actor con la persona a la cual se concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva). De tal forma que como la legitimación es una cuestión sustancial que atañe a la acción, entendida como pretensión, su ausencia, ya sea en el demandante o en el demandado conduce forzosamente a un fallo adverso a las pretensiones formuladas en el libelo, pues es claro que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es llamado a responder, debe denegarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material. Refiriendo la legitimación ad-causam, al fondo mismo del asunto materia de la litis, de la cuestión sustantiva, no puede confundirse con los presupuestos procesales que fungen como requisitos indispensables para la formación y desarrollo normal del proceso, —no puede confundirse, pues, la legitimación para el proceso, llamada también para comparecer a éste, con la legitimación en la causa. Es patente que aquella es un presupuesto procesal, como ya se vio, en tanto que ésta es fenómeno sustancial que consiste en la identidad del demandante con la persona a quien la ley concede el derecho que reclama y en la identidad del demandado con la persona frente a la cual se puede exigir la obligación correlativa”* (G.J.T.CXXXVIII,364/65).

Como ya quedó visto, el examen de la legitimación en la causa no se trata de una indagación sobre un aspecto formal o de trámite. Todo lo contrario, tal figura permite descubrir, justamente, a qué persona es a la que asiste un derecho sustancial concedido por la ley, y su habilitación para reclamarlo; concepto que entonces, es plenamente compatible con el principio de primacía del derecho sustancial sobre el formal.

En lo que atañe a los caracteres, exigencias, y a la legitimación en la causa de la acción de enriquecimiento cambiario, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado lo siguiente (sentencia del 14 de diciembre de 2011. Rad. 20-2008-422-01):

“(…), corresponde ahora separar con claridad los elementos que permiten identificarla y muy sobre el texto del artículo 882 del Código de Comercio, definir los requisitos condicionantes de su ejercicio exitoso, (…).

“a) En primer lugar, sujeto legitimado por activa para hacer valer el medio del que viene hablándose, lo es por principio quien fuera tenedor del título prescrito o perjudicado, vale decir el primer beneficiario si no hubo negociación, el último endosatario o el obligado de regreso que haya rescatado el documento y asuma así la posición de acreedor cartular, pero siempre y cuando se trate, además, de la persona que en razón de haberse producido cualquiera de esos eventos dotados por definición de eficacia liberatoria para los responsables por el pago del título, resulte empobrecida por incidir en detrimento de su patrimonio el desplazamiento de bienes de tal manera ocurrido (…).

“b) Por lo que hace a la legitimación sustancial para obrar por pasiva, en abstracto también son sujetos posibles de la acción el librador, el aceptante, el otorgante y los endosantes en tanto reporten ventaja del desequilibrio patrimonial que se trata de nivelar, (…).

“c) Finalmente, al tenor de la norma que consagra la acción (...) se infiere que desde el punto de vista de los hechos relevantes para su correcta configuración jurídica, son en esencia tres las condiciones indispensables para que sobre ella pueda recaer una decisión judicial estimatoria, (...). De este modo, son tales condiciones las siguientes:

“i) Que por haber perdido la acción cambiaria contra todos los obligados al pago del título y, además, al no poder ejercitar acción causal contra ninguno de ellos, el acreedor no cuente con otro recurso del que pueda echar mano para enjugar el daño. (...).

“ii) Que el responsable por el pago del instrumento y señalado en la respectiva demanda en concepto de demandado, haya obtenido un provecho injustificado con ocasión de su emisión o posterior transferencia.

iii) La tercera y última condición es la existencia de un empobrecimiento correlativo que, en sentido amplio, equivale al perjuicio que ha experimentado el demandante. (...).”

De acuerdo con lo expuesto, para tener por satisfecha la exigencia sustancial denominada legitimación en la causa por activa, se requiere que el demandante sea el acreedor cambiario que vio insatisfecha su obligación pero, además, que haya sido la persona empobrecida.

En aplicación de lo expuesto, encuentra la Sala que ha de refrendarse la decisión impugnada; en primer lugar, porque las facturas aportadas junto con la demanda no indican que el acreedor cambiario sea el aquí demandante (fl. 8 a 15). Adicionalmente, si bien en las copias de cheques adjuntadas (fl. 16 a 19), sí aparece como tenedor legítimo “Germán Valencia”, dentro del juicio, este no probó haberse empobrecido patrimonialmente, para tener por satisfecho en todo, el requisito de legitimación en la causa por activa. Recordemos que, según la sentencia ya citada, tal presupuesto sustancial impone, que quien promueva la acción sea, *“además, (...) la persona que en razón de haberse producido*

*cualquiera de esos eventos dotados por definición de eficacia liberatoria para los responsables por el pago del título, **resulte empobrecida por incidir en detrimento de su patrimonio el desplazamiento de bienes de tal manera ocurrido***”.

En el caso examinado, las pruebas apuntan a que el despacho de mercancías, que daba lugar a una contraprestación dineraria, fue efectuado por una persona jurídica llamada Lumicom S.A.S; y en tal sentido, mal podría decirse, que fue Jairo Germán Valencia, como persona natural, la que resultó empobrecida.

Lo cierto es que, si existiese algún detrimento patrimonial, empobrecimiento, sería a la sociedad Lumicom S.A.S, pues según las facturas de venta aportadas (fl. 8 a 15) sería dicha sociedad la que entregó unos bienes a favor de Proluz E.U; así que la falta de pago como contraprestación, afectaría a aquella persona jurídica. Es más, así se admitió en los reparos concretos de la apelación, cuando se dijo: “*mercancías que fueron despachadas por mi representado a través de la sociedad de su propiedad y de la cual es representante, esto es, Lumicom S.A.S*” (fl. 144).

Cual, si fuera poco, el demandante admitió con alcance de confesión (art. 191 del C.G.P) que los bienes habían sido provistos por la empresa Lumicom S.A.S (ver min 10:06, audiencia inicial). Y fuera de ello, los testigos Octavio Báez Rizo, y Julio César Vega Gómez, también aceptaron que Lumicom como persona jurídica, era quien suministraba los bienes (ver min 9:49, 9:51, y 9:55 de la audiencia de instrucción y juzgamiento), operación que habría generado el supuesto empobrecimiento.

No está de más señalar, que la simple presentación de un título cuyo pago no se ha acreditado, no comporta la prueba del empobrecimiento que se exige al demandante; si bien, en este caso, el demandante acreditó ser el tenedor legítimo de los cheques, con ello no demuestra ser el empobrecido, dejando a medio camino su tarea de demostrar la legitimación en la causa por activa.

Sobre tal laborío que incumbía al demandante, tampoco aporta nada el dictamen pericial, pues este se limitó a totalizar el monto de los cheques no pagados; pero no contiene elementos de juicio que permitan contradecir, lo que hasta aquí se ha expuesto, que la que entregó unas mercancías esperando una contraprestación, fue la sociedad Lumicom Ltda, y, por ende, sería dicha persona jurídica quien pudo haber sufrido un empobrecimiento patrimonial. De hecho, tal experticia, con base en soportes bancarios, señaló que Jairo Germán Valencia solicitó un crédito para cubrir la falta de solvencia por el no pago de las mercancías, pero especificó que lo hizo “a nombre de la compañía Lumicon Ltda” (fl. 130), lo que reafirma que tal empresa, eventualmente, sería la que sufrió empobrecimiento.

Sobre la insuficiencia de la exhibición de los títulos valores para probar el empobrecimiento, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente (sentencia del 14 de diciembre de 2011. Rad. 20-2008-422-01):

“no obstante haberse dicho “(...) que existe amplia libertad probatoria para la acreditación de los presupuestos de la actio in rem verso cambiaria (G.J. t. CC, pág. 135), también ha sido enfática en señalar que tal carga no se satisface con la mera exhibición del instrumento impagado (G.J. t. CCXXV, pág. 763, y sentencia de 25 de octubre de 2000, exp. 5744, no publicada aun oficialmente), pues su aducción, ciertamente, informa de los aspectos cambiarios específicos que emanan del documento, mas no del perjuicio reclamado, a raíz de un supuesto desequilibrio patrimonial. “Expresado con otras palabras, ha comentado la doctrina jurisprudencial que en estos procesos no se busca reactivar una acción cambiaria en aras del pago del importe literal consagrado en el documento, pues sería tanto como ‘autorizar la furtiva cobranza de un efecto negociable degradado’ (G.J. t. CCXXV, pág. 763), sino, ante todo, la verificación de la medida y proporción en que se empobreció el demandante y, correlativamente, se aprovechó el demandado, de modo que, frente al contenido indeterminado de la pretensión, corresponderá al interesado, conforme a la regla pregonada por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, probar fehacientemente que de manera cierta y real, que

no simplemente conjetural o eventual, hubo un desplazamiento económico, pues, como es sabido, 'el perjuicio no se presume más que en los casos expresamente indicados en la ley, de los cuales son ejemplo la cláusula penal y el pacto de arras (...)' (G.J. t. CLV, pag. 120)".

Por último, hay que indicar que de nada vale alegar, que la empresa Lumicom Ltda., fue gestada, dirigida, y pertenece a Jairo Germán Valencia Orozco, pues es bien sabido que, tratándose de una sociedad mercantil, esta goza de patrimonio propio, y es una persona jurídica totalmente distinta, de sus socios y administradores. Sin que aquí hubiese promovido la acción, Lumicom S.A.S, como se evidencia en la demanda (fl. 20).

No se pierda de vista que, de acuerdo con los artículos, 98 del Código de Comercio, y 2º de la Ley 1258 de 2008, la constitución de la sociedad de lugar a la creación de una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. *“La afirmación según la cual la sociedad es una persona jurídica, significa que constituye un sujeto de derecho autónomo, es decir, una entidad cuya personalidad es separada y distinta respecto de aquella de todos los demás participantes que gravitan en torno a ella (accionistas, acreedores, administradores, trabajadores, el Estado). En tal sentido, al igual que cualquier otro sujeto de derecho, goza de los atributos específicos que constituyen el sustento normativo de la personificación jurídica, vale decir, su capacidad de goce y de ejercicio”* (José Engracia-Atunes, citado por Franciso Reyes Villamizar en Derecho Societario. Tomo I. 3ª Edición. Editorial Temis. Pág. 246).

Por dichas razones, la Sala confirmará la sentencia impugnada.

No se condenará en costas de instancia, por no aparecer causadas (ver art. 365 del C.G.P).

Por último, se ordenará devolver las diligencias al juzgado de origen, por secretaría de la Sala.

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

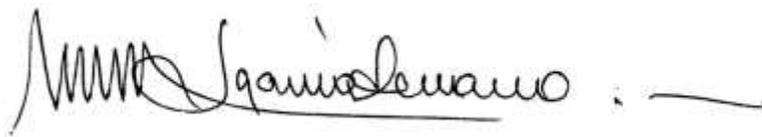
PRIMERO-. CONFIRMAR la **SENTENCIA** adiada 22 de agosto de 2019, proferida por la **JUEZ 40 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

SEGUNDO-. NO CONDENAR en costas, por no aparecer causadas.

TERCERO-. DEVOLVER el proceso al Juzgado de origen una vez en firme este fallo, por Secretaría de la Sala.

Esta sentencia queda notificada en estrados por haberse dictado en audiencia.

Las Magistradas,



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO



HILDA GONZALEZ NEIRA



MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Firmado Por:

**MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 009 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**9788051e24343b796e2e75d551f4aeeb7a285a69d47e40c9d128f3ef217
bd9df**

Documento generado en 22/07/2020 01:23:48 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

Rad. N° 11001 31 03 040 2015 00578 01

En los términos de la documental que antecede, téngase por revocado el poder conferido a Diego Alejandro Herrera M., por parte de la Federación Colombiana de Productores de Papa FEDEPAPA.

En firme el presente proveído ingrese a Despacho para continuar con su trámite.

Notifíquese y cúmplase,

Adriana Ayala Pulgarin
ADRIANA AYALA PULGARIN

Magistrada

Firmado Por:

ADRIANA AYALA PULGARIN

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 017 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f7235fd9ec07d0cf87f81499f2ba2fef213f34e284f6b288f0e6f0a28f497140**

Documento generado en 22/07/2020 02:51:48 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

Rad. N° 11001 31 03 041 2018 00335 01

Tomando en consideración el artículo 8° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020¹, y conforme a lo dispuesto en los artículos 3°, 103 y 107, parágrafo 1° del Código General del Proceso, se señala la hora de las **2:30 p.m.** del **4 de agosto de 2020**, para continuar con la audiencia de sustentación y fallo de que trata el artículo 327 del mismo compendio normativo, la cual se realizará a través del servicio de audiencias virtuales y sobre lo cual se les informará oportunamente a los abogados.

En firme el presente proveído ingrese a Despacho para continuar con su trámite.

Notifíquese y cúmplase,

Adriana Ayala Pulgarin
ADRIANA AYALA PULGARIN

Magistrada

Firmado Por:

ADRIANA AYALA PULGARIN

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 017 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

¹ Emitido por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura y "Por medio del cual se adoptan medidas para el levantamiento de los términos judiciales y se dictan otras disposiciones por motivos de salubridad pública y fuerza mayor".

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7ebe074bdb3c99d0e63e5938d1127ed24cc6aff6254b9df093933cf3baa8fca**

Documento generado en 22/07/2020 02:52:33 p.m.



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación: 11001-3103-043-2015-00216-02
Asunto. Ejecutivo con título hipotecario
Recurso. Apelación de Auto.
Demandante. Bancolombia S.A.
Demandado. Juan Bautista Muñoz Munar
Reparto. 15/11/2019

De acuerdo con el informe secretarial anterior, el Juzgado 4º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad aún no ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el auto de 20 de enero de este año, visible a folio 3 de la actuación, requiriéndose para dirimir la alzada tanto copia de los cuadernos No.2 y 3 del expediente, el memorial presentado por Juan Bautista Muñoz Munar el 13 de noviembre de 2015 y certificar cuando éste último actuó por primera vez en este juicio; por consiguiente, por secretaría ofíciase, inmediatamente **y con carácter urgente** al prenombrado Despacho Judicial requiriéndolo para que aporte las referidas piezas procesales y, según lo normado en el inciso 2º del artículo 324 del C.G.P., comunique oportunamente si la parte interesada suministró el valor de las expensas necesarias dentro del término legal, previa advertencia de la deserción que apareja el incumplimiento de esa carga procesal.

Adjúntese copia escaneada de toda la actuación surtida en esta instancia.

Por Secretaría realícense las anotaciones respectivas, una vez se aporten las copias, regístrese el expediente en el sistema de gestión judicial, teniendo en cuenta como fecha de reparto la data en que se cumpla lo ordenado y, **comunique** esta decisión a la oficina de origen por el medio más expedito.

CÚMPLASE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá, D. C., veintidós de julio de dos mil veinte

11001 3103 034 2008 00258 02

Ref. proceso ejecutivo seguido de declarativo de José Antonio Abril Mendivelso
contra Ernesto Antonio Gómez Buitrago y María Inés Mejía de Gómez.

Frente a los pedimentos que la parte actora esgrimió, en su último memorial, con miras a que el Tribunal intervenga directamente en la satisfactoria materialización de lo reconocido en la sentencia proferida en el asunto de la referencia, es menester poner de presente que, por regla, cualquier solicitud relacionada con la ejecución de la sentencia, ha de ser puesta en conocimiento del juez de primer grado, el encargado de hacer cumplir dicho fallo, por así disponerlo el artículo 306 y normas concordantes del C.G.P.

Desde luego, como fallador *ad quem* al Tribunal no le es factible desplazar de su competencia al juez de primera instancia (art. 133, num. 2º), ni tampoco es el llamado a impartir requerimientos orientados al perfeccionamiento de las cautelas decretadas por el juez de primer grado.

Es sabido además, que únicamente en los casos que autorice la ley (principalmente apelación de algunos autos y sentencias, en el recurso de queja) es que puede actuar el juez de segunda instancia. Deviene de lo anterior que –por fuera de las oportunidades que el ordenamiento jurídico contempla– tampoco es factible que el suscrito Magistrado se pronuncie sobre la eventual pérdida de competencia del juez *a quo* con motivo del transcurso del tiempo y la no finiquitación de la actuación a su cargo.

DECISION. Por lo expuesto, el suscrito Magistrado deniega todas las solicitudes contenidas en el memorial que precede.

Secretaría, remita copia de esta providencia y del memorial que radicó la parte ejecutante al Juzgado que en la actualidad conozca el proceso de la referencia.

Notifíquese



OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

R.I. 14812

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

SALA SEXTA DE DECISIÓN

Bogotá, D. C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020).

REF. PROCESO ORDINARIO DE MÓNICA ROCÍO BETANCOURT DÍAZ Y OTRO CONTRA ADMINISTRADORA COUNTRY S.A. Y OTRO.

RAD. 110013103002201100696 01.

Magistrado Ponente: **JULIÁN SOSA ROMERO.**

Discutido y aprobado en Sala n.º 20 del 22 de julio de 2020.

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el Tribunal resuelve el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1º. Por intermedio de apoderado judicial, el extremo demandante solicitó que se declare que la Administradora Country S.A. y Carlos Alberto Carrasquilla Valbuena son civil y extracontractualmente responsables en forma solidaria de los perjuicios materiales e inmateriales causados a la actora Mónica Rocío Betancourt Díaz, con ocasión de la prestación del servicio de salud relacionado con el procedimiento quirúrgico de laparoscopia de quiste hemorrágico de ovario izquierdo más endometriosis, y liberación de adherencias peritoneales practicado el 5 de agosto de 2009,

y en consecuencia, se les condene al pago de los mismos a título de daño emergente, lucro cesante y daño moral.

2º. El médico Carlos Alberto Carrasquilla Valbuena contestó la demanda y propuso las excepciones de mérito que denominó “Cumplimiento al deber – apropiada práctica médica – *lex artis*”; “Carencia de culpa médica”; “Deber de medios en la medicina – no de resultados” y “Ausencia de nexo causa – efecto”

3º. Por su parte Administradora Country S.A. presentó en su defensa las siguientes defensas “*Inexistencia de los elementos propios de la responsabilidad*”; “*Inexistencia de nexo causal por ocurrencia de causa extraña*”; “*Inexistencia de un presunto error diagnóstico*”; “*Apreciación del acto médico – naturaleza de las obligaciones médico – asistenciales*”; “*Cumplimiento de la lex artis ad hoc*” e “*Inexistencia de responsabilidad solidaria.*”

II. SENTENCIA APELADA

El Juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia dictada el 30 de agosto de 2019, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de mérito de “ausencia de nexo causa – efecto”, “deber de medios en la medicina – no de resultados”; “ausencia de los elementos responsabilidad civil del doctor Carlos Alberto Carrasquilla” y “consentimiento informado”; que postularon Carlos Alberto Carrasquilla Valbuena y Liberty Seguros S.A., conforme a las razones expuestas. Como consecuencia, declarar legalmente terminado la presente causa, asimismo en cuanto a los llamamientos en garantía como se indicó en esta sentencia.

SEGUNDO: NEGAR todas y cada una de las pretensiones de la demanda formulada por Mónica Rocío Betancourt Díaz y Nelson

Leonardo Trujillo Medina contra Administradora Country S.A. operador Clínica Country y Carlos Alberto Carrasquilla Valbuena.

TERCERO: CONDENAR en costas a los demandantes fijándose como agencias en derecho, la suma de Tres Millones Doscientos Mil Pesos (\$3.200.000,00 M/cte.), secretaria proceda con su liquidación.

CUARTO: ORDENAR que por secretaría se proceda al ARCHIVO definitivo de las presentes diligencias en el momento procesal oportuno”.

Para arribar a la anterior determinación, se afirmó que el daño consistente en la ruptura del uréter de la señora Mónica Rocío Betancourt Díaz se produjo días posteriores al acto quirúrgico que le fue practicado; ya que de la historia clínica se extrajo que el procedimiento de resección de quiste de ovario izquierdo llevado a cabo el 5 de agosto de 2009, no tuvo ninguna complicación y/o anomalía durante su curso, información verídica por cuanto no fue objeto de tacha por parte de los demandantes.

Del historial clínico de urgencias de la Clínica el Country, permiten concluir que, para el 10 de agosto de 2009, no existía la lesión de ruptura del uréter, por cuanto, los exámenes que le fueron practicados a la paciente permitieron establecer como diagnóstico “*nefrolitiasis bilateral, hidronefrosis izquierda, proceso inflamatorio riñón izquierdo*”, sin que se haya constatado la lesión alegada en la demanda.

Los especialistas que depusieron coincidieron en señalar que el tratamiento que recibió la actora fue pertinente y adecuado, conforme al cuadro clínico que presentaba. La lesión en el aparato genitourinario sólo vino a reflejarse luego de transcurridos 23 días de la intervención de laparoscópica a la señora Mónica Rocío Betancourt Díaz; tal como se indicó en el diagnóstico de urología del Hospital Universitario Fundación Santafé de Bogotá; sin que ello implique, un acto negligente por parte del médico. Aducen que la cirugía presentó una causa desconocida e imprevisible, esto

es, un síndrome adherente en el endometrio de la demandante, que implicó que el cirujano Carlos Alberto Carrasquilla Valbuena tuviera una cercanía con los órganos vecinos, en atención a que en esta clase de procedimientos existe la posibilidad de afectar los órganos vecinos como el uréter, aún más, cuando se presentan anomalías en la anatomía del paciente, que en el caso en estudio eran adherencias endometriales, circunstancia que impone una dificultad en identificar el canal del uréter.

Consideró el Juez que la actuación del médico Carrasquilla Valbuena se ajustó a la *praxis* médica, los instrumentos que se utilizaron para la realización del procedimiento fueron los adecuados y se cumplieron los parámetros de la evaluación preoperatoria, por lo que concluyó que el daño alegado y el nexo causal no se encuentran acreditados. No puede hallar responsable a la Clínica del Country dado que lo sería de forma directa, siempre y cuando se encuentre probado el resultado dañoso padecido por la víctima y el nexo causal, lo que no acaeció en el caso bajo estudio.

Por último, indicó que obra en el plenario el consentimiento en el que se le informó a la señora Mónica Rocío Betancourt Díaz, que dentro de uno de los riesgos de la cirugía se encontraba *“la lesión de los órganos vecinos principalmente vejiga, uréter e intestinos”* y que la demandante al ser profesional en odontología tenía pleno conocimiento y experiencia en lo que implica la suscripción del beneplácito de realizar la cirugía.

III. FUNDAMENTOS DE APELACIÓN

El extremo demandante puso de presente que el consentimiento informado no cumplió con los requisitos previstos en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, ni con las exigencias decantadas en la jurisprudencia constitucional según la cual debe ser libre, informado, autónomo, constante y a veces calificado; en la medida, en que la demandante manifestó que no le indicaron las consecuencias de una ruptura en el uréter y la imposibilidad de quedar embarazada.

Señaló que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta que el cirujano Carlos Alberto Carrasquilla confesó que su actuación generó la lesión en el uréter; pues, sabía que este se encontraba detrás del peritoneo, y, aun así, decidió usar el instrumento con energía bipolar.

Además, el procedimiento practicado a la señora Mónica Rocío Betancourt Díaz resultó contrario al indicado por el ginecólogo Luis Alberto Cáceres, quien refirió cómo debía hacerse la intervención e inclusive sugirió la realización de una laparotomía exploratoria a fin de evitar dañar el uréter.

Añadió que el médico ginecólogo y obstetra Javier Ardila afirmó que en este tipo de actos médicos se deben aislar los órganos vecinos o tratar de rechazar la zona para evitar lesiones. Sumado que en la historia clínica no se observó ninguna anomalía o riesgo imprevisto en el organismo de la paciente que hubiere sido la causa del daño, por el contrario, se atestó que en la cirugía no hubo complicaciones.

Por último, arguyó que los efectos del daño padecido por la señora Mónica Rocío Betancourt se mantienen presentes en la actualidad y le han generado perjuicios patrimoniales y extramatrimoniales, dentro de los que enumeró la imposibilidad de quedar embarazada, hidronefrosis, estenosis, la introducción de catéteres en diferentes oportunidades, entre otros.

IV. CONSIDERACIONES

El Tribunal encuentra satisfechos los presupuestos procesales que reclama la legislación adjetiva para la correcta conformación del litigio y no se vislumbra vicio de nulidad que afecte la tramitación, supuestos éstos que permiten decidir de mérito.

El *a-quo* encontró acreditado el daño traducido en la ruptura del uréter de la señora Mónica Rocío Betancourt Díaz y los perjuicios irrogados como consecuencia de dicho infortunio; sin embargo, no ocurrió así, con el nexo causal, lo que condujo a la negativa de las pretensiones de la demanda, y

que motivó a la demandante se alzara contra la decisión, al considerar que el consentimiento informado no cumplió con los requisitos previstos en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, al no informarse las consecuencias que podía generar, como fue la ruptura del uréter y la posibilidad de no quedar embarazada.

Agregó que en la decisión no se tuvo en cuenta la confesión del cirujano Carlos Alberto Carrasquilla, quien aceptó que su actuación generó la lesión en el uréter; sumado a que el procedimiento practicado no se sujetó a la ley artes, ni a los protocolos científicos, teniendo en cuenta que la cirugía resultó contrario a lo indicado por el ginecólogo Luis Alberto Cáceres, quien refirió cómo debía hacerse la intervención, sugirió la realización de una laparotomía exploratoria a fin de evitar dañar el uréter, sumado a que el médico ginecólogo y obstetra Javier Ardila sostuvo que en este tipo de actos médicos se debe aislar los órganos vecinos o tratar de rechazar la zona para evitar lesiones.

Para decidir la alzada, es importante subrayar que la responsabilidad civil derivada de la actividad médica ha sido tema de estudio de manera reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Corporación que en tiempos pretéritos llegó a establecer una presunción de culpa en los galenos, postura que actualmente ha sido modificada, al plantearse la necesidad de establecer la culpa probada como requisito necesario para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria; en la medida en que las obligaciones que se asumen frente al paciente en relación con el contrato de servicios médicos, no son, en línea de principio, de resultado sino de medio.

De esta manera, el profesional de la salud se compromete a proporcionar todos los conocimientos adquiridos en procura de la mejoría o curación del enfermo, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste¹, de tal manera que sólo podrá ser declarado civilmente responsable y

¹ Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 5 de marzo de 1940. M.P. Liborio Escallón.

condenado a pagar perjuicios, si se demuestra que incurrió en culpa, por haber abandonado o descuidado al enfermo, o por no haber utilizado diligentemente en su atención, las reglas de protocolo médico que el caso concreto amerite.

En relación con la prueba en materia de responsabilidad médica, se sigue la regla general de la carga de la prueba, que se traduce en que quien alegue la culpa tiene que demostrarla, sin perjuicio, claro está, de que eventualmente, atendiendo las circunstancias de cada caso, se pueda facilitar a la víctima la demostración de los supuestos de hecho de su pretensión resarcitoria, en aplicación a la denominada carga dinámica que procura obtener las pruebas necesarias para hallar la verdad de quien le sea más fácil su aportación.

En el caso concreto, no existe ninguna discusión sobre el daño padecido por la paciente Mónica Rocío Betancourt Díaz, presupuesto que ha quedado fielmente demostrado con las pruebas adosadas al expediente que acreditan la ruptura del uréter, lo cual no fue puesto en tela de juicio la parte demandada, y que trae consigo la generación de los perjuicios reclamados por la parte actora, pues es eminente que la lesión de la ruptura del uréter, le generaron las secuelas que se han expuesto en la demanda.

Sin embargo, se hace necesario revisar las pruebas obrantes dentro del proceso para determinar si la intervención quirúrgica que le fue realizada a la paciente Mónica Rocío Betancourt Díaz, por el médico Ginecólogo Obstetra CARLOS ALBERTO CARRASQUILLA VALBUENA, correspondiente a la resección de quiste hemorrágico izquierdo, trajo como consecuencia la ruptura del uréter, al no seguir los protocolos científicos y la ley artes, y como consecuencia si debe el demandado salir a reparar los perjuicios reclamados en la demanda.

De las probanzas allegadas al plenario se extrae que el acto médico practicado a la demandante de resección de quiste hemorrágico izquierdo con laparoscopia, se hizo acorde a los protocolos de la ciencia médica para

la recuperación de los problemas que aquejaban a la demandante, teniendo en cuenta los beneficios que representaban.

El médico Javier Ardila Montealegre expresó que dicho procedimiento se viene realizando hace cuarenta años y es el más conveniente, al tener el especialista la posibilidad de magnificar la imagen, al estar haciéndose la instrumentación con el laparoscopio porque en la pantalla se muestra una imagen de alta resolución mucho más grande que la que puede uno ver cuando se abre la cavidad abdominal; especialmente porque no se manipula los tejidos que están colindando con el sitio de la masa, tampoco la trompa uterina ni el útero de una manera brusca como lo podía estar haciendo en la cirugía abierta, porque el laparoscopio sólo interviene en los sitios en donde se está haciendo la incisión.

El mencionado profesional hizo énfasis que el procedimiento que le fue practicado a la demandante Mónica Rocío Betancourt Díaz, tenía riesgos propios e inherentes a la cirugía por la proximidad con órganos esenciales, especialmente porque según el declarante, la vejiga está pegada a la cara interior del útero y el intestino que está rodeando el útero; y, por las características especiales que tiene el uréter, no permiten verlo, en ninguno de los dos abordajes; ni por vía abierta ni por vía laparoscopia, debido a que está en una ubicación retroperitoneal, es decir, por detrás de una membrana que recubre toda la pared abdominal incluyendo la parte posterior del abdomen, y en esas condiciones, no se sabe por dónde puede ir; enfatizando que si esa anatomía está distorsionada, como obra en el historial clínico a causa de las adherencias producidas por la endometriosis, era imposible que pudiera identificar el trayecto del uréter.

Igualmente matizó el galeno que, en condiciones normales se aíslan la zona en dónde está interviniendo, tratando de rechazar los órganos vecinos que acabo de mencionar, pero si esa anatomía está cambiada o está modificada por efecto del síndrome adherencial de la endometriosis, es muy difícil poder identificarlo a pesar de que tenga uno todas las normas de prevención quirúrgica en una técnica depurada.

En esa misma línea, el Doctor Luis Alberto Cáceres asintió que en su condición de cirujano también hace esta clase de procedimientos quirúrgicos, y desafortunadamente el planteamiento que se hace cambia en el momento de la cirugía, la técnica quirúrgica puede hacer que sea muy difícil hacer el procedimiento, refiere, que también realiza fertilidad y tiene pacientes con endometriosis; caracterizándose por ser una patología que puede generar adherencias, que puede crear infertilidad si encuentra una pelvis que denomina cerrada, puede correr el riesgo de afectar otros órganos, de hecho, la endometriosis puede afectarte el uréter.

Lo anterior corrobora lo subrayado por el doctor Carrasquilla Valbuena, quien en su interrogatorio manifestó que *“(...) la cirugía había transcurrido sin ninguna complicación y que se le había hecho el procedimiento que estaba indicado con unos hallazgos que no contemplamos en ese momento como el síndrome adherencial y como era una endometriosis importante (...) lo que hace uno con unas pinzas especiales es ir separando el tejido con mucho cuidado e ir haciendo hemostasia porque cuando lo hacemos sangran las arterias y las venas, cuando nosotros le proponemos la cirugía a las pacientes siempre les advertimos que esas cirugías tienen un índice x de complicaciones a órganos vecinos porque tanto despegarlos con elementos fríos o que tengan energía eléctrica pueden producir daño a órganos vecinos, indudablemente nosotros revisamos que toda la arquitectura este conservada porque los órganos vecinos no solamente son la vejiga y el uréter como en este caso sino también los intestinos, el recto, la pared posterior del útero, es decir, hay muchas estructuras involucradas ahí y hay que revisarlas con cuidado.”*

No queda ninguna estela de incertidumbre que el profesional que hizo la intervención quirúrgica de resección de quiste hemorrágico izquierdo con laparoscopia, se sujetó a los protocolos científicos, pues así lo ratifican los profesionales especializados en esta área que rindieron testimonios, quienes corroboraron que el procedimiento utilizado fue el más idóneo para

el tratamiento de ésta clase de patologías, las cuales tienen alto riesgo de lesionar órganos vecinos, máxime cuando la paciente presentó un síndrome adherencial de la endometriosis, haciéndose muy difícil de identificar el uréter a pesar de que tenga todas las normas de prevención quirúrgica, lo cual puede ser calificado como un daño inherente a la intervención que le fue práctica.

Sobre este particular, ha dicho la Corte que “Frecuentemente el médico se encuentra con los riesgos inherentes al acto médico, sea de ejecución o de planeamiento, los cuales son inseparables de la actividad médica, por cuanto no puede predicarse que la medicina sea una ciencia exacta y acabada, sino en constante dinámica y evolución. Al respecto, la literatura sobre responsabilidad médica, como la reiterada jurisprudencia de esta Sala, es pacífica en sostener y reconoce que la Medicina es una ciencia en construcción, y, por tanto, apareja la existencia de ciertos **riesgos inherentes** a la realización de ciertos procedimientos médicos, los cuales hacen que el daño derivado del acto médico no configure ninguna modalidad de culpa”².

Igualmente, se atribuye responsabilidad por no haberse suministrado consentimiento informado a la paciente, pues a pesar de haberle enterado de algunos riesgos, sin embargo, no se le explicó suficientemente los riesgos y daños graves que podían generarse con ocasión de dicho procedimiento.

En efecto, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 *“El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.”*

² Corte Suprema-Sentencia SC-7110-2017

Al respecto, ha decantado la Corte Suprema de Justicia que “(...) la manifestación del paciente en torno a conocer las circunstancias que rodean su situación de salud y, eventualmente, la autorización de una intervención quirúrgica, no es otra cosa que la exteriorización de ser consciente y haber sopesado los alcances de las consecuencias derivadas del tratamiento o intervención a que será sometido; contrariamente, de no estar enterado de todo ello, difícilmente podría, de manera consciente, decidir lo más aconsejable para sus intereses y deducirse probablemente de ello un daño susceptible de ser reparado (...).”³

La demandante en el interrogatorio rendido confesó que otorgó el consentimiento informado, y a pesar de aducir que no le fueron explicados los riesgos, no obstante, de las pruebas que obran dentro del plenario, específicamente a folios 257 y 258, y el vídeo laparoscopia ginecológica firmado por la paciente Mónica Rocío Betancourt Díaz, se dió a conocer los riesgos, *“Como en toda intervención médica existe un riesgo de complicaciones imprevistas e impredecibles durante o posterior a la intervención con riesgo de muerte o del compromiso de mi estado de salud y que pueden ser derivados del acto quirúrgico, de la anestesia o por la situación vital de cada paciente (...).”* y dentro de las complicaciones propias se señalaron *“(...) Lesiones de órganos vecinos principalmente vejiga, uréter e intestinos”*, sin que se acreditara que el mismo fue firmado bajo constreñimiento alguno o que lo allí consignado no correspondiera a la realidad.

La carga de demostrar la culpa en el ejercicio de la actividad médica, al involucrar obligaciones de medio le corresponde a la parte demandante, lo cual no fue cumplido, y al considerarse la perforación del uréter un riesgo inherente a la cirugía que le fue realizada a la demandante Mónica Rocío Betancourt Díaz, por la presencia del síndrome adherencial de la endometriosis, por sí, no acreditaba la mala o deficiente aplicación del procedimiento quirúrgico por parte del Doctor Carrasquilla Valbuena

³ Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 15 de septiembre de 2014, Exp. 00052.

Como lo infirió el Juez de Primera Instancia, la actuación del médico Carrasquilla Valbuena se ajustó a la *praxis* médica, pues, los instrumentos que se utilizaron para la realización del procedimiento fueron los adecuados y se cumplieron los parámetros de la evaluación preoperatoria, por lo que se concluye que el nexo causal no se encuentra acreditados.

En este contexto, la sala llega a la conclusión que los reparos efectuados por la parte demandante a la sentencia de primera instancia son infundados y en ese sentido el fallo deberá confirmarse.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en Sala Sexta Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

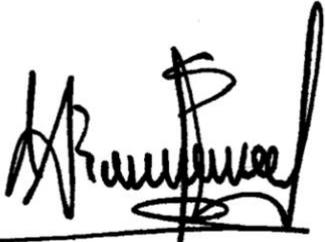
PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de agosto de 2019, por el Juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá, D. C.

SEGUNDO. Se condena en costas a la parte demandante.

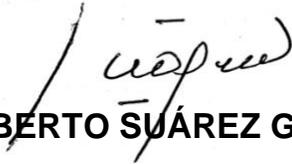
TERCERO. En oportunidad remítase el expediente al juzgado de origen para lo de su trámite y competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LOS MAGISTRADOS,



JULIÁN SOSA ROMERO



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Bogotá D. C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación: 11001-3199-030-2016-00563-02
Asunto. Verbal
Recurso. Apelación Sentencia
Demandante: Henry Hernán Ramírez Nieto y Otros
Demandado: Jaime Sotomontes Vargas y Otros.
Reparto. 15/11/2019

1. En el curso del proceso se emiten autos y sentencias. Los primeros, salvo excepciones, no resuelven de manera definitiva la controversia, mientras las segundas sí y, por ello, producen efecto de cosa juzgada; así emerge del artículo 303 del C.G.P.

Si los autos resuelven situaciones surgidas en el curso del proceso y conducen a éste al momento de la sentencia, en su mayoría tienen un carácter instrumental, siendo algunos de mero trámite y otros que definen aspectos que no ostentan esa condición, estando todos sujetos a las normas procesales respectivas, las cuales autorizan su control por vía de los recursos y las nulidades. De modo, pues, que si no son censuradas se convierten en ley del proceso y, por contera, producen efectos.

Empero, en el evento en que, no obstante las aludidas medidas correctivas, un proveído altera el orden jurídico es viable



acudir **excepcionalmente** a la teoría del antiprocesalismo, acogida por la jurisprudencia patria, según la cual “*los autos manifiestamente ilegales no cobran ejecutoria y por consiguiente no atan al juez ni a las partes*”. (CSJ, sentencia de junio 28 de 1979, citada en sentencia STC 1639 de 2018, entre otros pronunciamientos).

2. Pues bien, el auto dictado el día 6 de febrero de 2020, invocando como sustento los artículos 169 y 170 del C.G.P., decretó de oficio la práctica de un dictamen pericial con el propósito de determinar el valor de los frutos producidos por el inmueble materia del contrato de compraventa, cuya simulación absoluta declaró el fallo apelado, al igual que el avalúo de las mejoras allí plantadas.

Sin embargo, dicha experticia en realidad no es útil para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes en esta instancia, en virtud de que la sentencia apelada negó las restituciones mutuas reclamadas por el demandante, sin que esa decisión sea objeto de la alzada propuesta.

Ergo, entonces, el auto en cuestión se aparta de los supuestos de los artículos 169 y 170 del estatuto procesal civil vigente, según los cuales el juzgador podrá decretar pruebas de oficio cuando sean útiles o necesarias para esclarecer hechos relacionados con las alegaciones de las partes.

Siendo ello así, se declarará sin valor y efecto el auto de 6 de febrero del año en curso.

Por lo brevemente expuesto, se



RESUELVE

Primero: Dejar sin valor ni efecto el proveído de 6 de febrero de febrero de 2020, por las razones anotadas.

Segundo: Ejecutoriada esta decisión, ingrese inmediatamente el expediente al despacho

NOTIFÍQUESE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada

2 AUTOS

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación: 11001 3103 030 2016 00563 02
Asunto. Verbal
Recurso. Apelación de Sentencia.
Demandante. Henry Hernán Ramírez Nieto y Otros.
Demandado. Jaime Sotomontes Vargas y Otra
Reparto. 15/11/2019

En virtud de la suspensión de términos, decretada por el Consejo Superior de la Judicatura ante la emergencia sanitaria originada por la propagación del corona virus Covid 19, no es factible dirimir la segunda instancia de este asunto, dentro de los 6 meses siguientes a la recepción del expediente en la Secretaría de la Sala Civil de esta Corporación, razón por la cual se **PRORROGA** el aludido plazo por seis (6) meses más para proferir el fallo respectivo.

NOTIFIQUESE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada.

2 AUTOS

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil veinte
(2020).*

*REF: EJECUTIVO SINGULAR de DARÍO
FERNANDO ESPITIA MONTERO contra XIMENA BOSSIO MONTERO y
otros. Exp. 026-2016-00544-04.*

*Atendiendo al contenido del inciso 3° del artículo 14
del Decreto Legislativo No. 806 de 2020 expedido por el Presidente de la
República, en uso de las facultades constitucionales y legales, en especial las
conferidas en el artículo 215 de la Constitución Política en concordancia con
la Ley 137 de 1994 y el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, por el cual se
declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el
territorio nacional, se dispone:*

CORRASE TRASLADO a la parte apelante por el
término de cinco (5) días para que sustente su recurso de alzada, vencidos los
cuales el no recurrente deberá recorrer, si ha bien lo tiene, el correspondiente
traslado, los cuales comenzaran a contabilizarse desde la notificación de esta
determinación a las partes. En caso de apelación de ambas partes el traslado
será simultáneo.

*Concurrente con lo antes señalado, los profesionales
del derecho deberán dar estricto cumplimiento al numeral 14 del artículo 78
del Código General del Proceso, so pena de imposición de multa, en los
términos allí previstos.*

*Para efecto de dar la plena garantía del debido
proceso y derecho de defensa a las partes, por Secretaría **NOTIFÍQUESE a
los apoderados de los intervinientes** las determinaciones que se adopten en el
marco de la norma reseñada vía correo electrónico, empero en todo caso de no
llegar a obrar la misma en el expediente, pese a ser una obligación de los
togados, remítanse las comunicaciones correspondientes a la dirección física
que hayan informado en el expediente o en el Registro Nacional de Abogados.*

A su turno, las partes contendientes deberán dirigir sus escritos o memoriales con destino a este asunto al correo electrónico del Secretario Judicial de esta Corporación secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co con copia del mismo a la escribiente encargada de los procesos del suscrito Magistrado mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co

Cumplido lo anterior, ingresen las presentes diligencias **inmediatamente** al despacho con informe pormenorizado de Secretaría y, para proveer lo que en derecho corresponda.

NOTIFIQUESE



JORGE EDUARDO FÉRREIRA VARGAS
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte
(2020).

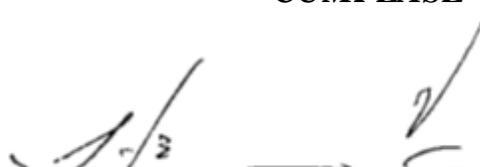
**REF: EJECUTIVO SINGULAR de DARÍO
FERNANDO ESPITIA MONTERO contra XIMENA BOSSIO MONTERO y
otros. Exp. 026-2016-00544-04.**

En atención al informe secretarial que antecede y como quiera que la providencia adiada 23 de junio de la presente anualidad no fue debidamente notificada, en razón a que no se dio cumplimiento al inciso 4° de esa determinación, se dispone:

Por Secretaría repítase nuevamente la notificación del proveído de fecha 23 de junio de la anualidad que avanza, toda vez que no acató con estrictez lo dispuesto en el inciso 4° de la misma, esto es, también notificar a los apoderados de los intervinientes del auto que ordena correr traslado a los correos electrónicos que obran en el expediente para tal propósito, empero en todo caso de no llegar a registrarse los mismos, pese a ser una obligación de los togados, remítanse las comunicaciones correspondientes a la dirección física que hayan informado en el Registro Nacional de Abogados.

*Cumplido lo anterior, ingresen las presentes diligencias **inmediatamente** al despacho con informe pormenorizado de Secretaría y, para proveer lo que en derecho corresponda.*

CUMPLASE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá, D. C., veintidós de julio de dos mil veinte

11001 3103 001 2017 00431 01

Ref. proceso verbal de Yamile Peña Moreno frente a Diana Carolina Fonseca Díaz (y otro).

El suscrito Magistrado DENIEGA la solicitud que elevó la demandante el 6 de julio de 2020 (por correo electrónico), con miras a que “me dé a conocer el contenido de los autos y de las apelaciones sustentadas para poder descorrer el traslado”.

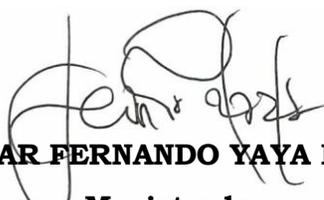
Lo anterior por cuanto –a diferencia de lo que planteó la memorialista y como consta en las anotaciones que la secretaria de esta Corporación hizo en el aplicativo *web*-, los memoriales de sustentación fueron cargados en la página de la Rama Judicial el 26 de junio de 2020 (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil/104>), en la sección “traslados” de ese mismo día, botón “memoriales parte 2”.

En ese escenario, se entiende cumplido el mandato del inciso 2° del artículo 14 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, que establece que “**de la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días**”.

Ha de agregarse que el término en mención es de entidad legal, y no judicial y que, por lo mismo, es perentorio e improrrogable, razón de más para decidir según se anunció. Ver, a estos respectos, lo que manda el artículo 117 del C.G.P.

En firme esta providencia, regrese el expediente al despacho, para lo pertinente.

Notifíquese


OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL**

Bogotá, D. C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020).

**REF. EJECUTIVO SINGULAR DE FERNANDO MURCIA CALDERÓN
CONTRA PARQUE AGROTURISTICO ECOLOGICO GUAYOQUE Y
OTRO.**

RAD. 110013103018201700423 03.

Magistrado Ponente: **JULIÁN SOSA ROMERO.**

Discutido y aprobado en Sala n.º 20 del 22 de julio de 2020.

ASUNTO

De conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, resuelve el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2019, por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, D. C.

I. ANTECEDENTES

1º. Demanda

El señor Fernando Murcia Calderón, por conducto de apoderado judicial, promovió demanda ejecutiva singular contra el Parque Agroturismo Ecológico Guayoque y José Armando Camacho Cortes, con el fin de obtener el pago de las siguientes sumas de dinero:

- \$135.000.000.00 como capital correspondiente a la obligación contenida en el pagaré base de la ejecución.
- Intereses de plazo a la tasa de 2% mensuales o a la tasa máxima permitida.
- Por los intereses moratorios respecto del anterior capital indicado.

2º. Hechos

Los fundamentos fácticos en que se soportaron las pretensiones admiten el siguiente compendio:

2.1. El Parque Agroturismo Ecológico Guayoque y José Armando Camacho Cortes se obligaron con Fernando Murcia calderón, con la suscripción del pagaré N° 001 del 7 de diciembre de 2015 por valor de \$135.000.000, para ser cancelada el 7 de diciembre del 2016.

2.2. En dicho título se pactó como interés corriente el 2% mensual.

2.3. El pagare fue expedido cumpliendo con los requisitos establecidos en el Código de Comercio (art.621 y 671).

2.4. Al vencimiento de la obligación contenida en el titulo valor, no ha sido satisfecha por ninguno de los obligados.

2.5. A pesar de los requerimientos, los ejecutados no han cumplido con la obligación adquirida y el plazo se encuentra vencido, lo que constituye mora en el cumplimiento de la misma.

2.6. Para el cumplimiento de la obligación además de suscribir el pagare 001, a través de escritura pública 041 del 19 de enero de 2012 de la notaria 1° de Zipaquirá, se gravó a favor del ejecutante hipoteca abierta de primer grado y sin límite de cuantía, constituida a través de escritura pública 068 del 4 de febrero del 2016 de la Notaria Única del Circulo Notarial de la Calera, respecto del inmueble Villa Gabina ubicada en la vereda Algodonales del municipio de Pacho Cundinamarca, la cual se encuentra materializada con anotación 05 de 2 de marzo de 2016.

3º. Actuación Procesal

La demanda se radicó el 5 de septiembre de 2017 y correspondió por reparto al Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá. En providencia del 28 de septiembre de 2017, se libró mandamiento de pago en la forma y términos solicitados (fl. 38 Cd.1), ordenando su notificación a los ejecutados, quienes se consumó conforme da cuenta en los proveídos del 19 de julio de 2018 (fl. 46 Cd.1) y del 18 de febrero del 2019 (fl. 65 Cd.1).

Por conducto de sus apoderados judiciales formularon excepciones de mérito de pago parcial de intereses, compensación parcial de la obligación, intereses de plazo pagos, cobro de intereses desde una fecha incorrecta, acción judicial equivocada, indebida inclusión de la demanda.

4º. Sentencia

Rituada la instancia en debida forma, el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 7 de septiembre de 2019, en la cual resolvió:

“PRIMERO: Declarar probada la excepción del pago parcial de intereses o intereses de plazo pagados conforme a lo confesado por el extremo demandante teniéndose en cuenta los recibos aportados al momento de la contestación de la demanda.

SEGUNDO: Se declara no probada las excepciones de mérito denominadas acción judicial equivocada, indebida inclusión de un demandado, cobro de intereses desde una fecha incorrecta, compensación parcial de la obligación y la genérica por los planteamientos esgrimidos en la parte emotiva de esta sentencia.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior se ordena seguir adelante con la ejecución de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo en contra de los aquí demandados.

Se ordena la realización de la liquidación del crédito y se tengan en cuenta todos y cada uno de los abonos realizados o el pago realizado a los intereses conforme a la prueba documental aportada al momento de contestar la demanda y lo confesado por el demandante en su interrogatorio de parte.

CUARTO: Se ordena el remate de los bienes embargados y secuestrados dentro del presente asunto y los que se llegaren a embargar.

QUINTO: Sin condena en costas y gastos del proceso a la parte demandada en consideración a la prosperidad parcial de las excepciones”

Como soporte de la decisión, el a-quo luego de hacer un recuento de los presupuestos de la acción, y de enunciar los requisitos necesarios que trae consigo el artículo 422 del Código General del Proceso para que el título valor preste mérito ejecutivo, entró a decidir las excepciones propuestas en su defensa, declarando Fundada la de pago parcial de intereses o intereses de plazo pagados conforme a lo confesado por el extremo demandante, y las demás las negó atestando que, tratándose de la acción ejecutiva con garantía

real, el acreedor es quien goza de la facultad de disponer del derecho de acción, a tono con lo establecido por el artículo 467 del Código General del Proceso.

La excepción de “cobro de intereses desde una fecha incorrecta”, la desestima al inferir que el título valor que se está ejecutando se rige por el principio de literalidad, donde se encuentra consignado la fecha y el lugar de cumplimiento de la obligación, y su elaboración, determinando la Calera Cundinamarca, 7 de diciembre del año 2015, y nunca se dejó constancia o se documentó, una fecha diferente de desembolso a la indicada.

Respecto de la “compensación parcial de la obligación”, basada en que el ejecutante compensó la obligación mediante la adquisición de unas acciones del Parque Agroturístico Ecológico Guayoque propiedad de los demandados, esta circunstancia no se acreditó, por el contrario, mediante la escritura pública que se aportó, se estipuló una cesión de derechos o participación en la corporación, pero nunca se dejó registrado que la entrega de esas acciones era como medio de pago parcial.

Sobre “la indebida inclusión de un demandado”, basada en que en la escritura de constitución de la hipoteca el único deudor hipotecario es la corporación demandada, revisado el título base de la acción, se constata la firma del Sr. Camacho sobre la línea de deudor hipotecario sin aclaración alguna. Es así, que al aparecer su nombre y su firma identificados con la condición de deudores, declarando que con el presente título valor pagaría de manera solidaria e incondicional. Esta firma supone un reconocimiento unilateral de voluntad para garantizar el pago de la obligación preexistente consignada en el título valor o fuera del mismo.

II. CONSIDERACIONES

No existe discusión en relación con la concurrencia de los denominados presupuestos procesales necesarios para considerar válidamente trabada la relación jurídico-procesal, y no se vislumbra vicio de nulidad que afecte lo tramitado hasta la presente, supuestos éstos que permiten decidir de mérito.

La Sala advierte *ab initio* que, en aplicación a lo consagrado en el artículo 328 del C. G. del P., según el cual “*El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley*”, se abordará, exclusivamente, los punto materia de apelación referente a la excepción de mérito denominada acción judicial equivocada y el reparo

sobre el exceso de la orden de remate de los bienes embargados y secuestrados dispuesta en el fallo.

El proceso ejecutivo parte de la existencia de un título base de ejecución, con fuerza suficiente por sí mismo de plena prueba (*nulla executio sine títulos*), por lo que con la demanda se debe anexar uno que preste mérito ejecutivo acorde con las previsiones contenidas en nuestro ordenamiento, es decir, apoyarse de manera inexorable, no en cualquier clase de documento sino en aquellos que efectivamente produzcan en el juez un grado de certeza tal, que de su simple lectura quede acreditada una obligación insatisfecha, pues, debido a las características propias de este proceso, no es posible discutir la existencia del derecho reclamado, sino su cumplimiento, lo cual cumplió a cabalidad la parte ejecutante, con el título valor adosado con la demanda.

El Caso Concreto

El Juez de instancia ordenó seguir adelante con la ejecución de la obligación crediticia identificada en el mandamiento ejecutivo, y declaró probada la excepción de pago de interés de plazo, consonante con lo confesado por el extremo demandante, teniéndose en cuenta los recibos aportados al momento de la contestación de la demanda, y las demás las declaró infundadas.

Inconformes con la anterior decisión, la parte pasiva interpuso el recurso de alzada argumentando que los bienes embargados son excesivos, en el sentido de que la garantía hipotecaria del bien inmueble "Villa Gabina", ubicado en el municipio de Pacho Cundinamarca, basta para pagar las obligaciones adeudadas. Por otro lado, no están de acuerdo con el trámite que el despacho le imprimió a la demanda, teniendo en cuenta que el proceso ejecutivo mixto desapareció con la entrada en vigencia del Código General del proceso.

De acuerdo con el artículo 13 del Código General del Proceso, las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, lo que significa que en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. En obediencia de la anterior disposición, los términos atinentes a todo procedimiento jurídico deben observarse estrictamente para preservar el debido proceso, so pena de incurrir en nulidad.

En el caso concreto, la parte recurrente considera que el juez de conocimiento desconoció el debido proceso por haber dado trámite de un ejecutivo mixto, el cual fue derogado con la vigencia del Código General

del Proceso. Para tal fin, examinado el expediente, se colige que no existe la irregularidad denunciada, teniendo en cuenta que si bien es cierto en auto del 27 de septiembre del 2017, se incurrió en dislate al determinar que se trataba un acción ejecutiva mixta, no obstante, con ocasión del recurso de reposición y en subsidio apelación que interpuso el Parque Agroturismo Ecológico Guayo que, el *a quo* mediante próvido del 5 de octubre del 2018, lo saneó aclarando que se trataba de un ejecutivo singular, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 431 del C.G de P.

Sin embargo, es preciso prescribir que con la vigencia del Código General del Proceso, se eliminó la dualidad de procedimientos existentes para cuando se promovía ejecutivo con acción personal o real, no obstante, se estableció unas reglas especiales consagrada en los artículos 467 y 468, para cuando los titulares de la garantía prendaria o hipotecaria opten por solicitar el pago con la adjudicación o venta en pública subasta del bien gravado, sin que su elección pueda mermar los derechos sobre la garantía real, lo que conlleva a que el embargo estará revestido de la prelación legal que le confieren las normas sustanciales y procesales, conforme lo ha señalado la Corte Suprema en sentencia STC-522 de 2019.

Permitiendo el artículo 468, que cuando a pesar de la adjudicación o el remate del bien la obligación no se extingue, el acreedor podrá perseguir otros bienes del ejecutado, sin necesidad de prestar caución, siempre y cuando éste sea el deudor de la obligación, como lo señala el recurrente.

Se encuentra inconforme el ejecutado con la orden de remate de los bienes embargados y secuestrados dispuesta en la sentencia, al considerar que por disposición legal debió limitarlo por tenerlos excesivo.

Sobre este particular, el Código General del Proceso ha regulado lo atinente a las medidas cautelares y en su artículo 599 ha dispuesto que “El juez, al decretar los embargos y secuestros, podrá limitarlos a lo necesario; el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garanticen aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad”.

“En el momento de practicar el secuestro el juez deberá de oficio limitarlo en la forma indicada en el inciso anterior, si el valor de los bienes excede ostensiblemente del límite mencionado, o aparece de las facturas de compra, libros de contabilidad, certificados de catastro o

recibos de pago de impuesto predial, o de otros documentos oficiales, siempre que se le exhiban tales pruebas en la diligencia”.

Por su parte, el artículo 600 *ibídem* dispone que “En cualquier estado del proceso una vez consumados los embargos y secuestros, y antes de que se fije fecha para remate, el juez, a solicitud de parte o de oficio, cuando con fundamento en los documentos señalados en el cuarto inciso del artículo anterior considere que las medidas cautelares son excesivas, requerirá al ejecutante para que en el término de cinco (5) días, manifieste de cuáles de ellas prescinde o rinda las explicaciones a que haya lugar”

Precisado lo anterior, no obra el avalúo de los bienes cautelados (fol.73 y 244 c.2) con el fin de acreditar si exceden el doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, y para poder realizar la comparación cuantitativa que permita predicar si resultan excesivas. Nótese que en el auto que se decretaron las cautelas, se solicitó el avalúo de los inmuebles, pero no obra prueba de que haya sido aportados, como así lo indico el *a quo* en su pronunciamiento más reciente del 20 de agosto del 2019 (fol.249 c.2), carga que, si bien, recayó en el extremo activo, nada impide que lo aporte el demandado.

En lo atinente al argumento alusivo a que solo se puede perseguir la garantía real, tendría razón el recurrente si el actor hubiere elegido promover la acción ejecutiva hipotecaria, empero, como quedó consignado la acción elegida fue la ejecutiva singular, la que legitima al acreedor perseguir aparte del hipotecado otros bienes.

Dicho lo anterior, emana la confirmación de la decisión opugnada por las razones aquí expuestas.

III.

DECISIÓN

Por mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia impugnada proferida por Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de esta ciudad, el 7 de noviembre de 2019, en el proceso de la referencia.

SEGUNDO. Condénese en costas de ambas instancias a la parte demandante. Por secretaría liquídense las que corresponden a ésta incluyendo la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho.

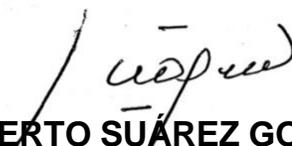
TERCERO. Cumplido lo anterior devuélvase la actuación al juzgado de origen. Anótese su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LOS MAGISTRADOS,



JULIÁN SOSA ROMERO



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

R.I. 14765

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
SALA SEXTA DE DECISIÓN**

Bogotá, D. C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020).

**REF. PROCESO EJECUTIVO SINGULAR DE MARIBEL JÁCOME
BASTIDAS CONTRA PROSIGNA S.A.S.**

RAD. 110013103021201700523 02.

Magistrado Ponente: **JULIÁN SOSA ROMERO.**

Discutido y aprobado en Sala n.º 20 del 22 de julio de 2020.

ASUNTO

De conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 4 de junio de 2020, resuelve el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada contra la sentencia proferida el 27 de agosto de 2019, por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá, D. C., en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1º. Mediante providencia del 7 de noviembre de 2017, el Juez 21 Civil del Circuito de Bogotá libró mandamiento de pago contra PROSIGNA S.A.S. y EDWIN BERNAL, por la suma de ciento diecisiete millones cuatrocientos catorce mil seiscientos ochenta y cinco pesos (\$117.414.685.00), representando en las facturas adosadas al expediente, junto con los intereses moratorios causados desde la fecha que se hicieron exigibles las obligaciones hasta el pago total.

2º. Notificado del mandamiento de pago, PROSIGNA S.A.S. propuso en su defensa las excepciones de mérito que calificó como: *solución o pago, cobro de lo no debido, inexistencia de la notificación que según la ley la tenedora o endosatario debía darle al obligado cambiario, falta de legitimación en la causa por activa y enriquecimiento sin causa.*

La parte ejecutante, mediante escrito radicado el 27 de febrero de 2018 desistió de las pretensiones frente al demandado EDWIN BERNAL, petición aceptada en auto del 28 de febrero del mismo año.

3º. El Juez, en la sentencia dictada el 27 de agosto de 2019, declaró infundadas las excepciones de mérito propuestas por la pasiva, y ordenó seguir adelante la ejecución a favor de la ejecutante en la forma dispuesta en el mandamiento de pago y dispuso la práctica de la liquidación del crédito en los términos del artículo 446 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta el abono reconocido por valor de \$120.849.789.00, el avalúo y posterior remate de los bienes embargados y secuestrados, y los que posteriormente sean objeto de cautela y condenó en costas a la ejecutada.

Para arribar a esta determinación sostuvo que existe diferencia entre pago y abono en las obligaciones dinerarias, y si bien persigue el mismo fin, que es su cumplimiento, hay que distinguir en qué momento se realizaron para así darle la calificación jurídica que corresponde.

Expuso que el pago es el que hace el deudor cuando cancela la obligación en su totalidad luego de vencido el plazo y hasta antes de ejecutarse la obligación ejecutiva. Y el abono ocurre cuando realiza la misma conducta, pero una vez presentada la correspondiente acción coercitiva. Por lo anterior, considera que el depósito realizado por la demandada es un abono, en la medida en que fue consumado después de haber dado trámite a la demanda y librado el mandamiento de pago.

Con respecto al pago efectuado por la parte ejecutada con los cheques allegados al expediente (fl. 83) por valor de treinta y ocho millones setecientos quince mil novecientos cincuenta y tres (\$38.715.953), indicó que la ejecutante alegó que no se imputaron a las obligaciones objeto de ejecución, sumado a que la sociedad demandada no probó lo contrario. La otra consignación dispuso tenerla en cuenta como abono al crédito, dejando en claro que existe un saldo por valor de nueve millones trescientos veintinueve mil setecientos ochenta y dos pesos (\$9.329.782)

Respecto del documento que milita a folio 84 del expediente, sostuvo que la Jurisprudencia ha señalado, que es principio general de derecho probatorio que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba, por lo tanto, quien afirma un hecho tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que numera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, y que, además, tenga eficacia para formar el convencimiento del Juez.

2º. Inconforme con la decisión, el mandatario judicial interpuso recurso de alzada, afirmando que la Juez desconoció que la excepción de Solución o Pago, se encuentra fundada, porque antes de recibir notificación del mandamiento de pago, se le había depositado a la empresa FLEX

PACK S.A.S. como legítima tenedora de las facturas, la suma de \$159.565.742.00; con las consignaciones del 10 de Noviembre de 2017 por valor de \$38.715.953.00 y la del 23 de noviembre de 2017 por valor de \$120.849.789.00 para un total de \$159.565.742.00.

No le otorgó valor probatorio a la certificación contable allegada oportunamente, obrante a folio 84, que contiene todos los registros y soportes que acreditan el pago de las obligaciones objeto de ejecución a FLEX PACK SAS, y la confesión de la demandada, en donde declara: a) Que labora como representante legal de Flex Pack desde el año 2001 y gerente administrativa y financiera, b) Que las facturas son producto de un contrato de suministro; c.) Que le endosaron las facturas a Edwin Bernal pero que el deudor no las pagó; d.) Que Edwin Bernal endosó las facturas a Maribel Jácome como accionista: e) Que Prosigna hizo los pagos recibidos por ella según la relación de facturas, \$38.715.953.00 el 10 de noviembre de 2017, y \$120.849.789.00 el 23 de noviembre de 2017.

PROSIGNA S.A.S. pagó el importe de todos y cada uno de los títulos a quien según su leal saber y entender era su acreedor porque desde antiguo era su proveedor y acreedor y FLEX PACK S.A.S., recibió el pago sin advertirle a PROSIGNA que de mala fe estaba recogiendo el precio con una mano y con la otra estaba endosando los títulos ya atendidos, para promover un doble recaudo.

Finalmente, aduce que la señora juez en su sentencia omitió que el artículo 2° de la Ley 1231 del 2008, le exigía a la ejecutante Maribel Jácome Bastida, que tres días antes de cada vencimiento de las facturas, le informara a PROSIGNA S.A.S., que ella era tenedora legítima de cada una de las facturas que acá se cobran.

II. CONSIDERACIONES

No existe reparo sobre los presupuestos procesales necesarios para considerar válidamente trabada la relación jurídico-procesal, ni vicio de nulidad que afecte la tramitación, supuestos estos que permiten decidir de mérito.

De manera preliminar, esta Sala se limitará a examinar, exclusivamente, los reparos invocados por el extremo apelante, respetando los lineamientos del inciso 1° del canon 320 del Código General del Proceso, y que, en esencia, delimitan el debate jurídico en esta instancia y la competencia funcional conforme al canon 328 ejusdem.

El recurso instaurado se dirige a que se dé claridad en cuanto a la persona titular del crédito al considerar el recurrente que la ejecutante solamente prestó su nombre, pero que el verdadero titular del crédito es FLEXPACK S.A.S., y que la obligación ya estaba solucionada con las consignaciones que fueron realizadas a favor del acreedor inicial, conforme dan fe los registros contables, la confesión de la demandante y los soportes anexos al expediente, los cuales no fueron valorados por la Juez de Primera Instancia.

La legitimación es una característica propia del título valor, según la cual su tenedor se encuentra jurídicamente habilitado para exigir, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la obligación crediticia contenida en el documento, conforme a las condiciones de literalidad e incorporación antes descritas. Por lo tanto, cuando el tenedor exhibe el título valor al deudor cambiario y, además, ha cumplido con la ley de circulación predicable del mismo, queda revestido de todas las facultades destinadas al cobro del derecho de crédito correspondiente.

En consonancia con lo expuesto, la Sala de Casación Civil ha establecido que *“... el poseedor del título, amparado por la apariencia de titularidad que le proporciona la circunstancia de ser su tenedor en debida forma, está facultado, frente a la persona que se obligó a través de la suscripción, para exigirle el cumplimiento de lo debido.”*¹ Apoyada en doctrina especializada sobre el tópico, la misma corporación consideró que *“la legitimación es la situación en que, con un grado mayor o menor de fuerza el derecho objetivo atribuye a una persona, con cierta verosimilitud, el trato de acreedor y ello no sólo a efectos de prueba, sino de efectiva realización del derecho. La legitimación consiste, pues, en la posibilidad de que se ejercite el derecho por el tenedor, aun cuando no sea en realidad el titular jurídico del derecho conforme a las normas del derecho común; equivale, por consiguiente, a un abandono de cualquier investigación que pudiera realizarse sobre la pertenencia del derecho.”*²

Examinados los documentos adosados como títulos valores, se infiere que la ejecutante está legitimada para ejercer la acción cambiaria prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil en contra de la deudora, por haberlo recibido conforme a la ley de circulación mediante endoso en propiedad, que fue realizado en los términos del artículo 656 por el señor EDWIN BERNAL, quien a su vez lo había recibido, en los mismo términos, de la sociedad FLEXPACK S.A.S., sumado a que no se acreditó por el deudor, que la transferencia del crédito hubiera sido un negocio simulado o que estuviera

¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de octubre de 1979. M.P. Germán Giraldo Zuluaga.

² *Ibidem*. La cita corresponde a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín (1976). *Derecho Mercantil*. Porrúa, p. 256.

afectado de algún vicio de ilegalidad, lo que impone la certeza de esa transferencia.

No obstante lo anterior, debe recordarse que la ley 1231 de 2008 modificó las condiciones y requisitos de las facturas de venta, consignando en el párrafo del artículo 2º, que la *“La factura podrá transferirse después de haber sido aceptada por el comprador o beneficiario del bien o servicio. Tres (3) días antes de su vencimiento para el pago, el legítimo tenedor de la factura informará de su tenencia al comprador o beneficiario del bien o servicio”* (Lo subrayado es de la Sala), previsión en la que se soporta una de las excepciones de la ejecutada.

Examinado el expediente se deduce que el endosatario no le notificó al representante legal de la sociedad PROSIGNA S.A.S., la transmisión de la acreencia, esto es, que ella era la legítima tenedora de las facturas cambiarias materia de ejecución, hecho que fue aceptado expresamente por la misma ejecutante en la audiencia celebrada el 27 de agosto de 2019, razón por la cual, es necesario establecer cuáles son las consecuencias que se derivan de esa omisión, advirtiéndose, de entrada, que el documento no pierde la condición de título valor pues ese requisito no lo estableció la ley para su existencia o eficacia y, solo está regulando el tema de la circulación, por lo que su no cumplimiento va a surtir efectos en esa específica materia.

Así mismo, la norma debe interpretarse en armonía con el artículo 7, penúltimo inciso, de la misma normativa que expresa que *“En ningún caso y por ninguna razón, podrá el deudor negarse al pago de la factura que le presente el legítimo tenedor de la misma, salvo lo dispuesto en el artículo 784 del presente código”*, regla que, entonces, habilita la formulación de la excepción basada en el desembolso que se realizó al acreedor originario y, esa fue precisamente la solución que el mismo ejecutante le concedió al pago realizado a favor de FLEXPACK S.A.S., que por la cantidad de \$120.849.797., efectuó la excepcionante, pues aquella, expresamente, aceptó su aplicación al crédito objeto de ejecución, surtiendo plenos efectos jurídicos para extinguir o abonar a las obligaciones cobradas, haciéndolo oponible a la primera endosataria.

Queda por definir la suerte de la consignación realizada el 10 de noviembre de 2017, por la suma de \$38.715.953.00, la que, también, fue aceptada por la ejecutante en el interrogatorio rendido en la audiencia llevada a cabo el 12 de marzo de 2019, a favor de la sociedad FLEX PACK S.A.S., aclarando que la correspondiente a los ciento veinte millones ochocientos cuarenta mil setecientos noventa y siete pesos (\$120.849.797.00), fueron aplicados al crédito acá cobrado y que la otra, la sociedad que representa los imputó a las facturas

13625,13830,13831,13832,13854,13867 y 13806, que no fueron materia de ejecución.

Como quiera que el ejecutado alega que ese pago se realizó para abonar a este proceso y la ejecutante señala que las mismas tuvieron como destino otras facturas existentes entre las dos sociedades, es necesario valorar las pruebas obrantes en la actuación con el fin de determinar cuál crédito se iba a beneficiar de ese pago. Para tal efecto, obra los importes contables adosados por el ejecutado al expediente, en donde se colige que la consignación efectuada el 10 de noviembre de 2017, por la suma de \$38.715.953.00, se hizo constar que esos pagos tenían como destino cubrir las facturas 13507, 13506,13508,13510,13509,13465,13511 y 13505³, los que fueron realizados con anterioridad a la notificación del mandamiento de pago, existiendo una probanza inicial de lo alegado por el ejecutado, pues no en vano el legislador le da un especial poder demostrativo a los datos contables, regulados los artículos 68 del código de comercio y siguientes, sin que el acreedor presentara prueba en contrario.

Por otra parte, esa imputación así efectuada es válida, por cuanto si el deudor tiene varias deudas causadas, al hacer un pago, le corresponde elegir a cuál de las obligaciones se le atribuyen conforme lo prevé el artículo 1657 del Código Civil, para lo que eligió las más antiguas, que son objeto de cobro en este contradictorio- supuestos que, entonces, favorecen la tesis del demandado, razón por la cual los pagos realizados deben aplicarse a las facturas en ejecución y el funcionario de la causa debe realizar la correspondiente liquidación del crédito para definir la suerte del proceso.

Así las cosas, deberá revocarse la decisión adoptada por la Juez de Primera Instancia, en la sentencia proferida el 27 de agosto de 2019, y en su lugar se declarará fundada la excepción de pago,

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en Sala Sexta Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 27 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá, D. C., y en su lugar se declara fundada la excepción de solución o pago propuesta por la parte demandada.

³ Folios 83 al 93 cuaderno No. 1o

SEGUNDO. Se ordena al Juez de Primera Instancia proceda a realizar la liquidación del crédito para los fines expuestos en la parte considerativa.

TERCERO. Se condena a la parte ejecutante pagar los perjuicios y las costas de primera y segunda instancia a la Sociedad PROSIGNAS S.A.S.

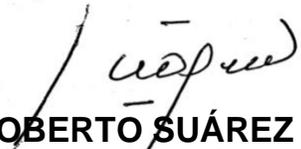
CUARTO. En oportunidad remítase el expediente al juzgado de origen para lo de su trámite y competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LOS MAGISTRADOS,



JULIÁN SOSA ROMERO



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA CIVIL**

**Proceso verbal instaurado por Hoteles Estelar S.A. contra
Fernando de Jesús Gómez Guerra. Rad. No.
11001319900120176483401**

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado según acta de fecha veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de fecha 28 de septiembre de 2018, proferida por el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

I. ANTECEDENTES

I.1. Pretensiones:

Se declare que **Fernando de Jesús Gómez Guerra**, infringió los derechos de propiedad industrial que Hoteles Estelar ostenta respecto de las marcas con certificados de registro número 403448, 327112 y 403447.

Como consecuencia de lo anterior, ordenar a **Fernando de Jesús Gómez Guerra**, cese de manera inmediata todos los actos que constituyan infracción contra los signos distintivos de **Hoteles Estelar S.A.**, incluida la remoción de publicidad exterior visual y demás elementos publicitarios, como papelería, empaques y cualquier otra referencia al signo distintivo de la demandante.

Se ordene a **Fernando de Jesús Gómez Guerra**, se abstenga de utilizar sin consentimiento, licencia, permiso o autorización los signos distintivos de Hoteles Estelar S.A., identificados con los certificados de registro número 403448, 327112 y 403447, así como cualquier otro activo industrial de su propiedad.

Condenar al señor **Fernando de Jesús Guerra**, al pago inmediato de los perjuicios, estimados en la suma de \$ 10.000.000,00, por concepto de lucro cesante, suma dejada de percibir por Hoteles Estelar S.A., en caso de haber otorgado una licencia contractual.

I.2. Fundamentos fácticos:

Mediante resolución número 33996 de 11 de diciembre de 2006, la Superintendencia de Industria y Comercio otorgó concesión de la marca mixta “ESTELAR” Hoteles Estelar S.A., con certificado de registro número 327112, la cual se encuentra vigente hasta el 11 de diciembre de 2026, identificada con el siguiente signo:



A través de la resolución número 28529 de 31 de mayo de 2010, la Superintendencia de Industria y Comercio otorgó concesión de la marcada denominativa “ESTELAR” a Hoteles Estelar S.A., con certificados de registro número 403447, vigente hasta el 31 de mayo de 2020.

Mediante resolución número 28530 de 31 de mayo de 2010, la Superintendencia de Industria y Comercio otorgó concesión a la marca mixta “E”, a Hoteles Estelar S.A., con certificado de registro

número 403448, con vigencia hasta el 31 de mayo de 2020, identificada con el siguiente signo:



Sin que mediara consentimiento, autorización, licencia o permiso de la demandante, se han utilizado indebidamente por parte del comerciante Fernando de Jesús Gómez Guerra, los signos distintivos enunciados *ut supra*, para la comercialización de colchones, tanto en la modalidad de publicidad exterior visual sobre el local abierto al público en la carrera 68 con calle 4B, en la ciudad de Bogotá D.C., así como en vehículos de carga pesada.

El demandado es propietario de los establecimientos de comercio “Colchones Ronkador y Quitasueño”, con matrícula mercantil 01340883 y “Colchones Ronkador Quitasueño No. 2” con matrícula 01340884, los cuales colindan con el local objeto de la infracción objeto de censura.

El señor **Fernando de Jesús Gómez Guerra**, es titular de la marca mixta vigente que se abstiene de utilizar, para, en su lugar, hacer uso de los signos distintivos de Hoteles Estelar S.A. De conformidad con el certificado número 351672, el demandado es concesionario del siguiente signo:

COLCHONES  STELAR

De acuerdo con la demandante, los logos utilizados por el señor Fernando de Jesús Gómez Guerra, son los mismos de Hoteles Estelar S.A., “*los cuales son completamente diferentes a la marca registrada por él ante la Superintendencia de Industria y Comercio.*”

Hoteles Estelar S.A., en ningún momento ha dado autorización, licencia o permiso al señor Fernando de Jesús Gómez Guerra, para que en su condición de titular del certificado número 351672, utilice en su lugar los signos distintivos de Hoteles Estelar S.A.”, referidos inicialmente.

I.3. Actuación procesal:

Mediante providencia de 7 de diciembre de 2017, el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, admitió la demanda.

En auto de 8 de febrero de 2018, se admitió la reforma de la demanda.

El demandado **Fernando de Jesús Gómez Guerra**, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones de mérito que denominó “*legalidad de los actos ejecutados por la parte demandada*” y “*ausencia total de pruebas que soporten las pretensiones de la demanda*”.

I.4. El fallo apelado

Mediante sentencia de fecha 28 de septiembre de 2018, proferida por el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, se denegaron todas las pretensiones de la demanda.

Para decidir como lo hizo, el delegado analizó la marca mixta y nominativa de Hoteles Estelar S.A., para concluir que el demandado usa un signo semejante, más no idéntico, dada la adición de vocablos alusivos a la venta de colchones, que éste último realiza.

Indicó que el estudio del caso lo limitaría a las causales a) y d), del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, porque las contenidas en los literales e) y f), corresponden a marcas notorias, cuestión que no fue probada en el presente asunto.

Respecto del literal a), no se advirtió infracción alguna por parte del demandado, por cuanto no se demostró que los productos colchones o almohadas, estén vinculados a los productos y servicios ofrecidos por Hoteles Estelar S.A., no son competidores, por cuanto un consumidor que adquiere un servicio de hotelería, no necesariamente adquirirá un colchón.

En punto al literal d), se adujo que no se puede aplicar la presunción enunciada en la norma, por cuanto ésta se da cuando se utiliza en un signo idéntico, y, en el presente asunto, como se dejó visto son semejantes.

Luego de explicar los cinco (5) criterios señalados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para establecer si existe vinculación, conexión competitiva entre las partes, concluyó que los tres primeros (intercambiabilidad, complementariedad y razonabilidad) no quedaron demostrados pues nada indica que los servicios de comercialización de colchones y almohadas son sustitutos o complementarios de la actividad de hotelería, tampoco que un consumidor medio en el mercado pueda entender que los servicios de hotelería estén vinculados con la comercialización de esos productos.

Finalmente, respecto del riesgo de asociación, el delegado concluyó que no existe prueba que permita colegir una perspectiva de vinculación entre los servicios prestados por ambos contendores, que bajo el principio de especialidad, porque, se trata de actividades económicas potencialmente distintas, es claro que no se presenta ningún riesgo de vinculación por parte de los consumidores.

I.5. Alegatos del apelante:

En la oportunidad prevista por el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, la apoderada de la parte demandante sustentó el recurso de apelación en los siguientes términos:

Dice la apelante que se acreditó con suficiencia que Hoteles Estelar S.A., es titular de las marcas “ESTELAR” mixta, “ESTELAR”

nominativa y “E” mixta para la clase número 43 de la Clasificación de Niza, de conformidad con los certificados 327112, 403447 y 403448. Por ello, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 154 de la Decisión 486 de 2000, al titular de la marca se le concede el derecho de exclusividad, es decir, para que ejercite el uso y restricción del mismo frente a terceros, el cual, no ha sido otorgado al demandado.

Respecto del literal a) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, precisó la impugnante que *“contrario a lo que consideró el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales en la providencia apelada, tal y como se evidencia en las fotografías que reposan en el expediente, así como en la confesión espontánea del demandado cuando el Superintendente Delegado indagó sobre dichas fotografías, se corroboró el uso de la marca por la parte demandada en sus colchones, etiquetas de colchones, plásticos de embalaje, publicidad visual exterior de los locales comerciales y camiones para el transporte de los colchones. Honorable Magistrada, note cómo dicha marca utilizada por el demandado es exactamente idéntica a las marcas de la sociedad demandante, para lo cual basta cotejar la letra “E”, su tipografía, el grosor y el trazado, por mencionar solo algunas características que saltan a la vista”*.

En este sentido, quedó demostrado en el expediente que el demandado usa las mismas marcas de Hoteles Estelar S.A., a saber, “ESTELAR” mixta con certificado número 327112 y “E” mixta con certificado número 403448.

En cuanto a la vinculación, precisó que el servicio hotelero y los colchones son necesariamente complementarios, tal y como lo ha referido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al señalar, entre otras interpretaciones como la número 321-IP-2015 o la 441-IP-2015, *“[l]a complementariedad entre los productos debe entenderse en forma directa, es decir, que el uso de un producto puede suponer el uso necesario del otro, o que sin un producto no puede utilizarse el otro o su utilización no sería la de su última finalidad o función”*. Así, para ilustrar la complementariedad, el Tribunal alude por ejemplo a la *“puerta y chapa”*, que son productos complementarios, pues el uso de uno presupone el uso del otro.

De esta manera es claro y notorio que la esencia de un hotel es prestar los servicios de alojamiento, lo cual presupone el suministro de colchones *“al punto de que no tener colchones implicaría fallar a la esencia de su actividad empresarial. Los colchones son esenciales en la hotelería”*.

En punto al uso de marca semejante sobre los acondicionamientos de tales productos, precisó la apoderada que de las pruebas aportadas con la misma contestación de la demanda se observa, no solo el uso de la marca idéntica, sino además el uso de una marca semejante que en su conjunto presenta similitudes *“que no obedecen a una casualidad”*.

Ahora bien, con relación a la infracción del literal d) del artículo 155 de la Decisión Andina 486, por riesgo de confusión y por riesgo de asociación precisó que era *“fundamental traer a colación lo que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en interpretaciones judiciales como la 321-IP-2015 o la 441-IP-2015, ha establecido sobre el riesgo de confusión y asociación, indicando que “Los productos que comúnmente se puedan utilizar conjuntamente (por ejemplo: puerta y chapa) pueden dar lugar a confusión respecto al origen empresarial, ya que el público consumidor supondría que los dos productos son del mismo empresario”. Así mismo, la Superintendencia de Industria y Comercio en sede administrativa indicó en la Resolución n.º 34712 del 2 de junio de 2016: “Riesgo de confusión es la posibilidad de que el consumidor adquiriera un producto pensando que está adquiriendo otro (confusión directa) o que adquiriera un producto o servicio pensando que éste tiene un origen empresarial distinto al que realmente vincula (confusión indirecta)”*.

En cuanto al riesgo de asociación, precisó que ésta se presenta cuando un consumidor va a comprar un colchón del demandado, y hace una asociación por la utilización indebida de la marca idéntica y de la marca similar, lo cual, impone la conclusión errada de que se trata de un colchón que encuentra en cualquiera de las habitaciones de Hoteles Estelar S.A., así mismo, que un huésped que se aloja en uno de los hoteles de la cadena Estelar haga una

asociación y piense que el colchón de la habitación es el mismo colchón que se comercializa en los locales de Colchones Estelar.

Recordó además, que el demandado confesó en el interrogatorio de parte que (i) ha comercializado colchones utilizando un signo distintivo idéntico al de Hoteles Estelar S.A. desde hace 9 años, y (ii) la marca registrada con el certificado número 351672 decretada como prueba oficiosa por el fallador de primera instancia, no es utilizada para identificar sus productos.

Por último, en cuanto a la indemnización de perjuicios, se solicitó acoger lo dispuesto en el literal c) del artículo 243 de la Decisión Andina 486, en tanto *“el demandado confesó en el interrogatorio de parte que sus ventas anuales ascienden a la suma de \$70.000.000, razón por la cual se solicita que sobre este monto se aplique el 2,8% mensual, esto es, la tasa más alta para la ciudad de Bogotá, como contraprestación por el uso de las marcas de Hoteles Estelar S.A. durante los últimos cinco años que se encuentran dentro del término prescriptivo del artículo 244 de la Decisión 486, el cual, dicho sea de paso, no fue y debía ser alegado por la señora apoderada del demandado conforme los cánones del artículo 282 del Código General del Proceso, norma que, además, establece: “cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada”.*

I.6. Replica:

La apoderada del demandado, en su escrito mediante el cual describió el traslado se refirió al derecho de exclusividad que confiere el registro de la marca para decir que no es absoluto, dado el *“principio de especialidad”* que establece que la protección que confiere cada marca solo se circunscribe a los productos o servicios para los cuales fue registrada, pudiéndose extender a productos o servicios similares, relacionados afines y lo cual se puede apreciar en lo dispuesto en el artículo 136 literal a) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. *“El principio de especialidad está destinado a prohibir el registro de marcas iguales o similares de diferentes titulares cuando se refieren a productos idénticos o similares, relacionados y afines, donde dicha*

protección se puede extender a productos o servicios de otras clases si se presenta relación o conexión competitiva entre los mismos, lo anterior, así lo entendió la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio cuando concedió a mi representado el registro de la marca comercial “COLCHONES ESTELAR” (M) para distinguir productos de la clase 20, como se encuentra debidamente probado dentro del proceso”.

Manifestó que, la parte demandada no cuenta con autorización para el uso del signo distintivo objeto de análisis *“por la sencilla razón que no la necesita, mi cliente cuenta con registro de marca, debidamente otorgado desde hace más de doce (12) años para distinguir productos de la clase 20 Internacional y se demostró en el proceso que usa por el mismo tiempo, para el ramo de negocio de los Colchones y afines una enseña comercial denominada “COLCHONES ESTELAR”.*

De otro lado, precisó la apoderada que las pruebas que reproduce la apelante, referente a la enseña comercial COLCHONES ESTELAR son de una claridad total, que demuestra que la actividad de la demandada es la comercialización de colchones, actividad que en nada se relaciona con los servicios de hotelería que presta la actora y que tiene protegidos ante la Superintendencia de Industria y Comercio. La conexidad que alega la impugnante, no cuenta con prueba que la sustente, *“que de ser cierta, significaría que con el registro obtenido para la clase 43, pudiera impedir el uso de dicha expresión para productos tales como jabones, cobijas, muebles etc. y reiteramos entonces el principio de la especialidad”.*

Por lo anterior, solicitó el demandado confirmar la sentencia de primer grado.

II. CONSIDERACIONES

2.1. En los términos del artículo 328 del Código General del Proceso, corresponde entonces, decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente:

2.2. Infracción marcaria: El derecho de la propiedad industrial protege aquellas creaciones intelectuales que tienen un valor significativo para sus titulares y cumplen un rol importante en la participación de estos en la actividad económica; en virtud de tales invenciones, es que los consumidores, en general, asocian un tipo de servicio o producto, manteniendo una posición de liderazgo en el mercado¹.

El derecho al uso exclusivo de las marcas en Colombia, se adquiere a través de su registro ante la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 154 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, el cual, como todos los actos administrativos goza de presunción de legalidad.

2.3. Titularidad marcaria: La propiedad industrial, y concretamente el derecho de las marcas, sugiere la inclusión en los denominados derechos personales, de una categoría *sui generis* de los derechos intelectuales. No obstante, se considera que el derecho de propiedad intelectual es un derecho de propiedad -real e incorporal- que se ejerce sobre un bien mueble o activo intangible que se materializa a través de un derecho exclusivo de explotación que tiene el titular del mismo. Tratándose de marcas, este derecho se ejercita sobre un signo distintivo.

En este sentido, el contenido exclusivo del derecho de propiedad con respecto a la marca y frente a terceros, se manifiesta en la posibilidad que tiene su titular de explotar, vigilar la utilización y de prohibir a otros el tomar atribuciones o derechos que no le han sido previamente autorizados por él mismo, así como también la facultad legal de impedir que terceros no legitimados ejerzan actos que perturben la disposición, uso o usufructo sobre el intangible; en otras palabras, la protección del derecho de propiedad que le fue indebidamente sustraído o afectado².

¹ Sebastián Baena Valencia. Los Daños Patrimoniales por la Infracción Marcaria en Colombia.

² *Ibidem*

En palabras de Baena Valencia, el derecho que se ejerce sobre un signo distintivo no se diferencia del derecho de propiedad que se ejercen sobre los demás bienes puesto que es un derecho exclusivo, oponible a terceros y el cual se ejerce dentro de un espacio geográfico definido. La única particularidad, consiste en que debe ejercerse dentro de los límites que define el principio de especialidad³ lo cual significa que el derecho de propiedad se ejerce única y exclusivamente sobre la relación particular de un signo con los productos o servicios designados en su registro, y vinculados a éste.

2.3.1. Registro marcario. No existe discusión de que Hoteles Estelar S.A., es titular de las marcas “ESTELAR” mixta, “ESTELAR” nominativa y “E” mixta para la clase número 43 de la Clasificación de Niza Internacional⁴, de conformidad con los certificados 327112, 403447 y 403448, conforme se observa en el siguiente recuadro:

CERTIFICADO NÚMERO 327112	CERTIFICADO NÚMERO 403447	CERTIFICADO NÚMERO 403448
	<p>ESTELAR®</p>	
MARCA MIXTA	MARCA NOMINATIVA	MARCA MIXTA
CLASE 43 NIZA INTERNACIONAL		

2.3.2. Infracción marcaria demandada. La legislación andina consagra que la marca concede derechos de exclusividad en su dimensión positiva y negativa; la primera faculta al titular a

³ “La razón de este principio con respecto a la marca, es de preservar la libertad de comercio y de industria evitando que los signos susceptibles de constituir marcas sean monopolizados de manera abusiva, es decir, más allá de las necesidades de los depositantes. También señala que un signo no se puede proteger como marca de manera absoluta en relación con todos los productos y/o servicios presentes en un mercado –salvo el caso de la marca notoria–, sino de manera relativa en relación únicamente con los productos y/o servicios indicados por el interesado al momento de la solicitud del registro del signo. La presencia de este principio en el derecho marcario es fundamental, puesto que es el criterio que nos permite determinar la disponibilidad del signo, su novedad, su carácter distintivo y su carácter engañoso; Vale mencionar que la aplicación de dicho principio puede variar de un país a otro” (Castro García. 2009, p. 54).

⁴ La clase 43 comprende principalmente los servicios que consisten en preparar alimentos y bebidas para el consumo, prestados por personas o establecimientos, así como los servicios de alojamiento, albergue y abastecimiento de comida en hoteles, pensiones u otros establecimientos que proporcionen hospedaje temporal.

usarla, cederla, o conceder licencia, la segunda, entiéndase negativa, implica que el titular está facultado para prohibir que terceros usen la marca.

En el presente asunto se debate la violación del literal **a)** del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, el cual prohíbe *“aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre productos vinculados a los servicios para los cuales ésta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos”* y el literal **d)** de la misma codificación, según el cual el registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar sin su consentimiento entre otros los siguientes actos: *“d) usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro”*.

A su turno, el artículo 156 de la Decisión 486 de 2000, determina que constituirá uso de un signo en el comercio por parte de terceros, entre otros, lo siguientes actos: **i)** introducir en el comercio, vender, ofrecer en venta o distribuir productos o servicios con ese signo **ii)** importar, exportar o almacenar o transportar productos con ese signo y **iii)** emplear el signo en publicidad, publicaciones, documentos, comerciales o comunicaciones, escritos u orales, independientemente del medio de comunicación empleado y sin perjuicio de las normas de publicidad que fuesen aplicables.

2.3.3. Identidad - Similitud de signos:

Corresponde en primera medida establecer si los signos utilizados por el demandado, son idénticos o similares a los registrados por Hoteles Estelar S.A., para lo cual se tendrá en cuenta lo expresado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la Interpretación Prejudicial número IP685-2018, rendida para el caso *sub examine*.

Para establecer la identidad o similitud de los signos confrontados, refiere la Corporación internacional, se debe tomar

en cuenta los siguientes criterios, similitud ortográfica, fonética, conceptual o ideológica y gráfica o figurativa.

Así, en cuanto al aspecto **ortográfico**⁵, es claro que existe identidad frente a la letra “E”, y la palabra “ESTELAR”, los componentes vocales son idénticos, reproduciéndose íntegramente; desde luego, el aspecto **fonético**⁶ también se satisface, pues los signos en conflicto tienen total coincidencia en sus sílabas, y en la vocal “E”; por último, en cuanto a la similitud **gráfica**⁷, no queda duda que la expresión figurativa corresponde completamente a la de propiedad de la actora. La afinidad de todos estos rasgos, traducen una equivalencia de identidad, que supone la facilidad con que cualquier consumidor concebiría ambos signos como equivalentes, lo que impone una confusión **ideológica**⁸.

Ahora bien, aunque el *a quo*, examinó y evaluó cada marca de manera aislada, esta Sala realizará el estudio en conjunto, respecto de los caracteres mixtos, nominativos y figurativos, tal y como lo indicó el Tribunal especializado en la materia, al señalar que tal comparación “*debe efectuarse sin descomponer los elementos que conforman el conjunto de los signos en conflicto; es decir, cada uno debe analizarse con una visión en conjunto, teniendo en cuenta su unidad (...)*”⁹

⁵ La similitud ortográfica que emerge de la coincidencia de letras entre los segmentos a compararse, en los cuales la secuencia de vocales, la longitud de la o las palabras, el número de sílabas, las raíces, o las terminaciones comunes, pueden inducir en mayor grado a que la confusión sea más palpable u obvia.

⁶ La similitud fonética se presenta entre signos que al ser pronunciados tienen un sonido similar. La determinación de tal similitud depende, entre otros elementos, de la identidad en la sílaba tónica o de la coincidencia en las raíces o terminaciones; sin embargo, deben tenerse también en cuenta las particularidades de cada caso, con el fin de determinar si existe la posibilidad real de confusión entre los signos confrontados.

⁷ La similitud gráfica se refiere a la semejanza de los elementos gráficos de los signos en conflicto, tomando en cuenta los trazos del dibujo o el concepto que evocan.

⁸ La similitud ideológica se produce entre signos que evocan la misma o similar idea, que deriva del contenido o del parecido conceptual de los signos. Por tanto, cuando los signos representan o evocan una misma cosa, característica o idea, se estaría impidiendo al consumidor distinguir una de otra.

⁹ IP 685-2018. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Bajo esta perspectiva, se desprende que las marcas registradas por la demandante, son de naturaleza compleja, conformadas por la letra “E”, en forma abstracta, de color blanco con fondo azul, junto con la frase “ESTELAR”. Las identificadas con los certificados 327112 y 403448, corresponden a marcas mixtas, pues se conforman de palabras e imágenes, y la que corresponde al certificado 403447, refiere únicamente a la palabra “ESTELAR”.

En el siguiente recuadro se puede observar, como el demandando reproduce de manera idéntica los signos de propiedad de Hoteles Estelar S.A.

HOTELES ESTELAR S.A.	COLCHONES ESTELAR
	
CERTIFICADO NÚMERO 403448	
	
CERTIFICADO NÚMERO 327112	

2.3.3.1. Conclusión del punto: Contrario a la tesis expuesta por *a quo*, la similitud de los signos en sus componentes ortográficos, fonéticos, ideológicos y gráficos son idénticos, afirmación que tiene como sustento la comparación visual de los mismos, así como la evaluación en conjunto del uso de la marca por parte del demandado.

2.4. Demostrada la identidad en los signos, corresponde analizar si se configuró o no la violación al literal a) del art. 155 de la Decisión 486 de 2000¹⁰.

Para el análisis de este caso se tendrá en cuenta lo reseñado en el ítem 1.6 de la Interpretación Prejudicial 685-IP-2018, en la que se plantean tres supuestos a saber:

- i)** Aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos para los cuales se ha registrado la marca.
- ii)** Aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos vinculados a los servicios para los cuales ésta se ha registrado.
- iii)** Aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos¹¹.

Trasladadas estas hipótesis al *sub lite*, encontramos que se reúnen los presupuestos de las numerados ii y iii, tal y como enseguida se explica:

2.4.1 Supuesto II: Aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos vinculados a los servicios para los cuales ésta se ha registrado.

Para el análisis de este supuesto, delantadamente es pertinente señalar que los productos ofrecidos por la demandada, son **vinculados** al servicio hotelero, propio de las marcas registradas por Hoteles Estelar S.A.

¹⁰ El registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento, los siguientes actos: a) aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre productos vinculados a los servicios para los cuales ésta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos

¹¹ Folio 14 cuaderno 3

La premisa anterior, contradice lo sostenido por el demandado **Fernando de Jesús Gómez Guerra**, quien, pese a que nunca negó el uso del signo de propiedad de Hoteles Estelar S.A., si se exculpó en que, de acuerdo al principio de “*especialidad*”, y al ser las empresas en contienda pertenecientes a distinta actividad económica, se hallaba habilitado para usar el signo distintivo ya enunciado, bajo la tesis de que el “*derecho de exclusividad no es absoluto*”.

No obstante lo anterior, la Interpretación Prejudicial es categórica en señalar que la inclusión de productos o servicios en una misma clase, o, una misma actividad económica, no es determinante para efectos de establecer si existe similitud o vinculación entre los mismos; tal y como además, expresamente lo refiere el artículo 151 de la Decisión 486 de 2000, al disponer que “*las clase de la Clasificación Internacional referida en el párrafo anterior, no determinarán la similitud ni disimilitud de los productos o servicios indicados expresamente*”.

Es por lo anterior, que debe analizarse la naturaleza o uso de los productos identificados por las marcas, “*ya que solo la pertenencia de varios productos a una misma clase no demuestra su semejanza, así como la ubicación de los productos en clases distintas tampoco prueba que sean diferente*”¹².

De esta manera, el Tribunal Internacional, explica que para determinar tal vinculación se tendrá en consideración cualquiera de los tres criterios allí consignados, que, para el caso bajo análisis, se desarrollará bajo el supuesto descrito en el literal **b)** esto es, la complementariedad entre sí de los productos o servicios. Sobre el particular, se explica “*existe conexión cuando el consumo de un producto genera la necesidad de consumir otro, pues éste es complementario del primero. Así, el uso de un producto supone el uso del otro. Esta complementariedad se puede presentar entre productos y servicios. Así por ejemplo, la crema o pasta dental o de*

¹² Interpretación Prejudicial 685-2018. Reiterada de interpretaciones prejudiciales números 472-IP-2015, 473-IP-2015.

dientes (dentífrico) se complementa con el cepillo dental y con el hilo dental. Un ejemplo de complementariedad entre un servicio y un producto puede ser el servicio educativo y un producto puede ser el servicio educativo con el material de enseñanza”.

Trasladado éste último ejemplo al asunto que ahora nos ocupa, es diáfano que existe complementariedad entre el servicio de hotelería u hospedaje, y el producto para la prestación de éste, como lo son los colchones y almohadas.

En este sentido, recuérdese, el servicio que por su naturaleza ofrece un hospedaje o un albergue, es el de pernoctar, pues cualquier sujeto que adquiere un paquete hotelero, supone que le proporcionarán un lugar de descanso, para tal efecto en nuestro medio cultural requiere de una cama con su respectivo colchón, sábanas, cobijas y almohadas, lo que determinará en sí el tráfico de comercio en esta área.

La anterior apreciación, permite considerar la vinculación de que trata el literal **c)** del ítem 2.3., de la interpretación prejudicial emitida para este proceso, pues, es indudable que existe la posibilidad de considerar que el servicios y productos provienen del mismo empresario.

Esta conexión, explica el Tribunal, se materializa cuando el consumidor, considerando la realidad del mercado, podría asumir como razonable que los productos o servicios en cuestión provienen de un mismo ente de comercio, verbi gratia *“en determinados mercados quien fabrica cerveza, también expende agua embotellada”.*

De esta manera, es acertado concluir que, al ser los productos ofrecidos por el demandado esenciales para la prestación del ser servicio de hotelería, cualquier consumidor los podría vincular de manera razonable.

2.4.2. Supuesto III. Aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos.

Sin ahondar en consideraciones, y demostrada la identidad de signos, es pertinente denotar a través del siguiente material gráfico, que el signo ha sido colocado en los embalajes o envolturas de propiedad del demandado (colchones o almohadas):

SIGNO UTILIZADO POR EL DEMANDADO	
	
CERTIFICADO NÚMERO 403448	CERTIFICADO NÚMERO 403448
	
CERTIFICADO NÚMERO 403448	CERTIFICADO NÚMERO 327112

Se concluye entonces de lo hasta ahora anotado, que es evidente la infracción marcaria prevista en el literal a) del artículo 155 de ibidem, por cuanto el demandado así lo confesó en su declaración de parte¹³, además allegó las fotografías que muestran que los signos mixtos registrados por la demandante ante la autoridad competente, se colocaron sobre colchones, almohadas, vehículos (elementos publicitarios), entre otros.

2.5. Ahora bien, el literal d) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, señala que se podrá impedir “*usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera*

¹³ Audiencia de 15 de agosto de 2018. Art. 372 del Código General del Proceso. Minuto 38:00:00 a 41:09. El demandado se le pone de presente las fotografías en los folios 32 reverso y 33, aceptando que el logo utilizado es el usado por él en el comercio.

productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presumirá que existe riesgo de confusión”.

Aplicando la Interpretación Prejudicial rendida para este litigio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35, en concordancia con el artículo 128 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad andina, se analizará la infracción marcaria de que trata el canon en comento, de la siguiente manera:

El acto discutido infiere la acción positiva para impedir que un tercero haga uso de su marca, bajo la premisa de que la misma genere riesgo de confusión o asociación en el público consumidor, con el titular del registro. De éste aspecto el Tribunal Andino también refiere varias conductas por calificar, concentrándose esta Sala en la referida en el literal a), es decir, *el uso en el comercio del signo idéntico o similar en relación con cualquier producto o servicio.*

2.5.1. En ese sentido, la conducta se califica mediante el verbo usar, lo que significa que se puede presentar a través de un amplio cúmulo de acciones en el que el sujeto pasivo utiliza la marca infringida, por ejemplo, el uso de publicidad, el esquema de un establecimiento, entre otras conductas.

Basta con ilustrar gráficamente el uso de la marca a través del siguiente material, para dar por satisfecho este presupuesto:



2.5.2. De otro lado, la conducta se debe realizar en el comercio, es decir, en actividades que tengan que ver con el mercado, esto es, con la oferta y la demanda.

En el presente asunto, y contrario a lo afirmado por el *a quo*, existe suficiente material probatorio que determina el uso de la marca en el comercio, para la comercialización de productos afines al asentamiento en cama, tales como, colchones, somier, sábanas, entre otros afines. Los mismos fueron valorados y reproducidos gráficamente en el numeral 2.4.2. de esta providencia.

2.5.3. De otro lado, es acertado referir que la protección al principio de especialidad, no solo ampara la marca respecto de los servicios idénticos, sino también aquellos en los que existe conexión por razones de sustituibilidad, complementariedad y razonabilidad.

Respecto de este punto, fue analizado en precedencia la complementariedad, al ser el servicio de hotelería conexo al de la venta de colchones, y afines, pues para la prestación del servicio de hospedaje, se hace indispensable contar con tales productos.

2.5.4. Posibilidad de generar riesgo de confusión o de asociación: En el tema de la confundibilidad, la doctrina ha encontrado que ésta es la piedra angular de la infracción marcaria, pues el punto de controversia en la mayoría de estos litigios, consiste en determinar si entre las marcas en conflicto, es probable que el consumidor se confunda en cuanto al producto o servicio mismo o en cuanto a su origen empresarial.

Para que pueda hablarse de **riesgo de confusión**, se requiere, por una parte, que los signos marcarios sean idénticos o a tal punto de semejanza que puedan inducir al público a error, y de otra, que las marcas enfrentadas distingan los mismos productos o servicios o productos o servicios relacionados o vinculados con estos, que al ser identificados por una marca confundible, inducirán a error al público. Igualmente, la Decisión 486 de 200, introdujo el **riesgo de asociación**, que se ha entendido como aquel que puede hacer pensar al consumidor que los productos o servicios proceden de empresa legal o económicamente vinculada o asociada comercialmente de alguna manera, lo que determina la decisión de compra. (Precisiones tomadas de la obra Lecciones de propiedad industrial. Ricardo Metke Méndez. Editorial Dike, Primera Edición. 2001

En este sentido, la interpretación antes mencionada, explicó:

“Al efectuar la comparación en estos casos es importante colocarse en el lugar del consumidor y su grado de percepción, de conformidad con el tipo de productos o servicios de que se trate, bajo los siguientes criterios:

*(i) **Criterio del consumidor medio:** si estamos frente a productos y/o servicios de consumo masivo, el criterio del consumidor medio podría ser el soporte del análisis de confundibilidad.*

De acuerdo con las máximas de la experiencia, al consumidor medio se le presume normalmente informado y razonablemente atento, cuyo nivel de percepción es variable en relación con la categoría de bienes o productos, lo que debe ser analizado y ponderado por la autoridad nacional competente.

El grado de atención del consumidor medio es un parámetro importante para el análisis de confundibilidad de signos que diferencien productos o servicios de consumo masivo, bajo el entendido de que puede variar o graduarse según el tipo de producto del cual se trate, pues por vía de ejemplo no se presta el mismo nivel de atención al adquirir productos cosméticos que al comprar pasa bocas para fiestas.

(ii) Criterio del consumidor selectivo: *Se basa en un consumidor más informado y atento que el consumidor medio, ya que elige los bienes y servicios bajo ciertos parámetros específicos de calidad, posicionamiento o estatus. Es un consumidor que se ha instruido claramente de las características y cualidades de los productos o servicios que desea adquirir. Sabe detalles estéticos, de calidad y funcionamiento que la media de la población no sabría. Por ejemplo, el consumidor de servicios de restaurantes gourmet es consciente del servicio que prestan, pues sabe datos de su atención al cliente, costo de los platos, manejo publicitario, promociones, etc.*

(iii) Criterio del consumidor especializado: *Se basa en un consumidor absolutamente informado y atento sobre las características técnicas, funcionales o prácticas de los productos o servicios que adquiere, teniendo como soporte su alto grado de Instrucción técnica o profesional. Dicho consumidor hace una evaluación más prolija del bien o servicios que desea adquirir, lo que debe ser tomado en cuenta por la autoridad nacional competente al realizar el respectivo análisis de confundibilidad.”*

De lo anterior, es posible concluir que en el presente caso se presenta el reclamado riesgo de confusión, pues a más de la identidad de signos, la conexidad de los servicios y productos genera esa posibilidad que protege la legislación marcaria, y sobre éste aspecto, cabe reiterar que “no es necesario que el signo solicitado para registro de hecho induzca a error a los consumidores,

*sino que es suficiente la existencia del riesgo de confusión o de asociación*¹⁴.

Resáltese que, el consumidor medio se vale de la publicidad, con el propósito de elegir y adquirir el servicio ofrecido por las partes, los cuales no siempre remiten su atención, con detalle, sobre las diferencias que en este caso son mínimas e imperceptibles; es por esta razón que la similitud entre dos signos adquiere tanta importancia en el ámbito marcario, dado que, si no es posible advertir una divergencia lo suficientemente diáfana entre dos señas comerciales, la confusión, o el riesgo de que ella acaezca, podría resultar inevitable para la mayor parte del público, cuya percepción, usualmente, no recae en esos pequeños distintivos que solo quien conoce a profundidad el símbolo, como el caso de quien lo creó o lo utiliza, puede advertir fácilmente.

Y es que, basta con observar el signo registrado por la demandante, frente al utilizado -que no el registrado- por el señor **Fernando de Jesús Gómez Guerra**, para denotar con facilidad que existe riesgo de confusión, último elemento que se materializa cuando un competidor realiza actos idóneos para provocar en el consumidor un error acerca de la procedencia de la prestación del producto o servicio que se ofrece en el mercado. Como señala la doctrina *“la confusión en sentido estricto tiene lugar cuando se produce un error acerca de la identidad de la empresa de la que procede la prestación, esto es, cuando se considera que ambas prestaciones proceden de la misma empresa”*¹⁵.

Ahora bien, en cuanto al riesgo de asociación, se debe tener en cuenta que éste tiene el propósito de *“evitar que el consumidor asocie el origen de un producto o servicio a otro origen empresarial distinto, ya que con la sola posibilidad del surgimiento de dicho riesgo, los empresarios se beneficiarían sobre la base de la actividad ajena”*¹⁶. Contrario a lo sostenido por la autoridad

¹⁴ TJCA, ib., proceso 12-IP-2014.

¹⁵ KARINA ESPINOZA. EL ACTO DE CONFUSIÓN COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL Y EL RIESGO DE CONFUSIÓN MARCARIA COMO INFRACCIÓN A LOS DERECHOS DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 5

¹⁶ (*op. cit.*, 12-IP-2014).

administrativa de primer grado, existe un innegable riesgo de asociación, como quiera que se ofrece un producto íntimamente relacionado al servicio de hospedaje, reproduciéndose idéntico signo. Cabe precisar en este punto que, Hoteles Estelar S.A., cuenta con un registro marcario otorgado mediante resolución número 33996 otorgado el 11 de diciembre de 2006, previo a cualquier comercialización por parte del demandado, que se estima inició en el año 2008¹⁷.

2.6. Indemnización de perjuicios: La demandante invocó como fuente de su reparación el literal c) de la Decisión 486 de 2000, que establece: “[p]ara efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los criterios siguientes: **c)** el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido”.

Para sustentar su afirmación, la demandante precisó que Hoteles Estelar S.A., suele conceder licencias y autorizaciones para que terceros utilicen y obtengan provechos económicos sobre signos distintivos de su propiedad. En este sentido, y bajo las formalidades propias del artículo 206 del Código General del Proceso, se calculó la suma de \$ 10.000.000,00, estimación proveniente del cómputo que arroja el 2.5% de las ventas totales del establecimiento, las cuales estimó “razonadamente”, en \$ 300.0000.000,00, durante los últimos dos años.

Cabe anotar, que éste cálculo proviene según su dicho del valor que “normalmente” cobra Hoteles Estelar S.A., a terceros, por el uso de su marca.

El juramento estimatorio fue objetado por el demandado, al considerar que la estimación de utilidades no está probada, y que ésta, a lo sumo, asciende a \$ 70.000.000,00 anuales.

¹⁷ Folios 48 y 49 cuaderno 1

2.6.1. La legislación andina protege los derechos de propiedad industrial, y castiga la vulneración de los mismos de manera injustificada por parte de un tercero no autorizado. Por ello, se otorgó el beneficio del daño emergente, lucro cesante o el valor de la licencia hipotética, todos como perjuicios indemnizables.

No obstante lo anterior, es preciso reiterar que cualquier tipo de indemnización señalada en el artículo 243 de la Decisión 486 de 2000, **debe ser probada**, y acreditada a través de los medios demostrativos legalmente aceptados por la legislación interna, en virtud del principio de la carga de la prueba al que se refiere el artículo 167 del Código General del Proceso, que no encuentra excepción alguna dentro de las normas de propiedad industrial, pues no existe ninguna presunción en favor de su titular, máxime, que en el presente caso, fue objetado el juramento estimatorio, y, aunque el demandado dijo que percibe utilidades alrededor de los \$ 70.000.000,00, anuales, lo cierto es que la actora olvidó demostrar los términos contractuales en los que otorga la licencia de uso de marca.

No basta con señalar indefinidamente que la licencia se calcula “normalmente” sobre la base del 2.5% de utilidades, de su cargo a voces del citado art. 167 del CGP debió aportar los elementos de juicio que permitieran establecer tal estimación porcentual, *verbi gratia*, el cobro de una licencia concedida a un tercero por un periodo similar, por tanto se denegará cualquier reconocimiento indemnizatorio.

2.7. Puestas así las cosas, se revocará la sentencia impugnada para en su lugar, declarar que el demandado **Fernando de Jesús Gómez Guerra**, incurrió en actos de infracción de propiedad industrial de Hoteles Estelar S.A., de conformidad con lo dispuesto en los literales a y d artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, en consecuencia se ordenará al demandado que en el término de treinta (30) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a retirar de manera permanente, inmediata y definitiva las vallas, empaques, letreros, pancartas, avisos, elementos denominativos gráficos y publicitarios que contentan la expresión “E” y “ESTELAR”.

De otro lado, se ordenará al demandado abstenerse de utilizar los signos distintivos de Hoteles Estelar S.A., identificados con los certificados de registro 403448, 327112 y 403447, expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Se denegará la pretensión indemnizatoria.

Se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 28 de septiembre de 2018, proferida por el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

SEGUNDO: DECLARAR que Fernando de Jesús Gómez Guerra, incurrió en actos de infracción de propiedad industrial de Hoteles Estelar S.A., de conformidad con lo dispuesto en los literales a) y d) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000.

SEGUNDO: ORDENAR a Fernando de Jesús Gómez Guerra, que en el término de treinta (30) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a retirar de manera permanente, inmediata y definitiva las vallas, empaques, letreros, pancartas, avisos, elementos denominativos gráficos y publicitarios que contentan la expresión “E” y “ESTELAR”.

TERCERO: ORDENAR a Fernando de Jesús Gómez Guerra, se abstenga de utilizar los signos distintivos de Hoteles Estelar S.A., identificados con los certificados de registro 403448, 327112 y 403447, expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio.

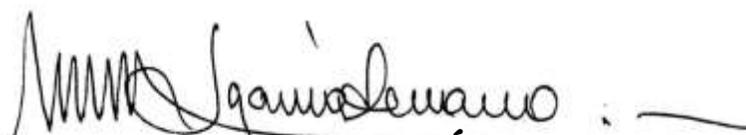
CUARTO: DENEGAR la pretensión indemnizatoria.

QUINTO: CONDENAR en costas en ambas instancias a la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada



HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada

Firmado Por:

**MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 012 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**8d3529dacececd69c93a2ff9f419fde557cb9e2c4116bb69f1f93
14604ef0800**

Documento generado en 22/07/2020 04:48:29 p.m.

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

**Proceso verbal de responsabilidad civil contractual
instaurado por Jorge Jaime Fernández Sarmiento contra la
Compañía Mundial de Seguros S.A. Rad. No.
110013103005201800399 01**

Bogotá D.C., veintidos (22) de julio de dos mil veinte

Proyecto discutido y aprobado según acta de la fecha.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de fecha 20 de enero de 2020, proferida por el Juzgado 5° Civil del Circuito de Bogotá D.C.

I. ANTECEDENTES

I.1. Pretensiones:

Declarar que la **Compañía Mundial de Seguros S.A.**, por ser civilmente responsable, deberá pagar al asegurado **Jorge Jaime Fernández Sarmiento**, la indemnización que corresponda como consecuencia de la **pérdida de la licencia de personal aeronáutico**, decretada mediante la resolución No. 01533 del 3 de junio de 2016, expedida por la **Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica**.

Que, como consecuencia de la pretensión anterior, la **Compañía Mundial de Seguros S.A.**, deberá a **Jorge Jaime Fernández Sarmiento** amparado por la póliza de grupo de seguro de aviación número P-00000871 tomada por AEROREPUBLICA S.A. dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, las siguientes sumas:

a) La suma de \$ 300.000.000.00, correspondientes al valor asegurado, de conformidad con la póliza de grupo de seguro de aviación número P-00000871, y su declaración de asegurabilidad, vigente para el día de la expedición de la resolución Nro. 01533 fechada el 3 de junio de 2016, expedida por la **Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica**, mediante la que perdió la licencia el piloto y asegurado el demandante, configurándose el siniestro.

b) Los intereses moratorios que certifique la Superintendencia financiera de Colombia, a partir del 17 de julio de 2016 (un mes posterior a la reclamación), y hasta la fecha en que se verifique su pago, de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio.

1.1.1. Pretensiones subsidiarias:

Invocando la misma pretensión declarativa de la pretensión principal, suplica condenar a la **Compañía Mundial de Seguros**, a pagar en favor del demandante, las siguientes sumas de dinero:

a) La suma de \$ 145.978.000,00, en favor de **Jorge Jaime Fernández Sarmiento**, como pago de la indemnización del valor amparado por la **Compañía Mundial**

de Seguros S.A.; suma que arroja el resultado de descontar la indemnización pagada por **Mapfre Seguros Generales de**

Colombia S.A. correspondientes al valor asegurado, de conformidad con la póliza de grupo de seguro de aviación Nro. P-00000871, y su declaración de asegurabilidad, vigente para el día de la expedición de la resolución Nro. 01533 fechada el 3 de junio de 2016, expedida por la **Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil**, mediante la que perdió la licencia el piloto y asegurado **Jorge Jaime Fernández Sarmiento**, configurándose el siniestro.

b) Los intereses moratorios que certifique la Superintendencia financiera de Colombia, a partir del 17 de julio de 2016 (un mes posterior a la reclamación), y hasta la fecha en que se verifique su pago, de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio.

I.2. Fundamentos fácticos:

El señor **Jorge Jaime Fernández Sarmiento**, es de profesión piloto de aviación.

El demandante prestaba sus servicios profesionales a la empresa de aviación Aerorepública S.A., la cual constituyó póliza de seguros por pérdida de la licencia por asuntos, médicos la que estaría activa siempre que esté vigente un contrato de trabajo con los pilotos o copilotos, conforme le fue impuesta obligación en laudo arbitral de fecha 6 de mayo de 2014.

La compañía **Aerorepública S.A.** y el aquí demandante, suscribieron la póliza de seguros número 2201415003056 que amparaba la pérdida de licencia de los pilotos, la cual

fue constituida con la compañía de seguros **Mapfre Colombia Seguros Generales S.A.**, por un monto de \$ 300.000.000,00.

El día 27 del mes de septiembre del año 2015, el piloto **Jorge Jaime Fernández Sarmiento** sufrió un *“infarto agudo de miocardio con elevación del ST”*, recibiendo el diagnóstico de *“enfermedad aterosclerótica del corazón”*, por lo que fue intervenido quirúrgicamente el 2 de febrero de 2015.

El día 19 de enero de 2016, el capitán **Jorge Jaime Fernández Sarmiento** realizó la respectiva reclamación del seguro de vida y pérdida de licencia ante la compañía aseguradora, pues la misma se encontraba prorrogada hasta el 1º de febrero de 2016.

Mapfre Colombia Seguros Generales S.A, no renovó la póliza de seguros, y por ende la aerolínea, adquirió una nueva póliza con la **Compañía Mundial de Seguros S.A.** con vigencia del 10 de febrero de 2016 hasta el 9 de febrero del año 2017, en las mismas condiciones.

El 26 de septiembre de 2016, la compañía **Mapfre Colombia Seguros Generales S.A**, pagó al demandante la suma de \$ 154.022.000,00 a título de compensación, pese a que el valor asegurado ascendía a \$ 300.000.000,00, *“y las razones para cancelar un pago a la indemnización menor al asegurado consistió en que la póliza de seguros expedida por MAPFRE, ya no se encontraba vigente y por el contrario se encontraba vigente la póliza de seguros expedida por la Compañía De Seguros Mundial”*.

El demandante en el trámite de cambio de aseguradora, y dentro de la declaración de asegurabilidad, declaró su estado del riesgo informando expresamente su enfermedad preexistente a la nueva aseguradora, aquí demandada. No obstante *“el señor Oscar Meza Rojas, en representación de la Compañía Mundial de Seguros S.A, en su calidad de subdirector*

de aviación, el día 28 de abril de 2016, le da respuesta en el sentido que por ser una póliza de grupo no cuentan con certificados individuales, y se aclara que el clausulado es el descrito con GLOL 2016 (únicamente permanente), allí se encuentra el tiempo de espera, y confirma que el piloto Jorge Jaime Fernández Sarmiento, se encuentra asegurado por los valores de \$ 224.000.000.00, respecto de la sección 1, más COP 76'000.000.00, sección 2 al día de hoy”

En razón del diagnóstico informado al demandante, la **Compañía Mundial de Seguros S.A.** estipuló condiciones más onerosas, pasando de una prima de \$ 68.324.00 mensuales, a \$170.810.00., siendo incluido como asegurado el 12 de marzo de 2016, estando demostrado que la demandada aceptó la solicitud de asegurabilidad realizada, dentro de la que conocía perfectamente el verdadero estado del riesgo del asegurado.

Mediante resolución No. 01533 del 3 de junio de 2016, expedida por la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, se declaró la no aptitud psicofísica para actividades aeronáuticas del demandante, por lo que la pérdida de la licencia se presentó dentro de la vigencia de la póliza constituida con la compañía de seguros demandada.

Por lo anterior, el señor **Jorge Jaime Fernández Sarmiento**, realizó la reclamación ante la **Compañía**

Mundial de Seguros S.A., el 17 de junio de 2016, siendo ratificada por el gerente de operaciones de **Aerorepública S.A.**, el día 27 de junio de esa misma anualidad.

No obstante lo anterior, *el 12 de septiembre de 2016 la compañía demandada objeto extemporáneamente la reclamación, dentro de la que indicó: “el hecho generador del siniestro, esto es el infarto agudo al miocardio, tuvo lugar a una fecha anterior a la entrada en vigencia de la póliza de seguros*

de aviación P-100000872, razón por la cual la resolución No. 01533 declaratoria de pérdida de licencia tiene origen única y exclusivamente, en los hechos ocurridos el día 27 de septiembre de 2015, estando los mismos por fuera de la cobertura de pérdida de licencia, razón por la cual la pérdida de licencia no se encuentra amparada bajo la póliza en mención”.

Sin embargo, en criterio del demandante, está demostrado que la enfermedad que generó la pérdida de la licencia se configuró dentro de la vigencia de la póliza, por lo que le asiste responsabilidad contractual a la empresa aseguradora **Compañía Mundial de Seguros S.A.**, de manera que está en la obligación de pagar la indemnización.

I.3. Actuación procesal:

En auto calendado del 22 de octubre de 2018, el Juzgado 5° Civil del Circuito de Bogotá D.C., **admitió** la demanda de la referencia¹.

La demandada **Compañía Mundial de Seguros S.A.**, contestó oportunamente la demanda, formulando las excepciones de mérito que denominó “*ausencia de cobertura*

*por no haber acreditado el asegurado los requisitos exigidos por la póliza: el hecho se presentó por fuera de la vigencia de la póliza”, “ausencia de cobertura para una eventual indemnización por incumplimiento de la condición 7 de las condiciones generales de la póliza”, “ausencia de cobertura por haber sido cubierta la eventual indemnización por otra póliza de seguros” y “deducción de sumas pagadas”*².

I.4. Sentencia.

¹ Folio 151 cuaderno principal

² Folio 218 y s.s. cuaderno principal

Culminado el trámite del proceso, la Juez 5ª Civil del Circuito de Bogotá D.C., declaró probada la excepción denominada *“ausencia de cobertura por no haber acreditado el asegurado los requisitos exigidos por la póliza: el hecho se presentó por fuera de la vigencia de la póliza”*.

Luego del examen de lo relacionado con la existencia del contrato de seguro denominado *“póliza de seguro de pérdida de licencia colectiva de pilotos AEGIS”*, se refirió a las condiciones de cobertura de la póliza, explicó que de acuerdo con el contrato la *“cobertura por pérdida de licencia a pilotos por accidente o enfermedades súbitas”*, lo es en dos casos específicos i) incapacidad total permanente ii) incapacidad total temporal. *“En ambos casos con un periodo de espera a partir de la fecha de la pérdida, definida esta como el primer día, durante la vigencia del seguro que la persona asegurada no pueda cumplir con las normas médicas impuestas por la autoridad licenciante competente como resultado directo de lesiones corporales, enfermedad general, enfermedad clasificada o enfermedad psicológica”*.

Enseguida y ante el desacuerdo de las partes respecto del hecho generador del siniestro, si lo fue desde la fecha de expedición de la Resolución No. 01533 de 3 de junio de 2006 por la Directora de Medicina de Aviación y Licencias Aeronáuticas de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, como lo señala el demandante, o desde la fecha que invoca la demandada, 27 de septiembre de 2015 cuando el señor Jorge Jaime Fernández sufrió el episodio cardiovascular, que narró en la demanda, estimó que lo fue desde esta última o eventualmente desde el 2 de octubre de ese año, fecha a partir de la cual aparecen los registros en la historia clínica del paciente, por cuanto en la cláusula pertinente, no se exige o *“...fija como condición para la generación del siniestro el que*

exista un un acto administrativo en firme que revoque o suspenda la licencia”.... “sino que se padezca una dolencia que genere incapacidad total permanente o temporal por enfermedad general calificada, lesión corporal o enfermedad psicológica, que además de lugar a que no pueda el asegurado cumplir las condiciones médicas exigidas por la autoridad licenciante”.

Concluyó entonces, el *a quo*, que el siniestro fue anterior a la vigencia del amparo de la póliza suscrita con la entidad demandada, y por lo tanto no puede imponerse a la entidad la obligación de reconocer la indemnización asegurada. Aunado a que, el hecho de que el actor hubiera informado el accidente cardiovascular previo al inicio de la vigencia de la póliza, no es suficiente para entender que tiene efecto hacia atrás, sino que responde al deber de información del declarante bajo el principio de la buena fe y lealtad de las partes.

I.5 Recurso de apelación.

En la oportunidad prevista por el art. 14 del DL 806 de 2020, allegó escrito el recurrente de sustentación en el que con amplitud desarrolló los motivos de reparo, expuso las razones por las que considera se configura el error de derecho -violación directa de la ley sustancial art. 1058 el C. de Co.- luego la aseguradora debe cumplir con su obligación contractual de pagar la indemnización porque no existió “*error y vicio del consentimiento de la aseguradora*”, en síntesis porque el material probatorio demuestra el pleno conocimiento por parte de la aseguradora del estado del riesgo desde la misma etapa precontractual, pues “*la PROFESIONAL, en la actividad aseguraticia, manifestó su voluntad libre y espontánea de incluirlo en la póliza de seguros, y entonces pretender, que después de su pleno conocimiento para el perfeccionamiento del contrato no puede escudarse, que no conocía el estado del*

riesgo que aseguraba, cuando la realidad era otra, y es su pleno conocimiento de este estado, y por ello para la aseguradora debe darse aplicación a los presupuestos de que trata el Nral 4 del Art 1058 del C de Co ERROR INEXCUSABLE.” (sic)

En relación con el hecho generador del siniestro señaló que al momento de la inclusión del demandante en la póliza no se había causado, fue dentro de su vigencia, el 3 de junio de 2016 que se expidió la Resolución de Pérdida de Licencia por parte de la Aeronáutica Civil, de manera que a partir del 10 de ese mes y año con la notificación de la misma, surgió el derecho del asegurado para hacer la reclamación.

“El hecho coronario que fue oportunamente informado a la aseguradora, no puede decirse que fue la causa eficiente

que determinara la PERDIDA DE LICENCIA, esta afirmación es una conjetura del estrado judicial, sin que exista prueba para su afirmación (ERRO DE HECHO).”

En suma pide se revoque la sentencia apelada para en su lugar condenar a la Aseguradora a pagar la indemnización por la suma de \$300.000.000.00 a José Jaime Fernández, junto con los intereses moratorios a partir del 17 de julio de 2016 y hasta cuando se verifique el pago.

Por su parte, el apoderado de la demandada solicitó la confirmación de la providencia impugnada, en su escrito de réplica; puso de presente lo siguiente: *“...el hecho de que el demandante haya cumplido con el deber de declarar sinceramente en el cuestionario de asegurabilidad el estado de salud en el que se encontraba, no implica que pueda considerarse exento de cumplir con las condiciones contenidas en el contrato de seguro para activar la cobertura bajo la póliza.*

El señor Fernández fue incluido como persona asegurada dentro de la póliza, pese a su situación de salud, en tanto que

existía la posibilidad de que su licencia fuese activada nuevamente, regresando a trabajar de manera activa como piloto –así lo señalaba el propio demandante en el hecho 22 de la demanda-.

En caso de haberse restablecido su licencia, y solo en caso de presentarse un nuevo evento dentro de la vigencia de la póliza que le impidiera al asegurado cumplir con las normas médicas aeronáuticas, habría operado la cobertura bajo la póliza. Es decir, el asegurado podía, y fue efectivamente incluido en la póliza colectiva, pero para eventos futuros e inciertos, y no para dicho riesgo –evento

coronario-que ya se había concretado antes de la entrada en vigencia de la póliza.

Que, no se cumplió con el requisito pactado en la póliza para otorgar la cobertura pues considera que el hecho estructurador del siniestro no es el acto administrativo que declara la pérdida de la licencia, sino la enfermedad que impide completamente al asegurado desempeñarse en la función para la cual posee la licencia de piloto.

“El evento que impidió que el señor Jorge Jaime Fernández cumpliera con las normas médicas impuestas por la Aeronáutica Civil para desempeñar su ocupación como piloto, se presentó el 27 de septiembre de 2015, es decir antes de que entrara en vigencia la póliza expedida por mi poderdante, que va del 10 de febrero de 2016 al 9 de febrero de 2017”.

Agregó que de acuerdo con lo pactado en la condición 7, al inicio de la póliza la cobertura se encontraba suspendida hasta cuando regresara a sus actividades el señor Fernández Sarmiento como piloto.

Por último, insistió en que el siniestro se presentó fuera de la vigencia de la póliza allegada, tan es así que el demandante recibió la indemnización integral de parte de la aseguradora que había expedido la póliza vigente al momento en que éste se presentó-

II.- CONSIDERACIONES

En los términos del artículo 328 del Código General del Proceso, corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación

interpuesto por el apoderado de la parte demandante, el que se circunscribe en esta oportunidad ,a establecer el momento en que se estructuró el siniestro en el seguro de pérdida de licencia de piloto del que era beneficiario el señor Jorge Jaime Fernández Sarmiento y dependiendo de ello si se activó la cobertura de póliza No. P-100000871 con vigencia del 10 de febrero de 2016 al 9 de febrero de 2017, caso el cual la demandada debe cubrir el monto de la indemnización.

Con tal propósito, de importancia resulta hacer un relato de los aspectos relevantes que conciernen al caso presente:

i.- El señor Fernández Sarmiento, piloto de profesión se encontraba vinculado con la compañía Aerorepública SA , hoy CopaAirlines, entidad que adquirió la póliza de seguros No. 2201415003056 que amparaba la pérdida de licencia de los pilotos con **MAPFRE COLOMBIA SEGUROS GENERALES SA**, con vigencia del 1 de enero de 2015 a 31 de diciembre de 2015.

ii.- Se describe en el numeral 1.2 de las condiciones particulares y especiales³ el amparo de Pérdida de Licencia

³ fol.271 y ss cdno.1

señalando que obedece a “una lesión corporal por accidente o enfermedad de acuerdo con las definiciones que aquí se adjuntan y se debe atender una corte de inquisición u otros procedimientos (legales u de otra índole) en conexión con un evento que pueda dar pie a un reclamo bajo esta póliza.

(...) “La compañía cubre el riesgo de pérdida de licencia cuando ocurran los siguientes eventos:

a) Si la Persona Asegurada sufre Lesión Corporal o Enfermedad, otro Enfermedad Clasificada durante el Periodo de Seguro y la cual resultase en la Pérdida de Licencia de la Persona Asegurada, la Compañía pagará la suma asegurada mostrada en el listado.

b) Si la Persona Asegurada sufre Enfermedad Clasificada durante el Período de Seguro y la cual resulta en la Pérdida de Licencia de la Persona Asegurada, la compañía pagará la suma asegurada mostrada en el listado.

c) Si la Persona Asegurada debe atender una Corte de Inquisición u otros procedimientos (legales u de otra índole) en conexión con un evento que pueda dar pie a un reclamo bajo esta Póliza, la Compañía reembolsará cualquier costo o gasto razonablemente incurridos con su consentimiento escrito por la Persona Asegurada pero únicamente hasta la máxima suma asegurada especificada en el listado....”(sic)

(...) La compañía no será responsable de pagar los Beneficios a) o b) mientras dicho tratamiento e investigaciones se encuentren en curso. Cuando se complete el tratamiento la Persona Asegurada deberá ser examinada por las Autoridades que expiden la Licencia y deberá decidir previo a que los Beneficios a) o b) se vuelvan pagaderos....” (sic)

iii) A folio 52 obra impresión del correo electrónico remitido por Camila Rueda de Correcol SA al demandante, se transcriben los apartes relevantes para el sub-lite “Muy buenos días capitán

FERNANDE< SARMIENTO JORGE JAIME.

En días anteriores le he estado enviando correos electrónicos mediante los cuales se explica el beneficio que es otorgado a usted por Copa Colombia sobre la póliza de seguros de **Pérdida de Licencia Permanente**, debido a una serie de inconvenientes que se nos han presentado quisiera hacer la

aclaración de varios puntos para que no haya ninguna duda con respecto al producto del cual usted se está viendo beneficiado.

Vigencia: desde el 10 de febrero de 2016 y hasta el 10 de febrero de 2017 usted está asegurado bajo la póliza de Pérdida de Licencia Permanente.

Continuidad: Seguros Mundial dará continuidad a la póliza que usted traía contratada con Mapfre Seguros teniendo en cuenta los nuevos valores asegurados. Por favor tenga en cuenta que ya no estará siendo asegurado por Mapfre sino por Seguros Mundial. (lo resaltado y subrayado en este párrafo ajeno al texto)."

"(...) Finalmente nos permitimos informar que el corredor de seguros encargado es CORRECOL S.A. y la compañía de seguros en Colombia encargada es SEGUROS MUNDIAL. La persona de contacto para las afiliaciones, retiros, inquietudes y demás será CAMILA RUEDA ROJAS...."

iv) Se allegó copia de la historia clínica del demandante y éste informó que el 27 de septiembre de 2015 sufrió infarto agudo al miocardio, con diagnóstico de "Enfermedad Aterosclerótica del corazón" .

v) Según correo remitido por la Jefe de Operaciones de Recursos Humanos de Copa Airlines Luz Elena Meza Rueda la póliza No. 2201415003056 expedida por Mapfre Seguros se prorrogó hasta el 1 de febrero de 2016.⁴

⁴ Folio 22 cdno.1

vi) Se informó en el hecho 13 de la demanda que el capitán Fernández Sarmiento el 19 de enero de 2016 realizó

la respectiva reclamación del seguro de vida y pérdida de licencia a Mapfre Colombia Seguros Generales SA.⁵

vii) La Representante legal de la demandada, en su interrogatorio de parte dijo que *La Compañía de Seguros Mundial expidió una póliza de seguros colectiva que amparaba la pérdida de pilotos (sic) de diferentes empleados de Copa, dentro de la póliza cuando se expidió se le manifestó a la compañía el caso del capitán Fernández de su circunstancia que había tenido un accidente coronario y que en ese momento no está ejerciendo funciones de piloto volando, sino que estaba en tierra en escritorio, la compañía conscientemente aseguró al capitán Fernández y la compañía además de la póliza obligatoria , permitió se tomara otro valor asegurado adicional , el cual tomó el Capitán Fernández quien declaró su estado actual, al corredor de la compañía.*

La compañía lo incluyó como asegurado , para no dejarlo a él sin seguro ni a otra persona que también tenía una circunstancia específica, porque ellos pueden aún estando en tierra sufrir otro evento, que si el otro evento no genera la pérdida de licencia como hecho generador, si puede perderla por otro hecho generador que le suceda durante la vigencia de la póliza.

Entonces así como en la vigencia de la póliza de Mapfre se cubrió la pérdida de licencia , pues el hecho generador se dio durante esa vigencia, aún así se puede dar un hecho generador diferente que aún estando en la oficina de lugar a la pérdida de la licencia .

⁵ A folio 24 obra copia de la solicitud del Seguro de Vida y Pérdida de Licencia presentada a la referida compañía de seguros por el demandante.

Lo que se cubrió fue cualquier hecho generador diferente al cubierto por Mapfre.

viii) Eric Roberto Demmer Colmenares, vinculado con la compañía Corredores Colombianos de Seguros SA, -Correcol-expresó que participó en la cotización de la póliza de pérdida de licencia de piloto, luego del relato de algunos pormenores dijo que lo pretendido no era cubrir el evento si se perdía la licencia a consecuencia del infarto, sino por otro motivo *“porque ese es el objetivo de la póliza, la pérdida de la licencia. Y si la causa raíz ocurre en vigencia de nuestra póliza claramente estábamos obligados a pagar. La licencia se perdió en junio de ese año, cuando fuimos notificados , dijimos que el siniestro le corresponde a la aseguradora anterior en vista de que era un acontecimiento conocido y notificado a la Aseguradora Mapfre que era la que tenía la póliza.*

“Teníamos dos pólizas, una colectiva y una voluntaria, cuando se trata de la segunda se diligenció una declaración de asegurabilidad, que suscribió el Capitán Fernández en donde informó su estado.

En la póliza colectiva no se diligenció ninguna declaración, porque es un grupo grande de toda la tripulación y como es de carácter obligatorio no se pide la declaración de asegurabilidad , la aseguradora asume que si existe un caso especial como el del Capitan Fernández, eso se balancea con la demás masa de los otros asegurados que están en perfectas condiciones y que estaban volando en esos momentos, por eso no se exige declaración de asegurabilidad, en la voluntaria sí.”

En los términos de nuestra póliza, el producto que conseguimos para Copa, es un producto particular que se llama

perdida de licencia, vuelvo y repito que el evento que engatilla una eventual indemnización es la causa raíz y en el

momento cuando se pierde la licencia es cuando se materializa el pago de la indemnización, para el producto pérdida de licencia.

ix) Requerido el demandante por la juez de instancia, en la diligencia celebrada el 26 de noviembre de 2019, para que precisara la razón por la que mencionó un pago parcial que le hiciera Seguros Mapfre expresó: *“la póliza venía con US\$50.000, hasta febrero o enero cuando debíamos cambiar, esos temas administrativos no los manejo bien, recuerdo que hasta enero o febrero cuando debíamos continuar con el siguiente año, ese siguiente año, debía iniciar con US\$70.000 y Mapfre o Aerorepública no siguieron más y cambiaron a Mundial por los 70.000 que ya venía comprometida Mapfre al iniciar ese año y además nos dio la posibilidad de ampliar a los otros \$76.000.000....Que, Mapfre pagó el dinero que venía por ese mes, antes de renovar y no pagó los 20.000...”*

Para caso de autos como quiera que estamos ante un seguro de personas, una de las obligaciones del asegurador es el pago de la suma asegurada la que está sujeta al cumplimiento de una condición: la realización del siniestro, el que en seguida se verá no se consuma en un solo acto, **ij)** se requiere del acaecimiento de alguno de los siguientes eventos: Lesión corporal o enfermedad, enfermedad clasificada, Corte de Inquisición u otros procedimientos legales o de otra índole y **ii)** que a causa de estos resulte la pérdida de la licencia de piloto.

En efecto, de lo informado en la demanda y anexos allegados con su contestación se tiene que la Aerolínea Aero República adquirió la póliza de seguros No. 2201415003056

que amparaba la pérdida de licencia de los pilotos con **MAPFRE COLOMBIA SEGUROS GENERALES SA**, con vigencia del 1 de enero de 2015 a 31 de diciembre de 2015, la que fue prorrogada hasta el 1º de febrero de 2016, uno de los beneficiarios era el señor Fernández Sarmiento.

Dentro de ese periodo de cobertura ocurrió uno de los eventos descrito en las condiciones particulares de esa póliza, la enfermedad aterosclerótica del corazón, el **27 de septiembre de 2015** sufrió el demandante infarto agudo al miocardio con elevación del ST. Entonces, de acuerdo con el literal a) del numeral 1.2 estaba obligada la compañía a cubrir el riesgo en caso que resultare de esa enfermedad⁶ la Pérdida de la licencia de la persona asegurada.

En las misma condición 1.2 consta que **La compañía no será responsable de pagar los Beneficios a) o b) mientras dicho tratamiento e investigaciones se encuentren en curso. Cuando se complete el tratamiento la Persona Asegurada deberá ser examinada por las Autoridades que expiden la Licencia y deberá decidir previo a que los Beneficios a) o b) se vuelvan pagaderos....**” (sic)

El 3 de junio de 2016 se expidió por la Directora de Medicina de Aviación y Licencias Aeronáuticas (Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil) la Resolución No. 015337⁷ por la cual se declaró la NO aptitud psicofísica para actividades aeronáuticas del señor Jorge Jaime Fernández Sarmiento, de la que se notificó el día 8 de ese mes y año.

⁶ A folio 278 cdno. 1, aparece la definición de enfermedad como cualquiera que no esté incluida bajo la definición de lesión corporal por accidente y la cual se manifieste durante la vigencia del seguro. “Enfermedad” incluye cambios degenerativos seniles prematuros, pero excluye Enfermedad Clasificada.

⁷ Fol.95-98 cdno.1

Como quiera, de una parte, que el demandante, conforme se anotó en el hecho 13 de la demanda, afirmación que se corrobora con el documento visible a folio 24 el cuaderno No. 1, el 19 de enero de 2016 ante la Compañía Mapfre Colombia Seguros Generales efectuó la reclamación del seguro por pérdida de licencia debido al infarto e intervención quirúrgica, y de otra, según se desprende de los documentos allegados al expediente, luego de la declaración de NO aptitud psicofísica para actividades aeronáuticas del demandante se concretó la obligación de esta Aseguradora de pagar la suma asegurada.

Y en efecto, eso fue lo que ocurrió el 26 de septiembre de 2016, pues a folio 107 del cuaderno 1, se encuentra el **RECIBO DE INDEMNIZACIÓN**, consta allí que Jorge Jaime Fernández Sarmiento en su calidad de beneficiario del seguro declaró *“que he aceptado y recibido la suma de \$154.022.000 como valor de la indemnización de Mapfre Colombia Seguros Generales SA con ocasión de la pérdida de mi licencia que afecta el amparo de Pérdida de Licencia de la póliza mencionada”*.

Pago que se efectuó acorde con el art. 1073 del C.de Co. según el cual, si el siniestro inició antes (27 de septiembre de 2015) y continuado después de vencido el término del seguro (1 de febrero de 2016) *“consume la pérdida o deterioro de la cosa asegurada”* que para el caso concreto consiste en la tan mentada pérdida de licencia de piloto que fuera declarada por Resolución del 3 de junio de 2016, el Asegurador (Mapfre Colombia Seguros Generales SA) responde por el valor de la suma asegurada.

Significa lo anterior, como lo expresó el apoderado de la demandada, que la póliza No. 100000871 emitida por la Compañía de Seguros Mundial SA no se activó, en consecuencia la sentencia impugnada se confirmará pero por

las razones que se dejaron expuestas, con la consecuente condena en costas de esta instancia al recurrente.

III.- DECISIÓN

Por lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de enero de 2020, por la Juez 5° Civil del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante recurrente.

TERCERO: Oportunamente, regrésese el expediente a su lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Magistrada



HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada

Firmado Por:

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 012 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

295b14efa778dd7dc6677de9a595ff793dd0a33180a87c6733eb1b667c3d0
e91

Documento generado en 22/07/2020 04:50:36 p.m.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

LIANA AÍDA LIZARAZO VACA

Magistrada Sustanciadora

Bogotá, D. C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

Ejecutivo Singular de CARLOS ERNESTO GAVIRIA CAMACHO
contra JOSÉ LUIS GARCÍA

Exp.: 110013103 025 2015 00012 02

Mediante auto proferido el 12 de junio de 2020, el trámite del recurso de apelación en el proceso antes referenciado fue adecuado al régimen previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020.

En aplicación de esta preceptiva, en dicha providencia se determinó que, una vez ejecutoriado el auto, correría el término de 5 días que establece el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, para que la parte apelante sustente el recurso de apelación.

Vencida dicha oportunidad el 30 de junio de 2020, se advierte que los apelantes no cumplieron con la carga de sustentar el recurso de apelación oportunamente. Esta circunstancia tiene como consecuencia que se declare desierto el recurso, conforme lo previsto en el inciso 3° del referido artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020¹.

¹ El tenor literal de la norma prevé:

“Artículo 14. Apelación de sentencias en materia civil y familia. El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

(...)

A ese respecto, debe tenerse en cuenta que, en relación con el recurso de apelación, en vigencia del Código General del Proceso, la Corte Suprema de Justicia señaló que la presentación de los reparos precisos que se hace ante el *a quo* por el recurrente no corresponde a la sustentación del recurso, la cual debe efectuarse ante el juez que conoce de la segunda instancia.

En ese sentido, en sentencia de 21 de junio de 2017, el Alto Tribunal sostuvo que el apelante “[n]o sólo debe aducir de manera breve sus reparos concretos respecto de esa decisión, sino acudir ante el superior para sustentar allí ese remedio, apoyado, justamente, en esos cuestionamientos puntuales.”²

Dicha posición también fue acogida por la Corte Constitucional en sentencia SU – 418 de 2019, en la que señaló que el apelante tiene la obligación de sustentar el recurso de apelación en la audiencia de sustentación y fallo, y que la consecuencia de la inasistencia a dicha diligencia es la declaratoria de desierto del recurso.

Así las cosas, con independencia de que la sustentación del recurso de apelación en el régimen previsto en el Decreto Legislativo No. 806 de 2020 se haga de forma escritural, lo cierto es que el legislador extraordinario fijó la oportunidad en que se debe realizar dicha actuación y reiteró que la sanción por su incumplimiento, a su vez, es la declaratoria de desierto del recurso, sin que se pueda entender que la falta de sustentación puede suplirse por los reparos presentados ante el *a quo*, conforme con lo expuesto.

*Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. **Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto.**” (negritas fuera del texto original).*

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de junio de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Exp. 11001-02-03-000-2017-01328-00.

Tampoco resulta admisible, como lo pretende el apoderado del apelante CARLOS ERNESTO GAVIRIA CAMACHO, “remitirse” a los alegatos presentados en la audiencia que se realizó el 26 de febrero de 2020. Lo anterior, debido a que, según se dispuso en esa diligencia:

“Se escuchó la argumentación de los reparos formulados ante el a quo, luego de ello la magistratura anunció a las partes que respecto del proyecto de sentencia no existe consenso en la Sala toda vez que existen tres posiciones distintas de los magistrados presentes; razón por la cual, no pudo dictarse sentencia.

Comoquiera que la semana venidera se llevará a cabo cambio en la conformación de la Sala, la decisión definitiva será tomada junto a los nuevos magistrados que la integren.

En ese sentido, se citará oportunamente a las partes para comparecer a audiencia, en la cual se escucharán nuevamente los alegatos.”

Por consiguiente, resultaba indispensable para proceder con el estudio del recurso, que los apelantes cumplieran con la carga de presentar sus alegaciones nuevamente, lo que debían hacer en los términos del auto dictado el 12 de junio de 2020, sin que se pueda tener en cuenta la solicitud presentada por el representante legal de GRUPO INMOBILIARIO DC 4 S.A.S., debido a que toda intervención en el trámite de un proceso de mayor cuantía debe hacerse por intermedio de abogado inscrito o acreditando el derecho de postulación (art. 73 del C. G. P.)

En consecuencia, se declarará desierto el recurso de apelación presentado en el proceso de la referencia, por cuanto no se sustentó

oportunamente dicho medio de impugnación, esto es, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria del auto que adecuó el trámite del presente recurso al procedimiento previsto en el Decreto Legislativo No. 806 de 2020.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., **RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar que el recurso de apelación no fue sustentado oportunamente por el demandante y apelante CARLOS ERNESTO GAVIRIA CAMACHO.

SEGUNDO: Declarar que el recurso de apelación no fue sustentado oportunamente por los demandantes cesionarios y apelantes GRUPO INMOBILIARIO DC 4 S.A.S. y WILSON YURY BUSTOS ISAZA.

TERCERO: En consecuencia, declarar desierto el recurso de apelación presentado por el demandante y apelante CARLOS ERNESTO GAVIRIA CAMACHO, así como aquel interpuesto por los demandantes cesionarios y apelantes GRUPO INMOBILIARIO DC 4 S.A.S. y WILSON YURY BUSTOS ISAZA, conforme lo previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020.

Notifíquese y cúmplase

LIANA AÍDA LIZARAZO VACA

Magistrada

Firmado Por:

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 008 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

6da69a9ff0207a2c64e675c0a71ce9b5fae89857a8fcb5c4ff381bb2fe1
d5134

Documento generado en 22/07/2020 04:42:11 p.m.

REPUBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

MAGISTRADA PONENTE: HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Aprobado, para ser emitido por escrito, en sesión de veintidós de julio de dos mil veinte.

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020).

I. OBJETO POR DECIDIR

Agotado el trámite previsto en el art. 14 del D.806 de 2020, procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por los extremos procesales contra la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019, por el Juez Cuarenta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, autoridad que avocó conocimiento conforme al Acuerdo del CSJ PSAA-15-10412.

II. ANTECEDENTES

1. Sandra Yulith Cárdenas en causa propia y en la de sus hijas Danna Valeria y Lizeth Mariana Carrasco Cárdenas y Luz Estella Páez en el

de su hija Daniela Carrasco Páez, presentaron demanda ordinaria en contra de la sociedad Transporte Logístico Internacional de Carga S.A.S. y Luz Stella Navarrete Peñuela, para que se les declare a éstas últimas civil y solidariamente responsables “*de todos y cada uno de los daños y perjuicios ocasionados (...) con ocasión a la muerte de su cónyuge y padre señor Rogelio Carrasco Pedroza (Q.E.P.D.), muerte sufrida el día 04 de marzo de 2012, en el volcamiento acaecido en la vía Villavicencio – Bogotá, kilómetro 75 más 580 metros, sector de La Reforma, cuando el tractocamión de placas SQB 966 conducido por Rogelio Carrasco Pedroza (Q.E.P.D.) se salió de la vía cayendo a un abismo de unos 150 metros*” y, en consecuencia, se les condene a pagar las sumas relacionadas en el escrito de demanda por concepto de daño emergente, lucro cesante, daño moral y a la vida en relación debidamente indexadas, más los intereses moratorios sobre aquellas, y las costas del proceso. Con posterioridad reformaron la demanda respecto del lucro cesante¹ para determinarlo con fundamento en las cuotas alimentarias de las hijas del señor Carrasco.

2. Como sustento de sus pretensiones señalaron que, desde el 24 de enero de 2012, Rogelio Carrasco trabajaba para la empresa demandada como conductor del tractocamión de placas SQB 966 de propiedad de la también demandada señora Luz Stella Navarrete Peñuela, quien puso a rodar el vehículo sin póliza de seguro de responsabilidad civil contractual y extracontractual.

A su vez, Transporte Logístico Internacional de Carga no le exigió a la dueña del tracto camión, la póliza de responsabilidad civil contractual y extracontractual, obligatoria para todo vehículo de servicio público; lo opero sin éstas ; no afilió al conductor al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales; y, no reparó la falla del vehículo que a la postre generó su volcamiento y la muerte del conductor señor Carrasco, suceso ocurrido el 4 de marzo de 2012 en la vía que conduce de Villavicencio a Bogotá, “ *dejando a toda una familia huérfana (...) [y] un enorme perjuicio económico (...) como quiera que era quien*

¹ Fol. 90 y 100 C.1

suplía sus necesidades económicas de manutención a sus hijas y su cónyuge (...) suministraba alimentos integrales (...) [por lo que] no existe quien suministre la cuota alimentaria para manutención de las menores hasta que cumplan su mayoría de edad y hasta los 25 años”².

3. La sociedad Transporte Logístico Internacional de Carga S.A.S. contestó y se opuso a los hechos y pretensiones, bajo el argumento concreto de no existir una relación laboral o de prestación de servicios entre aquella y la víctima, como quiera que lo que realmente tuvo lugar fue una relación comercial entre dicha empresa y la dueña del tractocamión quien le prestaba el servicio de transporte, siendo éste el único contrato existente, por lo que bajo ese entendido formuló los medios exceptivos que denominó: “*AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”; “*INEXISTENCIA DE LA CAUSA PETENDI*”; “*COBRO DE LO NO DEBIDO*”; “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A INDEMNIZAR*”; y “*LA GENÉRICA O ECUMÉNICA*”. También se pronunció respecto de la reforma de la demanda³.

4. Luz Stella Navarrete fue representada por curador ad litem⁴ quien contestó la demanda estándose a lo que resultase probado en el juicio⁵.

5. En audiencia llevada a cabo el 11 de diciembre de 2019, el Juez Cuarenta y Ocho Civil del Circuito de esta ciudad profirió sentencia en la que declaró impróspera la objeción hecha frente al juramento estimatorio por la empresa demandada, así como no probadas sus excepciones; declaró civil, solidaria y extracontractualmente responsables a los demandados y, como consecuencia de ello les ordenó pagar solidariamente a las demandantes las siguientes sumas de dinero: A Sandra Yulith Cárdenas \$8.281.160,00; a Danna Valeria y

² Fol. 28 a 36 C. 1

³ Fol. 103 a 106 C.1

⁴ Fol. 71 y 78 C. 1

⁵ Fol. 83 y 84 C.1

Lizeth Mariana Carrasco Cárdenas y, a Luz Daniela Carrasco Páez \$12.421.740 a cada una por concepto de daños morales. Negó las demás pretensiones y no condenó en costas a ningún extremo de la litis.

Para arribar a dicha conclusión resaltó, en primer lugar, el deber del juez de interpretar la demanda, el cual lo condujo a establecer que se trata de un juicio de responsabilidad civil extracontractual, en el que encontró probada como causa del fallecimiento del señor Rogelio Carrasco Pedroza la conducción de líquidos inflamables y como quiera que dentro de la gestión realizada por la empresa demandada está el uso del vehículo transportador, coligió el vínculo directo con el conductor, por cuanto creó el riesgo, porque era la que tenía injerencia en la actividad desarrollada por el conductor creando las rutas, y porque era la encargada de obtener las licencias para el transporte de los líquidos inflamables; así como también frente a la propietaria del vehículo por ser la guardiana del mismo, de ahí que, a su juicio, es aplicable al juicio la presunción de culpa por el desempeño de actividades peligrosas.

Frente a los perjuicios indicó, que como no hay ningún tinte de mala fe en los pedimentos hechos por la demandante, no prospera la objeción al juramento estimatorio. Agregó que la prueba frente a los perjuicios materiales solicitados es endeble, y la parte no puede edificarse su propia prueba, mas aun cuando el simple nexo de parentesco no es suficiente para tener por probado el perjuicio, sino que deben demostrarse los supuestos de hecho que sirvan de sustento a lo pretendido; en cuanto a los morales, indicó que si bien hubo un vínculo entre el fallecido y las demandantes, ello solo enrostra una afección interna que da lugar al daño moral, que no al de la vida en relación frente al cual no existió prueba, por lo cual tomó como apoyo para el calculo de aquel las tablas dispuestas por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, señalando para cada uno de los

hijos de la víctima 15 SMMLV (\$12.421.740) y a la esposa 10 SMMLV (\$8.281.160)⁶.

6. La decisión referida fue recurrida en apelación por la sociedad demandada y las demandantes, quienes plantearon los siguientes reparos, sustentados oportunamente:

Transporte Logístico Internacional de Carga S.A.S. indicó que se equivocó el juzgador de primer grado al: **i)** no dar por probado, estándolo, el contrato de transporte existente entre aquella y la dueña del automotor, el cual libera a la sociedad de responsabilidad; **ii)** aplicar indebidamente el principio de solidaridad, pues al no existir vínculo entre ella y la víctima debía responder únicamente la dueña del vehículo; **iii)** valorar la prueba relacionada con la existencia del contrato de transporte y las excepciones por ella planteadas, pues fue un error afirmar que era guardiana de la actividad de transporte y operaria de dicha actividad cuando el papel que ocupó fue el de remitente de mercancía; **iv)** al suponer aspectos inexistentes respecto del rodante, tales como que la empresa hizo uso de aquel y que era guardiana de la actividad transportista solo por haberle realizado chequeos mecánicos al vehículo; y, **v)** al haber declarado responsabilidad a su cargo sin concurrir los presupuestos que la habilitan, pues confundió la actividad de intermediación con la de transporte y, por tanto, desconoció el vínculo entre el vehículo y la empresa, el cual no estaba afiliado o adscrito a ella, así como tampoco el conductor.

Señaló, en síntesis, que el contrato de transporte existió de manera verbal con la señora Luz Stella Navarrete y como prueba de ello se arrió al expediente el manifiesto de carga, la póliza, la guía única de transporte y demás documentos exigidos legalmente que no fueron tachados de falsos; además, indicó, que “*el a quo confundió la relación de*

⁶ Aud de fallo CD fol. 188

TLIC SAS y LUZ STELLA NAVARRETE al punto que edificó su fallo señalando que el vehículo de esta última hacía parte de la empresa (...)", que dotó las pruebas de un contenido inexistente, dándoles el valor inadecuado al desviar su motivación; que pasó por alto que el rodante era de propiedad de la señora Navarrete y, por eso, era ella quien tenía la facultad de uso, goce y disposición del mismo, así como también de designar el personal para operarlo e insiste en no tener responsabilidad alguna en tanto demostró que (i) "la señora LUZ STELLA es la transportadora, operadora, administradora y tenedora de su vehículo,...,pues en el contrato de transporte, el responsable es la empresa de transporte y el dueño del vehículo, cualidades que precisamente recaen y recaían en la señora..." – núm.2.1.5 sustentación -; (ii) "...fue intermediaria para que se transportara el líquido derivado del petróleo..." -2.3.4 sustentación- y (iii) no tenía control sobre la actividad transportadora como lo consideró el a quo "pues lo que se efectuaron los chequeos de rigor para la empresa ..." en cumplimiento de su deber respecto a que "la empresa que se contrate para la carga del líquido derivado del petróleo cumpla con todas las normas legales, como en efecto las cumplía Luz Stella Navarrete..."-2.3.8 lit.c-⁷.

2. Por su parte se quejaron los demandantes de **i)** la falta de reconocimiento de las sumas correspondientes a los alimentos de las hijas de la víctima por falta de prueba, cuando se sabe que éstos son una obligación legal y, por consiguiente, no requieren demostración; **ii)** del monto reconocido como daño moral, pues la jurisprudencia habilita el pago de 100 s.m.m.l.v por tal concepto y así debió haberse hecho la condena, pues de no hacerlo, sería como afirmar que a las convocantes solo les dolió en un mínimo porcentaje la muerte de su esposo y padre⁸.

III. CONSIDERACIONES

⁷ FLS. 1 a 13, archivo "23-06-2020 Sustentación Apelación TLIC".

⁸ Fls 1 a 4, archivo "SUSTENTACIÓN ANTE EL TRIBUNAL 2014-0289".

1. Están reunidos los presupuestos procesales y no se advierte causal de nulidad capaz de invalidar lo actuado.

2. Atendida la acción instaurada ha de decirse que ninguna discusión amerita que todo aquel que cause daño a otro, debe resarcirlo en la medida que le sea imputable a título de dolo o de culpa, – arts. 1613, 2341 y ss. C.C.-, en cuanto tal actuar constituye fuente de responsabilidad y ésta a su vez de la obligación de indemnizar. Obligación indemnizatoria que en toda clase de responsabilidad precontractual, contractual o extracontractual, para su reconocimiento judicial requiere acreditar los elementos que la estructuran, tales un hecho o una conducta culpable atribuible al demandado; un daño o perjuicio a otro; y, el nexo causal entre estos. Carga demostrativa que difiere según se trate de actividades comunes y de obligaciones de medio o de actividades peligrosas y de obligaciones de resultado.

3. Originada la responsabilidad invocada del ejercicio de la actividad transportadora - artículo 4º Dcto 1554 de 1998-, incluida entre las catalogadas como peligrosas, definidas doctrinal y jurisprudencialmente con fundamento en lo dispuesto por el Art. 2356 del CC, como aquellas “que «debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene[n] la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario- despliega una persona respecto de otra» (CSJ SC, 23 oct. 2001, rad. 6315⁹”, les resulta aplicable la presunción de culpa o “de responsabilidad”, según la cual, corresponde a la víctima acreditar el daño y el nexo causal, y al llamado a responder demostrar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño que no le sea imputable, advertido que “...quien ejercita actividades de ese género es el responsable del daño que por obra de ellas se cause...”¹⁰.

⁹ sentencia SC4966-2019 del 18 de noviembre de 2019. M.P. Luis Alonso Rico Puerta

¹⁰ G.J. Tomo XLVI (46), págs. 216, 516 y 561”, (CSJ Cas Civ Sent 02 de junio 16 de 2008 M.P. Dra. Ruth Marina Díaz.

4. Confrontados los argumentos de la apelación con la sentencia del *a quo* y atendidos los límites impuestos por el art. 328 de CGP corresponde a la Sala determinar si, como lo sostiene la sociedad convocada, se equivocó dicho funcionario, i) al declarar responsable a la empresa convocada, omitiendo el estudio del contrato de transporte que mediaba entre ésta y la dueña del automotor; ii) al aplicar indebidamente la solidaridad y presumir la calidad de guardiana del rodante sin hacer una verdadera valoración de los medios exceptivos; o sí, como afirman las promotoras de la acción, erró iii) al negar el reconocimiento de las cuotas alimentarias de las menores hijas de la víctima y, iv) al cuantificar el monto correspondiente a daño moral, en orden a lo cual se encuentra que:

4.1. En el *sub lite* no existe duda sobre el hecho que le causó la muerte al señor Rogelio Carrasco Pedroza, cual fue, el impacto y distintas laceraciones de los “ORGANOS TORACOABDOMINALES (...)” sufridos con el volcamiento del tractocamión que él mismo conducía en la vía Villavicencio – Bogotá, suceso del cual da fe el “INFORME POLICIAL DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO” obrante a folio 23 del cuaderno principal, y la “CONSTANCIA” de proceso penal emitida por la Fiscalía General de la Nación¹¹.

4.2. Tampoco puede cuestionarse el daño que para las convocantes conlleva el deceso de su esposo y padre, pues a más de la afectación emocional que por sí se presume de la fatídica situación, también es colegible el perjuicio económico que acarrea para el núcleo familiar la pérdida de quien fuera la mayor fuente de ingresos, así como también la frustración patrimonial derivada de la inexistencia de pólizas que ampararan el riesgo que significaba para aquel la realización de una actividad peligrosa, y la falta de afiliación al sistema de seguridad social y de pensiones.

¹¹ Fol. 24

4.3. El nexo causal resulta ser en este caso el objeto de la discordia planteada por la sociedad recurrente frente a la sentencia de primera instancia, pues insiste en la ausencia de tal elemento por no mediar relación laboral ni de ninguna otra especie entre ésta y la víctima, posición contraria a la sugerida por las demandantes, que encuentran edificado tal vínculo en la actitud negligente de Transporte Logístico Internacional de Carga, al no exigir póliza de responsabilidad civil contractual y extracontractual a la propietaria del vehículo, permitir que éste operara sin los correspondientes seguros, no tener afiliado al conductor al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales y ordenar que continuara el recorrido sin reparar integralmente la avería presentada por el tractocamión; así como también la de Luz Stella Navarrete Peñuela, dueña del automotor, por no contratar las mencionadas pólizas, y negarse a indemnizar la muerte del señor Carrasco.

5.- Pues bien, como quiera que los comportamientos censurados, cuyo esclarecimiento permitirá establecer la presencia de un nexo de causalidad entre el daño y la actitud de uno y otro convocado en el presente caso, surgieron en medio de la actividad regida por la Ley 336 de 1996 y el Decreto 1554 de 1998 (transportadora) es necesario profundizar al respecto para determinar si le asiste razón al recurrente en sus inconformidades.

Lo primero que habrá de precisarse es que el servicio público de transporte, según las disposiciones referidas, es ejercido por un operador de carga, conocida así *“la persona natural o jurídica constituida como unidad de explotación económica permanente con los equipos, instalaciones y órganos de administración adecuados para efectuar el traslado de un lugar a otro de personas o cosas, o de unas y otras conjuntamente”*¹² calidad que se advierte cumplida por Transporte Logístico Internacional de Carga S.A.S., según se desprende de la descripción de su objeto social, fundado en *“la actividad transportadora en todas sus modalidades por vía*

¹² art. 10 Ley 336 de 1996

terrestre, tanto de carga como de pasajeros **con base en las normas vigentes**; la prestación del servicio de mensajería especializada, **conducción de carga**, encomiendas, valores y demás artículos susceptibles de ser transportados a nivel urbano, interurbano, nacional e internacional (...) actuando como operadores portuarios (...)"¹³

Contrario a la ausencia de responsabilidad bajo el supuesto de la intermediación, que tardíamente alega Transporte Logístico Internacional de Carga S.A.S. en la sustentación, la documental aportada por esta empresa en octubre de 2018¹⁴, tenida en cuenta por el a quo, especialmente el informe de operaciones y las cuentas de cobro por servicios de viáticos y transporte para atender la contingencia generada por el volcamiento del vehículo SQB 966 la refieren como “la empresa transportadora TLI Carga” que tomó , junto con su proveedor, la dirección de la atención del evento; al tracto camión “adscrito a la empresa TLI” y “el crudo liviano transportado por el vehículo de placas SQB 966 de la empresa TLI carga”, circunstancias que restan consistencia a esta nueva posición que invoca la demandada.

En segundo lugar, ha de atenderse que, los transportadores autorizados pueden “encargar la conducción, en todo en parte a terceros, pero bajo su responsabilidad...” – art.984 C de Cio – y, como lo cita la empresa TLIC S.A.S en la sustentación – 2.3.10.1- el servicio de transporte, se puede prestar con vehículos propios o de terceros, caso en el cual “deben incorporarse a su parque automotor a través de una forma contractual válida”.

Dichos operadores de carga pueden contratar para el desarrollo pleno de su labor otros vehículos distintos a los suyos, mediante contrato de vinculación suscrito con su propietario¹⁵, relación contractual que según el propio dicho del señor Rafael Ernesto Cárdenas (representante legal de la convocada) existía entre su empresa y la

¹³ FL. 41 revés.

¹⁴ FL. 161

¹⁵ -art. 19 ib.-

señora Luz Stella Navarrete “(...) como con todos los transportadores que van a solicitar que se les de carga a la empresa, el propietario del vehículo llega a solicitar viaje, se le dice para donde el viaje se les dice en que rutas hay viaje disponible el propietario del vehículo escoge en que ruta debe viajar el vehículo y **se le da el viaje cumpliendo con el correspondiente protocolo de contratación de vehículo**”¹⁶, afirmación de la que emerge con claridad, que Luz Stella Navarrete desarrollaba la actividad de transporte bajo la modalidad de operadora individual de carga, nombre que se le ha dado al “propietario o tenedor mediante arrendamiento financiero de un (1) vehículo con capacidad igual o superior a tres (3) toneladas, que se habilita ante el Ministerio de Transporte como empresa para prestar el servicio público terrestre automotor de carga”¹⁷.

5.1. Establecido el papel desempeñado por cada uno de los demandados en la actividad transportadora, podría pensarse que, como lo reclama el abogado de la sociedad TLIC, entre ésta y el señor Rogelio Carrasco no existía un vínculo directo, pues su relación era de vinculación frente al vehículo, respecto del cual tenía unas obligaciones de inspección y asegurabilidad al momento de transportar la carga¹⁸ y que quien debía garantizarle al conductor las condiciones adecuadas para el ejercicio de la actividad transportadora, como operadora individual y como dueña del automotor que aquel conducía, no era otra persona distinta a la señora Navarrete.

Sin embargo, si nos remitimos al contenido del artículo 36 de la Ley 336 de 1996, declarado exequible por la Sentencia C-579 de 1999, podremos observar, que “los conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo”, disposición que se ratifica con el artículo 40, núm. 2º del Decreto 1554 que se viene citando, al

¹⁶ Mins: 01:04:38 a 01:05:45

¹⁷ art. 5º Dcto 1554/1998.

¹⁸ art. 13 Dcto 1554 de 1998

imponer al dueño del vehículo, la carga de “*Velar por que se suscriban los contratos de trabajo de conformidad con el artículo 36 de la Ley 336 de 1996*”.

En el mismo sentido el artículo 34 de dicha ley establece que “*las empresas de transporte público están obligadas a vigilar y constatar que los conductores de sus equipos cuenten con la Licencia de Conducción vigente y apropiada para el servicio, así como su afiliación al sistema de seguridad social según los prevean las disposiciones legales vigentes sobre la materia*”; aspecto éste que si bien aseguró el representante legal de TLIC haber verificado, no se encuentra acreditado, pues justamente esa falta de afiliación fue una de las razones que motivó la interposición de esta acción. Nótese que, esta falencia , con independencia de la irregularidad en la afiliación que generó la objeción de la ARP Colpatria¹⁹, no se suple con el hecho que para el 27 de febrero de 2012 cuando fue emitido el manifiesto de carga, el conductor estuviera afiliado en tanto que conforme fue certificado, lo estuvo solo del 25 de enero al 1° de marzo de 2012²⁰ .

Entonces, de cara a los apartes normativos acabados de referir, y con independencia de que el vínculo sea directo o indirecto entre empresa transportadora y conductor, era ésta quien legalmente tenía la carga de contratarlo y afiliarlo al sistema de seguridad social en salud y pensiones, contrario sensu, la consecuencia no puede ser distinta a la de responder solidariamente con el propietario del vehículo frente a los perjuicios que de aquella omisión devienen, pues a aquel le incumbe garantizar que esa vinculación tenga lugar, de ahí que, sin que el análisis reclamado por la empresa demandada sobre el contrato de transporte que media entre los extremos procesales implique el estudio de un incumplimiento contractual, resulta evidente la concurrencia de los presupuestos necesarios para llamar tanto a la dueña del tractocamión, como a la empresa transportadora que lo afilió, a responder en la forma deprecada en la demanda.

¹⁹ Fol. 19 Cuad. 1

²⁰ Fol. 13 C. 1

No por el error mecánico que supuestamente pasó por alto el representante legal, ni por la orden de continuar el recorrido programado estando el vehículo en mal estado, pues dichas afirmaciones no fueron debidamente acreditadas y, al contrario, sí desvirtuadas con el acta de “*INSPECCIÓN DE VEHÍCULOS*” obrante a folio 159 del expediente, la cual da cuenta de la verificación hecha por la empresa, de las condiciones mecánicas y reglamentarias del automotor, previo al viaje en el que falleció Rogelio Carrasco; sino por la negligencia en que incurrieron las llamadas a juicio al ser creadoras del riesgo sin las mínimas medidas de seguridad requeridas.

6. Corresponde ahora examinar la procedencia de los cargos formulados por el abogado de las convocantes, encaminados a obtener la indemnización del daño material fundado en la no satisfacción de las necesidades económicas de manutención o cuotas alimentarias que a causa del fallecimiento del señor Carrasco han dejado de percibir sus hijas, así como también, la verificación de la condena hecha por daño moral, la cual considera, debe ser de 100 SMMLV para cada una de las demandantes.

6.1. Sobre los alimentos, señaló el juzgador que no podía acceder al reconocimiento de este perjuicio en tanto las pruebas eran “*endebles*”. No obstante, dicha apreciación, a juicio de esta Sala, resulta infundada, como quiera que, la obligación alimentaria emana de la Ley -núm. 2º artículo 411 C.C. y art. 24 de la Ley 1098 de 2006- fundamentada “... *en el principio de solidaridad social, reconocido en los artículos 1 y 95 (núm. 2) de la Constitución Política y es reflejo de la ayuda y el socorro mutuo que se espera debe existir entre sujetos unidos por lazos afectivos, apoyo que no siempre se produce de manera voluntaria*”²¹ y, por tanto, debe ser resguardada, más aún, cuando de hijos menores se trata, quienes dejaran de recibir la que su progenitor debía otorgarles, máxime que en el sub lite no obra prueba alguna que indique que aquel no la atendía.

²¹ C.S.J. STC9523-2016 del 13 de julio de 2016, M.P. Ariel Salazar Ramírez

Así, en el presente caso, es evidente que a causa de la actitud omisiva de los demandados de no afiliar al conductor del tracto camión al sistema de seguridad social, se les impidió a las convocantes la posibilidad de reclamar prestaciones derivadas de ese hecho - indemnizatorias o una pensión - Sentencia T-177 de 2013-.

6.1.1. De cara a lo que viene de decirse, hay lugar a tal reconocimiento del perjuicio material para las hijas de la víctima, desde el momento de la muerte del señor Rogelio Carrasco y hasta que aquellas cumplan su mayoría de edad²², pues, si bien la pretensión en tal sentido se encamina a que la condena se extienda hasta el cumplimiento de los 25 años como lo han expuesto la doctrina y la jurisprudencia fundados en el contenido del artículo 422 del Código Civil,²³ así como el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (beneficiarios de la pensión de sobrevivientes), cierto es que no obra prueba en el plenario que de siquiera un indicio de que aquellas pudiesen ejercer una actividad académica al cumplimiento de esa edad, ya que ni siquiera se probó que así lo hicieran para el momento de presentación de la demanda.

6.1.2. El monto sobre el cual habrá de tasarse la obligación de alimentos no puede ser el valor de \$2.000.000 que aseguraron en la demanda recibía la víctima como salario, pues tal circunstancia no fue acreditada, por lo que el calculo se hará sobre el salario mínimo vigente para en el año de la muerte del señor Carrasco, debidamente indexado²⁴, en un 50%²⁵ que, a su vez, deberá dividirse en el número de hijas hasta que cada una de ellas cumpla la mayoría de edad, así:

* Para Luz Daniela Carrasco Páez desde el momento en que falleció su padre (4 de marzo de 2012), y hasta que cumplió la mayoría de

²² Ley 27 del 1977

²³ v.gr. sentencia T-285 de 2010

²⁴ art. 129 ley 1098 de 2006

²⁵ núm. 1º, ib.

edad (12 de febrero de 2015), teniendo en cuenta su fecha de nacimiento (12 de febrero de 1997)²⁶

* Para Lizeth Mariana Carrasco Cárdenas desde el momento en que falleció su padre (4 de marzo de 2012) y hasta que cumpla su mayoría de edad (31 de diciembre de 2023) teniendo en cuenta su fecha de nacimiento (31 de diciembre de 2005)²⁷.

* Para Danna Valeria Carrasco Cárdenas desde el momento en que falleció su padre (4 de marzo de 2012) y hasta que cumpla su mayoría de edad (24 de junio de 2028) teniendo en cuenta su fecha de nacimiento (24 de junio de 2010)²⁸.

Entonces, como el señor Carrasco falleció el 4 de marzo de 2012 y el salario mínimo mensual legal vigente de ese año era \$566.700, correspondiendo el 50% a la cuota alimentaria por sus tres hijas, es decir, \$283.350, dividido en 3 arroja un valor de \$94450 para cada una durante cada mes de esa anualidad.

Año	IPC año anterior	Valor mensual	Valor por hija	Meses	Valor anual
2012	(---)	\$283.350÷3	\$94.450	10	\$2.833.500
2013	2,44%	\$290.263÷3	\$96.754	12	\$3.483.164
2014	1,94%	\$295.894÷3	\$98.631	12	\$3.550.729
2015	3,66%	\$306.723÷3	\$102.241	2	\$613.446

De marzo de 2015 a diciembre de 2023 solo se dividirá en dos, teniendo en cuenta que el 12 de febrero de 2015 la hija mayor cumplió la mayoría de edad.

2015	3,66%	\$306.723÷2	\$153.363	10	\$3.067.230
2016	6,77%	\$327.488÷2	\$163.744	12	\$3.929.857
2017	5,75%	\$346.318÷2	\$173.159	12	\$4.155.822
2018	4,09%	\$360.482÷2	\$180,241	12	\$4.325.788
2019	3,18%	\$375.225÷2	\$187.612	12	\$4.502.708

²⁶ Fl. 4, expediente.

²⁷ FL. 5. Ib.

²⁸ FL. 6, ib.

2020	3.80%	\$389.483÷2	\$194.741	12	\$4.673.802
------	-------	-------------	-----------	----	-------------

Dado que resulta imposible determinar el IPC para años posteriores al cursante, se promediará un porcentaje sobre los valores de los últimos 5 años, y se aplicará a los cálculos restantes, dando entonces como incremento a aplicar el 3.48%.

2021	3,48%	\$403.035÷2	\$201.517	12	\$4.836.420
2022	3,48%	\$417.060÷2	\$208.530	12	\$5.004.727
2023	3,48%	\$431.573÷2	\$215.786	12	\$5.178.884
2024	3,48%	\$446.591	\$446.591	12	\$5.359.100
2025	3,48%	\$462.132	\$462.132	12	\$5.545.588
2026	3,48%	\$478.214	\$478.214	12	\$5,738.570
2027	3,48%	\$494.855	\$494.855	12	\$5.938.270
2028	3,48%	\$512.075	\$512.075	6	\$3.072.455

6.2. Frente a la cuantificación de los perjuicios morales que les fueron reconocidos a las demandantes, considera el recurrente que debe reconocerse 100 SMMLV para cada una de las demandantes, al ser éste el tope establecido por el Consejo de Estado para tal efecto, tesis que no puede ser acogida por ésta Sala porque, si bien ha dicho la jurisprudencia que reclamado este perjuicio puede acudir el juzgador a su arbitrium judicium para edificar su condena, cierto es que tal facultad no se extiende a la demostración del mismo, sino que únicamente alude a su cuantificación. Así, como quiera que no existe respaldo probatorio alguno que justifique el incremento de las sumas estimadas por el juzgador de primer grado para la indemnización en tal sentido, considera esta Corporación ajustadas las sumas por aquel impuestas por tal concepto, lo que necesariamente torna frustrado el reparo planteado.

7. Atendiendo a que prosperó parcialmente el recurso formulado por el extremo demandante, esta Corporación procederá a REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia censurada, para en su lugar, condenar a las demandadas a pagar solidariamente en favor de las demandantes las sumas estimadas en las consideraciones de esta sentencia por concepto de daños materiales, y confirmar la aludida providencia en

todo lo demás, con la consecuente condena en costas de la instancia a cargo de la demandada vencida en apelación -núm. 4º art. 365 C.G.P.-.

IV. DECISIÓN:

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR el ordinal QUINTO de la sentencia emitida el 11 de diciembre de 2019, por el Juez Cuarenta y Ocho Civil del Circuito de esta ciudad y, en su lugar, se **CONDENA** a las demandadas Transporte Logístico Internacional de Carga S.A.S. y Luz Stella Navarrete Peñuela al pago solidario de las sumas que a continuación se señalan por concepto de DAÑO MATERIAL causado a las convocantes, las que deberán ser canceladas dentro de los diez (10) días siguientes a este fallo.

- A favor de LUZ DANIELA CARRASCO PÁEZ la suma de \$3.493.602.
- A favor de LIZETH MARIANA CARRASCO CÁRDENAS la suma de \$23.126.710.
- A favor de DANNA VALERIA CARRASCO CÁRDENAS la suma de \$48.773.693.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO. CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la empresa demandada Transporte Logístico Internacional de Carga S.A.S.

CUARTO: En oportunidad, por la Secretaría de esta Corporación **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen.

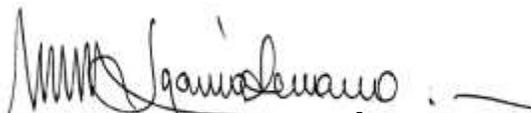
NOTIFÍQUESE,



HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada
(15201400289 01)



MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada
(15201400289 01)



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada
(15201400289 01)

Firmado Por:

HILDA GONZALEZ NEIRA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 009 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

3f14e391cdcec7b450cf5d7fc8bda218d66f6e5f40466c3f98383788d0

a0f291

Documento generado en 22/07/2020 12:08:03 p.m.

República de Colombia

Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.

SALA CIVIL

MAGISTRADA PONENTE: HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Bogotá, D.C., veintidos (22) de julio de dos mil veinte (2020)

Atendido el informe secretarial con fecha de ayer que antecede y de conformidad con lo dispuesto en el inc. 3° del art. 14 del D.806 de 2020 en concordancia con el art. 322 de la Ley 1564 de 2012, como el recurso de apelación no fue sustentado oportunamente, se declara desierto el formulado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, el 30 de enero de 2020.

Notifíquese,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hilda González Neira', written in a cursive style.

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada

(20201700466 01)

Firmado Por:

HILDA GONZALEZ NEIRA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 009 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
aca12393f397fdf0050c7c6e38a26a11aa2abfc26201ccbeff1a8c7b
a1694546

Documento generado en 22/07/2020 02:58:20 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020).

Proceso No. 110013103015201700428 02
Clase: VERBAL RESPONSABILIDAD CIVIL
CONTRACTUAL.
Demandante: JAIRO ARTURO CÁRDENAS AVELLANEDA
Demandado: BANCOLOMBIA SUCURSAL CENTRO
FINANCIERO.

En un todo de acuerdo con la solicitud realizada el día anterior por el apoderado del demandante, por secretaría, **en el término de la distancia** y cumpliendo las medidas de bioseguridad vigentes, devuelva la actuación referencia al juzgado de origen, previas las denotaciones a que hubiere lugar.

CÚMPLASE

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Manuel Alfonso Zamudio Mora', written in a cursive style.

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
Magistrado.

REPUBLICA DE COLOMBIA**Rama Judicial****TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.****SALA CIVIL DE DECISIÓN****MAGISTRADA PONENTE: Hilda González Neira****Aprobado , para ser emitido por escrito, en sesión de la fecha.**

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte(2020)

I. OBJETO POR DECIDIR

Agotado el procedimiento previsto por el art. 14 del D.806 de 2020, corresponde a la Sala resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2019 por el Juez Treinta y Dos (32) Civil del Circuito de Bogotá D.C.

II. ANTECEDENTES

1. Los padres, hermanos, abuelos, tíos paternos y maternos de Loren Alejandra Vargas Gómez, señores Diana Milena, Luz Marien y Miguel Antonio Gómez Velásquez ; Eliseo, Stella, Pablo Emilio, Alba Patricia y Luz Marina Vargas Miranda; Sandra Milena Vargas Rapalino; Servio Tulio Vargas Sanabria; Marina Miranda de Vargas; Duvan Felipe Hernández Gómez y, Luz Marien Velásquez Ramírez formularon demanda contra Saludcoop E.P.S. en liquidación y la médico Eileen

Alomia González, quien llamó en garantía a La Equidad Seguros Generales O.C.

Pretenden se declare solidariamente responsables a los demandados por los daños derivados de los hechos acaecidos a partir del 17 de diciembre de 2014, que condujeron al fallecimiento de la niña Loren Alejandra Vargas Gómez, el 2 de enero de 2015; y, se les condene a pagar los “*daños y perjuicios materiales y morales*” tasados todos en \$2.982’843.609,00.

Como supuesto fáctico, en síntesis, aducen que el fallecimiento de la niña de 12 años sobrevino luego de haber sido dada de alta el 17 de diciembre de 2014 en el servicio de urgencias del CAU Avenida 68 de Saludcoop, al que ingresó con síntomas de dolor abdominal agudo y en el que hubo, por parte de la médico Eileen Alomia González, un diagnóstico errado de “*una viral*” cuando lo que “*estaba presentando*” era “*un cuadro clínico de apendicitis que para ese momento estaba en proceso de peritonitis*”.

Como los síntomas aumentaron, a las 5:40 am, 8 horas después del egreso, acudió nuevamente a la institución el 18 de diciembre, sin que recibiera atención por problemas del sistema informático que no permitía ingresos ni acceso a historia clínica. Esto agravó la situación.

Por lo anterior, el padre la trasladó hasta la sede de Saludcoop en la 104 donde ingresó a las 13:28 y fue trasladada a la unidad de cuidados intensivos “*por estar ya en estado crítico*”. Posteriormente la intervinieron quirúrgicamente, cirugía durante la cual se encontró “*peritonitis generalizada y como consecuencia de ella, presento falla multiorgánica por contaminación, desencadenado una hemorragia cerebral que finalmente le ocasionó la muerte...*”¹

¹ Fol. 220 cuad.1 T.I

2. La parte demandada se opuso a las pretensiones y formuló excepciones. La EPS² fundada en que no *“participó en la etapa de atención médica suministrada en la Clínica demandada , ya que dicho acto estaba en cabeza de los galenos de turno...”* y por falta de los presupuestos de la acción.

La médico Eileen Alomia González³ en que la valoración, medicamentos suministrados y, exámenes practicados a la paciente se hicieron acorde con los *“protocolos médicos para la sintomatología que en el momento de la consulta tenía la paciente y por ende con la lex artis”*.

La Equidad Seguros Generales O.C⁴. – llamada en garantía por la demandada Eileen Alomia González- objetó el juramento y fundó su defensa en la culpa de un tercero e inexistencia de culpa de la médico Eileen. Frente al llamamiento sostuvo que debe sujetarse al contrato de seguro contenido en la póliza de responsabilidad profesionales de la salud AA000008 orden 2842 emitida por la Agencia de Negocios Institucionales mediante el certificado AA038848.

3. El a quo profirió sentencia desestimatoria de las pretensiones por falta de acreditación del *“actuar culposo derivado de negligencia o impericia de la profesional de la salud que atendió en urgencias a la niña Loren Alejandra, mucho menos doloso, que comprometa la responsabilidad civil...”*⁵ de las demandadas, *“ya que no se probó que el diagnóstico de ‘gastroenteritis viral’, derivó de un error en cuanto al criterio profesional aplicado por la médico, o por haber inobservado pautas de la respectiva guía médica”*⁶

Para este efecto, luego de referir las condiciones de la pretensión y

² Fol. 287 cuad. 1 T.I

³ Fol. 324 cuad. 1 T.I

⁴ Fol. 44 a 72 cuad.2

⁵ Fol.572 vltto cuad. 1 Tomo II

⁶ Fol. 568 cuad. 1 T. II

los requisitos de la responsabilidad civil originada en la prestación de servicios médicos, apreció las pruebas recaudadas con fundamento en las cuales encontró acreditado el hecho de la prestación de servicios a la niña por cuenta de la EPS y la atención a cargo de la médico demandada.

Respecto al error en el diagnóstico de la patología presentada por la paciente, endilgado por los demandantes a la profesional de la salud, del análisis del dictamen aportado por la accionada⁷ y del allegado por la demandante⁸ para probar la objeción que hiciera a aquel porque no cumplía los requisitos del art. 226 del CGP⁹, rendidos ambos por médicos cirujanos sobre la prestación inicial de los servicios médicos el 17 de diciembre basados en la historia clínica, dio credibilidad al primero. Sobre este consideró suficiente, la información echada de menos por la objetante, con la ampliación en su declaración rendida en la audiencia de instrucción. Y, con relación al actuar de la médico demandada, lo acogió por la coincidencia que encontró de la comparación realizada con la guía practica sobre diagnóstico y manejo del dolor abdominal y lo descrito en la historia clínica.

Al respecto así se pronunció el a quo: *“En ese contexto resulta admisible la conclusión de la médica cirujana autora del primer dictamen incorporado, en cuanto indicó, que la profesional de la médica demanda – sic-, se apegó a las guías de practica clínica, toda vez que realizó la entrevista en urgencias, examen físico, practicó las ayudas diagnósticas requeridas, y el manejo terapéutico recomendado”*¹⁰.

El aportado por la actora, lo calificó de extemporáneo porque “no se

⁷ Rendido por la dra. Dila Nubia Ovalle Fulla

⁸ Rendido por el Dr. Rubén Darío Angulo fol.443 cuad. 1 T II

⁹ Fol. 386 cuad. 1 Tomo II

¹⁰ Fol. 571 vltto cuad. 1 T.II

orientó a probar error grave de la experticia aportada por la médica accionada, sino que versa sobre un nuevo estudio de la atención médica prestada a la niña Loren...” , el cual debió haber sido presentado conforme al art. 227 del CGP con la demanda o con la réplica a las excepciones de mérito para controvertirlas.

No obstante, consideró que, de obviarse lo anterior y contemplarlo, carecía de *“sustento técnico y argumentativo, para evidenciar error en la actuación de la profesional de la medicina, que inicialmente y por urgencias, atendió a la niña..., pues no se refirió a que se hubiera apartado de las orientaciones de la respectiva guía médica, o que su entendimiento o aplicación, fuera equivocado o deficiente”*.

Análisis que no varió ante la insistencia del perito en su declaración, sobre la existencia de error por haberle dado salida a la paciente y no haberla dejado en observación; circunstancia que el a quo comparó con la guía medica , la forma de su aplicación por quien la emplea y las necesidades específicas de cada paciente con relación a las presentadas por la menor, aunado a que el perito Rubén Darío Angulo González en su experticia no *“evidencio...,que dados los síntomas de la paciente, resultare contraevidente el diagnóstico de gastroenteritis viral”*¹¹ y, a su solo criterio para endilgar el error a la médico no era factible *“reconocerle plena fuerza probatoria, dada su limitada experiencia en la práctica médica, pues él mismo informó, que sólo desarrolló esa actividad cuando cumplió su práctica en el año rural, en 1983, y durante los dos años siguientes, ocupándose luego en labores como perito al servicio de la Fiscalía General de la Nación, y como docente, aunque no específicamente en el estudio de la apendicitis ...”*.

Finalmente, no encontró acreditado el hecho del *“retraso denunciado por los actores, acerca de la atención médica el 18 de diciembre de*

¹¹ Fol. 572 cuad. 1 T.II

2014” porque al respecto solo cuenta el expediente con lo expuesto por los padres, sin *“eficacia probatoria, ya que proviene de la propia parte a quien favorece”*.

4. La parte demandante en su apelación¹² sostiene, contrario al a quo, que *“si se presentaron circunstancias graves que conllevan a determinar la existencia de una culpa grave en Cabeza de la médico..., las cuales conllevaron a producir un resultado nefasto (Muerte de una Menor de Edad), bajo Los condicionamientos establecidos en la ley para la materialización de dos de los elementos generadores de la culpa, cuales son la NEGLIGENCIA y la IMPRUDENCIA...”* y que, se equivocó en la valoración probatoria *“al considerar que no había presencia de los requisitos esenciales de la culpa grave... toda vez que se demostró que, si se presentaron las causales de imprudencia y negligencia, y con ellas, la culpa que permite la declaratoria de la responsabilidad civil solicitada en los términos de la demanda...”*.

Aprecia y enuncia como *“circunstancias graves que conllevan a determinar la existencia de una culpa grave en cabeza de la médica EILEEN ALOMIA GONZALEZ...”* que, aduce, no fueron considerados *“de fondo”* por el funcionario, las siguientes:

a. La médico determinó la existencia de la patología gastroenteritis viral con base solo en el examen físico y el interrogatorio a la menor, *“desechando otras formas mas precisas dirigidas a establecer un diagnóstico eficaz...”*.

b. Como según la perito este tipo de patología crea dificultades a los médicos para realizar el diagnóstico preciso, constituyéndose *“un verdadero desafío para el personal médico en los servicios de urgencias y fuente frecuente de reclamaciones legales por mala*

¹² Fols. 573 a 584 cuad. 1 T.II y escrito de sustentación

práctica” debe concluirse “indefectiblemente que la doctora EILEEN...,realizo mala praxis medica en este evento de atención médica, como quiera que con los exámenes iniciales determinó que la niña padecía una gastroenteritis viral, y como consecuencias, ordenó tomar una placa de tórax y procedió a medicar a la menor con (i) Ranitidina, (II) vitamina C y (iii)acetaminofén.”

c. La médica vulneró *“La Guía Práctica Clínica”*, utilizada por la perito, en especial la de METROSALUD-EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO porque diagnosticó y ordenó la medicación antes citada sin auscultar otros mecanismos de certeza, como lo exige la guía médica citada y, *“de una manera atropellada”* la diagnosticó.

d. La médica incurrió en negligencia porque se equivocó al solicitar una placa de tórax cuando ha debido ordenar *“un tac abdominal, o una ecografía...”*.

e. Como se sostiene en el expediente que *“en el sitio prestador de servicio de urgencias no había los aparatos requeridos para tomar ciertas impresiones diagnosticas necesarias para la verificación de ciertas patologías, entonces, el médico de turno se encontraba en la obligación de remitir el paciente a otro centro asistencial de mayor complejidad donde le pudiesen prestar la atención requerida”*.

f. Los resultados del cuadro hemático, algunos estaban por encima y otros por debajo de los puntos de medida sin que constituyeran alarma para la médica: Linfocitos, valor neu, hemoglobina, hematocritos. Sin embargo, a pesar que la lectura médica diagnostica que cuando esto ocurre el médico debe ordenar diferentes pruebas que confirmen la causa, no lo hizo y la perito dice que la médica los encontró normal porque no había aumento de la hemoglobina y los hematocritos, lo que no es cierto porque se encontraban elevados.

g. La tensión arterial de ingreso 110/60 cuando lo normal para un ser humano es 120/80.

h. Como lo sostuvo el perito Angulo, hubo error en el diagnóstico *“causado por falta de atención, de aplicación o de diligencia...”*.

La médica demandada replica e imputa error en las apreciaciones de la parte apelante y en la desacertada valoración probatoria que atribuye al a quo. Sostiene que *“la parte actora allegó la prueba documental, que por sí sola no prueba nada, salvo el nombre del paciente, su número de identidad, la fecha de atención y el consultorio o profesional quien atendió el servicio, pero sobre el aspecto técnico científico no podría el juez emitir juicio alguno sin la ayuda de un experto”*.

III. CONSIDERACIONES

1. Están reunidos los presupuestos procesales y no se observa vicio capaz de invalidar lo actuado.

2. De los reparos y su sustentación, con la limitante contenida en el art. 328 del CGP, corresponde a la Sala determinar sí como lo sostiene la parte apelante el a quo falló en la valoración probatoria, razón por la cual no avizó que la culpa grave de la demandada estaba acreditada. Lo anterior porque desatendió que la falta de prudencia, diligencia y omisión de la *lex artis* por parte de la médica Eileen Alomia González, se extrae, según la apreciación del recurrente, de haber diagnosticado la patología de gastroenteritis solo con fundamento en el interrogatorio y examen físico a la menor lo que la condujo a ordenar una placa de rayos X y a formular los medicamentos si auscultar otros mecanismos de certeza.

3. Con referencia a la acción instaurada, no se discute que en el ejercicio de la profesión de la medicina cuando en cualquiera de sus fases – prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención tratamiento, seguimiento y control – se causa daño, este debe ser reparado por el autor siempre y cuando se acrediten los restantes elementos de la responsabilidad civil -conducta antijurídica, daño y relación de causalidad entre este y aquella-, en palabras de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil , entre otras porque el médico “...*actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquellos ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas*”¹³ .

Según la doctrina, la fase de diagnóstico, como la que ocupa nuestra atención en este caso, constituye “*un ejercicio inductivo en el que el profesional valora ciertos signos y síntomas característicos – provenientes del examen físico, biológico o científico – que, a la luz de su conocimiento profesional y de una interpretación o lectura conjunta de los mismos (integración), lo conduce a la formulación de una hipótesis de trabajo para el asunto en particular; esa hipótesis, en rigor, es el diagnóstico y, como tal, se halla sujeto a una comprobación, confirmación o revaluación ulterior, toda vez que no es absoluta, inamovible o pétrea*”¹⁴.

A su vez, la jurisprudencia también recuerda, siguiendo al autor francés Jean Penneau, que en aquella, el galeno debe recorrer distintas etapas: revisión del paciente, inspección de los estudios recomendados y, emisión de la diagnosis considerada como “*una*

¹³ Cas Civ 13 de septiembre de 2002 exp.6199

¹⁴ Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica. La relación médico-paciente. Edit. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana , 2011 2ª. Edición., (Colección Estudios NO. 8), pág. 73

tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio. Así por ejemplo, la variedad de procesos patológicos y de síntomas (análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnosticas que se presentan como posibles, circunstancias que, sin duda, complican la labor del médico, motivo por el cual para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la lex artis ad hoc recomienda para acertar en él» (CSJ SC 26 de noviembre de 2010, rad. 1999 08667-01).¹⁵

3. Con referencia a la inconformidad del apelante, aplicadas las nociones anteriores y contrastada la sentencia del a quo con las pruebas recaudadas, analizadas una a una y en conjunto, específicamente la historia clínica de la paciente¹⁶ y, los informes periciales de los doctores Dila Nubia Ovalle Fula¹⁷ y Rubén Darío Angulo González¹⁸ presentados por la médico demandada y, por la demandante, se encuentra que la negligencia e imprudencia fundantes de la culpa imputada a la profesional médica Eileen Alomia González por error en el diagnostico de la paciente Loren Alejandra Vargas Gómez, no aparece acreditada en el expediente.

Al efecto: La historia clínica que además de cumplir función asistencial, de facilitar la realización de estudios de investigación y epidemiología y permitir la evaluación de la calidad del servicio *“cumple otra de carácter probatorio en la medida que contiene la*

¹⁵ Reiterada en la SC 7817 de 2016 exp. 034-2005-00301-01

¹⁶ Fol. 20 a 37 cuad. 1 T.I

¹⁷ Fols. 345 a 387 cuad.1 T.II

¹⁸ Fols. 483 a 517 cuad. 1 Tomo II

*historia medica del paciente*¹⁹, describe la situación de salud de la paciente y el actuar de la médico demandada, en la atención inicial de urgencias, el 17 de diciembre de 2014, la que comparada con el informe pericial de los médicos Ovalle y Angulo dan cuenta que aquella no dejó de hacer lo que tenía que hacer ni actuó sin buen juicio atendidas las circunstancias objetivas para ese momento. Es decir, el criterio de normalidad basado en la *lex artis* para determinar el momento en que se incurre en responsabilidad médica, no fue desvirtuado por la parte actora a quien le competía esta carga en tanto que las acciones dirigidas a que se declare la responsabilidad civil, derivada de la actividad profesional médica, siguen la regla general que en materia de carga probatoria establece el art. 167 del CGP.

Lo anterior porque:

a) la médica Eileen Alomia Gonzalez hizo lo que la jurisprudencia considera y lo que las guías de práctica clínica basada en la evidencia recomiendan, entre ellas las referidas por la doctora Dila Nubia Ovalle Fula: al ingreso, relato de la madre y de la paciente sobre el motivo de consulta – dolor de estómago-, horas de evolución – 5 horas-, síntomas – malestar general, náuseas, emesis, dolor abdominal tipo cólico-. Sin síntomas respiratorios ni urinarios ni otros síntomas -; toma signos vitales; realiza examen físico en el que, entre otros, refiere respecto del abdomen “*peristaltismo aumentado blando **no doloroso a la palpación** no signos de irritación peritoneal no masas ni megalias*”; solicita paraclínicos, dispone probar tolerancia a la vía oral y control con resultados.

Practicados realiza análisis y encuentra “*paciente con cuadro clínico de menos de 12 horas de episodios eméticos sin otras alteraciones. Actualmente sin nuevos episodios tolerando la vía oral*”

¹⁹ SC 15746 de 2014 exp. 029 – 2008-00469-01

*con hemograma sin alteraciones pcr negativa parcial de orina normal función renal normal, rx de tórax normal, glucometría normal sin otras alteraciones. Afebril con estado de hidratación actualmente con mucosa oral húmeda sin otras alteraciones **no dolor abdominal ni signos de abdomen agudo ni quirúrgico.** Se considera paciente con cuadro de pródromo de gastroenteritis viral...*”, da salida, explica a la madre y a la paciente, da recomendaciones y **signos de alarma para reconsulta.**

b) Lo antes descrito demuestra que, contrario a la afirmación del apelante, el diagnóstico de gastroenteritis no se fundó solo en “*el examen físico y el interrogatorio practicado a la menor*” sino con relación a los síntomas relatados por la paciente y su acompañante, el examen físico , el análisis de los resultados de los exámenes paraclínicos ordenados y la revisión final, actuar que coincide también con la Guía para el manejo de urgencias del Ministerio de Protección Social, conforme a la cual “*si bien el examen físico y los resultados de laboratorio son débiles indicadores diagnósticos considerados individualmente, **combinados sí dan un alto grado de probabilidad diagnóstica(Anderson,2004)***”- 3ª. Edic. Tomo II, 2009 pág. 213 consultada en www.minsalud.gov.co-.

c) Llama la atención la persistencia del perito Angulo sobre el error en el diagnostico si advierte que la sintomatología de una apendicitis es dolor en fosa iliaca derecha, razón por la cual “*los médicos clínicos tienen que saber que esa es una sospecha grandísima de apendicitis...*”, síntoma que no presentaba la paciente. Igualmente se resalta que para esa fin, parte del supuesto que la paciente “*salió sin diagnóstico*” por lo que debió dejarse en observación, cuando la historia clínica refiere que fue diagnosticada. Por lo demás, el análisis sobre la conducta de la medico que atiende a la paciente en urgencias, debe realizarse conforme a las circunstancias de ese momento y no, a posteriori cuando ya, con otros

síntomas y, en otro estado, se logró certeza que la patología era apendicitis.

d) No hay en el expediente un concepto especializado que nos indique que los paraclínicos eran “*anormales*” por alta o por baja. Solo el decir del apelante sin respaldo probatorio, aspecto en el que por su naturaleza no es procedente determinar únicamente con el sentido común.

Adicionalmente, los hallazgos y opiniones de la médico Ovalle sobre los paraclínicos no fueron objetados por la demandante ni cuestionados por el médico Angulo, quien además de indicar que no fue contratado como perito de refutación, no determinó si eran o no equivocados, no supo cómo los consideró la médico ni conoció los resultados. Circunstancias que, conforme lo consideró el a quo, restan aptitud probatoria a su informe si, además, según su decir, tuvo como sustento para realizarlo el análisis de la historia clínica que le dio el abogado “*para estudio*” en la que no aparecían , no obstante, en la que la demandante aportó con la demanda si se observan.

Es que, no puede obviarse que “*tratándose de asuntos médicos, cuyos conocimientos son especializados, se requiere esencialmente que las pruebas de esa modalidad demuestren la mala práctica*”²⁰.

e) Revisado el informe médico presentado por la demandada, no se encuentra soporte para la conclusión indefectible de mala praxis médica que alega la parte actora, derivada del desafío para el personal médico en los servicios de urgencias y fuente frecuente de reclamaciones legales por mala práctica. No porque la perito en el numeral 6, consideró “*varias premisas con relación al dolor abdominal agudo*” de manera abstracta y general pero no con fundamento en el actuar de la médico enjuiciada del que, para el caso específico,

²⁰ SC 003-2018 exp. 032-2012-00445

previas las premisas citadas realizó *“Una consideración importante, frente al dolor abdominal agudo es que la historia clínica y el examen físico no son suficientes para establecer un diagnostico preciso, por ello en este caso la médica procedió a solicitar los paraclínicos pertinentes de acuerdo con los hallazgos hechos en el interrogatorio y el examen físico. Sin embargo, tal como se analizó en el resumen de historia clínica, el cuadro hemático, el parcial de orina, las pruebas de función renal, la radiografía de tórax y la proteína C reactiva estuvieron dentro de los límites normales, lo que descartó varias de las causas del dolor abdominal con vómito y dejó a la doctora con la única posibilidad de diagnosticar una Gastroenteritis, pues esta y no otra se constituía en la única posibilidad diagnóstica para el caso que nos ocupa”*.

f) finalmente, sobre el deber de remitir al paciente a otro centro asistencial, por carencia de *“los aparatos requeridos para tomar ciertas impresiones diagnosticas necesarias para la verificación de ciertas patologías”* en *“ese sitio prestador de servicios de urgencias”*, tampoco obra en el expediente prueba que refleje esa carencia, carga que, igualmente competía a la actora que la invocó y que no atendió.

4. Conclusión: Contrario a la consideración de la parte apelante, como analizó el a quo, el acervo probatorio no evidencia la mala praxis por imprudencia y negligencia , constitutiva de culpa que se atribuye a la médica en procura de declaratoria de responsabilidad civil médica por error en el diagnóstico.

Por consiguiente, no puede afirmarse que fue desacertada su valoración *“al considerar que no había presencia de los requisitos esenciales de la culpa grave”*, como argumenta la parte demandante y, en consecuencia, la sentencia de primera instancia será confirmada con la consecuente condena en costas para la parte apelante en los términos del art. 365 del CGP.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2019, por el Juzgado Treinta y dos Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO. –CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante, en favor de la demandada.

TERCERO.- ORDENAR devolver el expediente a la oficina de origen.

NOTIFIQUESE,

LAS MAGISTRADAS,



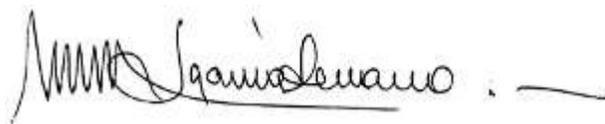
HILDA GONZÁLEZ NEIRA



MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

Accionante: Eliseo Vargas Miranda, Sandra Milena Vargas Rapalino, Servio tulio Vargas Sanabria y otros

Accionado: Saludcoop EPS en liquidación y Eileen Alomia González.



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO.

Firmado Por:

HILDA GONZALEZ NEIRA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 009 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

edb41be43d9bcf497803043bbbdb7fdd79983fea79ce9c3632f280c56cd04

33

Documento generado en 22/07/2020 10:34:48 a.m.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO

JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL



SENTENCIA POR ESCRITO

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Magistrada Sustanciadora

Bogotá, D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

(Fallo discutido y aprobado en Sala de la fecha)

Proceso Ejecutivo Singular: Rdo. 11001 3103 038 2018 00345 01

Demandante: B.B. EQUIPOS TOPOGRÁFICOS S.A.S

Demandado: CANTERA EL CAIRO S.A.S y otro

1. ASUNTO A RESOLVER

El recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada en el proceso de la referencia contra la **SENTENCIA** adiada 13 de agosto de 2019, proferida por la **JUEZ 38 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**.

2. ANTECEDENTES

2.1 B.B. EQUIPOS TOPOGRÁFICOS S.A.S promovió demanda ejecutiva singular presentando para tal efecto al cobro, pagaré No 1 de 1º de agosto de 2016. Las siguientes fueron las pretensiones de la demanda:

Líbrese mandamiento de pago, a favor de la demandante, y en contra de Dulcelina Galvis Castillo, y Cantera El Cario S.A.S., por las siguientes sumas de dinero:

-. *“Capital. La suma de \$535.920.000, representado en el pagaré con fecha de vencimiento al 31 de octubre de 2016”.*

- *“Intereses moratorios. Sobre la suma de \$535.920.000, desde la fecha en que hizo exigible la obligación, es decir desde 31 de octubre de 2016 y hasta cuando se efectúe el correspondiente pago, liquidados a la tasa autorizada por la Superintendencia Financiera”.*

2.2 El fundamento de tales pretensiones son los siguientes hechos:

2.2.1. Cantera El Cairo S.A.S y Dulcelina Galvis Castillo, son deudores de International Machinery Factory S.A.S.

2.2.2. La sociedad International Machinery Factory S.A.S, como acreedora, endosó el pagaré objeto de cobro, a favor de la sociedad B.B. Equipos Topográficos S.A.S.

2.2.3. *“Los demandados suscribieron el pagaré con espacios en blanco y la carta de instrucciones para diligenciar espacios en blanco del pagaré, el día 16 de diciembre de 2016, garantizando la obligación que debía pagarse el día 1 de octubre de 2016, es decir, para la fecha de la entrega de la carta de instrucciones y el pagaré los demandados se encontraban en mora, y a la fecha de la presentación de la demanda los demandados seguían incurriendo en mora”.*

2.3. El acontecer procesal lo podemos resumir, diciendo que por auto del 31 de julio de 2018 el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá libró mandamiento de pago en contra de ambas ejecutadas, y a favor de la ejecutante, de la siguiente forma:

- *“\$535.920.000 por concepto de capital incorporado en el pagaré visible a folios 3 y 4 del expediente”.*

- *“Por los intereses de mora sobre la suma señalada (...) liquidados a la tasa fluctuante que para tal efecto certifique la Superintendencia Financiera de Colombia, desde el 31 de octubre de 2016 y hasta que se verifique su pago total”.*

2.4. Una vez notificadas del mandamiento de pago, las ejecutadas se opusieron al cobro, y presentaron como excepciones de mérito las que denominaron: *“inexistencia de la obligación incorporada en el título base de la ejecución”*,

“inexistencia del negocio jurídico subyacente”, “no haber sido diligenciado el título acorde a las instrucciones autorizadas por los suscriptores”, “inexistencia de endoso o cesión”, “cobro de lo no debido”, “abuso del derecho”.

2.5. Adelantado el trámite probatorio y de alegaciones, la primera instancia culminó con **sentencia del 13 de agosto de 2019**, que resolvió: i) *“declarar no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado, atendiendo lo señalado”,* ii) *“ordenar seguir adelante la ejecución contra la sociedad Cantera El Cairo S.A.S y Dulcelina Galvis Castillo, en la forma dispuesta en el mandamiento de pago”,* iii) *“decretar el avalúo y posterior remate de los bienes embargados y secuestrados, para que con su producto se pague al ejecutante el valor del crédito cobrado y las costas del proceso”,* iv) *“ordenar que se practique la liquidación del crédito en la forma indicada por el artículo 446 del Código General del Proceso”,* v) *“condenar en costas a la parte ejecutada. Incluir como agencias en derecho la suma de \$27.000.000 m/cte”.*

Los siguientes fueron los argumentos que dieron sustento a tal resolución judicial:

El título aportado reúne las exigencias del artículo 422 del C.G.P, 621, y 709 del Código de Comercio.

El endoso fue posterior al vencimiento, así que conforme al artículo 660 del Código de Comercio, este tuvo efectos de la cesión; por lo que a B.B. Equipos SAS pueden oponerse las excepciones personales, que existieran en contra de International Machinery Factory S.A.S.

La ejecutada admitió en su interrogatorio de parte que, conforme a la declaración de importación, la que importó y entregó la máquina es la sociedad, con la que dice no ha tenido ningún vínculo; así que *“dentro del proceso no se logró demostrar que no existieran relaciones jurídicas entre las citadas personas, y que, como consecuencia de ello, no se hubiere emitido el pagaré aquí ejecutado”.* Por el contrario, se logró establecer que fue la sociedad International Machinery Factory S.A.S., aspecto corroborado con la declaración de importación.

La señora Dulcelina declaró que sí celebró un contrato sobre una máquina, que esta se entregó, que se está utilizando, y que no se ha pagado. Igualmente, esta nunca preguntó a Lina María Aguilar a quién representaba o en nombre de quien actuaba, sino que partió del supuesto, y confió que se trataba de B.B. Equipos.

El abogado de la ejecutada, y Silvia Fernanda García corroboraron, que aquélla actuó libremente en la negociación, y que sabía que firmaba un documento para garantizar la tratativa que estaba haciendo con Lina María Aguilar Zapata, quien para el momento de la negociación actuaba como representante legal de International Machinery Factory S.A.S, como lo reporta el certificado de existencia y representación legal aportado por la testigo Aguilar Zapata.

De lo que se colige, que sí existió un negocio causal, que soporta la eficacia de la obligación cambiaria exigida, al tenor del art. 625 del C. Co.

Nadie ha desconocido que el contrato de explotación de la cantera no se pudo llevar a cabo, y en el contrato de compraventa de la máquina atado a este; se indicó que, si al terminar tal negocio había algún saldo, se pagaría con unas transferencias bancarias; pero existiendo una garantía, esta se puede hacer valer.

Las instrucciones pueden ser verbales, posteriores a la emisión del título, e incluso implícitas; sin que tales circunstancias resten eficacia al título. Y aunque la ejecutada afirmó que el pagaré estaba totalmente en blanco, que no tenía el texto impreso, ello no se demostró; no se probó, que el nombre de la sociedad hubiese sido llenado con posterioridad. De todas formas, quien firma una hoja con el ánimo de que sea llenada, está autorizando.

El título se presume auténtico, y corresponde al ejecutado probar en contra de su contenido, lo que no se hizo. Correspondía al demandado probar que el título se llenó en carga indebida, lo que no se demostró.

La alegada falta de endoso tampoco tiene sustento, pues se encuentra en el expediente.

Alegó la ejecutada, que se trataba un contrato de tenencia y no de compraventa de una máquina.

Aunque existe otro proceso judicial entre las partes, y ya hubo decisión del Tribunal, no puede decirse que tal decisión ata al juez, pues este solo está sometido a las pruebas válidamente recaudadas, y a la sana crítica de esos elementos.

2.6. Dicho fallo fue apelado por la parte ejecutante, quien presentó los siguientes reparos concretos en contra de la decisión, los cuales sustentó en esta instancia conforme lo dispone el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, precisándose que la alzada se limita a los reparos concretos expresados ante el juez de instancia, que no son otros que (i) Indebida apreciación de la prueba; (ii) Violación al debido proceso y al principio de contradicción de la prueba, y, (iii) Falta de congruencia del fallo impugnado.

Cuestionó que el *a quo* considerara que quien entrega una hoja en blanco, está autorizando para que sea llenada de cualquier manera.

Refutó la valoración probatoria del juez de primer grado, porque en su sentir para la prosperidad de las excepciones denominadas: *“inexistencia de la obligación incorporada en el título base de ejecución”, “inexistencia del negocio jurídico subyacente”, “no haber sido diligenciado el título acorde a las instrucciones autorizadas por los suscriptores”, “cobro de lo no debido”, y “abuso del derecho”, no se valoró como prueba trasladada el expediente allegado de radicado 32-20018-355-01, “donde se debatió exactamente los mismos hechos, habida cuenta que allí también se presentó para cobro jurídico un pagaré a cargo de las aquí demandadas y a favor de International Machinery Factory S.A.S., endosado posterior a su vencimiento a la aquí demandante BB equipos Topográficos S.A.S, igualmente se incluyó el valor de la máquina incluido en el pagaré base del presente recaudo judicial”.*

Agregó *“que importante era para la decisión del caso en estudio revisar el dicho de los testigos ante el Juzgado 32 Civil del Circuito en proceso radicado No. 2018-355 y el dicho de los mismos testigos ante el adquo, (sic) empezando por sus generales de*

ley. Dando una mirada al testimonio de Lina María Aguilar Zapata (base fundamental de la decisión adoptada), se puede observar que en tanto en aquel despacho afirmó bajo la gravedad de juramento ser actualmente (febrero 21/19) y desde hace aproximadamente 5 años la persona responsable del área de operaciones de BB Equipos Topográficos S.A.S; aquí lo omitió y lo omitió por una razón muy grande, porque aquí la coartada del actor en esta fase final, fue buscar el convencimiento del juzgado en cuanto a que el contrato de compraventa de la máquina se realizó fue con la empresa International Machinery Factory S.A.S en cabeza de la referida señora, omitiendo deliberadamente que para esa fecha también dicha persona no solo trabajaba como empleado de BB Equipos Topográficos S.A.S., sino que además también era su representante legal; empresa que realmente fue la que realizó la negociación según documento que reposa en el expediente y afirmación de todos los testigos ante aquel despacho judicial”.

Señaló que, el a quo no valoró el interés que puede afectar la imparcialidad de un testigo *“sin siquiera cuestionar el motivo por el cual reposa en poder de un testigo tanta prueba que allega al expediente y su interés para aportarla en pro del beneficio de una de las partes”*; y otorgó mayor valor *“al dicho de algunos de los testigos”* que al documento contrato de compraventa sujeto a condición del cual se generó la obligación incorporada en el pagaré base de la ejecución, según el mismo dicho del actor que lo aportó al expediente.

Arguyó que no se tuvo en cuenta que la ejecutada al absolver interrogatorio de parte, manifestó *“no haber tenido ningún tipo de relación comercial con la empresa International Machinery Factory S.A., por el contrario, presupone en la interrogada la existencia de una apreciación subjetiva de pensar que estaba celebrando un contrato con BB Equipos Topográficos S.A.S cuando en realidad lo estaba haciendo con otra empresa. Apreciación completamente errada, pues para las demandadas era perfectamente claro que el contrato de compra venta de la maquinaria se realizaba con esta última empresa”*; ello i) porque así se indicó en el contrato de compraventa, porque el pago estaba ligado a otro contrato también celebrado con BB Equipos Topográficos; ii) porque en octubre de 2016 la representante legal de B.B. Equipos suscribió un contrato con Cantera el Cairo, denominado ‘documento privado subcontrato de explotación y operación minera’; iii) porque la

representante legal de Cantera El Cairo S.A.S. suscribió comunicación dirigida a la representante legal de B.B. Equipos, para efectos relacionados con contratos de explotación; iv) porque la negociación se hizo en principio con Saturnino Barjas, quien también es empleado de BB Equipos; v) porque Lina María Aguilar Zapata también era empleada de B.B. Equipos Topográficos y así se presentó ante las ejecutadas, y esta además era representante legal de B.B. Equipos para la época en que se realizaron las negociaciones relacionadas con la compraventa de la máquina en cuestión; vi) porque fue BB Equipos quien realizó desembolsos relacionados con un contratos de explotación, situación corroborada con lo afirmado bajo la gravedad del juramento ante el Juzgado 32 Civil del Circuito por Saturnino Barajas y Lina María Aguilar; vii) porque las reuniones realizadas en Bogotá se desarrollaron en el domicilio de BB Equipos Topográficos, sin que allí tuviera su domicilio International Machinery Factory S.A.S.

Respecto de la valoración de la declaración rendida por la ejecutada, se indicó que por haber conocido de la declaración de importación donde se dijo que el importador era Sanymac significaba que tendría claro que la negociación la estaría realizando con dicha empresa, afirmación errada, porque el importador es el primer vendedor del producto importado, más no el único, por la misma cadena de negociación de que son susceptibles los bienes en materia comercial.

Adicionó que la ejecutada jamás ha negado la existencia de una compraventa sobre una máquina cuyo documento obra en el expediente, lo que ha negado es que tal negociación se hubiese realizado con International Machinery Factory S.A.S como para dar lugar a la incorporación el título valor de una obligación generada para el pago de un precio de una negociación realizada con otra empresa completamente diferente.

La decisión impugnada parte de la base que la ejecutada fundamenta su defensa en la inexistencia de un contrato de compraventa de una máquina, para decir, que el contrato está probado, que la máquina está en poder de la demandada, y que el precio no se ha pagado pero, *“nunca se dijo que el contrato no hubiese existido, el fundamento es que el contrato de compraventa no fue celebrado con quien funge*

como acreedor inicial en la relación cartular por no haber existido nunca relación jurídica con International Machinery Factory”.

Adujo que no es exigible el precio por estar sujeto a condición, consistente en “el desarrollo del contrato de explotación y la realización del cruce de cuentas (no de otra manera está obligado a realizar pago) y luego para que surja la obligación de pago del saldo mediante transferencia bancaria es indispensable no solo que el contrato de explotación haya sido terminado, sino que además las partes hayan determinado con exactitud los valores que hayan quedado pendientes de pago”, por lo cual, la obligación reclamada no tiene exigibilidad; además que no hay terminación del contrato, para que dé lugar a una liquidación de saldo.

Cuestionó que el *a quo* restó validez al contrato celebrado entre B.B. Equipos y Canteras El Cairo para decir, que la negociación se realizó entre International Machinery y Canteras El Cairo; pero sí les da la validez a las cláusulas del mismo, respecto de las obligaciones a cargo de la compradora relacionadas con el pago del precio.

Censura que, sin prueba válida se tuvo por terminado un contrato de explotación minera entre BB Equipos y Canteras del Cairo S.A. generando consecuencias de carácter jurídico relacionadas con el documento de compraventa sujeto a condición, suscrito entre las mismas partes, para concluir la exigibilidad de la obligación incorporada en el título.

También, señaló que el despacho dijo que la ejecutada no cumplió la carga de la prueba respecto de la negación de la relación contractual con la acreedora inicial como causa de la obligación cartular, invirtiendo la carga de la prueba, pues conforme al artículo 167 del Código General del Proceso no se deben probar hechos indefinidos, afirmados o negados.

Arguyó que, en audiencia realizada por el *a quo*, algunos testigos aportaron documentos, los cuales no se pusieron en conocimiento de la parte ejecutada, vulnerándose el derecho de contradicción y al debido proceso; sin que ello hubiera

sido obstáculo para que se valoraran y se tuvieran en cuenta en la decisión adoptada.

3. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

3.1 Competencia

Sea lo primero precisar que la Sala tiene competencia para desatar la alzada, al tenor de lo previsto en el numeral primero del artículo 31 del Código General del Proceso, y bajo las limitantes contempladas en los artículos 280 y 328 ibídem. Además, no media causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, y se encuentran satisfechos los presupuestos procesales, por lo cual, no existe impedimento para emitir la sentencia que resuelva el recurso de apelación.

3.2 Consideraciones

Como nos encontramos en un juicio ejecutivo, conviene recordar que, para la prosperidad del cobro, de conformidad con el artículo 422 del Código General del Proceso, debe aportarse un documento que provenga del deudor, que sea plena prueba contra él, y que contenga, una obligación clara, expresa, exigible.

Agréguese, que como el documento aportado al cobro es un pagaré, este instrumento ha de cumplir las exigencias de los artículos, 621 (mención del derecho que incorpora y firma del creador) y 709 del Código de Comercio (promesa incondicional de pagar una suma de dinero, nombre de la persona a quien ha de hacerse el pago, indicación de ser pagadero a la orden o al portador, y la forma de vencimiento).

Al estudio del título objeto de recaudo, se observa que todos esos requisitos se cumplen, pues allí aparece que Dulcelina Galvis Castillo, y Cantera el Cairo S.A.S, se obligaron solidaria, e incondicionalmente, a favor de International Machinery Factory S.A.S (acreedor original), al pago de \$535.920.000, con fecha de vencimiento el 1 de octubre de 2016; con la respectiva firma de la persona natural

demandada (en nombre propio y en representación de la persona jurídica) como signo de su promesa incondicional de pagar aquél monto.

Alegó la parte ejecutada, que no celebró ningún negocio causal con International Machinery Factory S.A.S. (acreedor originario que aparece en el título); aspecto que en realidad no tiene ninguna entidad para frustrar la ejecución, dado que, la demandada desde el principio conocía que se obligaba cambiariamente para con dicha sociedad, pues tal asunto quedó pre impreso en el pagaré, y no hizo parte de los espacios en blanco; y en todo caso, la apelante reconoce que sí hubo un negocio causal, con la hoy ejecutante, B.B. Equipos Topográficos S.A.S, sociedad que le vendió una máquina tipo oruga.

Si bien la ejecutada señaló en su declaración de parte, que cuando firmó el título este solo contenía la palabra “pagaré” “en un cuadrado” y el espacio para la firma que le impuso; debe señalarse, que en el recurso de apelación no se desmintió lo que se dejó por sentado en la sentencia de primer grado, según la cual, el nombre de la sociedad acreedora inicial, International Machinery Factory S.A.S, no hizo parte de los espacios en blanco. A más, que la versión de la ejecutada aparece insostenible, al observar que insistente y defensivamente manifestó no saber quién era dicha persona jurídica; no obstante, el acta de entrega de la máquina dice lo contrario, pues tiene un membrete de Sanymaq, y relaciona, asimismo, la entrega de un manifiesto de importación, el cual reporta como importador de la máquina a International Machinery Factory S.A.S – Sanymaq. Así que no tiene consistencia el dicho de la demandada, en indicar que jamás había escuchado el nombre de tal persona jurídica, y más parece una construcción artificial para desconocer que desde el principio esa empresa aparecía en el contenido del título valor (fl. 93 a 94), como lo declaró la testigo Lina María Zapata (min 16:39).

Si bien la testigo Luisa Fernanda García Acevedo, indicó haber presenciado que las hojas se firmaron en blanco, con solo “unos cuadrillos arriba, y abajo unas rayitas” (min 17:44); a juicio de la Sala, dicha declaración no debe ser valorada a favor de la ejecutada, pues es evidente que la testigo ocultó deliberadamente tener relación con una de las partes, y después en el curso de la declaración, dijo que sí la tenía (min 17:42). También llama particularmente la atención, que a pesar de indicar no

haber prestado atención a lo que hablaban porque no era algo que le concernía (min 17:47), si recordara con gran nivel de detalle, el supuesto contenido de las hojas que firmaba su acompañante Dulcelina, a pesar, de haber transcurrido 3 años desde la fecha de la firma de documentos, hasta que rindió declaración.

Pero en todo caso, todos los testigos que declararon en este juicio acerca del contrato de compraventa de la máquina (**Saturnino Barajas Endez**, Lina María Aguilar, y Luis Barajas), dijeron unívocamente que en esta participó Sanymaq como vendedora. Ninguno de los testigos, soportó la versión de la ejecutada, según la cual dicha sociedad no era la vendedora; Augusto Antonio Escalona, dijo no conocer sobre las particularidades de ese negocio; y Silvia Fernanda García Acevedo, también dijo no conocer sobre ello.

Es verdad que existe un documento de venta, de la máquina referida Sany SYC235C, en el que si aparecen como partes B.B. Equipos Topográficos (vendedora), y Cantera el Cairo S.A.S (compradora). Pero aún bajo esa perspectiva, si existía un crédito a favor de BB Equipos Topográficos S.A.S y esta decidió, con la anuencia de la deudora, que como acreedora apareciera en el pagaré International Machinery Factory S.A.S, tal asunto no lleva al fracaso del cobro, dado que, tratándose de un interés patrimonial de la aquí ejecutante, no resulta ilícito que esta lo haga aparecer a nombre de otra sociedad (esto solo le podría afectar al dueño de dicho interés patrimonial); siendo esa circunstancia aceptada por las ejecutadas, porque firmaron el pagaré pre impreso, en el que se reportó con toda claridad, que el acreedor cambiario sería International Machinery Factory S.A.S.

Por lo demás, el testigo Saturnino Barajas Endez, declaró que hay cuatro compañías que son un grupo empresarial, conformado por, BBB Equipos S.A., Sanymac, BB Equipos Topográficos S.A.S, y Agregados Bendición (min 15:34, aud. 13 de agosto de 2019); lo que justifica en forma inocultable, la relación entre Sanymac y BB Equipos Topográficos S.A.S, aspecto ratificado por la testigo Aguilar Zapata, quien dejó claro que Sanymaq es la importadora y BB Equipos Topográficos la comercializadora (min 16:58). Anótese que no es viable restar credibilidad a dichos testigos por el solo hecho de tener relación con dicho grupo

empresarial, pues su relato, a juicio de la Sala, es coherente, concordante con las demás pruebas, y no gozan de contradicción.

Así las cosas, en cualquiera de los dos eventos probables, bien porque el contrato de compraventa se hizo entre Sanymac y Cantera El Cairo; o en cambio, porque se ajustó entre BB Equipos Topográficos y Cantera El Cairo; en ninguno de los dos escenarios, se advierte un defecto que lleve al fracaso el cobro.

Además, lo cierto es que en este cobro ejecutivo el que reclama el pago del precio y aparece como acreedor es BB Equipos Topográficos S.A.S, misma entidad, que como lo sostiene la demandada le vendió la máquina tipo oruga, por lo que es claro, que en la sociedad ejecutante existe legitimación e interés, en exigir el pago del precio debido por ese artefacto.

Como quedó visto, se aportó un título valor, que reúne las exigencias establecidas en el Código de Comercio; y si bien la parte ejecutada, alegó que no celebró el negocio de la compra de la máquina tipo oruga, con International Machinery Factory S.A.S., aunque ello fuera cierto, lo evidente, y cierto, es que la ejecutada aceptó que esta sociedad apareciera como acreedora cambiaria –pues no se demostró que el consentimiento dado, a través de la firma, hubiere tenido algún vicio, ni tampoco, que la leyenda “International Machinery Factory SAS” se imprimó con posterioridad a la firma de los deudores-; por lo que tal circunstancia no representa ningún defecto que implique el fracaso de la exigencia dineraria. Máxime que, en este caso, quien cobra el dinero no es otra que la persona jurídica B.B. Equipos Topográficos, con quien la ejecutada sostiene que sí celebró el negocio jurídico causal., a quien le fue endosado el título, posición que la legitima para el recaudo del derecho incorporado.

Súmese a lo dicho, que no es posible, como lo pretende la ejecutada, que en su favor se tengan en cuenta las manifestaciones que hizo en el curso del interrogatorio que absolvió, porque *“la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario o, lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una*

obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba' (sentencias de 13 de septiembre de 1994, 27 de julio de 1999 y 31 de octubre de 2002, entre otras)" (Sentencia de Casación Civil de la CSJ. SC11232-2016. Rad. 11001-31-03-029-2010-00235-01)

Y no está de más señalar, que no cambia el rumbo de esta instancia, que en otro proceso se haya reclamado infructuosamente otro pagaré entre las mismas partes, dentro del radicado 32-2018-00355; pues lo cierto es que no se presenta la triple identidad (objeto, causa, y partes), que exige el artículo 303 del Código General del Proceso para que ello tuviera incidencia directa en este pleito; especialmente, porque las pretensiones y los hechos de cada trámite, se refirieron a un título valor distinto. Más aun teniendo en cuenta, que en el otro juicio no se logró recaudo efectivo a favor de B.B. Equipos Topográficos, del precio que aquí se reclama como remuneración de la máquina tipo oruga vendida.

También alegó la apelante, que en el contrato causal en que se vendía la máquina tipo oruga, se pactaron una serie de condiciones para el pago del precio, que no se cumplieron, y que por tanto no puede prosperar la ejecución ante la falta de exigibilidad de la obligación.

Al respecto hay que decir que, en criterio de esta Sala, ante la disconformidad entre la forma de pago del precio señalada en el negocio causal, y la existente en el título valor, ha de prevalecer esta última; pues lo cierto es que aquí no se probó que el pagaré se hubiere llenado en infracción de las instrucciones. Y si hubiese sido el querer de las partes someter el vencimiento del plazo que aparece en el pagaré, a las condiciones propias del contrato de compraventa de la máquina, así pudieron indicarlo en las instrucciones de llenado, pero no lo hicieron.

Destáquese que, en todo caso, en el contrato de compraventa de la máquina tipo oruga no se sometió a ninguna condición (art. 1530 del C.C) el pago del precio, pues en la cláusula segunda del mismo, no se indicó ningún hecho futuro e incierto, cuyo acaecimiento determinara que debía honrarse la obligación dineraria aquí reclamada. En cambio, se dijo en tal negocio causal reducido a escrito, que la máquina se pagaría mensualmente; pero como lo referimos previamente, si hay

diferencia entre el plazo del contrato subyacente, y el pagaré, ha de prevalecer lo indicado en este último.

Tampoco es cierto, que la juez hubiere errado en indicar que era a la ejecutada a quien correspondía probar las defensas de mérito que propuso, pues así expresamente lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso; tarea que no se logró eficazmente por la deudora, quien entonces queda sometida ante la contundencia de la literalidad del título aportado, que cumple las exigencias del estatuto mercantil. Ciertamente, correspondía a la ejecutada probar que el título se llenó en infracción a las instrucciones y no lo logró; justificar porque razón aparece su firma en un título a favor de Sanymaq, si es que no celebró negocio con tal sociedad, y tampoco lo hizo; al contrario, todos los testigos que declararon sobre este punto, indicaron que Sanymaq fue la vendedora, y en todo caso dijeron, que dicha empresa hacía parte de un grupo empresarial con BB Equipos Topográficos.

Por último, no se observa ninguna irregularidad en que la juez de primer grado hubiese permitido la aportación de documentos por los testigos, pues ello es admisible de conformidad con el artículo 221 del Código General del Proceso; siendo claro que, respecto de los mismos, la parte interesada en su momento no pidió hacer ninguna intervención, a pesar que estos hacen parte integrante de la declaración (ver art. 110 del C.G.P).

Los anteriores, son motivos suficientes para confirmar la decisión de primer grado.

Se condenará en costas a la parte ejecutada ante el fracaso de su recurso de apelación (ver art. 365 del c.g.p).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Número Tres del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. RESUELVE:

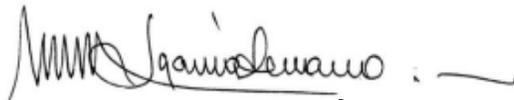
PRIMERO-. CONFIRMAR la SENTENCIA adiada 13 de agosto de 2019, proferida por la **JUEZ 38 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la sociedad ejecutada. La Magistrada Ponente fijará las agencias en derecho.

TERCERO.- DEVOLVER el proceso al Juzgado de origen una vez en firme este fallo, por Secretaría de la Sala, para lo de su competencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Las Magistradas,



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRRANO

(038-2018-00345-01)



HILDA GONZALEZ NEIRA

(038-2018-00345-01)



MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

(038-2018-00345-01)

Firmado Por:

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 009 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

b589a731e8a1f242d0baab0035c1a04068d540e6cd1cf6a691f21dbb1370cd

0a

Documento generado en 22/07/2020 01:24:39 p.m.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., veintidós de julio de dos mil veinte.

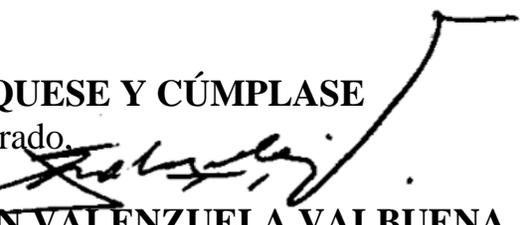
Radicado: 11001 31 03 013 2016 **00351** 03

Proceso: Ejecutivo singular, Rahs Ingeniería S.A.S. Vs. Equipo Universal S.A.

De conformidad con lo establecido en el Decreto 806 de 2020, se **DECLARAN DESIERTOS** los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 14 Civil del Circuito en audiencia celebrada el 16 de julio de 2019¹, comoquiera la demandante no presentó escrito de sustentación en tiempo², y la demandada tampoco allegó escrito alguno para esos efectos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Magistrado.


GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 013 2016 00351 03

¹ La parte ejecutante interpuso la alzada contra la prosperidad de una excepción de mérito y la revocatoria del mandamiento, y la ejecutada contra el numeral 3° del fallo.

² Presentó escrito el 30 de junio de 2020 mediante correo electrónico enviado a la dirección electrónica del Despacho, cuando el término para sustentar los reparos venció el 19 de ese mes.

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ - SALA CIVIL**

Correo: des12ctsbt@cen DOJ.ramajudicial.gov.co.

Radicación: 110012203000 2020-00434-00

Bogotá, veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

**REF.: RECURSO DE REVISIÓN DE MARÍA YANETH
BUITRAGO PINEDA CONTRA SOCIEDAD INVERSIONISTAS
Y PROVEEDORES SAS**

Como quiera que la parte demandante dentro del presente asunto no cumplió con lo dispuesto en auto de 7 de julio de 2020, el Despacho rechaza la demanda extraordinaria de revisión, de conformidad con lo establecido en el inciso 3° del artículo 383 del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, devuélvanse los anexos presentados con la demanda sin necesidad de desglose, excepto la actuación generada en esta segunda instancia.

Notifíquese y Cúmplase

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada

Firmado Por:

**MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 012 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**eae470cbeb589e57dd8e4bc8828f4f06f99db6bcdcd886637
513cdf9f64a64e0**

Documento generado en 22/07/2020 04:51:25 p.m.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., veintidós de julio de dos mil veinte.

Radicado: 11001 31 03 042 2013 **00313 01**

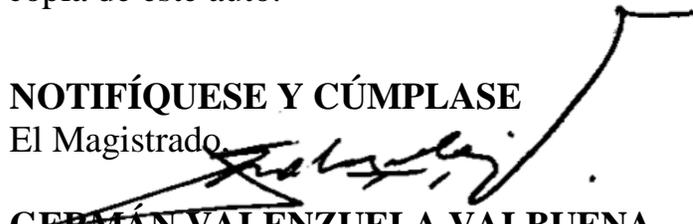
Revisado el expediente en punto al estudio para la admisibilidad del recurso, se advierte que la funda o sobre en la que debería estar el disco con el archivo audiovisual de la audiencia celebrada el 2 de septiembre de 2015 por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, se encuentra vacío. En dicha diligencia, debe precisarse, el Juzgado de conocimiento resolvió una petición de nulidad y agotó las etapas previstas en el entonces vigente artículo 432 Cpc, entre ellas: conciliación, saneamiento, fijación de hechos, práctica de interrogatorios a las partes y de los testimonios de Amanda Murillo y Yira Morantes.

En consecuencia, requiérase al Juzgado 45 Civil del Circuito para que remita a este Despacho, vía electrónica, el citado archivo, el que, por obvias razones, es indispensable para tramitar y resolver la alzada.

Líbrese oficio con copia de este auto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Magistrado


GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

110013103042 2013 **00313 01**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

Rad. N° 11001 22 03 000 2019 01488 00

Tomando en consideración que no se encuentran dadas las condiciones tecnológicas necesarias para adelantar la audiencia programada en auto inmediatamente anterior, se se señala la hora de las **8:30 a.m.** del **6 de agosto de 2020**, para dichos efectos.

Oportunamente cítese a los interesados por el medio virtual correspondiente.

Notifíquese y cúmplase,

Adriana Ayala Pulgarin.
ADRIANA AYALA PULGARIN

Magistrada

Firmado Por:

ADRIANA AYALA PULGARIN

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 017 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **10e5ad999aafd1918c1cef2e67d6921b41079deadd3721ef0f2228e7f38c3d04**

Documento generado en 22/07/2020 02:50:27 p.m.

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrado Ponente: **José Alfonso Isaza Dávila**

Radicación: 110012203000-2019-02055-00
(T 5. F 281 Exp. 5056)
Demandante: CI LCC S.A.S. y otro
Demandado: Puerto Brisa S.A.
Proceso: Arbitral
Recurso: Recurso de anulación
Discutido y aprobado en Sala de 19 de marzo de 2020.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

Decídense los recursos de anulación interpuestos por los convocantes contra el laudo de 22 de julio de 2019, proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado por CI LCC S.A.S. y LCC Group Limited contra Puerto Brisa S.A.

ANTECEDENTES

1. Las sociedades convocantes (o demandantes) postularon múltiples pretensiones en las que pidieron, en síntesis, se declare que la convocada (o demandada) incumplió unas obligaciones del “*contrato de servicios auxiliares, de manejo de combustibles sólidos y servicios portuarios*”, que suscribieron el 14 de julio de 2016, por incurrir en una serie de infracciones y omitir las estipulaciones pactadas, entre las cuales se mencionan desconocer que: para la recepción y almacenamiento del carbón y materiales en las bodegas de la demandada, no se fijaron rangos o dimensiones; no hubo reclamación alguna por daños, roturas u otras de los equipos de la demandada; la



demandada no tiene la facultad de negarse a recibir material sobredimensionado o fuera de rango de granulometría, o revisar su cargue en la mina, decidir el retiro del material del puerto de embarque, ni ejecutar varias conductas que, en general, impedían el descargue de los elementos que venían de la mina y el cargue en buques para ser exportado, así como un mayor cobro de los servicios prestados.

En consecuencia, se condene a la convocada al pago de sobrecostos y prestaciones económicas en que incurrieron los demandantes por la demora en el recibo del material, fletes del transporte terrestre, mayores recorridos de motonaves y buques para otros puertos, mayores tarifas por tonelada métrica que debieron cancelarse a estos últimos, sanciones por humectación excesiva del carbón, costos por traslado de maquinaria, equipos y repuestos de la demandada y de CILCC, pérdidas por no poderse hacer la exportación de 30.000 toneladas de carbón a Arabia Saudita y el saldo del préstamo pendiente para la adquisición de la nave Cleveland Cascade.

Las sumas correspondientes a esos conceptos deberán liquidarse intereses corrientes o moratorios, por valor superior a los seiscientos millones de pesos.

Como pretensiones subsidiarias los actores solicitaron la terminación del contrato en cuestión, para que se proceda con las mismas condenas atrás relacionadas, más los sobrecostos en que ellos incurrirían respecto de los fletes terrestres en el transporte de carbón desde la mina Caypa hasta Carbosan en Santa Marta, programadas entre 2018 y 2020, más 193 días de 2021, junto con la indemnización por el mayor recorrido que deben pagar las motonaves por el hecho de zarpar desde Carbosan o la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, para cargar coque, aunado al mayor valor de embarques combinados de los dos materiales mencionados que se proyectan exportar y la tarifa portuaria más onerosa que debe sufragar la parte actora en el puerto de Barranquilla.



2. El sustrato fáctico de la demanda se resume en que la demandada presta el servicio público portuario desde enero de 2015, por el contrato de concesión portuaria 009 de 2010, en los términos de la ley 1° de 1991. El 14 de julio de 2016 celebró con las demandantes el “*contrato de servicios auxiliares, de manejo de combustibles sólidos y servicios portuarios*”, cuyo artículo 2° especifica que esas prestaciones se referían a carbón, antracita y coque metalúrgico a granel en diversos tamaños, con actividades que se pueden clasificar en recepción, pesaje, descargue de los productos de los camiones, almacenamiento y cargue al buque, las primeras 4 no tienen restricciones especiales, pero la última requería que el tamaño máximo del material fuese de 150 mm, pero en caso de exceder esa medida, las demandantes podían degradarlo (reducción de tamaño), negociar la carga con tarifa diferencial o retirarlo del puerto.

Expresaron los convocantes que, desde septiembre de 2016, acordaron la tarifa diferencial por el carbón que superara la granulometría máxima pactada en el contrato para cargar el buque. En una ocasión se dañó un equipo de la demandada por exceso de tamaño, reparación que fue asumida por la actora CI LCC, sin que posteriormente hubiera alguna otra reclamación.

Entre julio de 2016 y junio de 2017 se exportaron, en promedio mensual, 40.639,53 toneladas y en la ejecución del contrato CI LCC pagó los servicios portuarios, conducta opuesta a la demandada por las siguientes acciones: *a)* impuso la práctica de granulometría no prevista; *b)* cobró servicios de lanchas y pilotos para los buques de los demandantes en fondeo a su llegada al puerto; *c)* se negó a recibir carga de coque y carbón, no permitió ingreso de camiones con carga; *d)* fijó unilateralmente cupos máximos de carga para el resto de 2017, sin atender el plan concertado de embarques ni responder solicitudes de ventanas por planes subsiguientes y sus ajustes; *e)* no informó la medida preventiva de ANLA de “*suspensión de actividades*”, por infracciones ambientales, que estaban al momento de celebrar el contrato; *f)* negó el acceso de personal de las demandantes al puerto y



al buque, potestad que solo es del capitán del buque, sin haber impedimento en las reglamentaciones del puerto o la ISPS (Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias adoptado por la Org. Marítima Internacional); **g)** humectó excesivamente el carbón en contravía de la prohibición contractual, con carencia de sistemas de aspersión adecuados y técnicos conforme a la ANLA; **h)** incumplió los planes, normas y obligaciones ambientales; **i)** desconectó las cámaras que autorizó; **j)** ocupó patios asignados a los demandantes que constituían un derecho real de uso; **k)** demoró y limitó la asignación de ventanas para el cargue de buques; **l)** no asignó ventanas para el segundo semestre de 2017.

3. La demandada se opuso a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y formuló las defensas que denominó *contrato no cumplido, cumplir el contrato de buena fe, contrato vigente, falta de legitimación en la causa por activa para reclamar perjuicios, omisión de informar sobre la granulometría del carbón, abuso del derecho, la demandada no aceptó modificaciones sobre granulometría, ausencia de buena fe, los demandantes se niegan injustificadamente a despachar carbón por Puerto Brisa, redacción del contrato por los demandantes, los demandantes conocían las condiciones al celebrar el contrato, la reserva de derechos del reglamento técnico es acorde con la ley y fueron ejercidos razonablemente, falta de exclusividad, no pacto de topes mínimos o máximos de recepción y despacho de carbón, los demandantes crearon una expectativa legítima en la etapa precontractual, la asignación de los patios 5 y 6 no genera derecho real de uso, fuerza mayor y caso fortuito, las actoras generaron su propio perjuicio, inexistencia de nexo causal, carencia de mitigación del daño, inexistencia de perjuicios y fracaso de las pretensiones.*

El apoyo fáctico de las excepciones se fundó en que el contrato no permitía una granulometría superior a los 150 mm, regla que nunca fue modificada, aunque de manera excepcional se permitió con fines colaborativos, medida que resultó inconveniente y finalmente fue abandonada, sin haya sido modificativa del contrato. Dijo la convocada



que requirió a los demandantes, por escrito, cumplir aquél límite, pero hicieron caso omiso, con riesgo de dañar los equipos portuarios y generar consecuencias económicas y logísticas. Por eso les pidió certificaciones de granulometría del carbón que llegaba al puerto, pero tampoco quisieron cumplir, y prefirieron abstenerse de usar los servicios y promover este litigio.

4. Surtidas las etapas procesales respectivas, el Tribunal de Arbitramento declaró probadas las excepciones de *contrato no cumplido, falta de legitimación para reclamar perjuicios, incumplimiento del deber de información sobre la granulometría, no aceptación de modificación del contrato, las demandantes se niegan a cumplir el contrato, las actoras son causantes de sus propios perjuicios, inexistencia de nexo causal y el contrato continúa vigente*, las restantes las tuvo por no demostradas.

Con todo, decidió que el contrato fue incumplido por la demandada en varios aspectos: el cobro de servicios de lanchas y pilotos para los barcos de las demandantes, en fondeo a su llegada al puerto; no permitir el ingreso de los vehículos cargados con coque, nueve (9) el 22 de junio de 2017 so pretexto de haberse completado el cupo, y otros nueve (9) por la demora injustificada, de los cuales recibió cinco (5) y negó el ingreso de los restantes; fijar unilateralmente el cupo máximo de carga para el resto de 2017; humectación excesiva del carbón; y la ocupación de los patios asignados a las demandantes.

Por esas faltas condenó a la demandada a restituir a favor de CI LCC SAS, estos conceptos: *a)* sobrecostos por mayor tarifa portuaria de la sociedad Portuaria de Barranquilla de las siguientes naves: M/N WU HU \$2.447.899, M/N DODO \$4.607.176,44 y M/N Jay \$27.171.500; *b)* \$18.172.540 por la sanción de humectación excesiva del carbón embarcado en M/N Nicolina en marzo de 2017 con destino a Iansa en Chile; *c)* los intereses moratorios para el momento de proferirse el laudo sobre todas y cada una de las anteriores sumas, desde el 4 de



mayo de 2018, que corresponden a \$776.380, \$1.461.221 y \$8.617.764 respectivamente, valores que totalizan \$69.018.117,44.

Denegó las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a las demandantes por el monto de \$506.160.000, el cual quedó en \$437.141.882.56 al restar las condenas a su favor.

FUNDAMENTOS DEL LAUDO IMPUGNADO

Tras considerar que la celebración del contrato de servicios auxiliares de manejo de combustibles sólidos y portuarios, por el cual la demandada se obligó brindar esas prestaciones a las demandantes, es tema pacífico, el juez arbitral recordó que la cláusula segunda estableció 150 milímetros como tamaño máximo que debían tener las partículas del material transportado, libre de materiales extraños que generen riesgos y daños a las operaciones y equipos, incluso, en caso de encontrarse ese tipo de elementos, CI LCC se hizo responsable de retirarlos. Y no aceptó la interpretación de las demandantes, porque implicaría que esa estipulación no produce efectos, en contravía de la regla prevista en el art. 1620 del C.C.

Explicó que lo anterior analizado con la cláusula tercera, permite inferir que la granulometría máxima debía prevalecer al momento de la carga y también al recibirla, manejarla y almacenarla, por lo cual las restricciones impuestas por la demandante no fueron arbitrarias, pues la limitación era en todo momento, desde el instante de ingresar el material hasta su cargue en los buques, sin distinción alguna. Las actoras no podían desconocer sus obligaciones, por ser profesionales en esas materias y mal harían en alegar su propia culpa.

Detalló que conforme a las pruebas ese tema fue discutido en la etapa precontractual y quedó negociado según fue firmado, además de que la demandada exigió, desde el inicio, el acatamiento de la cláusula segunda, según varios correos electrónicos obrantes en el expediente,



pero las demandantes se empeñaron en hacer prevalecer su interpretación contractual, continuaron con su conducta omisiva e incurrieron en otros incumplimientos subsecuentes. Más por cuanto en el oficio remitido por Fenalcarbón, gremio sectorial autorizado, se anotó que el “*sobretamaño*” es cualquiera superior al regular de 50 mm, aspecto que da mayor vigor a las conclusiones anteriores.

En el contrato fue pactado que las modificaciones para ser vinculantes debían constar por escrito firmado por los representantes, sin que así se hiciera en relación con aceptar carbón sobredimensionado en más de 150 mm, y si bien la demandada en algún momento asintió el ingreso de material con esa característica, solo fue por poco tiempo, de manera excepcional y de buena fe como salida a las dificultades que se presentaban en la prestación del servicio, aspecto que no se ajusta a la doctrina de “*los actos propios*”, más cuando la demandada fue constante en sus reclamaciones al respecto.

Dilucidó que primero incumplieron las demandantes, porque en correo de 10 de octubre de 2016, la demandada expuso su primera queja sobre la granulometría, es decir, a solo tres (3) meses de firmado el contrato y que conllevó a que esta última rechazara el ingreso de material con tamaño en exceso el 25 de abril de 2017, hasta tanto se le presentara el certificado respectivo, situación de marcada importancia entre las partes y que concitó a este litigio, tanto que las actoras terminaron “*de hecho*” el negocio, pues no cumplieron con la cláusula segunda y después enviaron el carbón a otros puertos.

Manifestó que si bien ese estudio determinaría la improcedencia de la acción resolutoria, es procedente analizar otros incumplimientos de la demandada que no tienen relación con las anteriores circunstancias.

En ese sentido apuntó que el pago de pilotos y lanchas eran por cuenta de la convocada, quien no facturó esos servicios a los proveedores de las motonaves *LMZ Europe* y *Clipper Trader*, incumplimiento que debe declararse, aunque sin condena en concreto, porque las demandantes no



formularon pretensión correlativa en ese sentido ni probaron que fueron ellas quienes sufragaron esos gastos.

Precisó que el coque y la antracita, por su misma naturaleza, no ostentan tamaños grandes ni había limitaciones de cupo máximo para su recibo, por lo cual no podían ser rechazados so pretexto de granulometría, esto permite acceder a las respectivas pretensiones.

También la demandada, en comunicación de 7 de junio de 2017, impuso cupos para la exportación de carbón y coque durante el tiempo que restaba de ese año, conducta que infringió el contrato porque no se convinieron topes mínimos o máximos, situación que debe ser declarada sin que haya pretensión indemnizatoria relacionada.

Refirió que fue justificada la negativa de la demandada al ingreso del personal de las demandantes al muelle y a las naves, para coordinar operaciones de embarque, en atención al reglamento de condiciones técnicas de operación portuaria de Puerto Brisa, vinculante para ambas partes, porque esas personas incumplieron reglas de seguridad industrial, con extrema torpeza, según fue explicado por el testigo Germán Zárate López.

Dijo que la aplicación de agua se hizo en el material apilado con mangueras y boquillas, sin utilizar sistemas de aspersion acordados en el contrato, ni los previstos en la resolución 00800 de 13 de julio de 2017 de la ANLA, motivo por el que la demandada deberá pagar una suma a las demandantes.

Recordó que la cláusula primera, literal *c*, previó que las convocantes tendrían asignadas las áreas portuarias 5 y 6, según especificaciones acordadas, que era un uso exclusivo y que desatendió la convocada, sin que sea procedente condena indemnizatoria por no haberse formulado la correspondiente pretensión.



Sostuvo que el procedimiento sancionatorio ambiental en contra de Puerto Brisa S.A., por parte de la ANLA, no puede calificarse de fuerza mayor, por no cumplir con los requisitos de ser un hecho extraño al sujeto que sea imprevisible e irresistible, pero la pretensión respectiva es impróspera, en la medida en que no se probó qué impacto tendría esa situación sobre la ejecución del contrato o una eventual demora en la prestación del servicio.

Y la limitación de ventanas por la demandada, no fue incumplimiento porque ésta exigía la granulometría del carbón, y ante la persistente omisión de su contraparte asignó esas ventanas a otras personas para que su puerto siguiera funcionando, además de que la demora de pocas horas para la nominación de buques no amerita protección jurisdiccional para las demandantes, dado que estas quebrantaron en forma reiterada la cláusula al no entregar oportunamente el cronograma de despachos.

Adujo que la desconexión del servicio de internet y las cámaras de seguridad es una cuestión accesoria o logística, no esencial del contrato. Y la tardanza en la nominación de la motonave *M/N Clipper Trader* para el 6 y el 7 de junio de 2017, para hacer la carga el día 17 siguiente, se trató de una mora menor que no tiene la entidad suficiente para decretar incumplimiento, toda vez que al final esa nave fue debidamente cargada y despachada.

El saldo del préstamo para que Puerto Brisa adquiriera la *Cleveland Cascade*, es una obligación que aún no es exigible, porque el pago se hacía con descuentos a las demandantes en los servicios portuarios, sin que se entienda que el contrato ha terminado.

Destacó que la acción de resolución de las demandantes no prospera, en tanto que no fueron contratantes cumplidas, además de que los incumplimientos en que incurrió la demandada no tienen la gravedad suficiente para finalizar el contrato, situación que también demerita las pretensiones subsidiarias de la demanda.



Y tampoco podía declarar la disolución oficiosa del negocio por mutuo disenso tácito, debido a que ambas partes son enfáticas en reprocharse incumplimientos, sin que concuerden en aquel sentido, según está descrito en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 023 de 7 de marzo de 2000, con la precisión de que la carta de la demandada de 25 de abril de 2017, alusiva a la suspensión de recibo de carga, fue a modo de condicionante hasta tanto se cumpliera con la granulometría pactada.

Concluyó que prospera la excepción de contrato no cumplido, así como todas las relacionadas con el exceso de tamaño de las partículas del carbón, e impiden el reclamo de perjuicios de las demandantes, por cuanto no pueden beneficiarse de su propia culpa y roto se encuentra el nexo causal con la demandada.

El tribunal liquidó los rubros por los incumplimientos atribuibles a la demandada, para un total \$69.018.117,44, conforme a las pruebas (documental, dictamen, tasa representativa del mercado) y los intereses moratorios, valor que confrontó con la condena en costas a las demandantes, consistente en gastos de administración y honorarios del proceso (\$344.160.000), adicional a las agencias en derecho (\$162.000.000), sin incluir, por no advertirse temeridad, sanción por juramento estimatorio. Así, la parte actora debe pagar a la demandada la suma de \$437.141.882,56. En los demás componentes de las costas, precisó que deberán ser sufragados en proporciones de 90% 10% entre convocantes y convocada respectivamente.

EL RECURSO DE ANULACIÓN

LCC Group Limited formuló varias causales de anulación, con cargos en cada una (cinco en total), con base en el art. 41 de la ley 1563 de 2012; mientras que CI LCC SAS esgrimió dos (2) con sustento en el numeral 9º de la misma norma, que se analizarán en el orden propuesto



del uno al siete, comenzando por los que se refiere al fallo en equidad para luego pasar a los demás.

**CAUSAL 8ª DE ANULACIÓN: CARGOS PRIMERO SEGUNDO Y TERCERO
(LCC GROUP LTD.)**

LCC Group Limited basó sus tres (3) primeros cargos en el artículo 41-7 de la ley 1563 de 2012, por estimar que el tribunal arbitral hizo varios pronunciamientos en conciencia o equidad, aunque debía hacerlo en derecho, como a continuación se sintetiza.

En el sustento explicó que los árbitros declararon que la demandada incurrió en incumplimiento, porque fijó unilateralmente un cupo máximo de carbón o de coque para el tiempo restante de 2017, sin haberse pactado así, pero se abstuvieron de condenas indemnizatorias, so pretexto de no haber una pretensión correlativa en tal sentido.

Esa segunda decisión carece de fundamento, porque la demanda sí contiene solicitudes condenatorias, cuales son, de la segunda a la décima, de la décima segunda a la décima octava, la vigésima a la vigésima tercera, la vigésima quinta, la vigésima sexta, la vigésima octava, la trigésima a la trigésima segunda y la trigésima cuarta, que son consecuenciales a aquella declarativa principal, si se atiende a que cada una relaciona el hecho y la prueba en que se fundamentan, precisión que corrobora la explicación del juramento estimatorio, como se expuso a espacio en el recurso, y confrontada con jurisprudencia que citó.

También invocó el recurrente que se planteó la pretensión de declarar el incumplimiento de la demandada por negarse a permitir el acceso del personal de CI LCC al puerto, a partir de 28 de abril de 2017, y fue negada porque se basó en incumplimientos de esas personas respecto de las normas de seguridad industrial, descritas en el reglamento de condiciones técnicas de operación portuaria, según testimonio de



Germán Zárate López. Sin embargo, para la censura esa conclusión no fue jurídicamente sustentada, porque no podía basarse en dicho reglamento, sino en las Reglas y Regulaciones Portuarias de Puerto Brisa aprobadas por la DIMAR, en las cuales se establece que el capitán del buque es quien autoriza el ingreso de personas a la nave, de tal manera que *“el tribunal apoyó su decisión en su propio criterio subjetivo y no en las normas reglamentarias pertinentes del propio puerto...”*, imprecisión que modificó de modo injustificado la causa petendi de esa pretensión. Así, el tribunal falló en conciencia o equidad *“al aplicar el **reglamento** que no era y descartar el que resultaba pertinente sin motivación...”*

En tercer cargo de la acusación de fallo en conciencia o equidad, apuntó que las súplicas principales declarativas séptima y décima segunda, alusivas al incumplimiento de la demandada respecto de los planes, normatividad y obligaciones ambientales, además de la medida preventiva de suspensión de actividades que le impuso ANLA, por infracciones ambientales nunca informadas a CI LCC/LCC Group, fueron denegadas sin justificación, porque no se entiende cómo se desestimó la excepción de fuerza mayor sobre el particular, y aun así fracasaron las pretensiones por falta de prueba de que ese hecho tuviera incidencia en la ejecución del contrato.

En realidad, una suspensión de tres (3) meses sí causa impacto en la prestación de los servicios portuarios, como las demoras reprochadas, y es un incumplimiento que debió ser declarado sin que importe su mayor o menor intensidad.

Debe observarse que los árbitros, para declarar el incumplimiento de la demandada por fijar cupos máximos, no exigió probar qué impacto tuvo en el contrato, pero cuando se trató el tema de la normatividad ambiental y la sanción impuesta por el ANLA, sí trajo a colación tal exigencia.



CONSIDERACIONES

1. El proceso arbitral moderno es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, surgido de la voluntad las partes involucradas, quienes habilitan a un tribunal de arbitramento, que transitoriamente es investido de la función jurisdiccional, para resolver las controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas, siempre que estas se refieran a asuntos de libre disposición o que la ley autorice, trámite que culmina con un laudo que constituye la sentencia del caso, el cual puede ser en derecho, en equidad o técnico, según acuerdo de las partes y las restricciones legales. La habilitación se efectúa mediante el denominado *pacto arbitral*, esto es, un contrato que puede disponerse, de un lado, como parte o anexo de otro negocio principal, caso en que se llama cláusula compromisoria, y del otro, de manera autónoma para un conflicto presente en que ya están involucradas las partes, evento en que el pacto se denomina compromiso (arts. 1 a 6 de la ley 1563 de 2012).

El arbitramento es un proceso declarativo de única instancia, en que el legislador no permite los recursos ordinarios contra el laudo, restricción justificada porque las partes renuncian de antemano a la administración de justicia institucional, y saben que no gozan de recurso de apelación, precisamente para no someter el arbitraje a toda la actividad procesal común, que no es propia de los mecanismos alternativos de la solución de conflictos.

2. Acorde con esos rasgos, el legislador solamente consiente los recursos de anulación y de revisión contra el laudo arbitral, que son medios *extraordinarios* de impugnación, esto es, por fuera de las instancias o medidas de protección ordinarias o comunes¹, limitación ratificada por la ley 1563 de 2012 (arts. 40 a 47). Por su carácter extraordinario, el recurso de anulación es limitado y dispositivo, ya que,

¹ Según el diccionario de la lengua española, en una de las acepciones, “extra” es un prefijo latino que significa “fuera de” (vigésima segunda edición, 2002).



por una parte, tan sólo procede por las específicas causales previstas en la ley para esos efectos (art. 41 de la ley 1563 de 2012), que especifican yerros de procedimiento (*in procedendo*), y por la otra, requiere actividad de parte interesada que, por consiguiente, debe encauzarse dentro de la respectiva causal.

A su vez, el juez de estos recursos carece de la facultad para decidir temas no previstos en los aludidos motivos legales de anulación, o acerca de aspectos no cuestionados por el interesado, conque únicamente puede moverse dentro de los límites legales del medio impugnativo y acorde con los derroteros trazados por el recurrente, debido a la estirpe dispositiva de estos medios, emanada de la presunción de acierto que cobija a los fallos recurridos, que se traduce en considerar que fueron bien apreciados los hechos y debidamente aplicado el derecho. De lo contrario, quedaría desvirtuado el carácter extraordinario del recurso para abrir paso a una especie de instancia adicional, en franca oposición a la instrumentación especial del arbitraje y su especial naturaleza yuxtapuesta al proceso común.

Por eso ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que el recurso de anulación no es “*para revisar o replantear lo que ya fue objeto de decisión mediante arbitramento, como que en tal caso, entre otras cosas, muy fácil quedaría desnaturalizar la teleología de acudir a este tipo de administración de justicia...*”; las causales de anulación del laudo atienden “*...al aspecto procedimental del arbitraje y están inspiradas porque los más preciados derechos de los litigantes no hayan resultado conculcados por la desviación procesal del arbitramento*” (Sala de Casación Civil, sent. de 13 de junio de 1990, G.J. t. CC, págs. 283 y s.).

3. En avenencia con esas pautas, alrededor de la causa de anulación ahora revisada, establece el precepto 41-7 de la ley 1563 de 2012, que se configura cuando los árbitros profieren fallo “*en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*”, esto es, que al revisarse éste se



aprecien varias cosas: (i) que el laudo deba ser en derecho y no en equidad, de acuerdo con lo pactado por las partes y lo permitido por la ley (art. 1, inciso 3º); (ii) que los árbitros se desentienden por completo de la ley y los elementos fácticos acreditados en el expediente, pues así es como se tipifica el fallo “*en conciencia*”; y (iii) que esa forma de sentencia aflora de manera ostensible e incontrovertible, porque el precepto exige que tal circunstancia sea “*manifiesta en el laudo*”.

4. Frente a estas acusaciones, los cargos de la recurrente se centran en no haberse condenado a la demandada al pago de indemnización de perjuicios por haber fijado topes máximos de recepción y cargue de carbón para el resto de 2017, además de que los árbitros no declararon su incumplimiento por negar el acceso del personal de las demandantes al puerto, así como las demoras en la prestación del servicio por las sanciones ambientales que fueron impuestas a la demandada, por parte de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), aspectos que a juicio de la censura contra el parecer de los árbitros, se encuentran invocados en los hechos de la demanda y probados en el proceso.

4.1. Sin embargo, esos eventuales defectos que denuncia la recurrente, no exhiben las características del fallo en conciencia o equidad, y mucho menos puede aceptarse que fuesen ostensibles en el laudo, porque los árbitros resolvieron los problemas jurídicos derivados de las pretensiones y el sustrato fáctico, acorde con las normas aplicables y su apreciación de los elementos probatorios, entre ellos la demanda.

Así, comenzaron por asentar que para la prosperidad de la acción interpuesta por la parte actora, se debía apreciar cuál era la obligación fundamental o esencial por la que se suscitó la controversia entre las partes, que fue el tema de la granulometría del carbón, que no podía superar la dimensión de 150 milímetros por partícula de los materiales sólidos objeto del contrato (carbón), en lo cual hubo claros incumplimientos de las convocantes, en lo cual discurrieron de forma amplia. Y concretaron que los perjuicios reclamados acerca de esos



pormenores eran improcedentes, porque llevaría a aceptar la alegación de la propia culpa por los demandantes, de allí que la gran mayoría de las pretensiones de condena también hayan sido denegadas.

4.2. Adujeron los recurrentes que la correlación entre la pretensión declarativa de incumplimiento por fijar topes máximos con varias peticiones de condena, puede inferirse de una lectura detallada y relacionada con los hechos, las pruebas y el juramento estimatorio presentados en la demanda.

Argumento que no tiene acogida en sede de anulación, porque la forma en que está redactada la demanda no permite concluir que la lectura e interpretación efectuada por los árbitros fuera tan incorrecta e incompleta, que en la praxis significara haber abandonado por completo la observación de ese elemento de juicio y, por ahí derecho, hubiesen caído en el terreno del fallo en conciencia.

Justamente, la relación entre pretensiones declarativas y condenatorias fue descrita de manera generalizada así: *“Como consecuencia de los incumplimientos sistemáticos en que ha incurrido Brisa se determine el cumplimiento por parte de Puerto Brisa S.A. del contrato de servicios auxiliares y portuarios celebrado entre Puerto Brisa S.A. y las demandantes el 14 de julio de 2016... Y, como consecuencia de la declaratoria de las pretensiones declarativas principales solicito al Tribunal que se proceda a efectuar las siguientes condenas en contra de la sociedad Puerto Brisa S.A. y a favor de las demandantes”*. Obsérvese que son 35 diferentes pretensiones de condena, sin que ninguna mencione de modo expreso que son directas consecuenciales de la pretensión cuarta principal.

Es más, la recurrente, para fundar su postura, tuvo que hacer una transcripción extensa de la demanda en aras de explicar su propio alcance interpretativo y reforzar su conclusión de que, por la fijación de topes máximos, incurrió en sobrecostos de transportes para exportar el carbón mediante otros puertos, pero esos aspectos no permiten concluir



que el laudo fuera en conciencia, porque no muestra la desconexión del fallo con los elementos de juicio, a más de que tampoco se cumpliría con el requisito, atrás mencionado, de ser ostensible la posible falencia.

El censor transcribió la pretensión “*segunda de condena*” en la página 8 del recurso, para sustentar esos cargos, donde ninguna mención expresa se hizo de los perjuicios en concreto por la fijación de topes máximos, pues se pidió condenar a la demandada a pagarles “*como sobrecostos por los fletes terrestres del transporte del carbón de la Mina Caypa a ... Santa Marta en el mes de julio de 2017, correspondientes a la cifra de: quinientos sesenta y ocho millones setecientos treinta y dos mil quinientos setenta y tres pesos..., junto con los intereses corrientes y/o de mora... (Prueba 115 – Hecho No. 120.2 Lit. a)*”.

Seguidamente transcribió el hecho y la prueba mencionados entre paréntesis, donde se hace referencia a “*sobrecosto*”, pero sin circunscripción alguna, ni mucho menos demostración, de que ese mayor costo hubiese sido el fruto exclusivo de los cupos máximos.

También se dio a la tarea de reproducir otras pretensiones de condena (págs. 10 y ss.), sin que pueda verse allí que los sobrecostos invocados en ellas fuesen consecuencias exclusivas de la fijación de dichos topes máximos, como sí se pretende hacer ver, en cambio, en el escrito de impugnación extraordinaria.

Por manera que los planteamientos del recurrente muestran un esfuerzo dialéctico por una interpretación de las pretensiones, los hechos y las pruebas, que a su juicio permitirían la denegada, que no omitida, condena en perjuicios por los rubros que invocó en el recurso, mas tal de ninguna manera permite ver el fallo en equidad o en conciencia.

Cumple resaltar que fueron planteadas distintas circunstancias fácticas que eventualmente pudieron generar perjuicios, como negativa a recibir productos sobredimensionados, fijación de cupos máximos, entre otras, una demanda confeccionada con multitud súplicas y hechos, que no



permiten fácilmente observar una correlación de las primeras con las pretensiones, ni entre las declarativas y de condena planteadas sin concreción para cada incumplimiento. Así, la hermenéutica razonable del juez, en el caso arbitral, relativo a ese libelo, es inmune a las críticas de un recurso extraordinario, como este de anulación, tanto menos de atender que el motivo de inconformidad, fallo en conciencia, tiene una configuración exigente, cual se dijo desde el comienzo de este análisis. De modo que examinar una labor interpretativa del juez arbitral por este Tribunal, implicaría ahondar en temas que solo podrían tratarse en recursos ordinarios, pero no por la vía del recurso de anulación.

4.3. Similar conclusión de inexistencia de fallo en conciencia o de mero arbitrio interno (*in pectore*), cabe en relación con la pretensión de incumplimiento por haber negado el acceso de personal de las demandantes al puerto, en la medida en que el Tribunal de Arbitramento explicó que la demandada ostentaba esa facultad, conforme al Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación Portuaria de ella misma, normas que son vinculantes para los usuarios, además de que tuvo en cuenta el testimonio de Germán Zárate López, quien narró la actitud imprudente de aquellas personas por desatender las normas de seguridad industrial.

Eso traduce que la decisión adoptada fue motivada, circunstancia que la aleja del calificativo de fallo en conciencia. Ahora bien, que los árbitros no hayan acogido los argumentos de las demandantes, alusivos a que el reglamento aplicable eran las Regulaciones Portuarias de Puerto Brisa aprobadas por autoridad competente, en donde se especifica que es el capitán del buque quien autoriza el ingreso de personal, en realidad es un reproche por el fundamento y sustento de lo decidido en el laudo, en afinidad con la aplicación e inaplicación de normas, cuestión exógena a los estrictos parámetros de la causal séptima de anulación.

De ahí entrar en su discusión llevaría a pisar los terrenos de recursos distintos, en cuanto a cuáles eran las reglas aplicables para que personas



diferentes de los operadores de las labores de descargue y cargue en los puertos, puedan ingresar a esos lugares que, por cierto, son de alto riesgo para la integridad personal.

4.4. En lo tocante a las demoras de la demandada en la prestación del servicio, porque la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) le impuso una medida preventiva de suspensión de actividades, por infracciones ambientales, pretensión que fue denegada, se observa que esa decisión arbitral también está motivada, encima de no haber acreditado la parte actora el impacto que esa situación pudo tener en la ejecución del contrato.

Naturalmente, si esa argumentación, a juicio de la parte recurrente, fue inarmónica con la forma en que los árbitros sustentaron la decisión de acceder a la pretensión de incumplimiento por fijar topes máximos sin lugar a condenas consecuenciales, según se expuso en párrafos anteriores, es un reproche del recurso de anulación que no puede tener acogida, por cuanto ataca el fondo del asunto en orden a la apreciación de los hechos y la aplicación del derecho, cuestión que extralimita los alcances y propósitos de la causal séptima del art. 41 de la ley 1563 de 2012 (fallo en conciencia o equidad), la cual se desestima si se observa que los árbitros fundamentaron sus decisiones sin desatender de manera **ostensible** la ley y los hechos acreditados en el expediente.

Añádese que en la sustentación de esa acusación, de manera similar a la invocada por la fijación de topes máximos, ya estudiada, vuelve la censura a transcribir pretensiones y hechos postulados por *sobrecostos*, pero sin comprobar el desvío de los árbitros hacia el destino del fallo ajeno al debate jurídico-probatorio, como sería demostrar el desconocimiento de una demanda bien sustanciada, que determinara con exactitud el impacto o causación de perjuicios en concreto, por las decisiones de la ANLA en el desarrollo del contrato, así como el correspondiente soporte probatorio de esa específica secuela dañosa.



Eso toda vez que, itérase, el fallo en conciencia o en equidad sin autorización de la ley o las partes (art. 43-1 del CGP), sólo acontece cuando el juez desatiende totalmente las normas jurídicas y los elementos fácticos acreditados en el expediente, de recordar que la equidad, cuyo origen de equilibrio alude a la justicia del caso concreto, se abre paso como una especie de convicción por parte del juez sin necesidad de una fundamentación estrictamente jurídica y fáctica, porque como ha expresado la Corte Constitucional, *“la equidad permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes. En virtud de la importancia que tiene para el sistema jurídico este momento crítico de aplicación de la ley, esta Corte ha reiterado la idea de que “Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es” (Sentencia C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz)”*².

CAUSAL 8ª DE ANULACIÓN: CARGO ÚNICO (LCC GROUP LTD)

Sustentado en la causal octava (8ª) del art. 41 de la ley 1563 de 2012, por aducir, en extracto, que el laudo, en su parte resolutive, ostenta contradicción entre el numeral primero y los numerales cuarto a octavo, porque aquél atiende a la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido por parte de las demandantes en relación con la granulometría, pero las siguientes declaran el incumplimiento de la demandada respecto de varias obligaciones, en especial la de fijar cupos máximos de carga en desatención del contrato, que aceptó aunque luego se negó condena por ese aspecto.

En ese escenario, el 20 de junio de 2017 se llegó al cupo máximo de carga que fijó Puerto Brisa, por ende, no puede afirmarse que las

² Sentencia C-1547 de 2000.



demandantes incumplieron el contrato, por cuanto con tal restricción de ningún modo podían llevar carbón a ese puerto durante el resto de ese año, contrasentido que solo puede corregirse con el fracaso de las excepciones de mérito propuestas por la demandada, en lo cual pide se corrija el laudo por medio de este recurso.

Esa situación fue presentada al Tribunal de Arbitramento mediante la solicitud de aclaración y adición del laudo, sin embargo, los árbitros persistieron en su error.

CONSIDERACIONES

1. Referente a los reparos efectuados al laudo con base en la causal 8ª antes referida, que acontece si el laudo contiene “*errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento*”, cabe destacar que la parte actora denunció contradicciones en la solución que el Tribunal Arbitral dio al caso, pero en nada reprochó los cálculos aritméticos del laudo respecto de las condenas que profirió (v. gr. liquidación de intereses).

2. Las contradicciones susceptibles de invalidar la decisión de los árbitros son aquellas condensadas en la parte resolutive del laudo, y que comportan la imposibilidad de ejecutar la providencia, ya que como doctrinó la Corte Suprema de Justicia, en estudio de similar causal de casación que traía el anterior Código de Procedimiento Civil, que no está en el nuevo Código General del Proceso, “*el fundamento jurídico de la causal tercera de casación ha residido, únicamente, en el hecho de que la contradicción reinante en las resoluciones de la misma sentencia haga imposible la ejecución simultánea de todas ellas* (Cas. Civ. de 6 de julio de 1944, G.J. No. 2010, pág. 428; Cas. Civ. de 22 de



febrero de 1973, G.J. Tomo CXLVI, pág: 43)...” (resaltado es del texto)³.

También puntualizó la Corte que para configurarse esa causal deben estar “*en la parte resolutive del fallo disposiciones o declaraciones notoriamente contradictorias, que hagan imposible su cumplimiento, como cuando ‘una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago’...*”, y que la acusación no puede abrirse paso “*si la contradicción que existe es más aparente que real, es decir, cuando se puede superar mediante una lógica y razonada interpretación del conjunto de la sentencia*”⁴.

3. Visto el cargo bajo el prisma de esas clarificaciones, de ninguna manera se tipifican las contradicciones que el recurrente pretende hallar en la decisión arbitral, por cuanto está falta de razón la eventual discordancia entre el numeral primero y los numerales cuarto a octavo de la parte resolutive del laudo, de atender que los mismos acompañan con las motivaciones de la providencia y guardan coherencia con el entramado de los cuestionamientos y defensas planteados en los extremos de la litis, esto es, en la demanda, la contestación y excepciones, así como la réplica a éstas.

En efecto, si bien –en términos generales– un ordinal declaró probada la excepción de contrato no cumplido y, por ende, denegó la pretensión principal de las demandantes alusiva al incumplimiento por exigir la granulometría del carbón hasta el máximo de 150 milímetros, mientras que en las otras se declaró el incumplimiento de la demandada con ocasión de varios comportamientos que tuvo a lo largo de la ejecución

³ Cas. civil de 15 de junio de 1995, exp. 4398 (MP Rafael Romero S.), G. J., Tomo CCXXXIV – Núm. 2473, página 848; en el mismo sentido, casaciones de 20 de noviembre de 1995, exp. 4409 (MP Javier Tamayo J.), Gaceta Judicial Tomo CCXXXVII, No. 2476 Vol. II, pág.1383; y 15 de abril de 1997, exp. 4422 (MP Carlos Esteban Jaramillo S.), CCXLVI – N. 2485.

⁴ Casación civil de 22 de mayo de 1997, exp. 4653 (MP José Fernando Ramírez Gómez), que reitera, entre otras, la casación de 11 de mayo de 1984.



del contrato, esas distintas decisiones fueron explicadas con suficiencia por los árbitros, al considerar, primero, que los incumplimientos eran por prestaciones distintas, de tal manera que ara en el mar el recurrente al pretender mostrar que pudo haber decisiones diferentes sobre los mismos puntos; y, segundo, que las infracciones negociales en que mutuamente incurrieron las partes, a más de obedecer a prestaciones distintas, repítese, no tuvieron relevancia o gravedad suficiente para dar por terminado o resuelto el contrato, que continuaba vigente, en lo cual tampoco logra el censor destapar una eventual contradicción.

Adicionalmente, precisaron los jueces arbitrales que las infracciones de la parte demandante respecto del exceso en el tamaño de las partículas del carbón, no estaban correlacionadas con las faltas de la demandada en otros tópicos del contrato, y por eso justificaron que el numeral 1° del laudo se basó en que la parte actora se reputaba contratante incumplida, a la par de que en los numerales cuarto (4°) al octavo (8°) la contravención fue achacada a la demandada.

Por demás, esas decisiones efectuadas con la debida distinción, en nada obstaculizan el cumplimiento de las condenas proferidas, tanto menos que al final se concretaron sus valores, se compensaron y se determinó quién le debía a quién y cuánto.

4. Menester es resaltar, por abundar, que el cargo manifestó su inconformidad hacía la decisión arbitral, porque según la demandante no podía declararse que ella incumplió con sus obligaciones, en la medida en que la conducta de su contraparte fue la que generó la necesidad de no usar los servicios portuarios y llevar el carbón a otros puertos, refriega que es ajena a la causal de anulación de contradicción en la parte resolutive, la cual ni siquiera se puso de presente en el memorial de solicitud de aclaración y complementación, en tanto que las peticiones allí contenidas se contrajeron a despejar dudas avizoradas en las consideraciones de la providencia arbitral.



CAUSAL 9ª DE ANULACIÓN: CARGO ÚNICO (LCC GROUP LTD)

Explicó la inconforme en este acápite de la impugnación, que el Tribunal de Arbitramento no se pronunció por la pretensión del “*punto b de las condenas principales*”, consistente en que, si se consideraba que el contrato no había terminado, se exigiera que la demandada cumpliera con sus obligaciones, más porque los incumplimientos que se declararon contra la demandada, conllevaban a que se le condenara a cumplir.

CONSIDERACIONES

1. La causal 9º ibidem prevé motivo de anulación por “[h]aber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”, aunque la acusación de ahora sólo versa por el último aspecto, que se resaltó.

2. En atención al cargo formulado, el punto *b* de las condenas principales de la demanda fue redactado de la siguiente manera:

“Como consecuencia de los incumplimientos sistemáticos en que ha incurrido BRISA se DETERMINE el cumplimiento por parte de PUERTO BRISA S.A. del CONTRATO de Servicios Auxiliares y Portuarios celebrado entre PUERTO BRISA S.A. y las demandantes el 14 de julio de 2016 (Prueba No. 5).

”Y, como consecuencia de la declaratoria de las pretensiones declarativas principales solicito al TRIBUNAL que se proceda a efectuar las siguientes condenas en contra de la sociedad PUERTO BRISA S.A y a favor de las demandantes”.

Obsérvase la ambigüedad de la solicitud, toda vez que no pidió que se declare ni se condene, simplemente que se “*determine*”; además, es un



texto ubicado a modo de conclusión de las pretensiones principales declarativas e introductorio de las subsiguientes de condena, redactado de modo generalizado e impreciso.

En ese orden, los árbitros al dirimir que el contrato tema del litigio no puede resolverse y que tampoco puede apreciarse como terminado, detallaron que los aspectos relativos a su finalización y liquidación debían ser definidos por las mismas partes, en ese contexto se limitaron a dilucidar los incumplimientos que se presentaron durante el tiempo de ejecución contractual que había transcurrido, pero no sus efectos hacia el futuro por esas mismas razones, como sería la aspiración planteada en recurso de anulación, de ordenar a la demandada que cumpla el contrato, que es innecesario porque es algo inherente a la ejecución de buena fe de todo contrato.

3. En consecuencia, el cargo planteado no puede prosperar, pues en las consideraciones del laudo se advirtió la razón por la cual no puede prosperar ese pequeño segmento de las pretensiones de la demanda transcrito anteriormente, aunado a que en la parte resolutive específicamente fue denegada esa solicitud en el numeral décimo séptimo al “*denegar las demás pretensiones y condenas de la demanda, tanto principales como subsidiarias*” (se resalta); luego no hay fallo omisivo o diminuto (*citra petita*) en ese punto.

CAUSAL 9ª DE ANULACIÓN: CARGOS PRIMERO Y SEGUNDO (CILCC S.A.S.)

Esta otra recurrente fundó su inconformidad con el laudo, centralmente, en que los árbitros declararon que la demandada incumplió con el contrato porque fijó unilateralmente cupos máximos de carga para el resto de 2017, sin embargo, omitió condenar al pago de perjuicios so pretexto de no haberse formulado pretensiones en tal sentido.



No obstante, anotó, esas solicitudes sí se efectuaron y son las previstas en los numerales 2° a 9°, 11 a 18, 20 a 23, 25 a 26, 28, 30 a 32 y 34 del acápite de pretensiones de condena, puesto que en cada una de ellas se hizo expresa mención del hecho de la demanda en que se fundamenta y la prueba que la soporta, remisiones a otros apartes del libelo demandatorio que permiten entender que son peticiones correlativas a la declaración de incumplimiento a la que accedió el Tribunal de Arbitramento, a quien se le puso de presente esta circunstancia mediante memorial de aclaración y adición del laudo, el cual fue resuelto con persistencia en ese yerro.

De otro lado, en el segundo cargo de esta acusación, alegó que la pretensión trigésima segunda, de responsabilidad de la demandada por la imposibilidad de las demandantes en exportar 30.000 toneladas de carbón a Arabia Saudita para el cliente Gulf Ferro Alloys Company Sabayek, no se observa que fue resuelta en la parte motiva ni en la resolutive del laudo arbitral, en tanto que no hubo pronunciamiento sobre los hechos ni las pruebas alusivas a ellos.

CONSIDERACIONES

1. Ya se resumió que la convocante atribuye al laudo incongruencia con fundamento en el numeral 9° del artículo 41 de la ley 563 de 2012, en el segmento circunscrito de “*no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”, que en su concepto se presentó porque los árbitros omitieron proferir condenas indemnizatorias concernientes a la declaratoria de incumplimiento de la demandada por haber fijado topes máximos de carga según correo de 7 de junio de 2017, y dejar de resolver una pretensión.

2. Evócase que la citadas causales de anulación –formas de incongruencia–, tipifican vicios de actividad (*in procedendo*) que vulneran el principio de congruencia previsto en el artículo 281 del Código General del Proceso, que a su vez es un desarrollo del principio



dispositivo, de cuyo contexto emerge que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades pertinentes, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley, sin que pueda “condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto de lo pretendido, ni por causa diferente a la invocada en ésta”.

La Corte Suprema de Justicia⁵ ha elucidado que el yerro en este sentido debe surgir al comparar el fallo con las pretensiones y los hechos de la demanda o los hechos que configuran excepciones, para determinar si hay desarmonía clara entre aquél y estos aspectos, desde luego que en el cotejo no es dable examinar errores sustanciales o de juicio. La falta de consonancia entre lo pedido y lo resistido, se configura cuando, como reiteradamente ha explicado la jurisprudencia, la sentencia es excesiva por proveer más de lo pedido (*ultra petita partium*); o cuando provee sobre peticiones no formuladas por las partes o por hechos distintos de los invocados en la demanda (*extra petita partium*); o en el evento en que la sentencia es diminuta u omisa por dejar de pronunciarse sobre peticiones de la demanda o sobre excepciones formuladas por el demandado o que debe reconocer de oficio (*citra o minima petita partium*).

3. En desarrollo de ese postulado, carecen de sustento los cargos de anulación aducidos por esta otra recurrente, de examinar que el tribunal de arbitramento decidió las pretensiones y defensas.

De cara a las relacionadas con la granulometría incumplida por las actoras así como otras infracciones de la demandada, profirió sendas decisiones en concreto, al tiempo que denegó todas las demás (ord. 17°

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, entre otras, sentencias civiles de 29 de agosto de 2000 (Exp. C-5380), 4 de septiembre de 2000 (Exp. 5602), SC del 21 de octubre de 2003 (Exp. 7486), 7 de junio de 2005 (Rad. 528353103001-1998-01389-01), SC1662-2019 de 5 de julio de 2019.



de la parte resolutive), con apoyo en argumentos específicos para unas en particular y generales o envolventes para la negativa de las.

Repárese que el laborío de los jueces arbitrales no puede tildarse de inconexo porque sólo hubieren prosperado algunas pretensiones, en la medida en que la congruencia consiste en analizar y resolver las súplicas y demás extremos de la litis, pero no necesariamente acceder a todas ellas, por cuanto es posible que el éxito sólo acompañe a algunas peticiones o excepciones, e inclusive que no asista a ninguna.

Conexo con ese tópico son aplicables los argumentos esbozados por este Tribunal para resolver los cargos primero, segundo y tercero de otra causal aducida en el recurso de LCC Group Limited, que era por fallo en conciencia o equidad, puesto que los cargos ahora bajo análisis, se fundaron en similares cuestionamientos aunque con base en otro pretexto de anulación -incongruencia-, que es igualmente improcedente.

En esa dirección, cumple reafirmar que el juez arbitral fue claro en que por el incumplimiento de la demandada al fijar topes máximos de carga, no encontró “*pretensiones correlativas de condena*” por las cuales pudiera “*decretar indemnización alguna*”, aspecto que por sí mismo es la motivación que resolvió esa cuestión sujeta al arbitramento.

Ahora bien, tampoco puede aducirse que el juez habilitado por las partes, dejó sin resolver la súplica trigésima segunda, relacionada con uno de los incumplimientos que en la demanda se achacaron a la demandada, porque dicho juez, ya fue apuntado, denegó todas esas pretensiones, con argumentos específicos y generales. Luego, en buenas cuentas carece de cimiento la acusación por fallo omisivo, pues lo más importante es que el juez arbitral decidió todas las pretensiones, cualquiera que fuera la decisión, pero las decidió.

Pierde el tiempo, recálcase, quien acusa un fallo de disconforme por la calidad o cantidad de motivaciones contenidas en la parte considerativa, por ser claro que si el juez en su decisión, *verbi gratia*, deniega las



pretensiones o las excepciones, resuelve sobre ellas, así en últimas el recurrente considere que la interpretación pueda tener defectos, por supuesto que en evento afín la impugnación no fundaría incongruencia que, cual quedó visto, es yerro de procedimiento. A lo sumo se referiría a yerro de juicio (*in iudicando*), relacionado con el dispositivo jurídico sustancial, así como valoraciones probatorias, pifias extrañas al recurso de anulación, cual se dijo.

Con razón señaló Hernando Morales Molina, la incongruencia “*nunca puede recaer en materia de motivación, porque la causal segunda se refiere al fallo excesivo, incongruente u omiso, puntos que inciden exclusivamente en la resolución. La Corte dice: ‘para saber si hay incongruencia, y en consecuencia, hallar asidero a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutive del fallo, según doctrina constante de la Corte, quien además añade que la causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo’ (LXXVIII, 882)”⁶ (resaltado es del texto).*

En compendio de este recurso extraordinario de anulación, conclúyese que el juez arbitral no desbordó el cauce jurídico de sus competencias, en torno a las pretensiones y defensas, puesto que su actividad jurídica y probatoria transitó por la senda de los hechos controvertidos y el derecho que razonablemente consideró aplicable al litigio para el que las partes lo habilitaron.

Por consiguiente, como las causales de anulación presentadas no desvirtúan la presunción de validez que acompaña al laudo arbitral, hácese necesario declarar infundado el recurso, y condenar en costas a cada uno de los recurrentes -convocantes- (arts. 43 de la ley 1563 de 2012, 365, num. 1º y 6º del CGP).

⁶ Técnica de casación civil, 2ª. edición; Bogotá, ediciones Rosaristas, 1983, página 186.



DECISIÓN

Con base en lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República Colombia y por autoridad de la ley, **declara infundados** los recursos de anulación propuestos por los convocantes contra el laudo arbitral de fecha y procedencia anotadas.

Condénase en costas a ambos recurrentes. Para su valoración el magistrado ponente fija como agencias en derecho la suma de \$9.000.000 a cargo de LCC Group Limited y de \$4.000.000 a cargo de CI LCC S.A.S. (arts. 366 del CGP y 5, numeral 9, del acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura).

Este documento es válido con firma digitalizada de cualquiera de los magistrados y su aprobación por correo electrónico, según los arts. 11 del Dec. 491/2020, 6 del Acuerdo PCSJA20-11532 y pertinentes.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO

IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA

MAGISTRADO

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

MAGISTRADA

RV: REENVIO APROBACION PROYECTO DEL RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL

Jose Alfonso Isaza Davila <jisazad@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 21/07/2020 6:36 PM

Para: Yesid Salvador Cardenas Baracaldo <ycardenb@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Hola.

También reenvío aprobación de la Dra. Liana Lizarazo, del proyecto de fallo de recurso de anulación de laudo arbitral.

José Alfonso Isaza Dávila

De: Liana Aida Lizarazo Vaca <llizarav@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 21 de julio de 2020 1:16 p. m.

Para: Jose Alfonso Isaza Davila <jisazad@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: REMISION PROYECTO DEL RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL

Respetado Magistrado:

José Alfonso Isaza Dávila

Atendiendo a la directrices de teletrabajo autorizadas mediante el Acuerdo PCSJA20-11517 complementado por el acuerdo PCSJA20-11518, y conforme a lo lineamientos previstos en la ley 527 de 1999, por medio del presente correo electrónico manifiesto como Magistrada **la aprobación al proyecto sometido a estudio**, referente al expediente No. 110012203000-2019-02055-00 Demandante: CI LCC S.A.S. y otro Demandado: Puerto Brisa S.A.

Esta aprobación suple la firma, y hace parte integral de la decisión.

Cordialmente,



LIANA AIDA LIZARAZO VACA
Magistrada

De: Jose Alfonso Isaza Davila <jisazad@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: lunes, 29 de junio de 2020 10:29

Para: Liana Aida Lizarazo Vaca <llizarav@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Ivan Dario Zuluaga Cardona <izuluagc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Yesid Salvador Cardenas Baracaldo <ycardenb@cendoj.ramajudicial.gov.co>

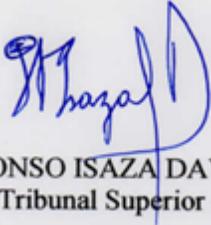
Asunto: REMISION PROYECTO DEL RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL

Apreciados colegas, buen día.

Adjunto les remito el proyecto de laudo de arbitral, anunciado en Sala de 21 de mayo anterior. El recurso comprendió el estudio de dos recursos con siete causales de anulación y por eso parece extenso, razón por la cual hubo necesidad de hacer varios borradores, con el fin de que fuera lo más claro y abreviado posible.

También anexo archivo comprimido de algunas piezas específicas del expediente.

Este mensaje desde el correo institucional debe tenerse como parte de la decisión, habida cuenta las circunstancias de dicho trabajo en línea. Anexo firma copiada o digitalizada del suscrito servidor judicial, según los arts. 11 del Decreto 491 de 2020, 6 del Acuerdo PCSJA20-11532 y demás normas pertinentes.



JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA
Magistrado Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

RV: APROBACIÓN PROYECTO DEL RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL

Jose Alfonso Isaza Davila <jisazad@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 9/07/2020 8:07 PM

Para: Yesid Salvador Cardenas Baracaldo <ycardenb@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Hola Yesid.

Reenvío aprobación del recurso de anulación por parte del Dr. Iván Darío Zuluaga, que así ya tiene los votos necesarios, aunque debemos esperar un poco la otra respuesta, estemos pendiente.

José Alfonso Isaza Dávila

De: Ivan Dario Zuluaga Cardona <izuluagc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 9 de julio de 2020 10:38 a. m.

Para: Jose Alfonso Isaza Davila <jisazad@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: APROBACIÓN PROYECTO DEL RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL

Magistrado ponente:

JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA

Recibe cordial y respetuoso saludo.

Me permito manifestarle, que por medio de este correo electrónico, **apruebo en su totalidad** el siguiente proyecto de sentencia dentro del recurso de anulación de laudo arbitral:

Radicación: 110012203000-2019-02055-00 (T 5. F 281 Exp. 5056)

Demandante: CI LCC S.A.S. y otro

Demandado: Puerto Brisa S.A.

Proceso: Arbitral

Recurso: Recurso de anulación

Decisión: declarar infundados los recursos de anulación.

Este correo contiene la firma escaneada, tal y como lo permitió el artículo 11 del Decreto legislativo 491 de 2020.

Atentamente;

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Iván Darío Zuluaga Cardona', with a stylized flourish at the end. The signature is written over a faint, light-colored rectangular stamp or watermark.

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Magistrado Sala Civil Tribunal Superior de Distrito de Bogotá D.C.

Sobre la presunción de autenticidad de la información remitida por correo electrónico, ver las siguientes normas:

- DECRETO LEGISLATIVO 491 DE 2020. ARTÍCULO 11
- CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. ARTÍCULO 103
- LEY 527 DE 1999. ARTÍCULOS 1, 5 y 7
- ACUERDO PCSJA20-11518 16 de marzo de 2020. ARTÍCULOS 1 Y 2. Suspensión de términos y Trabajo en casa.
- ACUERDO No. PCSJA17-10715 Julio 25 de 2017. ARTÍCULO DIECIOCHO. USO E IMPLEMENTACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES.
- DECRETO 806 de 2020.

De: Jose Alfonso Isaza Davila <jisazad@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: lunes, 29 de junio de 2020 10:29

Para: Liana Aida Lizarazo Vaca <llizarav@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Ivan Dario Zuluaga Cardona <izuluagc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Yesid Salvador Cardenas Baracaldo <ycardenb@cendoj.ramajudicial.gov.co>

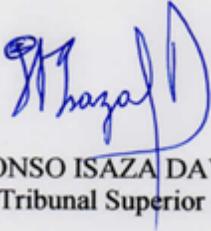
Asunto: REMISION PROYECTO DEL RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL

Apreciados colegas, buen día.

Adjunto les remito el proyecto de laudo de arbitral, anunciado en Sala de 21 de mayo anterior. El recurso comprendió el estudio de dos recursos con siete causales de anulación y por eso parece extenso, razón por la cual hubo necesidad de hacer varios borradores, con el fin de que fuera lo más claro y abreviado posible.

También anexo archivo comprimido de algunas piezas específicas del expediente.

Este mensaje desde el correo institucional debe tenerse como parte de la decisión, habida cuenta las circunstancias de dicho trabajo en línea. Anexo firma copiada o digitalizada del suscrito servidor judicial, según los arts. 11 del Decreto 491 de 2020, 6 del Acuerdo PCSJA20-11532 y demás normas pertinentes.



JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA
Magistrado Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

**República de Colombia
Rama Judicial**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADO PONENTE: **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001 31 99 002 2018 00214 01**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **SANDRA BEATRIZ MARTÍNEZ GONZÁLEZ**
DEMANDADOS : **BDM S. A. CLAUDIA PATRICIA, CESAR
ANDRÉS, DIANA MARCELA MARTÍNEZ
GONZÁLEZ**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA.**

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el extremo demandante, en contra de la sentencia pronunciada el ocho (08) de agosto de dos mil diecinueve (2019), por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades de Colombia, en el asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1. A través de la cuerda verbal, la parte accionante pidió la declaratoria de nulidad de algunas de las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de BDM S. A., durante la reunión celebrada el 21 de marzo de 2018, por “*abuso del derecho de voto (MAYORÍAS) en su aprobación*”. Entre las determinaciones tomadas por el máximo estamento social que fueron censuradas están: **i)** la aprobación del informe de gestión del gerente y la junta directiva; **ii)** la aprobación de los estados financieros; **iii)** el aumento del capital autorizado, la autorización e instrucción a la junta directiva para que emitiera y

colocara el 100% de las acciones en reserva de la sociedad, la cual también atacó por ilicitud en el objeto; **iv)** la decisión de negar el inicio de una acción social de responsabilidad en contra de los administradores; y **v)** la conformación de un bloque mayoritario, por parte de Claudia Patricia Martínez González, César Andrés Martínez González, Diana Marcela Martínez González, Inversiones Crest S. A. y Sagrotan S. A., para votar la totalidad de las decisiones controvertidas, mediante el abuso de su derecho de voto, en contra de los intereses de la demandante.

2. Dentro de la oportunidad concedida, las sociedades Agropecuaria de Beltrán Sagrotan S. A. e Inversiones Crest S. A. se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, y, para tal efecto, formularon las excepciones de mérito denominadas "*Inexistencia de abuso del derecho*" e "*Inexistencia de bloque mayoritario*".

A su turno, la empresa BDM S. A. se pronunció frente a las aspiraciones elevadas por la actora, planteando como defensa meritoria la "*Falta de legitimación por pasiva*" (fls. 639 a 648, cdno. 3).

En la etapa correspondiente, los demandados Cesar, Claudia y Diana Marcela Martínez González propusieron como medios de enervación: "*Inexistencia del abuso del derecho de voto*", "*Inexistencia del bloque mayoritario*", y "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*" (fls. 652 a 677, 789 a 816 y 874 a 898, cdno. Ppal).

II. LA SENTENCIA APELADA

1. Agotado el trámite de rigor, la delegatura de cognición puso fin a la primera instancia, dictando sentencia desestimatoria de las pretensiones elevadas por la parte demandante, con soporte en las argumentaciones que pasan a compendiarse así:

Que la demanda estuvo orientada a alcanzar la declaratoria de nulidad de varias de las determinaciones tomadas por la asamblea general de accionistas de BDM S. A., durante la reunión celebrada el 21

de marzo de 2018, las cuales corresponden específicamente a: **i)** la aprobación del informe de gestión del gerente y la junta directiva; **ii)** la aprobación de los estados financieros; **iii)** el aumento del capital autorizado, la autorización e instrucción a la junta directiva para que emitiera y colocación del 100% de las acciones en reserva de la sociedad; **iv)** la decisión de negar el inicio de una acción social de responsabilidad en contra de los administradores; y **v)** la conformación, por parte de los demandados, de un bloque mayoritario para votar la totalidad de las decisiones controvertidas, mediante el abuso de su derecho de voto y en contra de los intereses de la actora.

De acuerdo con este marco pretensivo, el funcionario *a quo*, inauguralmente, señaló que la demandante no logró demostrar el error o imprecisión relativos al contrato de servicios de vigilancia que afectara el informe de gestión o los estados financieros. *Contrario sensu*, atisbó que ella misma autorizó la contratación de la empresa de vigilancia; sin que se hubiere señalado lugar de prestación del mentado servicio, por lo que, al no tener claridad sobre lo ocurrido con la citada prestación acordada, no le era posible establecer si hubo alguna irregularidad en el informe de gestión o en los estados financieros que, con su aprobación, hubiera representado algún tipo de perjuicio para la demandante o BDM S. A., o una ventaja injustificada para los enjuiciados.

Frente al contrato de cuentas en participación y la inversión en el proyecto "SPACE Misión Espacial", llamó la atención en que, según las piezas suasorias recaudadas en el plenario, BDM S.A. participó en dicho negocio a través del mentado vínculo contractual en el año 2017, encontrándose autorizada por el máximo órgano social para realizar la inversión descrita, durante la reunión llevada a cabo el 26 de mayo del mismo año, aval expresado por decisión mayoritaria de los accionistas de dicha sociedad, habilitados para votar.

Sobre este punto aclaró que, pese a tenerse una proyección de rentabilidad por el mentado negocio, se encontró probado que, por motivos ajenos a las partes, la exposición objeto del contrato debió ser cancelada antes de tiempo, por lo que BDM S. A. no tuvo una opción

distinta a la de afrontar la pérdida de las ganancias esperadas, así como el pago de otras obligaciones contractuales que le correspondían, aun cuando el proyecto no se realizó a cabalidad.

Asimismo, precisó que la convocante no señaló, ni acreditó, la existencia de un perjuicio en su contra, o frente a la compañía, ni menos una ventaja injustificada que surgiera como resultado de la aprobación del informe de gestión y de los estados financieros de BDM S. A.

De otra parte, aclaró que una cosa es la actuación de los administradores sociales, el resultado de la gestión, y otra muy distinta el cumplimiento de los requisitos legales del informe de gestión, los estados financieros y la decisión de ratificar los mentados ejercicios gerenciales, por parte del máximo órgano social, sin que tal aprobación, para los accionistas, implicara su satisfacción frente a los resultados obtenidos; máxime cuando la corrección de dichos pliegos, ante una eventual trasgresión a la ley tributaria, correspondería al revisor fiscal de la compañía y a los administradores; por lo que la responsabilidad sobre el particular no puede atribuirse, sin más, a los socios que no necesariamente cuentan con los conocimientos necesarios para identificar este tipo de falencias técnicas.

En torno a la posibilidad de iniciar acciones legales frente a los regentes de turno, debido a lo ocurrido con el proyecto "*SPACE Misión Espacial*", y el contrato de cuentas de participación que lo soportó, anotó que ello se trató simplemente de un negocio en que BDM S. A. fue parte, cuyos resultados, aunque desfavorables para la compañía, fueron registrados en su contabilidad y comunicados a los accionistas en varias ocasiones, incluyendo la reunión ordinaria del año 2018; lo que quiere significar que la intervención en la citada negociación aparejaba una inversión planeada por los administradores, aprobada por los accionistas, sin ninguna otra intención subyacente, y sus resultados fueron registrados tanto en los estados financieros, como en el informe de gestión sometidos a consideración del órgano social.

Respecto de los demás reparos elevados en relación con los estados financieros y el informe de gestión, atinentes a los altos gastos de administración, así como a la fijación de los salarios del gerente y el director financiero, destacó que los aludidos ejercicios gerenciales deben reflejar la realidad de la compañía y la gestión de los administradores, independientemente del juicio que sobre éstos llegaren a tener los accionistas.

De otra parte, resaltó que a pesar de que la demandante tuvo motivos para oponerse y controvertir la fijación de salarios del gestor de la compañía y su financiero, tal decisión no es materia del presente proceso.

Finalmente, apuntó que no se logró demostrar que la aprobación de las decisiones confutadas haya generado un perjuicio para la activante, una ventaja injustificada para los demás accionistas o un tercero, ni que la aprobación se dio con una intensión lesiva en su contra; por lo que, al margen de que la impulsora pudiera tener razones para disentir de la forma en la que se ha estado dirigiendo la empresa, resulta insuficiente que las decisiones atacadas fueren contrarias a sus intereses, y éstas pudieren considerarse abusivas.

III. LA IMPUGNACIÓN

1. La parte accionante resistió la indemnidad del fallo emitido, planteando las siguientes inconformidades:

“(...) [E]n la sentencia emitida por el despacho dentro del presente proceso, no relaciona en absoluto, en primer término, la ausencia al proceso de la demandada DIANA MARCELA MARTÍNEZ GONZÁLEZ, a quien se le impuso sanción pecuniaria (...), pero no se dio aplicación al contenido del artículo 205 del C.G.P., sobre la sanción procesal, la cual deviene en la confesión presunta por su parte de los hechos susceptibles de confesión, en ausencia de interrogatorio escrito, (...) medio probatorio no (...) analizado por el despacho en cumplimiento de lo establecido en el artículo 176 del C. G. del P., (...) por ende falla el despacho y por lo menos en cuanto a la posición de esta

demandada, no era susceptible la declaratoria de absolución, ni la imposición de costas a su favor."

Recalcó que el sentenciador realizó una valoración probatoria al margen de los lineamientos legales, por no asignar el mérito que corresponde a cada uno de los elementos de persuasión que componen el plenario, amén de que tampoco relacionó dichas piezas procesales con cada uno de los argumentos expresados como fundamento del fallo proferido.

Apuntaló que no se hizo mención ni se verificó lo manifestado por la parte demandante en el alegato de conclusión, sobre la indebida representación de las acciones de Crest, dado que el mandato conferido al abogado que las representó no contó con autorización de la Junta directiva, en violación de lo establecido en el artículo 185 del C. de Co. en su inciso final; aunado a que los representantes legales de estas compañías no tenían facultades legales para delegar o nombrar apoderados para representar las sociedades en estos actos de accionistas, irregularidad que, a su juicio, nulita las decisiones objeto de esta demanda.

Adicionalmente, arguyó estar demostrado en el proceso que Claudia y Cesar Martínez fungieron como miembros de las juntas directivas de las demandadas BDM, Crest y Sagrotran, y que las aportaciones accionarias de las reseñadas empresas no tenían otro efecto que diluir la participación de Sandra Martínez a la hora de votar en las asambleas y manipular las votaciones a través de las personas jurídicas, como ocurrió en la asamblea cuestionada.

Añadió no haberse considerado por el juzgador que Claudia, Sandra y Cesar Martínez, declararon bajo la gravedad de juramento que en dicha sesión no se les informó sobre el proyecto "Space", ni el participe gestor "Making Marketing Soluciones", por lo que se ocultó la información a la parte demandante. Tan solo, en la sesión del 21 de marzo de 2018, se comunicó el fracaso de la inversión aprobada de \$200'000.000,00, y un pago adicional de \$51'000.000,00, sin autorización, a título de pérdidas.

Anotó que Diana Martínez, Sagrotan y Crest aprobaron el informe de gestión y los estados financieros, no obstante que la pérdida de \$251'000.000,00, no debió asentarse contablemente como una cuenta por cobrar, sino como una inversión temporal; por lo que se configura el perjuicio a la compañía y al accionista, al votarse en forma abusiva la aprobación de los estados financieros y el informe, a fin de salvaguardar la responsabilidad de los administradores.

En torno al adelantamiento de la acción de responsabilidad en contra de los gestores societarios, criticó no haberse tenido en cuenta el incumplimiento del contrato de cuentas de participación, respecto de las pólizas de seguros establecidas en la "*cláusula vigésima sexta*", temática sobre la cual los administradores Claudia y Cesar Martínez no pudieron responder, lo que constituye prueba de la negligencia en el cargo ejercido, proceder que da lugar a predicar el detrimento a la empresa en ese negocio.

Agregó que el fallador analizó superficialmente la no aprobación de adelantar la acción de responsabilidad contra los administradores, por el proyecto "*Space*", desconociendo, entre otras cosas, la corta vida de operación de gestora Making Marketing S.A.S. y el monto de capital que lo constituía, ya que, a su parecer, está probado en el proceso que hubo pérdida en el reseñado negocio por negligencia de los administradores, y, en ese sentido, sí debió investigarse la actuación de los directivos, máxime cuando el descalabro financiero ascendió a \$251'000.000,00, y no se llevó a cabo ninguna acción para buscar recuperar la inversión; situación que claramente pone de relieve el abuso del manejo del voto para negar el impulso a la precitada acción de responsabilidad de los regentes de la empresa de marras.

Al finalizar, expresó su descontento sobre la condena en costas impuesta a la demandante, toda vez que el monto decretado, \$24'843.480,00, no aparece causado en el *sub lite*, lo cual considera atentatorio de lo establecido en el artículo 365 del C. G. del P.

2. Dentro de la oportunidad de que trata el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, el procurador de la parte activante ahondó en los reparos inicialmente manifestados, los cuales, esencialmente, versan sobre **i)** la ausencia de la convocada Diana Marcela Martínez González y las consecuencias procesales que ello conlleva; **ii)** la indebida valoración probatoria de los diferentes medios de persuasión; **iii)** la representación irregular de las sociedades querelladas en la reunión social en la que se adoptaron las decisiones criticadas; **iv)** la intención de diluir la participación social de la actora por parte de Claudia y Cesar Martínez González al hacer parte de la junta directiva de las empresas encartadas; **v)** el ocultamiento de información a los accionistas sobre el proyecto "Space"; **vi)** La aprobación de los estados financieros y el informe de gestión a pesar de la pérdida de \$251'000.000,00; **vii)** la no aprobación de la investigación a los directores de la sociedad BDM, obviando el incumplimiento del contrato de las cuentas en participación, en torno a las pólizas que debieron constituirse, la vinculación en dicho contrato sin tener en cuenta la experiencia del socio gestor, así como la inacción para recuperar la inversión realizada; **viii)** la negligencia de la dirección de la compañía de BDM, la cual llevó al descalabro financiero con el fracaso del negocio "Space"; y **ix)** La condena en costas impuesta.

3. A su turno, al descorrer el traslado correspondiente, las encartadas Diana y Marcela Martínez González, así como la sociedad BDM S. A., se pronunciaron puntualmente sobre cada uno de los reparos elevados por la apelante, adoptando una postura opuesta a la del extremo demandante, replicando, *grosso modo*, que, **i)** al haber un litis consorcio necesario entre los enjuiciados no es posible aplicar las consecuencias procesales de que trata el numeral 4° del artículo 372 del C. G. del P., y, con todo, tal hecho no es determinante para dirimir el litigio, dado que tal comportamiento debe apreciarse conjuntamente con las demás pruebas; **ii)** en torno a la apreciación probatoria, confutó que ésta no luce arbitraria, puesto que el ejercicio judicial se basó en la sana crítica de los distintos medios de convicción y los hechos del litigio; **iii)** frente a la indebida representación, destacó que ésta no está

contemplada en los estatutos sociales ni en la normatividad que regula la materia; que el artículo 185 del C. de Co., no hace mención a la referida facticidad, ni fue un asunto ventilado en el pliego introductor; **iv)** respecto del abuso del derecho al voto, anotó que sí se brindó la información necesaria sobre el proyecto "Space", lo que, en últimas, sería irrelevante, tras no haberse demostrado los elementos constitutivos de abuso del derecho al voto; que los estados financieros deben reflejar el real estado de la empresa, como aconteció en el caso en ciernes, sin que éstos requieran aprobación por la asamblea de socios.; **v)** dentro del proceso no se discute la responsabilidad de los regentes, por lo que estaría vedado al juez escudriñar en ese aspecto; **vi)** si hubo un pronunciamiento concreto sobre el incumplimiento del contrato en cuentas de participación, y no se puede dejar de lado que todo negocio acarrea un riesgo, y si éste se materializó adversamente, no puede endilgarse ineludiblemente a los administradores; **vii)** en lo atañadero a la condena en costas, adujeron que ésta se fijó conforme a los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, por lo que tal censura no tiene vocación de éxito.

IV. CONSIDERACIONES

1. Encontrándose reunidos los presupuestos procesales para emitir el fallo correspondiente a esta instancia, sin que se avizore algún vicio con la entidad para invalidar lo aquí rituado, se hace necesario anotar, de manera preliminar, que esta Sala se ocupará en examinar, exclusivamente, los motivos de desencuentro demarcados por la parte opugnante, acatando los lineamientos del inciso 1º del canon 320 del Código General del Proceso, reparos que, en esencia, se contraen a insistir en la viabilidad de las pretensiones elevadas.

2. Dicho esto, bien pronto se advierte la desestimación de las pretensiones 1.1; 1.2; 1.5.; y 1.6., del libelo genitor en contra de Claudia Martínez González, las cuales se refieren a la invalidez de la decisión por medio de la cual se aprobó el informe de gestión, los estados financieros, el adelantamiento de la acción de responsabilidad

contra los administradores de la sociedad BDM S. A. y “la conformación de un bloque mayoritario para votar la totalidad de las decisiones impugnadas, en aplicación del abuso del derecho de voto”, toda vez que, según las constancias contenidas en el acta No 49 de la asamblea general de accionistas de BDM, visibles a folios 62v, 64, y 67v, del cuaderno 1º, ella no participó en la votación de dichos asuntos; lo que, de suyo, impide estudiar la procedencia de las comentadas solicitudes en su contra.

La misma suerte corren las aspiraciones 1.1; 1.2; 1.5; y 1.6., respecto de Cesar Martínez González, puesto que él no hizo parte de la toma de decisiones que correspondió a la aprobación del informe de gestión, los estados financieros y el adelantamiento de la acción de responsabilidad propuesta contra los administradores de la sociedad BDM S. A., situación que imposibilita analizar si, por su parte, hubo un abuso del derecho al voto, y, de contera, si él conformó un bloque mayoritario en detrimento de los intereses de la demandante, puesto que el convocado no intervino en la toma de las glosadas determinaciones, lo que también puede corroborarse en el contenido del acta confutada, militante a folios 62v, 64, y 67v, del cuaderno principal.

3. En ese orden de ideas, las pretensiones 1.1., 1.2., 1.5., y 1.6., se estudiarán solo respecto de Diana Marcela Martínez González, Inversiones Crest S. A. y Sagrotan S. A., teniendo en cuenta que las alusivas accionistas fueron quienes participaron en las decisiones aquí recriminadas; en tanto que la pretensión 1.4. se examinará frente a todos los demandados, al ser la única proposición que ellos, en su totalidad, ejercieron su derecho al voto.

4. Delimitado de esta manera el escenario conflictual, en el *sub judice* se observa que el reclamo pretensivo está soportado, esencialmente, en el abuso del derecho al voto de los enjuiciados, eventualidad jurídica que para salir avante exige, de un lado, la plena “(...) **demostración de que el ejercicio de esa prerrogativa causó un perjuicio al ente jurídico o a uno de sus asociados, o de él se obtuvo un provecho particular indebido,** y de otro lado, que el socio participó de manera voluntaria y consciente para obtener cualquiera de esos resultados (art.

43 Ley 1258/08). Se trata, entonces, de factores de índole objetivo y subjetivo que deben acreditarse de consuno [C 090 de 2014]”¹ (Resaltado propio).

En ese sentido, la doctrina nacional autorizada ha sostenido que “[l]a Ley 258 de 2008 incluyó una norma específica acerca del abuso del derecho, con el propósito de sancionar el voto abusivo, es decir, **aquel que contrariando el interés de la sociedad busca favorecer a unos accionistas en detrimentos de otros** (...) Así mismo, el nuevo estatuto menciona las modalidades de abuso de mayoría, de minoría y de paridad. Existe entonces abuso de mayoría, cuando las decisiones que se adoptan en el seno del máximo órgano social buscan **restablecer beneficios en favor de los socios mayoritarios**, en detrimento del equilibrio jurídico entre sus miembros”.² (negritas fuera del texto original).

4.1. Partiendo del contexto antes descrito, en el presente asunto se tiene que la aprobación del informe de gestión y los estados financieros fueron decisiones recriminadas por la impulsora de este juicio, con apoyo en la presunta irregularidad en el registro de los arrendamientos percibidos por la bodega alquilada a la sociedad Takedo, el pago del servicio de vigilancia prestado por la empresa Securitas, y el descalabro económico sufrido por la compañía BDM en el proyecto “Space”, que ascendió a la suma de \$251’000.000,00.

4.1.1. En torno al primer punto, nótese que el informe de gestión presentado a la asamblea de accionistas registró unos ingresos a título de arrendamiento de la Bodega ubicada en la Carrera 36 No 14-05, Zona Industrial de Puente Aranda; aspecto resistido por la pretensora, dado que, según su dicho, en enero de 2017 no aparece el pago del canon respectivo; en octubre y en diciembre de la anualidad referida se cubrieron montos de diferente valía, lo que le causa extrañeza, por cuanto varios miembros de la junta directiva de BDM son accionistas de la empresa arrendataria, y, según su dicho, el citado ingreso se destinó para solucionar gastos operativos, como el de vigilancia de la compañía arrendataria.³

¹ TSB Sentencia del 27 de octubre de 2017 Exp. 2016 800 213.

² Peña Nossa Lisandro. De las Sociedades Comerciales. Pags. 292 y 293. 8ª Edición.

³ Folio 57 v, cuaderno 1.

Tal cuestionamiento fue absuelto por la gerente de BDM, quien, entre otras cosas, resaltó que el contrato de seguridad con la empresa Securitas corresponde al predio de Mosquera y no a la bodega ocupada por la sociedad Takedo S.A.S.,⁴ lo que también confirmó en la declaración de parte rendida por Claudia Martínez González.

No obstante lo anterior, las afirmaciones elevadas por la parte demandante no aparecen comprobadas en ninguno de los medios de convicción arrimados al plenario. *Contrario sensu*, según las documentales visibles a folios 312 y 857 del expediente, el monto informado por la administradora corresponde a los ingresos ordinarios de la compañía a título de arrendamiento, lo que se avista avalado por el revisor fiscal, quien manifestó que *"he auditado los estados financieros individuales adjuntos por la Compañía BDM S. A., que comprenden el estado de situación financiera a 31 de diciembre de 2017, el estado de resultados integrales, el estado de cambios en el patrimonio neto y estado de flujos de efectivo. (...) Considero que la evidencia de auditoría que he obtenido proporciona una base suficiente y adecuada para mi opinión sin salvedades. En mi opinión, los estados financieros individuales presentan fielmente todos los aspectos materiales, la situación financiera de la compañía (...) a 31 de diciembre de 2017, así como sus resultados y flujos de efectivo correspondientes al ejercicio terminado en dicha fecha, de conformidad con los Decretos 2784 de 2012 y 2615 de 2014, que incorpora las normas internacionales de información financiera"*.

De este modo, al carecer de sustento demostrativo las supuestas anomalías del informe de gestión y los estados financieros criticados, emerge derruida, sin más, la estimación de la declaratoria de nulidad por el abuso del derecho al voto denunciado; amén de que no se avista la causación de un detrimento injustificado al ente jurídico o a sus asociados, en especial, a la demandante, ni tampoco la obtención de un provecho particular indebido que guarde relación con el referido supuesto de hecho, que pueda ser atribuido a la actuación de los conminados.

⁴ Folio 59, *ídem*.

4.1.2. En lo atinente a la pérdida financiera que soportó BDM S. A. en el año 2017, derivado de las resultas del proyecto "Space", lo primero que debe señalarse es que la autorización dada a la gerente para celebrar el contrato de cuentas de participación, correspondiente a la aludida inversión, fue otorgada por el máximo órgano social mediante reunión extraordinaria llevada a cabo el 26 de mayo de 2017, con el voto favorable del 85,73% de las acciones habilitadas para votar en la citada oportunidad; decisión que, además de no encontrarse debatida en este juicio, solo llegó a comprometer el 3% del patrimonio total de BDM S. A., porcentaje del que no se acreditó un impacto desmesurado -ni el grado de incidencia-, en la situación financiera de la empresa.

Sin perjuicio de lo *ut supra* anotado, en dicha acta obra constancia de la información que se puso en conocimiento a los asociados para adoptar esa determinación, evidencia que riñe con las aserciones elevadas por el extremo demandante en el libelo genitor, consistentes en la falta de enteramiento de los pormenores del proyecto y el contrato de cuentas en participación.

Ahora, se si analiza con detalle el informe de gestión cuestionado en esta litis, se advierte claramente la explicación sobre las razones que llevaron a la frustración el proyecto "Space". Al respecto, en el aludido acto social se destacó que *"el gestor del proyecto empezó a notar demoras en el proceso de divulgación de pauta publicitaria por parte del Colsubsidio [aliado comercial estratégico] y de labores de mercadeo. [Que] el plan de medios por parte del gestor se cumplió a cabalidad (aparición en noticieros, vallas publicitarias, paraderos de buses, avisos en periódicos, avisos en revistas, redes sociales, aparición de influenciadores, planes de volanteo, cuñas radiales, grabación de video para you tube, etc. ...) pero por parte de Colsubsidio no se evidenció que hubieran realizado labores de promoción y divulgación, mailing (correos a sus afiliados y beneficiarios), ni visitas por parte de sus colegios, ni actividad comercial por parte de su departamento de ventas"*.

Aunado a lo discurrido en precedencia, en el señalado informe se hizo mención de las cuentas rendidas por la empresa gestora, en las que se consignó que desde el 4 de agosto de 2017, el IDRDR avisó a Colsubsidio sobre la no renovación del contrato de comodato del predio donde se llevó a cabo el proyecto en una fecha anterior a la firma del convenio, por lo que el cierre intempestivo de la exposición se atribuyó al ocultamiento de información de la Caja de Compensación, así como al incumplimiento de la relación contractual existente entre las sociedades participantes.⁵

Estas manifestaciones confrontadas con el reflejo probativo de las documentales visibles a folios 950 a 1224 del plenario, permiten entrever que, a pesar de que el resultado final de la inversión autorizada por la asamblea en el proyecto "Space", en efecto trajo pérdidas económicas para BDM S. A., la aprobación del informe de gestión presentado no se otea como una intención de causar un perjuicio a la empresa o a la activante, ni mucho menos se alcance a percibir que de tal desenlace se hubiere obtenido una ventaja significativa en desmedro de los intereses de la pretensora de esta contienda, toda vez que el deterioro financiero afectó, en pleno, a todos los accionistas, y éste, se reitera, aparece demostrado que devino por la actuación de uno de los aliados estratégicos, quien ocultó información a los demás participantes y desatendió sus compromisos contractuales.

Entonces, si así sucedieron las cosas, el hecho de que no se hubiere investigado a profundidad a la gestora del proyecto, y se omitiera evaluar la trayectoria de ésta en el desarrollo de esta clase de negocios -eventualidades que no fueron materia de comprobación por la parte demandante-, no son aspectos que tengan la entidad para patentizar la materialización de un abuso en el derecho al voto por quienes avalaron el informe de gestión recriminado.

Otro de los reproches en que se fundó la resistencia a la aprobación del informe y los estados financieros fue el asiento contable

⁵ Ver folios 344 a 347, cdno. 2.

que se le dio a la inversión de los \$200'000.000,00, al proyecto "Space" y los \$51'000.000,00, que posteriormente fueron desembolsados, supuestamente, sin autorización del cuerpo asambleario, pues, a juicio del extremo impugnante, este registro es un anticipo, y, por su naturaleza, debió contabilizarse de manera distinta.

Sobre el particular, lo primero que llama la atención es que en el legajo no obra medio de persuasión del cual pueda inferirse que la memorada contabilización habría podido asentarse en diferente modo; amén de que si dichos recursos dinerarios tienen la naturaleza de una inversión -como aparece acreditado en el proceso y lo asegura la actora- esperándose el retorno de los mismos junto a sus respectivas utilidades, al no haberse demostrado idóneamente el indebido registro contable como cuentas por cobrar, no es viable admitir como cierto el mentado reparo.

En segundo lugar, de la lectura al contrato de cuentas de participación militante a folio 787 del cuaderno 4º, cláusula 16.7, se aprecia que BDM se encontraba compelida a cumplir "*con cualquier obligación derivada del contrato y de la ley*", por lo que, ante el compromiso adquirido en el prenotado pacto celebrado, que nació en virtud de la autorización otorgada por la asamblea de accionistas a la administración en el mes de mayo de 2017, no es dable predicar que tal desembolso se efectuó sin el consentimiento del máximo órgano societario, en desmedro de los intereses de la compañía, así como de sus asociados.

Con todo, no puede dejarse de apuntalar que en las presentes diligencias se echa de menos elemento de persuasión del cual pueda desprenderse que la aquiescencia asamblearia manifestada respecto del informe de gestión y los estados financieros, con la inclusión de la merma patrimonial de los \$251'000.000,00, haya generado un intencional perjuicio a la demandante y a la sociedad, que pueda ser atribuido al apoyo de los votantes, o que éstos no correspondieran a las directrices establecidas por los artículos 446 del C. de Co.⁶ y 47 de la Ley

⁶ ARTÍCULO 446 C. de Co. "La junta directiva y el representante legal presentarán a la asamblea, para su aprobación o improbación, el balance de cada ejercicio, acompañado de los siguientes documentos: 1) El

222 de 1995,⁷ para alcanzar a discernir de ellos un ejercicio de voto abusivo; antes bien, lo que aquí se observa es que su inclusión en los mentados ejercicios gerenciales tiene raíz en la realidad de lo acontecido con la empresa en el período de administración que estuvo a cargo Claudia Martínez González.

5. De cara al estudio del abuso del derecho al voto frente a la negativa de la propuesta de no iniciar acciones de responsabilidad en contra de los directores Claudia y Cesar Martínez González, se impone descollar que, según el acopio demostrativo recaudado en el proceso de la referencia, los resultados negativos que entregó la administración de BDM para el año 2017 no se advierten como secuela de la pretermisión de alguno de los deberes contenidos en el canon 23 de la Ley 222 de 1995,⁸ que permita vislumbrar la adopción de una decisión parcializada con el propósito de que los votantes hayan querido favorecer a los implicados y a ellos mismos, en detrimento de los intereses de la demandante.

detalle completo de la cuenta de pérdidas y ganancias del correspondiente ejercicio social, con especificación de las apropiaciones hechas por concepto de depreciación de activos fijos y de amortización de intangibles; 2) Un proyecto de distribución de utilidades repartibles con la deducción de la suma calculada para el pago del impuesto sobre la renta y sus complementarios por el correspondiente ejercicio gravable; 3) El informe de la junta directiva sobre la situación económica y financiera de la sociedad, que contendrá además de los datos contables y estadísticos pertinentes, los que a continuación se enumeran: a) Detalle de los egresos por concepto de salarios, honorarios, viáticos gastos de representación, bonificaciones, prestaciones en dinero y en especie, erogaciones por concepto de transporte y cualquiera otra clase de remuneraciones que hubiere percibido cada uno de los directivos de la sociedad; b) Las erogaciones por los mismos conceptos indicados en el literal anterior, que se hubieren hecho en favor de asesores o gestores vinculados o no a la sociedad mediante contrato de trabajo, cuando la principal función que realicen consista en tramitar asuntos ante entidades públicas o privadas, o aconsejar o preparar estudios para adelantar tales tramitaciones; c) Las transferencias de dinero y demás bienes, a título gratuito o a cualquier otro que pueda asimilarse a éste, efectuadas en favor de personas naturales o jurídicas; d) Los gastos de propaganda y de relaciones públicas, discriminados unos y otros; e) Los dineros u otros bienes que la sociedad posea en el exterior y las obligaciones en moneda extranjera, y f) Las inversiones discriminadas de la compañía en otras sociedades, nacionales o extranjeras; 4) Un informe escrito del representante legal sobre la forma como hubiere llevado a cabo su gestión, y las medidas cuya adopción recomiende a la asamblea, y 5) El informe escrito del revisor fiscal."

⁷ Artículo 47 de la Ley 222 de 1995. INFORME DE GESTION. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 603 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> "El informe de gestión deberá contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación económica, administrativa y jurídica de la sociedad. El informe deberá incluir igualmente indicaciones sobre: 1. Los acontecimientos importantes acaecidos después del ejercicio. 2. La evolución previsible de la sociedad."

⁸ Deberes de los administradores. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En el cumplimiento de su función los administradores deberán: **1.** Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social. **2.** Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. **3.** Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal. **4.** Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad. **5.** Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada. **6.** Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos. **7.** Abstenerse de participar por sí o por interpueta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.

Al respecto, téngase en cuenta que las irregularidades denunciadas en torno a los ingresos por arrendamientos de la compañía, y el presunto traslado de compromisos operacionales de la empresa arrendataria a aquélla, es un asunto carente de prueba, al igual que la posible incidencia del manejo gerencial en el detrimento patrimonial sufrido en el proyecto "Space", circunstancias que permiten inferir que la determinación tomada por la mayoría de los accionistas se aleja del endilgado abuso del derecho de voto ejercido por los participantes.

Ahora, se duele el increpante que la negligencia de la regente social refulge nítida, ante su desconocimiento respecto de las pólizas de seguro que debieron suscribirse con ocasión del contrato de cuentas en participación, y porque la administración criticada ha sido pasiva en la recuperación de los recursos invertidos que se fueron en pérdidas ante el fracaso del negocio.

Sobre ese reproche huelga relieves que si bien la encartada Claudia Martínez González no dio razón sobre la suscripción de las mencionadas garantías en su interrogatorio de parte, en el caso en particular se estableció que el desmedro patrimonial tuvo como pábulo la desatención contractual de Colsubsidio, en su condición de aliado estratégico en el proyecto "Space", y no la actuación de la administración enjuiciada.

De este modo, se concluye que los comportamientos recriminados en poco contribuyen a la estructuración de un ejercicio opresivo del voto de la mayoría de los accionistas al haber negado la propuesta de investigación a sus directores, máxime cuando, en contraposición a las aserciones de la apelante, las documentales visibles a folios 1226 a 1234 del cuaderno 6º dan cuenta de que, en el segundo semestre de 2017, se pagaron varias asesorías legales en relación con el contrato de cuentas de participación, y las inquietudes de los accionistas en torno a la problemática suscitada con la nombrada relación comercial.

En conclusión, estas comprobaciones son las que permiten colegir a este Tribunal que los accionistas conminados en este litigio no emitieron su voto infundadamente ni en deterioro de la estabilidad empresarial, ni de los intereses patrimoniales de sus socios.

6. En lo atañadero a la aprobación a la reforma estatutaria decretada para incrementar el capital autorizado de la sociedad BDM, así como la permisión para emitir y colocar hasta el 100% de las acciones en reserva, se otea que ésta no permite vislumbrar el abuso del derecho de voto de la mayoría de los accionistas o su ilicitud en el objeto, que diluya la participación accionaria de la activante como ella lo insinúa, habida consideración que, según el informe de gestión, los estados financieros correspondientes al año 2017 y las declaraciones rendidas por los demandados, la disposición asamblearia en comento se dio como alternativa más viable para optimizar el flujo de caja de la compañía, si en cuenta se tiene que, de manera concomitante, se discutió la posibilidad de tomar un crédito bancario, empero, ante la exigencia de las entidades financieras de tener como garantes a los accionistas, tal posibilidad no se vio con buenos ojos.

Por tanto, sí fueron sometidas a consideración de los asambleístas varias fórmulas de arreglo para solucionar el problema de liquidez empresarial, y de la escogida por éstos no se acreditó que resultara inconducente, desproporcionada o exagerada para afrontar dicha contingencia, no es posible inferir su ilicitud, ni su desconocimiento de alguna regulación comercial.

Es más, si se miran sosegadamente las cosas, de tal ordenanza no se alcanza a desgajar la obtención de un beneficio para los demandados, por cuanto la inyección de capital por sus propietarios resulta una opción financiera saludable para el ente comercial, en la medida que no compromete patrimonios ajenos, ni genera el pago de réditos por los recursos mutuados, lo que, en últimas, sería más gravoso para la compañía, ante el surgimiento de una obligación para cubrir otros compromisos dinerarios.

En este punto, lo que si se dable percibir es que el descontento de la impulsora radica en que dicha capitalización sea utilizada para cubrir gastos operaciones, entre ellos, el sueldo de los directores de la sociedad, sin parar mientes en que la asignación salarial de estos funcionarios fueron objeto de asentimiento por el cuerpo decisorio de la sociedad en asamblea que no fue rebatida en la actuación en ciernes, por lo que cualquier inconformidad frente a ello se escapa del escrutinio de esta Corporación.

7. Las elucidaciones antes esgrimidas serían suficientes para ratificar la sentencia confitada; no obstante, a fin de dar contestación puntual a cada uno de los reparos manifestados por el extremo apelante, se efectuarán las siguientes consideraciones:

7.1. No hay duda de que conforme a lo previsto en el artículo 205 del C. G. del P. *“[l]a inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito. La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes. Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la inasistencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.”*

Asimismo, tampoco ofrece incertidumbre que, en el *sub examine*, Diana Marcela Martínez González no compareció a la audiencia inicial, por lo que, ante su falta de excusa oportuna y justificable, se hizo acreedora de las sanciones pecuniarias correspondiente, teniendo que soportar, entonces, las consecuencias procesales que su inasistencia acarrea, lo que, en línea de principio, haría presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda; sin embargo, analizando esta consecuencia procesal probatoria junto al

reflejo probativo del restante caudal persuasivo recolectado en el expediente, no se hace viable acceder a la pretensiones en contra de esta convocada, habida cuenta que, *in concreto*, la relacionada presunción aparece desvirtuada con las demás piezas suasorias, amén de que ésta, analizada de manera individual, resulta exigua para tener por ciertos los hechos narrados en el introductor.

Y se sostiene que la relacionada presunción se estima desmentida, toda vez que la aprobación de las decisiones denostadas no se halla surgida de un voto inmoderado, sino acorde con la realidad y conveniencia de la sociedad, mas no de un grupo selecto de participantes, como lo quiere hacer notar la parte demandante, panorama objetivo que sumado a la orfandad suasoria sobre la intención de los votantes de conformar un grupo mayoritario de accionistas, con el propósito de hacer daño a la interesada y a la empresa, vedan la prosperidad de las aspiraciones incoadas.

7.2. En lo atinente a la trasgresión del artículo 185 del C. de Co.,⁹ por parte del apoderado especial de la sociedad Crest, aparentemente porque éste no contaba con la autorización de la junta directiva, aunado que los representantes no se encuentran facultados para nombrar abogados, basta con señalar que la mentada réplica no posee vocación de éxito, dado que dicha facticidad no se encuadra en la disposición normativa invocada, y además carece de soporte probatorio al interior de las diligencias.

7.3. Finalmente, en lo relativo al descontento manifestado frente a la imposición de la condena en costas a la parte actora, se impone acotar que, al tenor de lo establecido en la regla 1ª del canon 365 del C. G. del P., ésta será a cargo del extremo vencido en el proceso, lo que en este caso se da, y, por tanto, es la demandante la llamada a asumir esa consecuencia procedimental.

⁹ INCOMPATIBILIDAD DE ADMINISTRADORES Y EMPLEADOS>. Salvo los casos de representación legal, los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en las reuniones de la asamblea o junta de socios acciones distintas de las propias, mientras estén en ejercicio de sus cargos, ni sustituir los poderes que se les confieran. Tampoco podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de la liquidación.

Ahora, es indiscutible para esta Sala de Decisión que la regla 8ª de la nombrada regulación consagra que “[s]ólo *habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”, premisa que, en puridad, hace referencia a su cuantificación, esto es, al reconocimiento efectivo de los costos económicos resultado del contradictorio, *verbi gratia*, notificaciones, erogaciones por la práctica de pruebas, etc.

No obstante, si la activante no comparte el monto decretado, a tono con lo estatuido en la regla 5ª del artículo 366, *ejusdem*, “[l]a liquidación de las expensas y **el monto de las agencias en derecho** solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas” (Negrilla fuera del texto glosado), reglamentación que pone de relieve la improcedencia de resolver este tipo de controversias en este estadio procesal.

8. En ese orden argumentativo que se trae, emergen frustráneos los reparos formulados por el extremo demandante, lo que sustenta la desestimación de las pretensiones de la demanda, y, por contera, la ratificación de la sentencia atacada.

Ante la forma como fue desatada la alzada, se condenará en costas de esta instancia al extremo demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C. G. del P.

V. DECISION:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

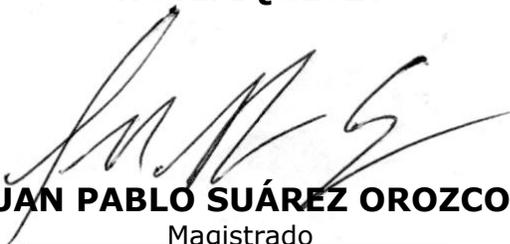
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia pronunciada el ocho (08) de agosto de dos mil diecinueve (2019), por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades de

Colombia, en el asunto del epígrafe, de acuerdo con las argumentaciones esbozadas en el cuerpo motivo de esta providencia.

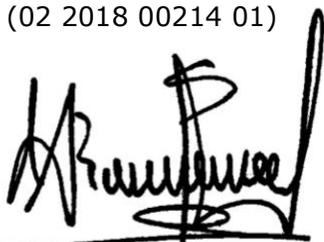
SEGUNDO.- CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a la parte demandante. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho al suma de Dos Millones pesos (\$2'000.000.oo,). Líquidense según los establecido en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO.- Devolver, en oportunidad, el expediente a la oficina de origen.

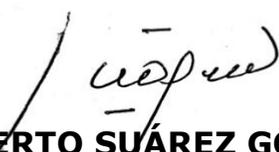
NOTIFÍQUESE



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado
(02 2018 00214 01)



JULIÁN SOSA ROMERO
Magistrado
(02 2018 00214 01)



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado
(02 2018 00214 01)

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrado Ponente: José Alfonso Isaza Dávila

Radicación: 110013199003-2018-01296-01 (exp. 5088)
Demandante: J.C.H. Imágenes IPS SAS
Demandado: Citibank Colombia S.A. y Scotiabank Colpatria S.A.
Proceso: Verbal
Trámite: Apelación sentencia
Apelante: Ambas partes
Audiencia de fallo de 12 de marzo de 2020

Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil veinte (2020).

Decídese el recurso de apelación formulado por ambas partes contra la sentencia de 7 de octubre de 2019, proferida por la Superintendencia Financiera, en este proceso verbal de J.C.H. Imágenes IPS S.A.S. contra Citibank Colombia S.A. y Scotiabank Colpatria S.A.

ANTECEDENTES

1. Pidió la demandante se declare que el banco Citibank es responsable por los débitos no autorizados efectuados el 23 de enero de 2018, en total de \$134.318.000, por incumplir sus obligaciones y vulnerar los derechos del consumidor financiero al no aplicar mecanismos fuertes de autenticación, y, en consecuencia, se le condene a reintegrar ese valor, más perjuicios por \$7.863.000 de intereses remuneratorios que la actora pagó a Gloria Hurtado Grimaldo por un préstamo, honorarios de \$2.343.726 por servicios de Henry Dussán en la reclamación ante el defensor del consumidor financiero de Citibank, los intereses sobre dineros debitados y liquidados a la tasa máxima hasta el reembolso (folios 1 a 12 cuad. 1).



2. Según la demandante, el sustento fáctico se resume en que la demandante es titular de una cuenta corriente en el banco Citibank, hace nueve (9) años.

El 23 de enero de 2018 dicha entidad financiera envió un correo electrónico, en el cual dijo que “*la cuenta corriente terminada en *1187 registró un retiro por transferencia mayor al estipulado por usted. 1/23/018 valor 116.468.000*”, mediante plataforma online, pago PSE, operación que quería verificar.

Expuso que al día siguiente se enteró por teléfono que en aquella fecha se observaron dos (2) transferencias por un total de \$134.318.000, una realizada a las 7:51 p.m. por \$116.468.000, valor dirigido a la DIAN (para el año 2017, periodo 1), la segunda a las 8:27 p.m. por \$17.580.000, monto destinado para Aportes en Línea, por concepto de liquidación de cesantías (clave 800314730787). el día 25 de enero del mismo año, el representante legal de la parte actora instauró la respectiva denuncia penal.

Las transacciones se hicieron sin autorización o confirmación de la cuentacorrentista, además de que fueron anormales, pues superaron el límite de \$100.000.000 para operaciones diarias que fue pactado entre las partes, circunstancia frente a la cual debía procederse al bloqueo automático de la cuenta, sin que así ocurriera. Amanda Monroy, gerente administrativa de la demandante, era la única autorizada para el manejo de la cuenta, quien juró que ella no hizo esos movimientos financieros.

Sostuvo la actora que periódicamente modificaba sus claves para evitar fraudes (el último cambio que hizo fue el 9 de diciembre de 2017 a las 10:09 a.m.), aunado a que las operaciones siempre se hacían en la IP 190.25.172.176 de la sede de la empresa. En cambio, las transacciones cuestionadas se realizaron en la plataforma de “*Citibank online*”, pero desde una IP distinta a la mencionada, a más de que el banco no suministró mecanismos fuertes de autenticación para las operaciones vía internet, como por ejemplo, un token generador de claves aleatorias.



El 28 de enero de 2018 la demandante reclamó al banco el fraude, mediante comunicación “citiphone”, y también por correo electrónico a la Gerente de Banca Pyme, con el fin de obtener el reintegro del dinero. El 8 de marzo de 2018 la entidad financiera respondió negativamente a esa solicitud, porque según su investigación los movimientos son concordantes y cumplen el perfil transaccional, no se realizaron cambios previos de canales para acceder a los servicios y no se evidenció modificación de los datos personales en el sistema.

Agregó que ha sufrido un lucro cesante, porque el dinero sustraído estaba destinado al pago de acreencias laborales, motivo por el que incurrió en un crédito con Gloria Hurtado Grimaldo, a quien le canceló \$7.863.000 por intereses remuneratorios, más \$2.343.726 por los honorarios de Henry Dussán, profesional que presentó la reclamación ante el defensor del consumidor financiero del Citibank.

3. Citibank se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones: *cumplimiento legal y contractual, inexistencia de responsabilidad y de obligación de indemnizar, nulidad relativa, prescripción, falta de derecho del demandante, falta de derecho en contra del demandado, culpa de la víctima, hecho de un tercero, compensación de culpas, cualquier otra que se pruebe* (folios 281 a 303 del cuad. 1).

Sustentó esas defensas en que las operaciones vía internet cumplieron el perfil transaccional, y cualquier irregularidad es imputable a la actora por el cuidado en los medios de pago, en especial con plataformas diferentes a las del banco, como PSE (Pagos Seguros en Línea).

Scotiabank Colpatria S.A. también respondió la demanda de igual manera que su codemandada (folios 373 a 394 del cuad. 1).

4. La Superintendencia Financiera solo acogió como probados los medios defensivos denominados *culpa de la víctima y compensación de culpas*; declaró civil y contractualmente responsables a las demandadas por los perjuicios de la demandante, con las transferencias irregulares,



y las condenó a pagar, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la suma de \$67.159.000, más intereses de mora luego de ese término. Denegó las restantes pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

Para esa decisión, estimó que son hechos probados el contrato de cuenta corriente entre las partes, las dos transacciones de \$116.468.000 y \$17.580.000, realizadas el 23 de enero de 2018, y el correo electrónico por el cual ese mismo día el banco informó al cliente sobre aquella operación de mayor valor, circunstancias por las cuales la demandante presentó reclamación y la correspondiente denuncia penal.

Dijo que según el interrogatorio del representante de la actora y la declaración de su empleada Amanda Monroy, ella recibió un correo sospechoso que intentó abrir en el computador que tenía toda la información de la empresa. También se determinó que los pagos por PSE eran con una clave dinámica OPT, la cual se enviaba al teléfono móvil de dicha señora, y Comcel informó que para ese celular hubo cambio de *simcard* el 23 de enero de 2018, día en que se abrió el correo sospechoso y se hicieron las transacciones fraudulentas, aspectos que acreditan la vulneración de la información por descuido del cliente.

Pero es claro, anotó, que la transferencia de \$116.468.000 es ajena al perfil transaccional, y si bien el Banco informó esa situación vía correo electrónico y trató de comunicarse con el cliente, esto no lo exonera de responsabilidad, porque podía haber evitado esa operación ante la falta de confirmación del cuentacorrentista. Así, la proporción de culpas es del 50% tanto para una como para la otra parte.

Agregó que faltó prueba de los perjuicios invocados por la demandante, pues el contrato de mutuo allegado no tiene relación causal con los perjuicios, dado que aquella no quedó sin fondos, pues recibió recursos que le permitían atender sus obligaciones. En punto de los honorarios



de abogado, no hay prueba de que ese profesional hizo alguna gestión ante el Citibank por los hechos debatidos.

EL RECURSO DE APELACIÓN

En su inconformidad expresó la demandante, en resumen:

a) Hubo valoración indebida de las pruebas, por no estar demostrado que Amanda Monroy abrió un correo electrónico sospechoso, mucho menos que este último tenía un *malware* o virus, por el cual personas inescrupulosas extrajeron información sensible de la compañía y que tal descuido facilitó la consumación del fraude.

b) La sentencia impugnada se limitó a citar la declaración del representante legal de la demandante, quien a lo sumo podría calificarse como testigo de oídas respecto de los hechos concernientes al mensaje electrónico sospechoso. La valoración probatoria debió enfocarse en el testimonio de Amanda Monroy, pues ella dijo que solo reenvió ese correo a personas de contabilidad quienes le advirtieron no manipularlo.

c) Aún si dicha señora abrió ese correo electrónico, en todo caso no se probó la presencia de un *malware* o *software* que robara la información de la computadora, motivo que impide la rebaja de un 50% en la condena de la indemnización de perjuicios.

Citibank presentó los reparos que a continuación se abrevian:

a) Hay pruebas suficientes del actuar diligente del banco, por cuanto tuvo en cuenta el perfil transaccional de datos, usuarios, contraseñas, mecanismos de autenticación, medidas acordadas, frecuencia, montos, los comercios o entidades destinatarias y el método de pago PSE.



b) Las operaciones fueron desde el correo amandamonroy82@hotmail.com, con el usuario y la contraseña asignadas por PSE a la plataforma “*mis pagos al día*”, con la digitación del código OTP enviado al número celular de la demandante, y así, fueron tres procesos exitosos de autenticación con mecanismos fuertes de verificación.

c) Como la demandante no registró una IP fija en el Banco, según la solicitud de productos de la cuenta corriente y el formulario de privilegios, si el fraude fue desde un equipo de cómputo ajeno a la cuentacorrentista, no es un parámetro del perfil transaccional.

d) Las transferencias fueron en época de pagar impuestos y cesantías, con destino a entidades confiables con las que el consumidor financiero se relaciona, como la Dian y Aportes en Línea. Impedir o revertir una operación así, podría acarrear sanciones pecuniarias al cliente.

e) Según varios extractos bancarios y el testimonio de Amanda Monroy, la demandante hacía operaciones mayores a los ochenta millones de pesos, y en el cúmulo de un día podía sobrepasar los ciento diez millones.

En relación con la plataforma PSE para pago de planilla, los valores transaccionales superaban los doce millones. El servicio de pago por PSE (Pagos Seguros en Línea), requiere un correo electrónico y una clave OTP, además del registro de un número celular, mecanismos ajenos a *Citibank Online*.

f) El equipo de monitoreo intentó preguntar a la demandante la veracidad de una transacción electrónica que extralimitó el monto parametrizado, pero la falta de respuesta conllevó a que esa operación fuese exitosa.



g) Por el descuido de la parte actora su información estuvo expuesta y fue vulnerada, adicionalmente las transacciones estaban ajustadas al perfil transaccional y no podían bloquearse.

Scotiabank sustentó sus censuras que se concretan así:

a) La primera instancia no tuvo en cuenta el perfil transaccional del consumidor.

b) El banco actuó con diligencia según parámetros y costumbres para transferencias del cliente, a quien notificó y contactó oportunamente sobre las operaciones reprochadas.

c) No se tuvo en cuenta la conducta de la demandante, quien se expuso imprudentemente el riesgo y esto le genera un grado de responsabilidad total o por lo menos superior al fijado en la sentencia.

CONSIDERACIONES

1. Como no hay reparo en torno a los presupuestos procesales ni defecto que impida una decisión de fondo, visto que ambas partes apelaron, el Tribunal puede resolver sin limitaciones la apelación, aunque dentro de los motivos de inconformidad de cada uno, para cuyo efecto debe resolver un primer problema -central- de la responsabilidad endilgada a la parte demandada, y luego de ratificarse tal aspecto determinar el grado de culpa de las partes en las operaciones fraudulentas tema de este litigio.

Con respuesta afirmativa para la cuestión central, visto que hubo responsabilidad de la demandada, aunque en concurrencia con la demandante, de manera la sentencia recurrida debe confirmarse, de atender que ambas tuvieron un grado de culpa frente a las obligaciones



del contrato de cuenta corriente, conductas que tuvieron indudable incidencia en la generación y causación del fraude electrónico.

2. Reitérase que la responsabilidad civil, en sus formas contractual y extracontractual, requiere de estos requisitos: una conducta activa u omisiva culpable, un daño y una relación de causalidad entre ambos; no obstante que la diferencia entre una y otra, radica en la presencia o no de una relación negocial, como también se refleja en las personas a las que puede extenderse, eventualmente la evidencia o prueba de la forma de responsabilidad, la capacidad y los límites de la reparación del daño.

En el ámbito contractual esos elementos se desdoblan así: **a)** un contrato o convención que sirva de fuente obligacional; **b)** una conducta culpable (a título de dolo o culpa), consistente en el incumplimiento total o parcial de las obligaciones por el demandado, o el cumplimiento imperfecto o defectuoso, y el retardo; **c)** un daño, que es el perjuicio patrimonial, o moral en ocasiones, del otro contratante; **d)** una relación causal entre la infracción contractual y el daño; y **e)** cumplimiento de las obligaciones, o allanamiento a cumplirlas, por parte del demandante si se trata de contrato bilateral.

3. En este asunto, por auto de 13 de febrero de 2019, el *a quo* vinculó a Scotiabank Colpatria S.A. como demandada, con fundamento en la “*cesión de activos, pasivos y contratos del negocio de consumo y de pequeñas y medianas empresas*” que a dicha entidad le hizo Citibank Colombia S.A., y en aplicación del art 68 del CGP, inciso 3°, providencia encuentra ejecutoriada (folios 237 y 238 del cuad. 1), que por eso no amerita pronunciamiento.

Aparte de eso, son hechos fuera de contienda el contrato de cuenta corriente y el daño consistente en dos (2) transferencias por un total de \$134.318.000 -una por \$116.468.000 y otra por \$17.580.000-. Según afirmaron las demandadas en las réplicas y alegatos, la primera estaba destinadas a la DIAN para el pago de impuestos (2017 periodo 1), y la



segunda dirigida a Aportes en Línea por liquidación de cesantías. Las partes también aceptan que estipularon la limitación de no poder realizar la cuentacorrentista, en un día, operaciones superiores a \$100.000.000.

De la forma en que acontecieron esas circunstancias, cumple derivar la culpa atribuible a las entidades financieras, conocido que ejecutan una actividad con riesgos, motivo por el cual deben adoptar unas medidas muy cuidadosas para evitar situaciones de errores o fraudes.

Tal régimen de responsabilidad obedece a que las entidades financieras tienen un *“aprovechamiento de los recursos provenientes del ahorro privado, al punto que, de tiempo atrás, el manejo del ahorro es una verdadera palanca del crecimiento económico que ha sido considerada de interés público, justamente porque trasciende la esfera privada de las empresas que intervienen en las operaciones de captación y de colocación de los recursos del público, en las cuales se compromete la sociedad toda y, claro está, el Estado, a quien se le ha otorgado una especial facultad de intervención con el fin de regular y vigilar el ejercicio de una actividad que tiene como soporte capital la confianza pública (lit. d), num. 19, art. 150 y art. 335 C. Pol.)”*; razón por la cual se les impone *“el deber de actuar con un grado especial de diligencia en el desarrollo de las operaciones comerciales que constituyen su objeto social (...), pues toda práctica insegura afecta no sólo a los accionistas de la entidad financiera sino a los ahorradores y la credibilidad de un sistema basado en la confianza”* (Casación Civil de 3 de agosto de 2004, Exp. 7447).

Eso por cuanto el banco desarrolla su empresa con el fin de obtener un provecho o utilidad, que por sí sola es riesgosa, pues conlleva el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, situación que sube de punto con el suministro a los usuarios de los medios físicos y electrónicos apropiados para el desenvolvimiento de la relación comercial respectiva, como chequeras, libretas o talonarios, tarjetas de crédito o débito, contraseñas, claves o token, instrumentos que llevan la



asunción de riesgos inherentes, como pagos irregulares, manejo inapropiado de plataformas electrónicas, riesgos que no pueden trasladarse en todo caso a los usuarios del servicio, como ha dicho el Tribunal¹.

4. En el caso concreto, quedó probado que la transacción de \$116.468.000, excedió el límite estipulado de la cuenta corriente, fue detectada y alertada por Citibank, quien intentó comunicarse con la demandante el mismo día de la operación, pero ante la falta de respuesta no la reversó, según aceptó esa entidad en la contestación de la demanda y en sus alegaciones (folios 281 a 303 del cuad. 1).

Frente a esa situación se considera que tal proceder es injustificable, por ser sospechoso que una operación vía *online* no reciba confirmación o parte de tranquilidad expresada por el cuentacorrentista, en la medida en que para ese mismo instante y de acuerdo con las reglas de la experiencia, el cliente, por la naturaleza de la transacción y su monto, estaría atento de su correo electrónico y el teléfono celular para atender cualquier requerimiento del banco. Obsérvase que según las pruebas vistas en los folios 21 y 22 del primer cuaderno, el retiro se efectuó a las 19:54:15 de 23 de enero de 2018, y ese mismo día, a las 19:54:15, la demandante recibió en su buzón electrónico la advertencia de haberse registrado esa transferencia que sobrepasó el tope de \$100.000.000, y momentos más tarde llegó la solicitud de verificación de esa situación de Nataly Barragán, analista de fraudes de Citibank.

Por consiguiente, el mutismo del cuentacorrentista era elemento que debió generar la suspicacia de estar frente a un acto fraudulento.

Adicionalmente, sobre esos hechos la primera instancia obtuvo información de la DIAN y Aportes en Línea, en cuanto a que, según los datos que tienen disponibles, no recibieron esos dineros (folios 550, 553

¹ Entre otras, sentencia de 24 de marzo de 2015, Rad. 110013103033-2008-00096-01, ordinario de Comunicación Digital Com Ltda. vs. Bancolombia.



y 554 del cuad. 1), elementos de juicio que contradicen abiertamente las afirmaciones de las demandadas sobre el particular, sin haber claridad en torno a dónde fueron a parar esos recursos, pues se echa de menos el estudio de seguridad y la investigación interna mencionada por la representante legal de Citibank en su interrogatorio de parte y un dictamen pericial en tal sentido, que fuese explicativo de cuáles eran las seguridades de la plataforma *online*, carencia de prueba que, además, deja sin fundamento la excusa concerniente a que no se podía reversar las operaciones, en tanto que era época de pago de impuestos y obligaciones laborales.

Tampoco puede acogerse el argumento de la referida representante en cuanto a que el protocolo no exigía que la falta de confirmación del cliente, ante una alerta por operación inusual, obligara al banco a reversar la operación (1:08:40 de la audiencia inicial), pues tal postura es opuesta al deber de actuar con un “*grado especial de diligencia*” que se predica de las entidades financieras, acorde con la jurisprudencia citada en párrafos anteriores.

De ese modo, como las demandadas desatendieron su carga probatoria (art. 167 del CGP) que permita exonerarlas, fue acertada la conclusión del *a quo* relativa a que todas las defensas de exoneración total de responsabilidad son imprósperas.

5. Con todo, también se halla demostrada la culpa de la demandante, pues se probó que para el 23 de enero de 2018 el celular que recibía las claves dinámicas para transacciones tuvo un cambio de *sim card*, según oficio de Comcel S.A. de 13 de septiembre de 2019 (folio 543 del cuad. 1), prueba que fue legalmente aportada al proceso y sobre la cual la parte demandante guardó silencio; hecho que contradice las declaraciones del representante legal de esta parte y su empleada Amanda Monroy.

El primero, cuando se le preguntó si hubo inconvenientes con ese dispositivo electrónico, contestó de manera confusa e insegura: “*creería*



que no, no que yo sepa, pues no me, no me acuerdo que ella haya dicho que le robaron el celular, no en esa época, no en ese momento, pues no, o sea 15 días, no sé si antes, pero...” (minuto 29:10 a 29:25 de la audiencia inicial). Posteriormente, cuando uno de los apoderados pidió ampliación la respuesta, precisó que solicitó un reporte a Comcel sobre la actividad del número celular, cuya respuesta se aportó al expediente (minuto 41:57), sin embargo, al revisarse el plenario, dicho documento en realidad no fue anexado con la demanda (folios 21 a 35 del cuad. 1).

En todo caso, el deponente continuó su relato y explicó que esa entidad informó que sí llegaron los códigos *“pero realmente no..., seguramente por el fraude, del tamaño que fue, nosotros, al celular de Amanda, no le llegó..., los códigos de seguridad no están registrados en el celular de Amanda, de pronto en el sistema sí, pero en declaración de juramento no nos llegaron los códigos de seguridad al celular de Amanda”* (minuto 42:30 a 42:48). Y frente a la pregunta de cambio de chip o solicitud de bloqueo, expresó que *“no, no, nada, no se había solicitado absolutamente nada, ni bloqueo parcial, ni absolutamente nada, el celular estaba funcionando perfecto, eh, nada, normal, inclusive también averiguamos eso, le dije a Amanda ¿y usted cambió el celular, o notificó algún cambio de chip o cambió la sim card o alguna cosa? No”* (minuto 42:46 a 43:30).

Amanda Monroy Robayo, frente a preguntas similares, respondió que para el 23 de enero de 2018 nunca recibió una clave OPT o código al celular, dispositivo tecnológico que mantuvo en su poder y lo tenía activo, que no hizo cambio de *simcard* y detalló que *“el teléfono que tenía en esa época se dañó..., el celular que tengo actualmente tiene un año y medio, luego pues con simcard nueva, pero con el mismo número..., pero no en esa fecha exacta, fue después que se dañó el celular, mucho después del que tenía, pero el número continuó siendo el mismo”*. Respondió negativamente, sin ofrecer explicaciones o detalles, preguntas concernientes a problemas con el celular para ese día y reclamos al operador celular por mal funcionamiento (minutos 2:24:00



a 2:25:00). Aceptó que su correo electrónico está sincronizado con su celular sin presentar problema alguno, y fue enfática en que no llegó ningún mensaje del banco, pero cuando se le puso de presente la correspondencia que la parte demandante aportó con la demanda (folios 20 y 21 del cuad. 1), alcanzó a verse sorprendida y solo atinó a decir que nunca vio esos mensajes, incluso, denotó contradicciones y confusiones en sus respuestas a las preguntas que se le formulaban, como a continuación se transcribe por su importancia:

“¿Usted recuerda o sabe cómo llegó al conocimiento de JCH Imágenes de ese correo electrónico? porque en realidad iba dirigido a usted. Eh lo que dije ahoritica, yo se lo comentaba al doctor, y el doctor, el representante legal, le llegaba al correo a él y él era el que estaba haciendo las gestiones ya con Fiscalía y con..., ¿a qué correo le llegaba, este? amandamonroy sí ese es mi correo ¿pero acaba de decir usted que...? Pero es que va con copia al de juanchohidalgo que es el del doctor Juan Carlos Hidalgo que es el que estaba pendiente de los correos cuando ocurrió todo el fraude. ¿Usted no estaba pendiente de su correo? No, no mucho de eso. ¿Cada cuánto revisa usted su correo electrónico? Diario. ¿El 23 lo revisó? no me acuerdo. ¿El 24? No, tampoco recuerdo, es que, en el momento, cuando me di cuenta del fraude, yo..., todo lo gestionó el doctor Hidalgo, pero yo no revisé ese correo. ¿Y cuándo se enteran que falta plata el banco en alguna oportunidad les pudo haber dicho, oiga es que les remitimos unos mensajes, usted no entró a revisar su correo para ver si efectivamente había recibido los mensajes? No recuerdo” (2:38:35 a 2:41:24 de la audiencia inicial).

Las comentadas pruebas determinan culpa de la demandante, así sea parcial, pues quedó dilucidado en la etapa de fijación del litigio, que los pagos vía PSE se realizan mediante claves dinámicas OTP (1:22:45 a 1:34:03 de la audiencia inicial), enviadas por mensajes de texto al número telefónico móvil, según se encuentra explicado en el concepto 2018085479-002 de 17 de julio de 2018 de la Superintendencia



Financiera (folios 365 a 366 del cuad. 1); esto implica que, para poderse cometer el fraude, necesariamente los intrusos, el 23 de enero de 2018, accedieron a ese tipo de claves enviadas al número celular de Amanda Monroy, mismo día en el que se presentó un cambio de *sim card* según informó Comcel S.A.

La duda esgrimida por la demandante en la audiencia inicial, relativa a si las operaciones objeto de estudio obedecieron a pagos PSE, se encuentra despejada, puesto que fue ella misma quien aportó el correo electrónico visto en el folio 21 del primer cuaderno y la grabación de la llamada telefónica del 24 de enero de 2018, en los cuales Citibank siempre fue puntual en informar que se trataba de transferencias PSE, sin que obre prueba en contrario, aspecto que corrobora la importancia del análisis anterior en punto al cuidado que debía tener el cliente en el manejo de su dispositivo celular para el recibo de claves dinámicas.

Resolver las discusiones relativas a un correo sospechoso, al parecer con un *malware*, que pudo vulnerar la seguridad del equipo de cómputo utilizado por la empresa actora para sus transacciones financieras, es tarea inoficiosa, dado que las pruebas no brindan claridad de esa situación, falencia probatoria que en nada modifica la conclusión que antecede en punto al actuar culposo de la demandante.

En ese orden, la concurrencia de culpas en porcentajes del 50%, adoptada por la Superintendencia, luce equitativa, pues las conductas de ambas partes contribuyeron a la causación del daño, una por la falta de cuidado en el manejo y custodia del dispositivo celular que recibía las claves dinámicas OPT y la otra por no reversar la operación ante un estado de alarma por posible fraude en vista de una operación que superaba el monto límite estipulado de \$100.000.000.

6. En resumen, se confirmará la sentencia de primera instancia, toda vez que se probó la culpa tanto del consumidor como de la entidad



financiera. No se condenará en costas de segunda instancia por ser ambas partes apelantes.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil Cuarta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** la sentencia de fecha y precedencia anotadas.

Sin condena en costas de segunda instancia.

Este documento es válido con firma digitalizada de cualquiera de los magistrados y su aprobación por correo electrónico, según los arts. 11 del Dec. 491/2020, 6 del Acuerdo PCSJA20-11532 y pertinentes.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

MAGISTRADA

IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA

MAGISTRADO

RV: REENVIO APROBACION DRA LIANA LIZARAZO PROYECTO CIVIL 110013199003-2018-01296-01

Jose Alfonso Isaza Davila <jisazad@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 21/07/2020 6:34 PM

Para: Yesid Salvador Cardenas Baracaldo <ycardenb@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Hola.

También reenvío aprobación de la Dra. Liana, del proyecto civil arriba citado, de responsabilidad por transacciones electrónicas.

José Alfonso Isaza Dávila

De: Liana Aida Lizarazo Vaca <llizarav@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 21 de julio de 2020 1:00 p. m.

Para: Jose Alfonso Isaza Davila <jisazad@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: ENVIO DE DOS PROYECTOS PARA SALA 2020-07-09

Respetado Magistrado:

José Alfonso Isaza Dávila

Atendiendo a la directrices de teletrabajo autorizadas mediante el Acuerdo PCSJA20-11517 complementado por el acuerdo PCSJA20-11518, y conforme a lo lineamientos previstos en la ley 527 de 1999, por medio del presente correo electrónico manifiesto como Magistrada **la aprobación al proyecto sometido a estudio**, referente al expediente No.

Esta aprobación suple la firma, y hace parte integral de la decisión.

Cordialmente,

Respetado Magistrado:

José Alfonso Isaza Dávila

Atendiendo a la directrices de teletrabajo autorizadas mediante el Acuerdo PCSJA20-11517 complementado por el acuerdo PCSJA20-11518, y conforme a lo lineamientos previstos en la ley 527 de 1999, por medio del presente correo electrónico manifiesto como Magistrada **la aprobación al proyecto sometido a estudio**, referente al expediente No.

- 110013199003-2018-01296-01, de J.C.H. Imágenes IPS SAS contra Citibank Colombia S.A. y Scotiabank Colpatria S.A

Esta aprobación suple la firma, y hace parte integral de la decisión.

Cordialmente,


LIANA AIDA LIZARAZO VACA
Magistrada

De: Jose Alfonso Isaza Davila <jisazad@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 9 de julio de 2020 16:25

Para: Liana Aida Lizarazo Vaca <llizarav@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Ivan Dario Zuluaga Cardona <izuluagc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: July Katherine Duran Ayala <jdurana@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Yesid Salvador Cardenas Baracaldo <ycardenb@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: ENVIO DE DOS PROYECTOS PARA SALA 2020-07-09

Apreciados colegas, cordial saludo.

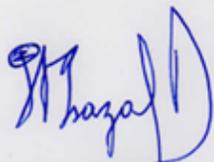
Según los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532 y posteriores del Consejo Superior de la Judicatura, así como normas sobre trabajo en línea, por el aislamiento obligatorio a raíz de las medidas contra el COVID 19, con este mensaje de datos remito:

- Tutela de 1ª instancia, Rad. 110012203000-2020-00941-00 de William R. Castro Amórtegui (Fdo. Sosa y otro) contra el Juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá.
- Sentencia proceso verbal Rad. 110013199003-2018-01296-01, de J.C.H. Imágenes IPS SAS contra Citibank Colombia S.A. y Scotiabank Colpatria S.A.

Esta sentencia fue de una audiencia pocos días antes de la pandemia, que se dijo a las partes que fuera por escrito.

Queda pendiente el envío de los otros asuntos, porque me encontraba en un taller de la Escuela Judicial.

Anexo copia digitalizada de mi firma, según los arts. 11 del Decreto 491 de 2020, 6 del Acuerdo PCSJA20-11532 y demás normas pertinentes.


JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA
Magistrado Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

[2020-00941-00](#)

[4_03-2018-01296-01_\(5088\) online por escrito](#)

RV: APROBACIÓN PROYECTO SENTENCIA CIVIL 003-2018-01296-01

Jose Alfonso Isaza Davila <jisazad@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 21/07/2020 6:40 PM

Para: Yesid Salvador Cardenas Baracaldo <ycardenb@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Hola.

Así mismo, reenvío aprobación del Dr. Iván Darío Zuluaga, del proyecto civil de responsabilidad por transacciones electrónicas, arriba citado.

José Alfonso Isaza Dávila

De: Ivan Dario Zuluaga Cardona <izuluagc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 21 de julio de 2020 2:52 p. m.

Para: Jose Alfonso Isaza Davila <jisazad@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: July Katerine Duran Ayala <jdurana@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: APROBACIÓN PROYECTO SENTENCIA CIVIL 003-2018-01296-01

MAGISTRADO PONENTE :
JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA

Reciba cordial y respetuoso saludo.

Me permito manifestarle, que por medio de este correo electrónico, **apruebo en su totalidad** el siguiente proyecto de sentencia civil:

Radicación: 110013199003-2018-01296-01 (exp. 5088)

Demandante: J.C.H. Imágenes IPS SAS

Demandado: Citibank Colombia S.A. y Scotiabank Colpatría S.A.

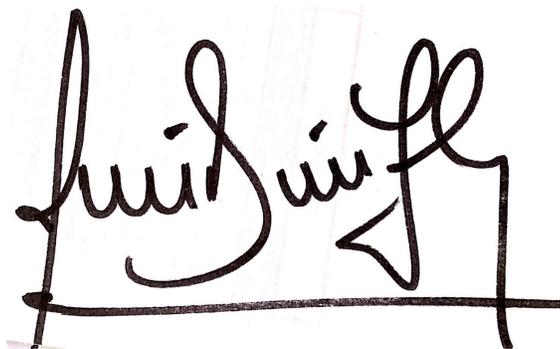
Proceso: Verbal Trámite: Apelación sentencia

Apelante: Ambas partes Audiencia de fallo de 12 de marzo de 2020

Decisión: confirma fallo de primera instancia.

Este correo contiene la firma escaneada, tal y como lo permitió el artículo 11 del Decreto legislativo 491 de 2020.

Atentamente;

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Iván Darío Zuluaga Cardona', is written over a faint red rectangular stamp. The signature is fluid and cursive, with a long horizontal line extending from the bottom of the 'a'.

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Magistrado Sala Civil Tribunal Superior de Distrito de Bogotá D.C.

Sobre la presunción de autenticidad de la información remitida por correo electrónico, ver las siguientes normas:

- DECRETO LEGISLATIVO 491 DE 2020. ARTÍCULO 11
- CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. ARTÍCULO 103
- LEY 527 DE 1999. ARTÍCULOS 1, 5 y 7
- ACUERDO PCSJA20-11518 16 de marzo de 2020. ARTÍCULOS 1 Y 2. Suspensión de términos y Trabajo en casa.
- ACUERDO No. PCSJA17-10715 Julio 25 de 2017. ARTÍCULO DIECIOCHO. USO E IMPLEMENTACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES.
- DECRETO 806 de 2020.

De: Jose Alfonso Isaza Davila <jisazad@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 9 de julio de 2020 16:25

Para: Liana Aida Lizarazo Vaca <llizarav@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Ivan Dario Zuluaga Cardona <izuluagc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: July Katherine Duran Ayala <jdurana@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Yesid Salvador Cardenas Baracaldo <ycardenb@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: ENVIO DE DOS PROYECTOS PARA SALA 2020-07-09

Apreciados colegas, cordial saludo.

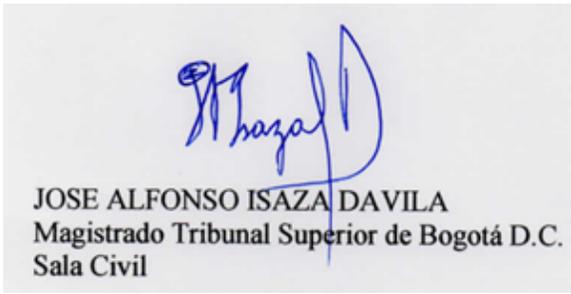
Según los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532 y posteriores del Consejo Superior de la Judicatura, así como normas sobre trabajo en línea, por el aislamiento obligatorio a raíz de las medidas contra el COVID 19, con este mensaje de datos remito:

- Tutela de 1ª instancia, Rad. 110012203000-2020-00941-00 de William R. Castro Amórtegui (Fdo. Sosa y otro) contra el Juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá.
- Sentencia proceso verbal Rad. 110013199003-2018-01296-01, de J.C.H. Imágenes IPS SAS contra Citibank Colombia S.A. y Scotiabank Colpatria S.A.

Esta sentencia fue de una audiencia pocos días antes de la pandemia, que se dijo a las partes que fuera por escrito.

Queda pendiente el envío de los otros asuntos, porque me encontraba en un taller de la Escuela Judicial.

Anexo copia digitalizada de mi firma, según los arts. 11 del Decreto 491 de 2020, 6 del Acuerdo PCSJA20-11532 y demás normas pertinentes.



[2020-00941-00](#)

[4_03-2018-01296-01_\(5088\) online por escrito](#)

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL**

Bogotá, D. C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020).

Rad. 005201654464 01

Con el fin de garantizar el cumplimiento del auto emitido por este Despacho el pasado 17 de julio y teniendo en cuenta que la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se encuentra físicamente en la Secretaría, se le ordena a esta que remita a las partes copia digital de ese documento.

CÚMPLASE,


JULIÁN BOZA ROMERO
Magistrado

**República de Colombia
Rama Judicial**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001 31 030 23 2016 00312-02**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **HERMINDA HERNÁNDEZ BELTRÁN**
DEMANDADO : **MANUEL ENRIQUE ORTIZ Y OTROS**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

De conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 4 de junio de 2020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019, por el Juzgado Veinticuatro (24) Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

Tras solicitarse en la demanda incoada por Herminda Hernández Beltrán contra el señor Manuel Enrique Ortiz, declarar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio sobre las oficinas 701 y 702, ubicadas en la Carrera 9 No. 17-54 de la ciudad de Bogotá, dado que manifestó haberlas poseído desde el 10 de enero de 2.002, en forma quieta, pública, pacífica, exclusiva, ininterrumpida, el convocado formuló la excepción de *"inexistencia de prescripción adquisitiva de dominio"*, porque la accionante no ha realizado actos de señora y dueña sobre los bienes pretendidos, ni mencionó como tuvo acceso a ellos; por su parte, la *Curadora Ad-Litem* de las personas indeterminadas se opuso *"a las pretensiones, "hasta que se prueben los hechos."*

II. LA SENTENCIA APELADA

Agotado el trámite de rigor, la juzgadora *a quo* denegó las aspiraciones incoadas, al no probarse el ejercicio de la posesión respecto de los bienes centro de la litis, pues, la actora solamente ha ostentado la tenencia de los mismos, sin demostrar la interversión de tal condición, y reconocer dominio ajeno en cabeza del enjuiciado.

III. LA APELACIÓN

Inconforme con tal determinación, a través de la interposición del recurso de apelación, el extremo activante discrepó del criterio del juzgador, arguyendo que espera la valoración del superior jerárquico, en cuanto a documentos no tenidos en cuenta y testimonios no apreciados en la forma expuesta por la pretensora de este juicio, crítica que amplió en escrito visible a folios 333 del cuaderno 1.

Dentro de la oportunidad de que trata el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, reiteró tener en cuenta todos y cada uno de los medios de persuasión practicados al interior de las diligencias, los cuales, a su parecer, desdicen las conclusiones a las que arribó la sentenciadora de cognición.

A su turno, la procuradora judicial de la pasiva, al descorrer el traslado de la sustentación de la alzada interpuesta por su contraparte, tras referirse puntualmente sobre cada uno de los puntos de inconformidad esbozados por el extremo impugnante, reiteró no admitir la calidad de poseedora de la pretensora sobre las oficinas litigadas, la cual, según su dicho, nunca la ostentó, porque su comportamiento no reunió los requisitos legales caracterizadores de la mentada posesión invocada.

IV. CONSIDERACIONES

1. De manera liminar debe precisarse que, encontrándose reunidos los presupuestos procesales para fallar de fondo y al no avizorarse algún vicio que invalide lo rituado, esta Sala de Decisión, con el propósito de dar solución a la alzada interpuesta, se circunscribirá a examinar, exclusivamente, los motivos de desencuentro demarcados por

la parte opugnadora, acatando los lineamientos del inciso 1º del canon 320 del Código General del Proceso.

2. Frente a ello, viene bien memorar que la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, según los artículos 762 a 769, 2512 a 2532 del Código Civil, y la jurisprudencia vernácula emitida en cuanto al tema, exigen, para su estructuración, la presencia de los siguientes presupuestos: **i)** que se trate de un bien prescriptible, **ii)** que el interesado en la adquisición demuestre que lo ha poseído de manera inequívoca, pacífica, pública e ininterrumpida, y **iii)** que el ánimo de señorío lo haya ejercido durante el tiempo requerido por la ley, que, tratándose de inmuebles, dicho lapso debe ser de diez (10) años, conforme a la modificación introducida por los cánones 6 y 10 de la Ley 791 de 2002.¹

3. En lo atañedor a la posesión, debe decirse que ésta es una figura disciplinada por artículo 762 del Código Civil, estructurada en dos elementos esenciales, esto es, el **animus y el corpus**. El primero es la convicción que tiene el presunto poseedor, de ser el propietario del bien, desconociendo dominio ajeno; el cual pese a ser de índole subjetivo, ya que es un estado mental, debe exteriorizarse a través de la ejecución de actos típicos de dueño, verbigracia, explotar económicamente el bien, con hechos como levantar construcciones, arrendarlo, habitarlo, entre otros. El segundo, de carácter objetivo, no es más que la tenencia de la cosa, es decir, el poder de hecho que se ejerce materialmente sobre ella; los que en todo caso deben estar demostrados de forma fehaciente.

4. Arribando al asunto *sub-examine*, se otea que la promotora de la contienda se duele de la valoración probatoria efectuada por el fallador de primer grado, de ahí que solicite se analicen, en sede de apelación, la nota dirigida por Enrique Ortiz Páez a Gabriel Enrique Rodríguez, el testimonio de éste, la declaración de Fredy Acosta Navarro, Hermerson Claro, Manuel Enrique Ortiz y Hermina Hernández, así como la diligencia de

¹ CSJ Sentencia del 22 de noviembre de 2011. Exp. 01 2008 00199 01 M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

inspección judicial, con el propósito de demostrar la calidad de poseedora de la demandante.

5. Sin embargo, muy por el contrario de lo señalado en el libelo genitor, escrutado minuciosamente el material probatorio recaudado en la actuación, a la luz de lo preceptuado en el artículo 176 del Código General del Proceso, se advierte, sin dificultad, que la actora ingresó al predio ostentando la mera tenencia de los bienes reclamados, y que reconoció dominio ajeno sobre los mismos, sin que hubiera acreditado la trasmutación de esa condición original a la de verdadera poseedora, circunstancias que, claramente, dan al traste con sus aspiraciones prescriptivas, tal como pasa a explicarse:

En efecto, Herminda Hernández Beltrán, en su interrogatorio de parte, manifestó que el 27 de septiembre de 1989, su exmarido, Gabriel Rodríguez Salgado, le hizo unas escrituras de confianza a Manuel Enrique Ortiz Páez, pues, al tener algunos compromisos comerciales, traspasó al demandado los inmuebles por si lo iban a ejecutar; que la posesión de éstos se la entregó Gabriel, en enero de 2002, por ser el patrimonio para sus hijos.

Aseguró que, en febrero de 2009 y de 2010, se hicieron unos borradores de promesa de compraventa, de lo cual hay constancia, pero no se llevó a cabo, porque no era lo que ella necesitaba, porque se daba entender que estaba comprando el inmueble, mas no que el accionado les iba a devolver las escrituras de confianza firmadas en común acuerdo.

Al ponérsele de presente la minuta de promesa que obra en el expediente a folios 159 a 162, respondió que esa fue la que ella le pasó a Manuel Enrique Ortiz Páez para la devolución de unos papeles, pero no está la que ellos le hicieron a ella, en la que le dijeron que diera \$45'000.000,00, a la firma de la promesa, y \$110'000.000,00, a la firma de la escritura, pero no se celebró.

En esa dirección, Gabriel Rodríguez Salgado narró que simuló la venta con el demandado, para que éste, su gran amigo, tuviera

respaldo suficiente para ser contratado con el Estado, de acuerdo con la Ley 80; que convivió como 15 años con Herminda, tuvieron 3 hijos; en el año 2.002 le dejó las oficinas 701 y 702, que son de su propiedad, pues las adquirió en 1.974; que cuando le entregó la posesión a la pretensora, ella sabía que él había hecho las escrituras de compraventa con Manuel Enrique Ortiz Páez, quien debía devolverle los bienes; sobre una oferta de negociación que Herminda y su hijo le habrían hecho a Manuel Enrique Ortiz, sostuvo que ella le comentó que le decían que le vendían, pero él le dijo que *"como iba a firmar una cosa si esto es mío."*

De tales exposiciones emerge nítido que Gabriel Rodríguez Salgado, al momento de dejar materialmente las oficinas de marras en disposición Herminda Hernández Beltrán, consideraba que seguían siendo de su propiedad, y ésta tenía conocimiento de la negociación llevada a cabo con el aquí conminado; aunado a que la reclamante, en el año 2010, al proponerle al encartado la celebración de una promesa de compraventa, en la que su hijo, Gabriel Enrique Rodríguez Hernández, figuraba como comprador, reconoció el carácter de dueño en Manuel Enrique Ortiz Páez, quien en el mentado acuerdo preparatorio es designado como promitente vendedor; sin que se demostrara, como lo exige el artículo 167 del Código General del Proceso, que hubiera mutado su estatus de tenedora a poseedora, siendo ello sumamente necesario en el presente asunto, porque *"(...) que de conformidad con los artículos 777 y 780 del Código Civil, la existencia inicial de un título de mera tenencia considera que el tenedor ha seguido detentando la cosa en la misma forma precaria con que se inició en ella."*²

Y es que la actora ni siquiera se esforzó por demostrar alguno de los actos de señora y dueña que en el pliego incoativo dijo haber realizado, como son las obras contradas con José Alfonso Bueno Abril, reparaciones que, en su interrogatorio de parte, reconoció que no se hicieron porque éste se enfermó y le incumplió; eludiendo incluso cumplir con la carga tributaria que recaía sobre dichos predios, si en cuenta se tiene que, frente

² CSJ. Sentencia de Casación de 18 de abril de 1989, reiterada en la de 24 de junio de 2005, exp. 0927, y en SC4275-2019, 001-2012-00044-01

a la pregunta de si ella paga los impuestos de esos inmuebles, contestó: "A partir de la fecha que inicié el proceso de pertenencia por posesión, yo los estoy pagando"; y aunque esta obligación puede ser cubierta por un simple tenor, en el específico caso de la promotora del debate, quien insistentemente afirmó habitar y explotar las oficinas pretendidas, tal omisión devela un proceder que no es propio de quien dice ser propietaria.

Todas estas evidencias restan certitud al ejercicio posesorio alegado por la convocante, falencia que no pude superarse con las pruebas que, en sentir de la recurrente, no fueron bien valoradas por la juzgadora *a quo*, comoquiera que en la comunicación adiada 13 de noviembre de 2009, dirigida por Enrique Ortiz Páez a Gabriel Enrique Rodríguez, no se menciona a la señora Herminda Hernández Beltrán ni a las oficinas aquí litigadas.

El testimonio de Fredy Acosta Navarro no es útil para respaldar el señorío alegado por la solicitante, ya que se limita a manifestar que ella era la propietaria, nunca escuchó que estuviera pagando arriendo, que doña Herminda decía que esa oficina eran del señor Gabriel y ella se estaba quedándose a vivir ahí.

Tampoco es suficiente para acreditar la posesión de la gestora del debate la declaración de Emerson Claros Castro, ya que éste refirió lacónicamente que, desde el año 2.014, cuando compró su oficina allí, ha visto a la accionante y a veces se saludan; que conoce a Manuel Enrique Ortiz Páez porque se enteró que él era el dueño de las bodegas y quiso comprárselas, que le pidió como \$180'000.000,00, pero no llegaron a un acuerdo; que no lo ha visto ocupando esos inmuebles, y que durante el tiempo que ha estado ahí, no ha visto que hayan hecho obras en esas oficinas.

Por último, no es de recibo que en el escrito de apelación se asevere que en la inspección judicial el Despacho de primera instancia constató la posesión en cabeza de la accionante, pues en tal diligencia

simplemente se verificó la identidad, ubicación, extensión y destinación de los inmuebles.

6. Las anteriores explicaciones, a no dudarlo, truncan la prosperidad de las aspiraciones de la pretensa usucapiante, pues “(...) ***toda incertidumbre o vacilación en los medios de convicción para demostrar [la prescripción adquisitiva petitionada] torna despreciable su declaración [ya que la] posesión que debe ser demostrada sin hesitación de ninguna especie, y por ello ‘desde este punto de vista la exclusividad que a toda posesión caracteriza sube de punto (...); así, debe comportar, sin ningún género de duda, signos evidentes de tal trascendencia que no quede resquicio alguno por donde pueda colarse la ambigüedad o la equivocidad’***”.³

7. Todo lo delantadamente discurrido resulta suficiente para ratificar el fallo pronunciado por la juzgadora de primer grado, con la consecuente condena en costas a la parte vencida, a tono con lo previsto en la regla 1ª, del artículo 365 del C. G. del P.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019, por el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá, en el *sub-judice*, conforme a lo esgrimido en el cuerpo considerativo de esta decisión.

SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a la parte demandante. El Magistrado sustanciador fija como agencias en

³ CSJ. Civil. aparte jurisprudencial extractado de la sentencia SC 19903 de 2017, en la que reitera la sentencia 273 de 4 de noviembre de 2005, Rad. 7665.

derecho la suma equivalente a un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente. Tásense conforme lo establece el artículo 366 del C. G. del P.

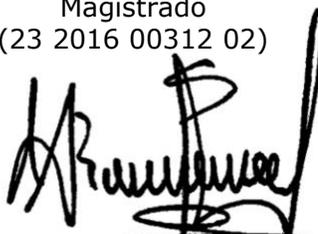
TERCERO. DEVOLVER, en oportunidad, el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE



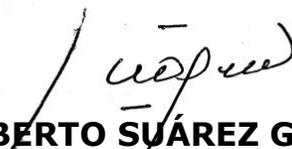
JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado
(23 2016 00312 02)



JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrado
(23 2016 00312 02)



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado
(23 2016 00312 02)



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Bogotá D. C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación: 11001-3103-025-2017-00351-02

Asunto. Verbal
Recurso. Apelación de Sentencia.
Demandante. León Ramiro Rojas Rueda
Demandado. Construcciones la Gran Fortuna y Cia. Ltda en Liquidación.
Reparto. 12/03/2020

La Secretaría imprima el trámite legal que corresponde al recurso de súplica interpuesto por el extremo demandado frente al auto de 16 de junio de 2020. Por tanto, surtido el traslado de rigor, ingrese el asunto al Despacho de la Magistrada Clara Inés Márquez Bulla, conforme lo dispuesto en el artículo 332 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 11001-3103-025-2017-00351-01
Asunto: Verbal Especial de Pertenencia.
Recurso: Apelación Sentencia
Demandante: León Ramiro Rojas Rueda
Demandados: Construcciones la Gran Fortuna y Cía Ltda..
Reparto: 12/03/2020

TENER POR EXTEMPORÁNEA la solicitud de pruebas en esta instancia, formulada por el apoderado de la parte demandada.

En efecto:

El artículo 327 del Código General del Proceso establece: “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” (subrayas fuera de texto).

Obsérvese, en el caso en cuestión, la alzada interpuesta contra la sentencia de primer grado fue admitida el 26 de mayo de 2020¹, auto notificado el 27 de ese mismo mes y año, por estado electrónico E-13².

Por consiguiente, el término de ejecutoria transcurrió durante los días 28, 29 de mayo y 1° de junio de esta anualidad, según lo normado en el inciso 1° del artículo 118 ibídem en armonía con el inciso final del canon 302 ibídem, y no a partir del día 9 de junio, como lo sostiene el memorialista.

De suerte pues, al haber enviado el memorial, a través de mensaje de datos al correo electrónico del despacho el día 10, reiterándolo el 11 de junio de 2020, la petición claramente es tardía.

En firme la presente determinación, ingrésense las diligencias al despacho.

NOTIFÍQUESE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada

¹ A través del **Acuerdo 11556 de 22 de mayo de 2020**, además de extender la suspensión de términos judiciales, levantó dicha medida respecto del **trámite** y decisión de recursos de apelación contra sentencias y autos, recabando en el artículo 14 acerca del uso de las tecnología y la publicación de las decisiones en estado electrónico.

² <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2233156/36806712/E-13+MAYO+27+DE+2020+-+A+PUBLICAR.pdf/c98c15d3-b6e0-4c82-87ce-e5f114091f25>

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

Rad. N° 11001 31 03 028 2015 00578 01

Se reconoce personería para actuar a **Ángela María Rojas Rodríguez**, como apoderada judicial de Virrey Solis I.P.S., en los términos y para los efectos de la sustitución vista a folio que antecede.

En firme el presente proveído ingrese a Despacho para continuar con su trámite.

Notifíquese y cúmplase,

Adriana Ayala Pulgarin
ADRIANA AYALA PULGARIN

Magistrada

Firmado Por:

ADRIANA AYALA PULGARIN

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 017 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7efcf66d6b2517f0b5f005a2410e890b63c1864a6fddb973048d74b30fd5e3be**

Documento generado en 22/07/2020 02:51:06 p.m.

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ - SALA CIVIL**

Correo: des12ctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Radicación: 110013103 035-2018-00130-01

Bogotá, veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

**MAGISTRADA PONENTE: MARTHA PATRICIA GUZMAN
ALVAREZ**

**REF: PROCESO EJECUTIVO de EVANGELINA MURCIA
GUZMAN CONTRA COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.**

En virtud de lo solicitado por el apoderado judicial de la parte demandante, teniendo en cuenta que se incurrió en un error mecanográfico; se aclara para todos los efectos legales que en auto del 8 de julio de 2020, las agencias en derecho están a cargo de la parte **Demandada**, y no como allí se indicó.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
Magistrada
(2)

Firmado Por:

**MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 012 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**1dd4d8d8e8a2d3615ae7c172a962c7d854da7e1e4ae2ff1
42404cda7d199b05d**

Documento generado en 22/07/2020 04:46:48 p.m.

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ - SALA CIVIL**

Correo: des12ctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Radicación: 110013103 035-2018-00130-01

Bogotá, veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

**MAGISTRADA PONENTE: MARTHA PATRICIA GUZMAN
ALVAREZ**

**REF: PROCESO EJECUTIVO de EVANGELINA MURCIA
GUZMAN CONTRA COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.**

Procede el Despacho a resolver sobre la concesión del recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 8 de julio de 2020, proferida en esta instancia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 334 del Código General del Proceso, el citado medio de impugnación, se procede contra **ciertas** “sentencias, proferidas por los tribunales superiores en segunda instancia”, esto es: “1. Las dictadas en toda clase de procesos declarativos 2. Las dictadas en acciones de grupo cuya competencia corresponda a la jurisdicción ordinaria. 3. Las dictadas para liquidar una condena en concreto”.

Acorde con el anterior postulado, de entrada se advierte que el recurso propuesto no será concedido, tal y como pasa a verse.

En efecto, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en varios pronunciamientos que trazan una línea jurisprudencial uniforme, ha señalado que las sentencias expedidas dentro de los juicios ejecutivos, hipotecarios, quirografarios o mixtos, no cuentan con la posibilidad de ser examinadas en sede de casación, porque el legislador no concibió tal impugnación para ese tipo de asuntos: (...) *“no es posible predicar la procedencia del recurso de casación contra el fallo que las desate, pues, como se sabe, tratándose de un medio extraordinario de impugnación, cuyas particularidades lo diferencian con claridad de los otros recursos, se encuentra reservado expresamente por la ley para opugnar”* (...) *únicamente ciertas y determinadas sentencias; las dictadas en procesos que, bien sea por la naturaleza de la cuestión controvertida, o por la cuantía del asunto, revisten mayor entidad y trascendencia (las indicadas en el artículo 366 del código de procedimiento civil), entre las cuales no se menciona la que resuelve sobre las excepciones de mérito propuestas dentro de un proceso ejecutivo*¹ (

Doctrina que aunque elaborada con base en la anterior normatividad procesal, es por entero aplicable, pues se mantiene el criterio de taxatividad, es más, ya en vigencia del Código General del Proceso, la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de indicar, a manera de reiteración de su criterio tradicional, que dentro de las decisiones que en forma expresa determina el artículo 334 citado, no se encuentran las providencias dictadas en procesos ejecutivos, como susceptibles de ese recurso extraordinario, ya que el legislador lo restringió a las sentencias emitidas en toda clase de procesos declarativos, en las acciones de grupo cuya competencia sea de la jurisdicción ordinaria y las emitidas para liquidar condenas en concreto².

¹ CSJ AC, 23 feb. 2012, Rad. 00166-00, en el que se cita el de 30 de abril de 2002, exp. 0061-01, reiterado en AC4890-2014, AC273-2015 y AC3039-2015.

² Auto de 30 de marzo de 2017 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala Civil,

RESUELVE:

Negar la concesión del recurso de casación formulado por la parte demandante, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
Magistrada
(2)

Firmado Por:

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 012 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**ed6234b6e0d0e7b044904b89cf2f6d3afcd6f1dbc4f5e3ed
09c71c76fa34bb7a**

Documento generado en 22/07/2020 04:44:31 p.m.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

LIANA AÍDA LIZARAZO VACA

Magistrada Sustanciadora

Bogotá, D. C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

Ordinario de JORGE ENRIQUE SUÁREZ GÓMEZ contra
PROCESAMIENTO DE CEREALES LTDA.

Exp.: 110013103 036 2011 00263 02

Mediante auto proferido el 12 de junio de 2020, el trámite del recurso de apelación en el proceso antes referenciado fue adecuado al régimen previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020.

En aplicación de esta preceptiva, en dicha providencia se determinó que, una vez ejecutoriado el auto, correría el término de 5 días que establece el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, para que el apelante sustente el recurso de apelación.

Vencida dicha oportunidad el 30 de junio de 2020, se advierte que el apelante no cumplió con la carga de sustentar el recurso de apelación oportunamente. Esta circunstancia tiene como consecuencia que se declare desierto el recurso, conforme lo previsto en el inciso 3° del referido artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020¹.

¹ El tenor literal de la norma prevé:

“Artículo 14. Apelación de sentencias en materia civil y familia. El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

(...)

A ese respecto, debe tenerse en cuenta que, en relación con el recurso de apelación, en vigencia del Código General del Proceso, la Corte Suprema de Justicia señaló que la presentación de los reparos precisos que se hace ante el *a quo* por el recurrente no corresponde a la sustentación del recurso, la cual debe efectuarse ante el juez que conoce de la segunda instancia.

En ese sentido, en sentencia de 21 de junio de 2017, el Alto Tribunal sostuvo que el apelante “[n]o sólo debe aducir de manera breve sus reparos concretos respecto de esa decisión, sino acudir ante el superior para sustentar allí ese remedio, apoyado, justamente, en esos cuestionamientos puntuales.”²

Dicha posición también fue acogida por la Corte Constitucional en sentencia SU – 418 de 2019, en la que señaló que el apelante tiene la obligación de sustentar el recurso de apelación en la audiencia de sustentación y fallo, y que la consecuencia de la inasistencia a dicha diligencia es la declaratoria de desierto del recurso.

Así las cosas, con independencia de que la sustentación del recurso de apelación en el régimen previsto en el Decreto Legislativo No. 806 de 2020 se haga de forma escritural, lo cierto es que el legislador extraordinario fijó la oportunidad en que se debe realizar dicha actuación y reiteró que la sanción por su incumplimiento, a su vez, es la declaratoria de desierto del recurso, sin que se pueda entender que la falta de sustentación puede suplirse por los reparos presentados ante el *a quo*, conforme con lo expuesto.

*Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. **Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto.**” (negrillas fuera del texto original).*

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de junio de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Exp. 11001-02-03-000-2017-01328-00.

Por tanto, se declarará desierto el recurso de apelación presentado en el proceso de la referencia, por cuanto no se sustentó oportunamente dicho medio de impugnación, esto es, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria del auto que adecuó el trámite del presente recurso al procedimiento previsto en el Decreto Legislativo No. 806 de 2020, por cuanto el memorial presentado por el apelante a esos efectos se presentó luego de vencido dicho término, el 8 de julio de 2020.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., **RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar que el recurso de apelación no fue sustentado oportunamente por el demandante y apelante JORGE ENRIQUE SUÁREZ GÓMEZ.

SEGUNDO: En consecuencia, declarar desierto en recurso de apelación presentado por el demandante y apelante JORGE ENRIQUE SUÁREZ GÓMEZ, conforme lo previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020.

Notifíquese y cúmplase

LIANA AÍDA LIZARAZO VACA

Magistrada

Firmado Por:

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 008 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**bd1940f3c303918c1877b881518a4e6e3e259652b7cc80306db8f376
6af8ff93**

Documento generado en 22/07/2020 03:20:16 p.m.

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020).

**REF. PROCESO VERBAL PROMOVIDO POR DYSECON SAS
CONTRA INGISA CONSTRUCTORES SAS Y OTROS. RADICACIÓN
11001-31-03-037-2018-00147-01.**

Con el acostumbrado respeto que me merecen los demás miembros de la Sala de Decisión, me aparto de la sentencia proferida en el asunto de la referencia, por considerar que debió declararse desierto el recurso de apelación que interpuso el recurrente ante el Juez de Primera instancia, por no haberse sustentado en esta instancia.

Descendiendo al caso concreto se colige que la parte recurrente no presentó en segunda instancia la sustentación del recurso de apelación que interpuso frente al fallo de primera instancia en los términos previstos por el artículo 322 del Código General del Proceso, que señala que: “Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera

de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior. Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada. Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”.

Conforme al texto citado, para que la segunda instancia adquiera competencia funcional para decidir el recurso de apelación frente a la decisión de primera instancia, es requisito indispensable y necesario que el apelante sustente y exprese las razones de su inconformidad ante el superior, para que la contraparte también tenga la oportunidad del ejercicio del derecho de defensa; pues de lo contrario se estaría desconociendo uno de los pilares fundamentales de nuestro estado social de derecho, como acontece con el debido proceso. No debemos olvidar que de acuerdo con el artículo 27 del Código Civil, “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

De la mencionada norma, es diáfano al preceptuar que el recurrente deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior; que se torna en una carga procesal para que se abra paso el recurso y de paso la competencia funcional del juez de segunda instancia, en los términos previstos por el artículo 328 del Código General del Proceso. “Al respecto la Corte, ha sostenido que “el legislador previó como sanción la declaratoria de desierto del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia cuando: (i) no se precisan, de manera breve, los reparos concretos que se le hacen a la decisión, al momento de presentar la impugnación en la audiencia,

si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia y (ii) cuando no se presente la sustentación de los mencionados reparos ante el superior" CSJ STC11058-2016, 11 ago. 2016, rad. 02143-00, entre otras). Subraya la Sala. (...)" .

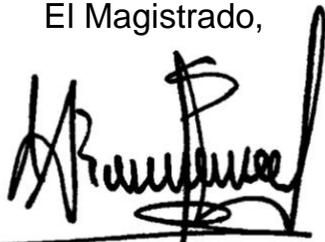
La misma Corte Constitucional, en el Comunicado No. 35, informó que en sentencia SU-418 de 2019, la Sala Plena precisó que, “para garantizar el derecho a la igualdad y la respuesta uniforme del ordenamiento jurídico, el juez de tutela debía decantarse por la interpretación que directa, sistemática y acorde con su configuración legal, surge de las disposiciones aplicables, por lo que a partir de un recuento del régimen de apelación de sentencias contenido en los artículos 322 y 327 del Código General del Proceso, estableció que el recurso de apelación debe sustentarse ante el superior en la audiencia de sustentación y fallo, y la consecuencia de no hacerlo así, es la declaratoria de desierto del recurso”.

Debe acentuarse que, las formas propias de cada juicio deben ser reguladas previamente por el legislador, y una vez definidas, deben ser acatadas por las autoridades judiciales como administrativas, al punto que la propia Corte Constitucional, ha reiterado que, “Para que la protección del debido proceso sea efectiva, es necesario que las pautas procesales estén previamente definidas por el legislador, pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos. La previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso ha sido llamada por la Carta Fundamental como "formas propia de cada juicio", y constituye la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momentos la conducta de los jueces o de la administración, se sale ilegítimamente de los cauces de la legalidad. Resulta contrario al ordenamiento jurídico el que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan

sobre derechos subjetivos, proceda conforme su voluntad, desconociendo las pautas que la ley le ha señalado para el ejercicio de su función. La libertad de escoger las formas de los juicios perjudicaría a los administrados, antes que agilizar y personalizar la aplicación de la justicia; traería confusión y caos en el seno de la sociedad y pondría en entredicho el pilar de la seguridad jurídica¹.

En este sentido, dejo plasmado mi salvamento de voto, al considerar que la Sala no gozaba de competencia funcional para decidir el recurso de apelación que fue interpuesto frente al fallo de primera instancia, por no haber sido sustentado, y por lo tanto, el camino a seguir era declararlo desierto por el Magistrado Ponente.

El Magistrado,



JULIÁN SOSA ROMERO

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-428 de 1998.

SALVEDAD PARCIAL DE VOTO

**Proceso ejecutivo de Edificio World Trade Center Bogotá Cien Internacional
PH. contra Sociedad de activos especiales
(Exp.: 2015-1029)**

Ya en otra constancia de voto disidente (exp.: 35201300573-01) señalé que, en estos casos, debía darse estricta aplicación al artículo 110 de la ley 1708 de 2014, toda vez que, en relación con “Las obligaciones que se causen sobre bienes con extinción de dominio o sobre bienes con medidas cautelares, tales como cuotas o expensas comunes, servicios públicos, y que son improductivos por no generar ingresos en razón a su situación o estado, se suspenderá su exigibilidad y no se causarán intereses, hasta cuando ocurra alguno de los siguientes eventos: a) La generación de ingresos suficientes, hasta concurrencia de lo producido; b) La enajenación y entrega del bien.” (se subraya)

Por consiguiente, mientras el inmueble fue productivo, la obligación de pagar las cuotas de administración fue exigible, razón por la cual bien podía continuar la ejecución para obtener su pago forzado. Pero en relación con las demás cuotas, según disposición del fallo del que me aparto, la exigibilidad está suspendida en la medida en que no se demostró la configuración de alguna de tales hipótesis, circunstancia que impedía ordenar que la SAE pagara una deuda que -por el momento- no debe solventar. Por eso el inciso final de aquel artículo puntualiza, para que no quede duda, que “Durante el tiempo de suspensión, las obligaciones a cargo de dichos bienes no podrán ser objeto de cobro por vía judicial ni coactiva, ni los bienes correspondientes podrán ser objeto de medidas cautelares.” (se subraya)

Luego la ejecución no podía continuar en la forma en que se dispuso; por eso dejo constancia de las razones de mi disidencia.

Firmado Por:

**MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 006 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

669cca67bdb58a2cfe291869e726e39339ba24f5b0aede900cb124178c323ec3

Documento generado en 22/07/2020 02:37:35 p.m.