

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala primera civil de decisión

Audiencia pública de sustentación y fallo

Referencia: Proceso No. 1100131003201901701 01

En Bogotá D.C., a las dos y cuarenta (02:40) p.m. del veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020), se constituyeron en audiencia pública los Magistrados que conforman la Sala primera civil de decisión del Tribunal Superior de la ciudad, mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, dentro del proceso verbal promovido por Jhon Jairo Valencia Riaño contra la Cooperativa Financiera Cotrafa y HDI Seguros S.A., con el fin de adelantar la audiencia de sustentación y fallo. Obra como secretaria *ad hoc* la abogada asesora del Despacho, Viviana Andrea Sánchez Ariza.

Comparecientes:

Nombre	Calidad	Mecanismo de participación
Ebrinton Ríos Cossio	Apoderado de la parte demandante	Plataforma Lifesize
Enrique Isaac Meneses García	Apoderado de la Cooperativa Financiera Cotrafa	Plataforma Lifesize
Hernán Felipe Jiménez Salgado	Apoderado de HDI Seguros S.A.	Plataforma Lifesize

Actuaciones:

Se escucharon las alegaciones de las partes. Se decretó un receso.

Reanudada la audiencia se dictó **SENTENCIA**, cuya parte resolutive es la siguiente:

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá en Sala Primera Civil de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** los numerales 1º, 2º, 3º y 5º de la sentencia proferida el 16 de abril de 2020 por la Superintendencia Financiera de Colombia, y **revoca** los numerales 4º y 6º. En su lugar, se dispone:

CUARTO: Declarar no probada la excepción denominada “reticencia en la declaración sincera del estado del riesgo”, propuesta por HDI Seguros de Vida S.A., e igualmente desestimar las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

Por tanto, declarar, por las razones expuestas, que la aseguradora incumplió el contrato de seguro de vida grupo deudores documentado en la póliza No. 4002605, que garantizaba el pago de la obligación No. 0453000001707, si se configuraba una incapacidad permanente total del señor Jhon Jairo Valencia Riaño.

SEXTO: Declarar que, por existir una culpa concurrente del señor Jhon Jairo Valencia Riaño, HDI Seguros de Vida S.A. sólo debe asumir el 50% de la indemnización.

SÉPTIMO: En consecuencia, condenar a la aseguradora demandada a pagarle a la Cooperativa Financiera Cotrafa, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de \$14'109.795,00, más los intereses moratorios, según las tasas máximas permitidas por ley, causados desde el 28 de septiembre de 2017, hasta la fecha del pago, la que deberá ser aplicada al saldo del crédito No. 04500001574. Si después de aplicado ese valor quedare algún remanente, deberá entregársele al demandante dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha en que la aseguradora efectúe el desembolso.

Sin costas en segunda instancia.

La anterior decisión quedó notificada en estrados.

No siendo otro el objeto de la audiencia se dio por terminada.

Los Magistrados,


MARCO ANTONIO ALVAREZ GÓMEZ
Magistrado

Adriana Ayala Pulgarín

ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

NOTA: Se hace constar que al elaborar el acta, se corrigió un error de referencia numérica y de numeración en la parte resolutive.

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:

71fc608ddb1168813854fcd00ef4279c7ae170cfb21f2ec4bd8dd597f66cfb72

Documento generado en 23/07/2020 01:00:54 p.m.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

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

Radicado: 11001 31 03 007 2015 00165 01

Se admite, en el efecto **SUSPENSIVO**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia anticipada proferida el 17 de septiembre de 2019 por el Juzgado 47 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ejecutivo de Mario Torres Carrasco contra Inversiones Giraldo Forero S.A.S.

Cabe advertir que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 806 de 2020, la parte apelante cuenta con el término de cinco (5) días, a partir de la ejecutoria del admisorio, para sustentar los precisos reparos en los que fundamentó su recurso de apelación¹, y que si se presenta tal sustentación, la parte no apelante tiene cinco (5) días para la réplica.

NOTIFÍQUESE

El Magistrado


GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 007 2015 00165 01

¹ Debe precisarse que, para apelación de sentencias, existió suspensión de términos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 24 de mayo de 2020, conforme Acuerdos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura (PCSJA20-11517 de 15 de marzo y PCSJA20-11556 de 22 de mayo); y que de conformidad con el artículo 2° del Decreto 564 de 2020, los términos de duración de los procesos establecidos en el artículo 121 Cgp, se reanudan un mes después, contado a partir del levantamiento de la suspensión por parte del referido Consejo.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

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

Radicado: 11001 31 03 030 2017 **00641** 01

Se admite, en el efecto **SUSPENSIVO**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá en audiencia celebrada el 3 de febrero de 2020, dentro del proceso de Zeinlert Zerlitsalem Alfonso Blanco contra Darlyng Arévalo Blanco.

Cabe advertir que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 806 de 2020, la parte apelante cuenta con el término de cinco (5) días, a partir de la ejecutoria del admisorio, para sustentar los precisos reparos en los que fundamentó su recurso de apelación¹, y que si se presenta tal sustentación, la parte no apelante tiene cinco (5) días para la réplica.

NOTIFÍQUESE

El Magistrado


GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 030 2017 00641 01

¹ Debe precisarse que, para apelación de sentencias, existió suspensión de términos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 24 de mayo de 2020, conforme Acuerdos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura (PCSJA20-11517 de 15 de marzo y PCSJA20-11556 de 22 de mayo); y que de conformidad con el artículo 2° del Decreto 564 de 2020, los términos de duración de los procesos establecidos en el artículo 121 Cgp, se reanudan un mes después, contado a partir del levantamiento de la suspensión por parte del referido Consejo.

**República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público**



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

11001-31-03-039-2009-00622-01

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

A efectos de continuar con el trámite que corresponde a esta instancia, y en obediencia a las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo No 806 del 4 de junio del año que avanza, el Despacho dispone:

1. Imprimirle al presente proceso la ritualidad consagrada en el artículo 14 de la citada normativa, con miras a resolver los recursos de alzada instaurados por las partes frente a la sentencia de primer grado.

2. De conformidad con lo establecido en el inciso 2° del reseñado canon 14 del Decreto 806 de 2020, y comoquiera que en el *sub lite* el término para peticionar pruebas en segunda instancia ha fenecido, se corre traslado a los apelantes para sustentar los reparos que de manera concreta formularon contra el fallo de primer orden (artículos 320 y 322, numeral 3°, inciso 2°, del C. G. del P.), dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente proveído.

Transcurrido dicho lapso, de las sustentaciones presentadas se correrá traslado a las partes contrarias por el término de cinco (5) días, a fin de que, si a bien lo tienen, se pronuncien frente a las manifestaciones elevadas por los impugnantes.

Por Secretaría, contrólense los mencionados términos, para que vencidos, se ingrese el expediente al Despacho, con el propósito de emitir la decisión que en derecho corresponda.

Las partes deberán allegar, preferentemente, el escrito sustentatorio y su réplica a la dirección de correo electrónico **secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JP Suárez Orozco'.

**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado**

**República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público**



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

11001-31-03-018-2017-00363-01

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

A efectos de continuar con la ritualidad que corresponde a esta instancia, y en obediencia a las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo No 806 del 4 de junio del año que avanza, el Despacho dispone:

1. Imprimirle al presente proceso el trámite consagrado en el artículo 14 de la citada normativa, con miras a resolver los recursos de alzada instaurados frente a la sentencia de primer grado.

2. De conformidad con lo establecido en el inciso 2° del reseñado canon 14 del Decreto 806 de 2020, y comoquiera que en el *sub lite* el término para peticionar pruebas en segunda instancia ha fenecido, se corre traslado a los apelantes para sustentar los reparos que de manera concreta formularon contra el fallo de primer orden (artículos 320 y 322, numeral 3°, inciso 2°, del C. G. del P.), dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente proveído.

Transcurrido dicho lapso, de las sustentaciones presentadas se correrá traslado a las partes contrarias por el término de cinco (5) días, a fin de que, si a bien lo tienen, se pronuncien frente a las manifestaciones elevadas por los impugnantes.

Por Secretaría, contrólense los mencionados términos, para que vencidos, se ingrese el expediente al Despacho, con el propósito de emitir la decisión que en derecho corresponda.

Las partes deberán allegar, preferentemente, el escrito sustentatorio y su réplica a la dirección de correo electrónico **secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JP Suárez Orozco', written over a light blue circular stamp.

**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado**

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

11001 31 99 001 2016 76110 04

Revisada la comunicación emitida por el Ministerio de Transporte, mediante de la cual se refirió a varios de los requerimientos realizados por esta Corporación, se observa que la mencionada cartera omitió dar respuesta puntual y concreta respecto del interrogante de “¿[s]i la capacidad transportadora autorizada a las empresas de que trata el parágrafo 1º [de la Resolución 7811 de 2001] hace referencia a la capacidad transportadora autorizada por ruta, o a la capacidad transportadora general de la empresa transportadora, y si dicho criterio ha cambiado en dicho interregno **[Años 2016, 2017, 2018 y 2019]**?”, pues de la contestación proferida solo se avista una mención de un concepto emitido en el año 2019; empero, de sus manifestaciones no es posible determinar un criterio claro sobre lo que se le indagó, máxime cuando pareciera no haber uniformidad en los distintos pronunciamientos remitidos a este proceso, esto es, **i)** MT- 1350-2-62001 del 13 de diciembre de 2004. Radicado No 43156 del 6 de agosto de 2004, emitido por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica, Leonardo Álvarez Casallas; **ii)** MT 4550-2 Radicado MT-73304 de 19 de diciembre de 2006, emitido por el director del Transporte y Tránsito Jorge Enrique Pedraza Buitrago; **iii)** Radicado No 2009-321-003235-2 del 22 de noviembre de 2009, emitido por el Subdirector de Transporte David Becerra Fonseca.

Así las cosas, siendo de suma importancia una respuesta de fondo, clara, oportuna y sin evasivas sobre la consulta elevada por este Tribunal, a efectos de dirimir la controversia puesta en su conocimiento, para lo que se recuerda que, a tono con lo previsto en el artículo 95, numeral 7, de la Carta Política, es un deber de toda persona y del ciudadano “[c]olaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”; precepto superior que guarda correspondencia con la Ley 734 de 2002 [Código Disciplinario Único], en cuyo canon 34 establece: “Son deberes de todo servidor público: (...) 1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos

en la Constitución, (...), las leyes, (...), las decisiones judiciales (...). 16. (...) prestarles [a los jueces] la colaboración necesaria para el desempeño de sus funciones"; determinando en su artículo 35 que: "A todo servidor público le está prohibido: "(...) 24. Incumplir cualquier decisión judicial (...)"; este Despacho Jurisdiccional **ORDENA:**

REQUERIR al Ministerio de Transporte para que, bajo los apremios del numeral 3 del artículo 44 del C. G. del P., y so pena de hacerse acreedor a las sanciones allí contempladas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente decisión, dé respuesta de fondo, clara, oportuna y sin evasivas al interrogante de "¿[s]i la capacidad transportadora autorizada a las empresas de que trata el parágrafo 1º [de la Resolución 7811 de 2001] hace referencia a la capacidad transportadora autorizada por ruta, o a la capacidad transportadora general de la empresa transportadora, y si dicho criterio ha cambiado en dicho interregno [**Años 2016, 2017, 2018 y 2019**]?""; considerando que de sus manifestaciones no es posible determinar un criterio claro sobre lo que se le indagó, máxime cuando pareciera no haber uniformidad en los distintos pronunciamientos remitidos a este proceso, esto es, **i)** MT- 1350-2-62001 del 13 de diciembre de 2004. Radicado No 43156 del 6 de agosto de 2004, emitido por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica, Leonardo Álvarez Casallas; **ii)** MT 4550-2 Radicado MT-73304 de 19 de diciembre de 2006, emitido por el director del Transporte y Tránsito Jorge Enrique Pedraza Buitrago; **iii)** Radicado No 2009-321-003235-2 del 22 de noviembre de 2009, emitido por el Subdirector de Transporte David Becerra Fonseca.

Por Secretaría, ofíciase en los términos aquí establecidos, y adjúntese a la misiva respectiva, copia de la providencia del 9 de julio del año que avanza.

NOTIFÍQUESE,



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

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

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

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 1100 1310 3004 2018 00506 01 - **Procedencia:** Juzgado 4 Civil del Circuito.

Proceso: Lilia Medina y otros **Vs.** María Isabel Vásquez y otro.

Asunto: Apelación sentencia

Aprobación: Sala virtual No.28 de 23/07/2020

Decisión: **Confirma**

En cumplimiento a lo previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020¹, se resuelve por escrito el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 7 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado 4° Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. Santiago Monroy García, Kevin Andrés Monroy López, Luz Fany Monroy Medina, Edgar Monroy Medina, Yuly Paola Fagua Medina, María Eugenia Monroy Medina, César Darío Fagua Medina y Lilia Medina, promovieron demanda en contra de María Isabel Vásquez Garzón y Benemotors S.A., con el propósito de que:

i. Se declare civil y solidariamente responsables a los demandados por los perjuicios causados con ocasión de la muerte de José David Monroy Medina.

ii. En consecuencia, sean condenados a pagar las sumas de dinero que bajo juramento, se estimaron en la demanda por concepto de perjuicios materiales e inmateriales, más réditos comerciales.

¹ Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de la justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

2. Fundamentaron sus pretensiones en que:

a) El 23 de mayo de 2013 siendo las 04:30 horas, José David Monroy Medina conducía la motocicleta de placas AWG-32D, por el carril derecho sentido sur-norte de la Avenida Caracas con Calle 5ª de Bogotá.

b) La motocicleta fue embestida por una camioneta blanca tipo Van de servicio público, que realizó imprudentemente un giro para tomar la Calle 5ª al oriente. El conductor golpeó con su parte delantera derecha la motocicleta en el tercio lateral izquierdo, provocando que ésta perdiera el control y cayera, colisionando con un tubular de acero en forma de “n”.

c) Quien maniobraba el vehículo se dio a la fuga, pero a través de la versión de Jaesson Mauricio Rojas Rodríguez, testigo de los hechos y quien emprendió una persecución, como del informe sobre 14 fotogramas extraídos de cámaras de seguridad, se pudo conocer que el rodante involucrado en el incidente es la camioneta de placas TDK-546, y su tenedora es María Isabel Vásquez Garzón, persona que la adquirió de su propietaria Benemotors S.A.

d) José David Monroy Medina falleció a las 5:23 horas día del accidente y de los hechos tuvo conocimiento la Fiscalía General de la Nación, actuación en la que practicó experticia al vehículo de placas TDK-546, donde el perito de tránsito Fredy Martos Angulo evidenció *‘abolladuras producto de accidente de tránsito’* y *‘había sido sometido a reparaciones y modificaciones en su cubierta externa, parte anterior derecha’*.

e) La camioneta identificada en el lugar de los hechos se encontraba bajo la tenencia de María Isabel Vásquez Garzón, de la cual recibía provecho económico al darla en alquiler a terceros, persona que la compró por

Apelación Sentencia: 1100 1310 3004 2018 00506 01

medio de contrato de compraventa No. 1104-1 suscrito el 16 de febrero de 2012, negocio que no fue registrado ante movilidad, por lo cual el vehículo se encuentra a nombre de Benemotors S.A.

f) La tenedora María Isabel Vásquez Garzón, ‘presuntamente’ había dado en alquiler el vehículo a un tercero durante los días 22, 23, 24, y 25 de mayo de 2013. La identidad de este tercero es desconocida.

3. Oposición:

3.1. En su defensa, Benemotors S.A. formuló como excepciones:

a) Prescripción extintiva de la acción: la sociedad es una presunta tercero civilmente responsable, sin vínculo contractual ni extracontractual con quien cometió el ilícito. Todo sucedió bajo los lineamientos y posesión de María Isabel Vásquez; por tanto, su responsabilidad en el litigio sería indirecta, y la acción debió instaurarse dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia de los hechos. (Art. 2358 C.C.)

b) Prescripción extraordinaria de la acción de reparación: transcurrieron sin interrupción más de 5 años desde el accidente y la admisión de la demanda.

c) Responsabilidad civil por conducción recae sobre el guardián del bien: María Isabel Vásquez Garzón es la única responsable patrimonial, porque: (i) existe una relación causal entre el daño y la actividad peligrosa que realizaba el conductor, (ii) cumplía con la condición de guardián o custodia del vehículo con el que se realizó el daño, y (iii) estaba percibiendo frutos y ejercía ‘la propiedad del vehículo’.

d) Buena fe de Benemotors S.A.: se cumplió con las formalidades y requisitos para realizar el traspaso del vehículo de placas TDK546, pero esta situación no pudo ser culminada debido a los comparendos que tenía

Apelación Sentencia: 1100 1310 3004 2018 00506 01

María Isabel Vásquez Garzón en su historial de tránsito. La diligencia del actuar de Benemotors, se evidencia con la factura de venta No. 3486, el contrato de compraventa y demás documentos que prueban su buena fe.

3.2. María Isabel Vásquez Garzón contestó la demanda, se opuso a la totalidad de las pretensiones por no estar obligada a resarcir los perjuicios ocasionados por el fallecimiento de José David Monroy Medina. Además, no admitió los hechos relativos al accidente de tránsito; la persecución que adelantó Jaesson Mauricio Rojas Rodríguez; la muerte del motociclista; y la participación en la colisión del vehículo de placas TDK-546. Sólo aceptó como cierto el hecho noveno de la demanda, en lo que respecta a que la camioneta se encontraba bajo su tenencia y la había adquirido por compra a Benemotors S.A., pero afirmó que ello *‘no es óbice (sic) para que se endilgue ningún tipo de responsabilidad’*. Y propuso las siguientes excepciones de mérito:

a) Caso fortuito y culpa exclusiva de la víctima: el accidente se debió a la imprudencia del occiso al no observar las normas de tránsito, quien desarrollaba una actividad peligrosa en la que se presume la culpabilidad.

María Isabel Vásquez Garzón no es la persona que conducía el vehículo, tampoco era la propietaria inscrita, por lo que es ajena a cualquier tipo de responsabilidad. La Fiscalía General de la Nación no ha podido vincular válidamente a la persona que generó los hechos nocivos.

b) Inexistencia de perjuicios: no se demostró el pago de algún gasto, para que se cause el perjuicio material generado por el daño emergente.

c) Efectos de la cláusula (*sic*) penal absolutoria: a raíz del accidente se inició proceso penal en el que se investiga la responsabilidad en la conducta desplegada por el conductor del vehículo causante de los daños

Apelación Sentencia: 1100 1310 3004 2018 00506 01

reclamados, y en el evento que en la sentencia o resolución de preclusión no se vislumbren tales perjuicios, o no resulte persona alguna responsable, dicha situación debe favorecer a la demandada.

d) Además adujo excepciones basadas en situaciones que **no** corresponden al presente proceso: Prescripción y caducidad de 3 años por cobro de cánones de arrendamiento (*sic*), y ausencia de nexo causal pues la señora bajó de su vehículo, trastabilló, perdió el equilibrio y cayó, hecho ajeno e incontrolable por el conductor (*sic*).

LA SENTENCIA APELADA

Declaró probada la excepción de '*responsabilidad civil por conducción recae sobre el guardián del bien*' propuesta por Benemotors S.A. De otro lado, concluyó que María Isabel Vásquez Garzón es civilmente responsable de los perjuicios causados en el accidente de tránsito en el que falleció José David Monroy Medina.

Descartó la prescripción, por corresponder el término de 10 años (art. 2356 C.C.) frente a hechos ocurridos el 23 de mayo de 2013.

Precisó que el vehículo de placas TDK-546 fue vendido por Benemotors S.A. a María Isabel Vásquez Garzón, pues se allegó el contrato de compraventa, negocio que fue reconocido en el interrogatorio de parte rendido por la adquirente, quien además dijo tenerlo en posesión, pese a haber dicho en la contestación de la demanda que era una tenedora. Además, que no se probó que el rodante hubiera sido alquilado a un tercero para el día del accidente de tránsito.

Para el a-quo la prueba testimonial, como la revisión de las cámaras fotográficas donde estacionó el vehículo que emprendió la fuga, permite

Apelación Sentencia: 1100 1310 3004 2018 00506 01

identificar que el choque fue generado con el carro de placas TDK-546. Que las secuelas del accidente fueron ‘maquilladas’ en la camioneta, según dijo el perito que testificó en este proceso, refacción que se hizo de forma apresurada y burda, como conceptuó el experto, seguramente con el propósito de ocultar el impacto. Que inclusive el trabajo presentado por funcionarios de la Policía, corroborado con la versión de Jaesson Rojas, coinciden en la manera como ocurrió el choque (los arreglos se hicieron en la parte derecha y el testigo dijo que fue con ese costado con el que se impactó la motocicleta).

Señaló que la culpa del accidente se atribuye al conductor de la camioneta, persona que no se pudo identificar, pero que hizo una maniobra de giro ‘brusca’ e ‘indebida’ a la derecha y para ese proceder debió acercarse al carril más cercano a donde se va a cruzar. Y concluyó que la responsabilidad de la demandada se da porque como poseedora detentaba el vehículo para el momento de los hechos -guardiana jurídica-.

En cuanto a los perjuicios, al no establecerse el salario que devengaba José David Monroy, presumió que era de un (1) Smlmv. Cuantificó el lucro cesante para dos menores de edad (hijos de quien falleció), tomó el 50% para gastos de la víctima y el otro 50% para repartir en partes iguales a cada uno de los menores. Indexó el valor del mínimo y aplicó las fórmulas matemáticas, lo cual arrojó las siguientes condenas:

Tipo de daño	Valor	Parentesco con quien falleció
Lucro cesante consolidado	\$ 14.266.386	Santiago Monroy García (hijo).
Lucro cesante futuro	\$ 11.555.852	
Lucro cesante consolidado	\$ 14.266.386	Kevin Andrés Monroy López (hijo).
Lucro cesante futuro	\$ 9.074.944	

Apelación Sentencia: 1100 1310 3004 2018 00506 01

Sobre el daño moral, lo estimó bajo el arbitrio judicial, así: 70 Smlmv para cada uno de los hijos, 50 Smlmv para la madre y 30 Smlmv para cada uno de los hermanos.

LA APELACIÓN

1. Ante el *a quo* la demandada presentó un escrito que contenía 10 reparos en contra de la sentencia de primera instancia, pero en la admisión de la apelación el magistrado sustanciador sólo aceptó los reproches contenidos en los ítems 3, 4, 5, 6 y 7, comoquiera que los demás puntos no tenían ninguna crítica al fallo impugnado.

No obstante, al sustentar el recurso se transcribió íntegro el mismo escrito que se formuló a modo de reparos, sin atender la delimitación previamente efectuada y en firme.

2. Los reparos admitidos y sustentados, son los siguientes:

a) No existe prueba que pueda determinar que María Isabel Vásquez Garzón es la responsable del accidente de tránsito, o que el accidente lo causó el vehículo de su propiedad.

b) En la decisión se valoraron pruebas de la investigación penal, donde no fue parte la demandada, por lo que no tuvo ni ha tenido oportunidad de controvertirlas.

c) La investigación adelantada por la Fiscalía no comprometió ni compromete a la demandada, por lo que “toda duda que surja (...) debe fallarse en su favor”.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3004 2018 00506 01

d) No se realizó una verdadera tasación de perjuicios, ya que de los testimonios e interrogatorios no se logró demostrar el detrimento. Por tanto, no hay sustento fáctico ni jurídico, menos en las cantidades como fueron tasados.

e) El *a quo* no realizó un “estudio juicioso” de la prescripción y caducidad de la acción, ni de la responsabilidad directa o indirecta frente a cada uno de los demandados.

3. La parte no apelante recorrió el traslado y en síntesis señaló: que las pruebas demuestran que la camioneta de placas TDK-546 fue la implicada en el accidente acaecido el 23 de mayo de 2013 y es de ‘propiedad’ de María Isabel Vásquez. Agregó, que en el proceso se garantizó el debido proceso y la oportunidad para controvertir los elementos de juicio. Que no está acreditado que en la investigación penal se hubiera fallado a favor de la demandada. Los perjuicios tienen soporte demostrativo y la acción no está prescrita.

CONSIDERACIONES

1. La Sala confirmará el fallo apelado, en la medida en que los reparos puntuales que contiene la apelación, según la delimitación que se efectuó en auto de 26 de mayo de 2020 -y a los cuales queda restringida la competencia del Tribunal-, no consiguen derruir los fundamentos de la sentencia, como a continuación pasa a explicarse.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 328 del Cgp, el juzgador de segunda instancia “*deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante*”, que son aquellos sobre los cuales debió versar la sustentación de la alzada realizada ante el superior,

determinados por los reparos concretos formulados al momento de interponer el recurso (inc. 2º, num. 3, art. 322 ibídem). El debate, entonces, queda restringido al temario planteado al recurrir, de modo que no puede introducirse con posterioridad aspectos novedosos que sorprenderían a los demás sujetos procesales.

1.1. En lo que atañe a que no existe prueba para determinar que María Isabel Vásquez Garzón es la responsable del accidente de tránsito ocurrido el 23 de mayo de 2013, o que el accidente hubiera sido causado por el vehículo de su propiedad, la sentencia de primera instancia muestra que el *a quo* realizó un análisis íntegro de las pruebas obrantes en el proceso, para concluir que el automotor de placas TDK-546 fue el que participó en el incidente. En efecto, se apoyó en:

(i) La versión que rindió el señor Jaesson Rojas, testigo presencial de los hechos, quien narró que realizó una persecución al rodante que impactó con la motocicleta en la que transitaba José David Monroy.

(ii) El material fotográfico que captaron las cámaras de seguridad el día del choque.

(iii) Las inspecciones que el personal de policía judicial en la investigación penal realizó al referido rodante, donde se determinó que se hicieron refacciones apresuradas con el propósito de evitar que ‘*se evidenciara que se hubiera involucrado en una colisión*’.

(iv) La concordancia entre los peritajes de los funcionarios de la Policía, y la ponencia del testigo presencial, que coinciden en la manera como ocurrió el choque (los arreglos fueron en la parte derecha y el testigo dijo que fue con ese costado con el que se impactó la motocicleta).

Por manera que no es cierto que en la sentencia de primera instancia se hubiera determinado, sin prueba alguna, que el rodante de placas TDK-546 fue el que participó en el accidente de tránsito. Ahora, contra la valoración probatoria efectuada por el Juez de primera instancia, la apelante no presentó disconformidad alguna. Su reparo adujo ausencia de pruebas, sin criticar en particular la forma en que fueron apreciados los medios acopiados a este respecto.

Por demás, la declaratoria de responsabilidad sobre María Isabel Vásquez Garzón, se soportó en la calidad de guardiana del vehículo, dado que la documental que obra en el expediente da cuenta de que la sociedad Benemotors S.A., -propietaria inscrita el 23 de mayo de 2013, día del accidente-, vendió y entregó a la demandada dicha camioneta (fs. 198-200 c. 1), de suerte que, ante el demostrado poder de dirección y manejo que la apelante tenía sobre el vehículo, esa circunstancia la llama a resarcir los perjuicios causados a los herederos de la persona que falleció atropellada con ese automotor.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad no sólo comprende el daño por el hecho propio de la persona, *“sino también por el hecho de las cosas que le pertenecen o que sobre ellas ejerza, de cualquier otro modo, la dirección, control y manejo, como cuando a cualquier título se detenta u obtiene provecho de todo o parte del bien mediante el cual se realizan actividades caracterizadas por su peligrosidad”*².

1.2. Se repara en que se valoraron pruebas de la investigación penal, pero la apelante no fue parte en esa actuación y no tuvo oportunidad de ejercer

² C. S. de J., Cas. civ., sent. mayo 26/89. G.J. t. CXCVI. Reiterada en sentencia de 19 de diciembre de 2011, exp: 44001 31 03 001 2001 00050 01

su derecho de contradicción. Al respecto, al margen de la discusión sobre sí la demandada fue o no vinculada en la actuación que adelantó el ente acusador, lo cierto es que las pruebas de ese trámite y que fueron base para la sentencia de primera instancia, se aportaron por los demandantes a título de documental con los anexos de la demanda, cual en la actualidad lo autoriza el artículo 174 del c.g.p., que regula lo atinente a la prueba trasladada, de suerte que María Isabel Vásquez Garzón tuvo en este proceso la oportunidad de pronunciarse sobre esos elementos de juicio, cuando se notificó personalmente, momento procesal en el que contó con el término legal para contestar la demanda. Por ende, las referidas pruebas ofrecieron un aporte definitivo a las conclusiones del juzgador, la contundencia de lo que muestran de bulto no fue desvirtuada, y, en suma, no existe ninguna transgresión al debido proceso.

1.3. De otro lado, en cuanto al hipotético evento en que la Fiscalía General de la Nación exonere de toda responsabilidad penal a la demandada, pues no la compromete en modo alguno, dicha circunstancia, en principio, no tendría repercusión en el proceso civil, comoquiera que los fines entre una y otra acción (la penal y la civil) son disimiles, y como lo ha sentado la jurisprudencia *“la liberación de responsabilidad penal tiene efectos relativos y no absolutos respecto a la imposibilidad de iniciar o proseguir la pretensión resarcitoria, pues al tener estas acciones connotaciones y finalidades distintas, la primera de carácter privado eminentemente encaminada a la satisfacción de requerimientos patrimoniales y, la segunda, de naturaleza pública a cargo del Estado en defensa de los intereses de la sociedad, las razones por las cuales se conceda la absolución penal no necesariamente liberan al responsable del daño de su reparación en la acción que se inicie en su contra con ese propósito.”*³

³ CSJ, sentencia SC665-2019 de 7 de marzo de 2019. Radicación: 05001 31 03 016 2009-00005-01.

Bajo esta argumentación, si lo pretendido en el reparo es que se haga un análisis de la cosa juzgada penal absolutoria, aspecto que no quedó muy claro en el recurso, para ello se exige, ineludiblemente, que exista sentencia en firme donde se determine que el sindicato no cometió la conducta causante del perjuicio, o en su defecto, providencia que surta efectos de cosa juzgada en materia penal. Pero además, ante una providencia con las calidades descritas, que en el asunto *sub judice* no se demostró que se hubiera proferido, de todos modos deben analizarse también otras instituciones civiles, como la presunción de culpa en ejercicio de actividades peligrosas o la teoría del guardián jurídico de la cosa, que no obstante una eventual absolución penal, hacen viable la reparación de perjuicios. Por tanto, este reproche tampoco tiene aptitud para enervar la decisión impugnada.

1.4. Frente a la excepción de prescripción de la acción, aunque el juez fue sucinto en su análisis, ello no implica que faltara ‘un estudio juicioso’, como se propone en la apelación, toda vez que el despacho fue completo, donde se estableció que el término decadente es el de los 10 años reglado en el artículo 2356 del C.C.

En efecto, la demanda fue clara en atribuir responsabilidad directa a María Isabel Vásquez Garzón, por su condición de guardiana del vehículo de placas TDK-546 (hecho 9º, f. 132 c. 1), lo que implica que las pretensiones **no** se radicaron en la imputación de responsabilidad civil en calidad de “tercero”, y por ende, tampoco es admisible analizar la aplicación de la prescripción de corto tiempo consagrada en el inciso 2º del artículo 2358 del C.C., destinada para los eventos en que se acusa la responsabilidad indirecta, basada en el artículo 2347 *ibídem*, de lo que se colige que en la sentencia impugnada se aplicó la norma adecuada al contexto de la

Apelación Sentencia: 1100 1310 3004 2018 00506 01

demanda, en la cual sin duda alguna se ejerció una acción de responsabilidad civil extracontractual contra el guardián jurídico del vehículo causante del daño cuya reparación se persigue.

Con relación a la prescripción de la acción de reparación consagrada en el artículo 2358 del Código Civil, la Corte Suprema de Justicia, en un caso similar señaló que: *“En cuanto a la excepción de “prescripción” de la acción civil, con base en que la sociedad demandada es un tercero civilmente responsable, es preciso puntualizar que en efecto dicha calidad la ostenta pero sólo frente a la acción penal, porque en relación con este proceso civil, fue convocada como responsable directa del hecho ilícito, en el carácter de propietaria del vehículo causante del daño, y como tal su guardián; correspondiendo el término de prescripción de las acciones ordinarias de 20 años (Art. 2536 C.C.)”*⁴

Bajo ese entendido el término de prescripción a contabilizar es el previsto para la acción ordinaria del artículo 2536 del C.C., que es de 10 años, contados desde el día en que ocurrió el accidente, 23 de mayo de 2013, decenio que al tiempo de la demanda no se había consumado y conlleva a que la prescripción alegada no se consolidó y la excepción propuesta no podía prosperar.

1.5. Por último, frente a los perjuicios, en el recurso no se indicó de ninguna manera en qué habría consistido la ‘indebida tasación’ que se acusa, y lo que se observa fue que el Juez aplicó dos presunciones que en materia de daños ha establecido la jurisprudencia, a saber: (i) para el lucro cesante, cuando no se demuestra el salario que devengaba la persona que falleció, se supone que percibía, cuando menos, un (1) Smlmlv, y (ii) la presunción sobre la afectación moral que sufre una

⁴ CSJ, sentencia de 7 de septiembre de 2001, Exp.: 6171.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3004 2018 00506 01

persona cuando muere un familiar cercano, v. gr., hijos, padres, hermanos.

Ahora bien, para el lucro cesante, no se controvertió la forma en que se llegó a las sumas por las que emitió la condena, esto es, no se dijo nada en punto a: (i) los tiempos que comprendía ese tipo de daño, (ii) la indexación, y (iii) las fórmulas matemáticas que utilizó el Juez, por lo que la Sala no puede volver sobre aspectos que no fueron materia de reparo.

Frente al detrimento moral, en el caso concreto quienes demandan sufrieron dolor por perder a su familiar, sentimiento que da lugar a un reconocimiento económico, pues nótese que desde hace varios años la Corte Suprema ha precisado que, aunque por regla general los perjuicios morales están sujetos a prueba, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del directamente afectado, *“las más de las veces, ésta puede residir en una presunción judicial (...). Se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hijos, hermanos o cónyuge”*⁵.

Sobre el perjuicio en estudio, se fijaron en torno a parámetros definidos por la jurisprudencia, pues reiteradamente la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto⁶: *“Y en cuanto al monto de dicha reparación, recientemente, la Corte, en sentencia CSJ SC13925-2016, rad. 2005-00174-01, lo fijó en \$60.000.000. Al efecto, expuso: “Siguiendo las pautas reseñadas, se tasarán los perjuicios morales sufridos por los*

⁵ CSJ., G.J. C. C. No. 2439, pág. 86

⁶ A partir de providencia de 28 may. 2012, Rad. 2002-00101-01; referente aumentado sólo en casos de especiales circunstancias.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3004 2018 00506 01

demandantes en la suma de \$60'000.000 para cada uno de los padres; \$60'000.000 para el esposo; y \$60'000.000 para cada uno de los hijos”.

2. En razón de lo dicho, y como los reparos no logran la revocatoria de la sentencia apelada, la misma se confirmará, con la consecuente condena en costas.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2019, por el Juzgado 4 Civil del Circuito de Bogotá. Costas a cargo del apelante. El magistrado sustanciador fija como agencias en derecho de segunda instancia la suma de \$1.000.000. Liquídense (art. 366 Cgp). Devuélvase el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA



ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA



MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Radicado: 1100 1310 3004 2018 00506 01

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

**REF. PROCESO EJECUTIVO PROMOVIDO POR FORMESAN S.A.S.
CONTRA ZEMENT S.A.S. RADICACIÓN 11001-31-03-006-2017-00546-
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,

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-428 de 1998.

por no haber sido sustentado, y por lo tanto, el camino a seguir era declararlo desierto por el Magistrado Ponente.

El Magistrado,



JULIAN SOSA ROMERO

R.I. 14818

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

**REF. PROCESO VERBAL DE JAVIER FERNANDO BASTIDAS
CAMPAÑA CONTRA PROTRAFFIC S.A.S.**

RAD. 11001310300620180043501.

Magistrado Sustanciador. **JULIÁN SOSA ROMERO**

Discutido y aprobado en Sala n.º 21 del 30 de julio de 2020.

I. ASUNTO

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambos extremos procesales contra la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2019, por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, D. C., en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

El ciudadano Javier Fernando Bastidas Campaña, por intermedio de apoderado judicial, convocó a juicio a Protección y Gestión de Tráfico S.A.S. –Protraffic S.A.S.– para que, previo el trámite del proceso verbal, se declarara que todas las utilidades generadas por el contrato 20161207 del 23 de noviembre de 2016, suscrito entre la Secretaría Distrital Movilidad y la Unión Temporal Vías Seguras, deben distribuirse en la proporción del 70 % para la parte pasiva y el 30 % para el actor, y se condene a la sociedad demandada al pago de la proporción respectiva de las utilidades del referido contrato, junto con sus intereses moratorios, así como de las costas del proceso.

Como fundamento fáctico se expuso que, en documento privado del 20 de septiembre de 2016, las partes constituyeron la unión temporal referida atrás en la proporción de participación aludida, con el fin de participar en la licitación pública SDM-LP-019-2016 llevada a cabo por la autoridad mencionada, cuyo contrato les fue adjudicado. En reunión celebrada el 15 de marzo de 2018, el representante legal

de la asociación consorcial le informó al demandante que la distribución de utilidades se efectuaría conforme con los componentes de consultoría y obra, de modo que se desconoció la voluntad de las partes y se afectaron sin intereses económicos.

Una vez admitido y notificado el escrito introductor, el extremo pasivo se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones denominadas: (a) inexistencia de divergencia contractual que fundamente la demanda y el ejercicio de la acción; (b) inexistencia del otrosí modificatorio del acuerdo de UT de fecha 26 de octubre de 2017 por incumplimiento de solemnidades; (c) pago parcial de la utilidad en forma anticipada; (d) excepción de contrato no cumplido, el incumplimiento de las obligaciones por el demandante, lo que ha impedido el cierre contable de la UT y el pago de las obligaciones a terceros que definan la utilidad a repartir entre las partes, lo cual causó daños y perjuicios a la UT; y (e) inexigibilidad de la obligación, inexistencia de incumplimiento de la obligación de pago.

III. SENTENCIA APELADA

El juzgador de primera instancia, mediante fallo dictado el 2 de diciembre de 2019 (fls. 242 y 243), resolvió:

“PRIMERO. Declarar probadas las excepciones formuladas por la parte pasiva en este proceso denominadas “inexistencia de divergencia contractual que fundamente la demanda y el ejercicio de la acción”. En segundo lugar “inexistencia del otrosí modificatorio al acuerdo de unión temporal de fecha 26 de octubre de 2017, por incumplimiento de solemnidades”. Tercero, “pago parcial de la utilidad en forma anticipada”. Cuarta, “excepción de contrato no cumplido, inexigibilidad de la obligación”, “inexistencia de incumplimiento de la obligación de pago”, por las razones que justifica el despacho en la parte considerativa.

SEGUNDO. Declarar como lo pide el demandante, y así se allanó la parte pasiva, que conforme al documento de constitución de la unión temporal Vías Seguras de fecha del 20 de septiembre de 2016 suscrito entre la sociedad Protección y Gestión de Tráfico SAS Protraffic y Javier Fernando Bastidas Campaña, todas las utilidades generadas por el contrato 20161207 del 23 de noviembre de 2016 suscrito entre la Secretaría Distrital de Movilidad y la unión temporal Vías Seguras, debe distribuirse en proporción del 70% para Protraffic SAS y 30% para Javier Fernando Bastidas Campaña.

TERCERO. Negar la pretensión condenatoria en contra de Protraffic SAS, negar también, por consecuencia lógica, la condena solicitada por intereses moratorios.”

Para arribar a la anterior determinación, indicó que del acuerdo de conformación de la unión temporal se extrae que las partes se distribuyeron las labores a realizar en una proporción de 70% y 30%, respectivamente, y no así las utilidades.

Señaló que esa es la interpretación literal del contrato y que el sentenciador no puede darle una lectura distinta a la que plasmaron las partes. Sin embargo, la demandada se allanó a la prosperidad de la pretensión atinente a que el reparto de utilidades se haga conforme a los porcentajes pactados en el acuerdo de conformación y la voluntad de los contratantes es la fuente de interpretación auxiliar de ese acuerdo.

Adujo que no le compete pronunciarse respecto a la validez del otrosí modificatorio del acuerdo de unión temporal, so pena de quedar incurso en algún tipo de responsabilidad por extender su jurisdicción a asuntos que no le corresponden, pues esto es del resorte de la jurisdicción administrativa.

Dijo que a la fecha no se puede saber el resultado del contrato y en consecuencia no se puede determinar el *quantum* de las utilidades y el demandante no ha demostrado que se liquidó el contrato.

Arguyó que la demandada señaló que realizó un pago parcial que no fue desconocido por el actor y, en consecuencia, no se puede condenar a pagar porque no se ha dado la condición de la que depende, no se ha generado la causación de ese pago de utilidad.

Por último, indicó que si hay lugar a declarar que la distribución de utilidades debe hacerse en una proporción del 70 % para Protraffic S.A.S. y 30 % al reclamante.

IV. FUNDAMENTOS DE APELACIÓN

3.1. LA PARTE DEMANDANTE:

El extremo activo puso de presente que la jurisdicción competente en este caso no es la administrativa sino la civil, en la medida en que la demanda no se encamina contra una entidad estatal, sino que se trata de un conflicto entre los dos integrantes de una unión temporal, entre particulares, originada en la forma de liquidar y distribuir las utilidades que corresponden a cada uno.

Señaló que no es cierto que sólo hasta que se produzca la liquidación del contrato estatal es posible liquidar la participación que le corresponde a cada uno de los asociados en la unión temporal, pues se trata de ejercicios distintos realizados sobre bases diferentes, existen compromisos y gastos que sólo operan entre los dos asociados que no son trasladables a la entidad estatal, pero constan en la contabilidad de la unión temporal.

Afirmó que cuando se presentó la demanda, el 30 de julio de 2018, el contrato ya había concluido, cosa que ocurrió el 28 de marzo de 2017, la única actuación pendiente era su liquidación, la cual se surte entre la Secretaría de Movilidad y la Unión Temporal, por lo que el demandante no tendría ninguna posibilidad de accionar a título personal para que el trámite se cumpla pues la legitimada es la Unión Temporal, por lo que solamente le quedó acudir a las vías judiciales para obtener el reconocimiento de las sumas que le corresponden.

Por último, arguyó que en la demanda se solicitó la exhibición de los estados financieros de Protraffic S.A.S., y un dictamen pericial contable, sin embargo, el Juzgado decretó una experticia de oficio practicada por un perito designado por él. Por razones ajenas a la parte actora no fue posible la práctica del peritaje, lo que llevó a que el *a quo* decidiera no insistir en su práctica, decisión que fue recurrida y que el Despacho ratificó al negar el recurso. En esa medida, se le negó el medio de convicción tendiente a demostrar sus pretensiones, respecto a las cuales adujo no tener ningún elemento de juicio para su reconocimiento.

Más adelante, el demandante sustentó oportunamente estos reparos ante esta Corporación, de conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

3.2. LA PARTE DEMANDADA:

La pasiva señaló que debe condenarse a la parte actora en los términos de los incisos segundo y tercero del artículo 206 del Código General del Proceso, como quiera que prosperó la excepción de inexigibilidad de la obligación, y además porque Javier Fernando Bastidas Campaña no tenía ningún derecho a solicitar la condena por alguna suma por causa de las súplicas del libelo introductor.

Posteriormente, durante el traslado del medio de impugnación incoado por su contraparte, la demandada insistió en que se allanó parcialmente a las pretensiones y que fue inexistente el supuesto acuerdo consorcial para modificar el reparto de las utilidades, y agregó

que, según el acervo probatorio recaudado, sus medios exceptivos fueron declarados como demostrados.

V. CONSIDERACIONES

El Tribunal encuentra satisfechos los presupuestos procesales que reclama la legislación adjetiva para la correcta conformación del litigio. En efecto, le asiste competencia al Juez de primer grado para conocer del proceso y a esta Sala para resolver la alzada, las personas enfrentadas en la *litis* ostentan capacidad para ser parte y procesal, Por último, la demanda reúne los requisitos mínimos de Ley. Por lo demás, no se vislumbra vicio de nulidad que afecte la tramitación, supuestos que permiten decidir de mérito.

En el asunto que ocupa la atención de la Corporación, el demandante solicitó que se declare que conforme al documento de constitución de la Unión Temporal Vías Seguras del 20 de septiembre de 2016 y al otrosí n.º 1 del 26 de octubre de 2016 suscrito entre las partes, las utilidades generadas por el contrato n.º 20161207 del 23 de noviembre de 2016, celebrado entre la Unión Temporal Vías Seguras y la Secretaría Distrital de Movilidad, deben distribuirse en proporción del 70 % para Protraffic S.A.S. y el 30 % para el señor Javier Fernando Bastidas Campaña.

En ese sentido, pidió que se condene a la demandada a pagar el 30 % de la suma que arroje la contabilidad de la Unión Temporal como utilidad del contrato, y los intereses de mora a la tasa máxima legal sobre las sumas pagadas por la Secretaría Distrital de Movilidad y no giradas a Javier Fernando Bastidas Campaña.

Así las cosas, la demandada se allanó parcialmente a las pretensiones, aceptando que el reparto de utilidades producto del contrato n.º 20161207 del 23 de noviembre de 2016 deben distribuirse conforme a los porcentajes pactados, esto es, 70 % para Protraffic S.A.S. y 30 % para Javier Fernando Bastidas Campaña.

Sin embargo, arguyó que el otrosí n.º 1 del 26 de octubre de 2017 es inexistente, en la medida en que en el mismo se indicó que *“La participación de cada una de las partes que conforman el ciento por ciento (100%) de la Unión Temporal no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad (...).”*

Por último, se opuso a la pretensión de condena alegando que al demandante le fueron pagadas parcialmente y de forma anticipada las utilidades por la suma de \$90.000.000 y el valor de lo que resta

depende de la liquidación del contrato de obra, circunstancia que no ha acaecido por causa imputable al demandante.

El *a quo*, declaró probadas las excepciones denominadas “*inexistencia de divergencia contractual que fundamente la demanda y el ejercicio de la acción*”, “*inexistencia del otrosí modificatorio al acuerdo de unión temporal de fecha 26 de octubre de 2017, por incumplimiento de solemnidades*”, “*pago parcial de la utilidad en forma anticipada*”, “*excepción de contrato no cumplido, inexigibilidad de la obligación*” e “*inexistencia de incumplimiento de la obligación de pago*”.

Así mismo, declaró que “*conforme al documento de constitución de la unión temporal Vías Seguras de fecha del 20 de septiembre de 2016 suscrito entre la sociedad Protección y Gestión de Tráfico SAS Protrafic y Javier Fernando Bastidas Campaña, todas las utilidades generadas por el contrato 20161207 del 23 de noviembre de 2016 suscrito entre la Secretaría Distrital de Movilidad y la unión temporal Vías Seguras, debe distribuirse en proporción del 70% para Protraffic SAS y 30% para Javier Fernando Bastidas Campaña*” y negó la pretensión condenatoria, lo cual motivó que tanto el extremo demandado como el demandante se mostraran inconformes con la decisión.

Una vez revisada la documental allegada al plenario se advierte que mediante acuerdo suscrito el 20 de septiembre de 2016, entre Protraffic S.A.S. y el señor Javier Fernando Bastidas Campaña se constituyó la Unión Temporal Vías Seguras cuyo objeto consiste “*en la presentación conjunta a la entidad, de una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución del contrato para REALIZAR EN FORMA INTEGRAL LAS ACTIVIDADES INHERENTES AL PROCESO DE SEÑALIZACIÓN Y SEGURIDAD VIAL EN TRES ZONAS EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C. producto de la LICITACIÓN PÚBLICA N° SDM-LP-019-2018. La Unión Temporal se compromete en caso de adjudicación, a la realización a cabalidad de los trabajos objeto del contrato dentro de las normas exigidas por la entidad y en general al cumplimiento de las obligaciones que se deriven de su ejecución. Las partes se encargarán de elaborar la propuesta técnica y económica y suministrarán el mutuo apoyo técnico, logístico y administrativo que se requiere para dicha presentación*” (fls. 3 y 4).

En el mentado acuerdo se pactó la participación de Protraffic S.A.S. en un 70 % y a su cargo la obligación de “*Suministro, Instalación e Implementación de Señalización Vial*”, mientras que al señor Bastidas Campaña le correspondía el 30 % y la labor de “*Realizar totalmente el componente de Consultoría del contrato.*”

Luego, se suscribió entre la Secretaría Distrital de Movilidad y la Unión Temporal Vías Seguras el contrato n.º 20161207 en virtud el cual *“EL CONTRATISTA se obliga para con LA SECRETARÍA a realizar en forma integral las actividades inherentes al proceso de señalización y seguridad vial en la zona CENTRO de la ciudad de Bogotá D.C., de conformidad con las cantidades y características establecidas en los estudios previos, el anexo técnico, el pliego de condiciones y la propuesta presentada por EL CONTRATISTA; documentos que hacen parte integral de este contrato”* (fls. 5 a 15).

Así, se fijó el valor del contrato en la suma de \$5.472.343.063 m/cte y el plazo en 10 meses o hasta agotar recursos, lo primero que ocurra, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio. Mediante la adición y prórroga n.º 1 del 17 de noviembre de 2017, se adicionó el valor del contrato en la suma de \$800.000.000 y se prorrogó por 1 mes contado a partir del vencimiento del plazo inicialmente previsto, esto es, el 18 de noviembre de 2017 (fls. 18 a 21); y a través de la adición n.º 2 y prórroga n.º 3 del 28 de diciembre de 2017 (fls. 23 a 25), se extendió por 3 meses a partir del 28 de diciembre de 2017 y se adicionó en la suma de \$1.900.000.000 m/cte.

Mediante otrosí al acuerdo de conformación de unión temporal del 26 de octubre de 2017 las partes modificaron las labores a cargo de cada uno de ellos, señalándose que le correspondía a ambas partes el: *“Suministro, instalación e implementación de Señalización Vial. Componente de Consultoría del Contrato.”* (fls. 16 y 17).

De manera *liminar* advierte esta Sala en lo que hace al reproche según el cual la competencia para resolver este asunto recae sobre la jurisdicción civil y no la administrativa, tal como lo señaló el juez de instancia, le corresponde a esta jurisdicción, como quiera que la controversia no recae sobre aspectos relacionados con la validez e interpretación del contrato estatal suscrito entre la Secretaría Distrital de Movilidad y la Unión Temporal Vías Seguras ni a la modificación en las labores a desarrollar por los integrantes de la unión temporal.

En ese sentido, en el momento de la fijación del litigio el apoderado del extremo demandante preció que: *“el otrosí No. 1 no tiene trascendencia en la controversia en la medida en que lo que se está discutiendo no es si se cambiaron o no las participaciones el otrosí No. 1 se relató y se relacionó en los hechos de la demanda como parte de los hechos del proceso, lo que está ocurriendo y esa si es la controversia y por lo tanto es netamente civil, es que cuando se hace la liquidación de las utilidades una de las dos partes en este caso la demandada no está dándole aplicación a la distribución 70% y 30%.”*

Así las cosas, pese a que Protraffic S.A.S. reconoció la distribución de utilidades entre las partes en 70 % y 30 %, respectivamente, y alegó la inexistencia del otrosí al acuerdo de conformación de unión temporal del 26 de octubre de 2017, ese asunto no fue objeto de controversia en el presente litigio sino que esta se circunscribe a la falta de liquidación del contrato y al reconocimiento de los valores correspondientes al señor Bastidas Campaña.

En ese sentido, respecto a la liquidación del contrato la cláusula décima novena del mismo señaló que: *“Se efectuará de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 y demás normas que la complementen o modifiquen y que le sean aplicables.”* Luego será dicha normatividad la que regente el finiquito del contrato estatal en cuestión.

Así, al cuestionársele a la contadora de la unión temporal Ángela María Cepeda por qué razón no se ha liquidado el acuerdo señaló *“Por procesos de Movilidad, no nos ha dado como la orden de liquidación. Lo que entiendo es que por el proceso que estamos llevando, Movilidad no nos ha hecho, pues, la liquidación del contrato hasta que no, pues, no cerremos.”*

Sobre la repartición de las utilidades del contrato n.º 20161207, refirió que: *“No hemos repartido utilidades, nosotros lo que hicimos fue distribuir información contable, porque la empresa no ha repartido utilidades...ahí habla de las utilidades contables en la distribución de la ejecución de cada una de las partes. Pero en sí la utilidad, como no se ha liquidado el contrato, no se ha hecho reparticiones”.*

Es decir, a la fecha no se ha realizado la liquidación del contrato con la Secretaría Distrital de Movilidad y la Unión Temporal Vías Seguras de Bogotá, ni se ha hecho la repartición de utilidades del mismo por lo que mal podría afirmarse que se han efectuado de forma equivocada, y que la demandada debe reconocer lo que le corresponde al señor Bastidas Campaña, pues, hasta tanto se tenga certeza conforme a la mencionada operación que se echa de menos, se pueda verificar contablemente si existen utilidades, aunado a que no fue aportada prueba que permita inferir los beneficios reclamados por el actor.

En relación con el reproche según el cual el dictamen pericial solicitado resultaba imprescindible para que se revisara la contabilidad de la demandada y se pudiera establecer la situación

contable del contrato estatal mencionado, verificar las cifras finales para poder hacer una liquidación y determinar el monto que arroja el contrato a favor o en contra de los miembros de la unión temporal; es necesario precisar que es al extremo actor a quien le correspondía probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que él persigue, en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso.

Por último, en lo que hace al reparo incoado por la parte demandada atinente a que debe sancionarse al señor Javier Fernando Bastidas Campaña en los términos de los incisos segundo y tercero del artículo 206 del Código General del Proceso, no tiene soporte en la medida que no se encuentran configurados los presupuestos de la norma en mención la cual señala que *“si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.”*, comoquiera que prosperó la excepción de inexigibilidad de la obligación.

Puestas así las cosas, se impone la confirmar la sentencia apelada.

VI. 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

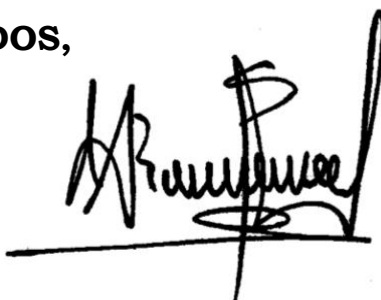
PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2019, por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, D. C.

SEGUNDO. Se condena en costas a la parte demandante.

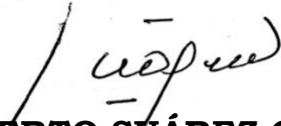
TERCERO. En oportunidad remítase el expediente al Juzgado de origen para lo de su trámite y competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

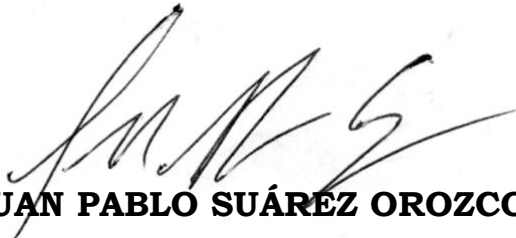
LOS MAGISTRADOS,



JULIÁN SOSA ROMERO



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

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

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

11001 3199 002 2019 00237 01

Ref. Acción de responsabilidad del liquidador de Andrés Rocha Marulanda (y otros) en contra Jorge Eduardo Álvarez Rocha, liquidador y administrador de la sociedad Agropecuaria Mirabal y Cia. S.A.S, Liquidada.

El suscrito Magistrado declara INADMISIBLE la apelación que formularon los demandantes contra la sentencia que, el 1° de julio de 2020, profirió la Superintendencia de Sociedades, en el proceso de la referencia (acción de responsabilidad del liquidador), por cuanto, de acuerdo con el parágrafo 1° del artículo 390 del C.G.P., **“los procesos verbales sumarios serán de única instancia”**.

La anunciada determinación obedece a lo que mandan el artículo 233¹ de la Ley 222 de 1995, y en forma más específica, el artículo 28 de la Ley 1429 de 2010, por cuya virtud, “las acciones de responsabilidad contra socios y liquidadores según las normas legales vigentes, (...) se adelantarán en única instancia a través del procedimiento verbal sumario regulado en el Código de Procedimiento Civil” (entiéndase C.G.P.).

No es extraño, entonces, que en la misma demanda con la que tuvo su inicio este litigio, se hubiera sostenido que, **“en virtud del artículo 28 de la Ley 1429 de 2010, el procedimiento establecido para la acción de responsabilidad contra liquidadores y socios es aquel establecido para el proceso verbal sumario establecido en el artículo 390 del Código General del Proceso”**.

Devuélvase, entonces, el expediente a la oficina de origen, previas las anotaciones de rigor.

Notifíquese


OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

¹ **ARTICULO 233. REMISION AL PROCESO VERBAL SUMARIO.** Los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral o amigable composición, se sujetarán al **trámite del proceso verbal sumario**, salvo disposición legal en contrario.

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

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

11001 3199 002 2019 00371 01

REF. Proceso verbal de impugnación de actos de asamblea de Grupo Portuario S.A. frente a Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.P.R. BUN

El suscrito Magistrado CONFIRMA el auto del 11 de marzo de 2020 (cuya alzada fue repartida a este Despacho el 23 de junio del año que avanza), mediante el cual la Superintendencia de Sociedades acogió la excepción previa de “cláusula compromisoria” que formuló la opositora y, en consecuencia, dispuso la terminación del litigio de la referencia.

Lo anterior obedece, principalmente, a que la actora, quien no puso en tela de juicio la autenticidad del documento que recoge el susodicho pacto arbitral (contenido en el artículo 72 de los Estatutos Sociales de la sociedad demandada), dedicó su discurso a defender la aplicación, en este litigio, del derogado artículo 194 del Código de Comercio (vigente para el momento de pactarse el pacto arbitral), y su incidencia en la eficacia de la cláusula en mención.

En esas condiciones, la crítica no es de recibo, como quiera que, por regla de principio, en aquellos casos en que los particulares acuerden, por escrito, someter las controversias derivadas de un específico negocio jurídico a consideración de un tribunal de arbitramento, será este órgano (de naturaleza transitoria) el llamado a resolver los litigios originados en ese vínculo contractual, **incluso**, lo atinente a la eficacia y vigencia de la cláusula compromisoria por cuya virtud el juez accidental fue facultado para administrar justicia.

Al respecto, se ha dicho que “como extensión del principio de autonomía del acuerdo arbitral, ante una controversia sobre la existencia, validez o eficacia de dicho acuerdo, es la jurisdicción

arbitral la que debe decidir sobre la cuestión. Si no fuera así, bastaría con alegar vicios del acuerdo arbitral directamente, o del contrato principal en el que ésta se encontrara, para eludir al arbitraje”¹ y que “solamente el mismo tribunal arbitral podría, durante el transcurso del trámite arbitral, reconsiderar su posición en cuanto a su competencia”².

No sobra advertir que esa orientación teórica (que la doctrina distingue mediante la máxima “*kompetenz-kompetenz*”), forma parte de nuestro ordenamiento jurídico positivo desde hace varias décadas, inicialmente como norma de derecho internacional (art. 18.1, Reglamento Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, aplicable por virtud del art. 3° de la Convención de Panamá, que fue ratificada por Colombia mediante Ley 44 de 1986), después fue recogida en el Decreto 1818 de 1998 (num. 2°, art. 147) y con posterioridad en el artículo 79 de la Ley 1563 de 2012 (estatuto de arbitramento actualmente vigente).

Cabe añadir que el criterio que sustenta esta providencia, lo ha adoptado el suscrito Magistrado en casos análogos (entre ellos, auto de 6 de marzo de 2019, exp. 027 2018 00135 01 y auto de 7 de julio de 2017, exp. 19 2015 727).

Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas. Devuélvase el expediente al Despacho de origen.

Notifíquese


OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

¹ EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN IBEROAMERICA, Marco Legal y Jurisprudencial, Ed. Legis, ed. 2009. Pág. 703.

² SILVA ROMERO, Eduardo. *Breves Observaciones Sobre el Principio Kompetenz-Kompetenz*. En: *El contrato de Arbitraje*. Ed. Legis y Universidad del Rosario. 2005, p. 593, citado por el Tribunal Superior de Bogotá en providencia de agosto 18 de 2010, exp. 2010 00315.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

Previamente a continuar con el trámite correspondiente, por Secretaría inscribábase también el proceso en el Registro Nacional de Procesos de Pertenencia.

NOTIFÍQUESE,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

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



SALA CIVIL

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

REF: Verbal

RADICADO No. 11001 3199 002 2019 00021 02

DEMANDANTE: DOMINGUEZ GARCIA Y CIA S EN C Y OTROS

DEMANDADO: DUANA Y CIA LTDA Y OTROS

El informe Secretarial que antecede da cuenta que la sustentación del recurso de alzada fue extemporánea, comoquiera que el término de cinco (5) días previsto en el artículo 806 de 2020, feneció en silencio el 23 de junio de 2020, habiéndose presentado hasta el día siguiente con el título de ***"RATIFICACIÓN DE APELACION"***.

Al respecto impone recordar que en este asunto, se admitió el recurso de apelación mediante auto calendado 29 de octubre de 2019, por lo que con posterioridad a la expedición del Decreto 806 de 2020, se dispuso el 8 de junio del mismo año, correr traslado al apelante por el termino de 5 días, providencia que se notificó en el Estado del 8 de junio, y posteriormente se corrigió el día 11 del mismo mes y año.

Entonces, se garantizó el derecho fundamental al debido proceso que le asiste a las partes, dando publicidad en la forma prevista por el Legislador, pues no solo se registró en el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI, sino que también, podía ser consultada en los adjuntos de los Estados, del 9 y 12 de junio, respectivamente.

Ahora bien, las consecuencia que señala las normas, son impositivas, para el caso, de forma clara, el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, que modificó parcialmente el artículo 327 del Código General del Proceso, en lo referente con la sustentación del recurso de apelación, para los casos en que no se decretan pruebas de segunda instancia; obligaba a los sujetos procesales a cumplir con su carga en la forma y oportunidad definida en dicha normatividad.

Finalmente, impone recordar lo señalado por la H. Corte Constitucional, en la sentencia SU-418 de septiembre 11 de 2019, que por decisión mayoritaria, consideró que la falta de sustentación del recurso de apelación ante el Juez de segunda instancia, conlleva a la declaratoria de desierto, porque los artículos 322 y 327 del Código General del Proceso, traen esta consecuencia; la que recoge en igual sentido, ahora el artículo 14 del Decreto 806 de 2020; entonces la sola manifestación extemporánea de ratificación de sus censuras, no es suficiente para invalidar tal consecuencia.

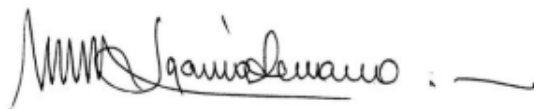
En razón de lo anterior, se

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del extremo demandado.

SEGUNDO: En firme esta decisión **DEVOLVER** el expediente a la entidad de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

LIANA AÍDA LIZARAZO VACA

Magistrada Sustanciadora

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

Ordinario de EDUARDO PERDOMO QUIMBAYO contra SALOMÓN
REINOSO AMAYA y OTRO.

Exp.: 110013103 043 2013 00043 01

Mediante auto proferido el 25 de junio de 2020, se adecuó el trámite del recurso de apelación en el proceso antes referenciado 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 9 de julio 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 por el demandante y apelante EDUARDO PERDOMO QUIMBAYO, por cuanto dicho sujeto no sustentó el recurso de apelación 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 EDUARDO PERDOMO QUIMBAYO.

SEGUNDO: En consecuencia, declarar desierto en recurso de apelación presentado por el demandante y apelante EDUARDO PERDOMO QUIMBAYO, 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:

**96e072ac779c7807bb2de7238056195a3ef44d32ff3983073369c49df
b2d98df**

Documento generado en 27/07/2020 09:12:40 a.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ Sala Civil

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Rdo. 002201300497 01

Se admite el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia de 9 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado 2º Civil del Circuito Transitorio de la ciudad, dentro del proceso de la referencia.

Como el recurso fue interpuesto con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020, recibirá el trámite establecido en el Código General del Proceso (art. 327), por mandato del inciso 2º del artículo 40 de la ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de esa codificación.

NOTIFÍQUESE

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:

**7b83c33e9d21860c15c641698aea7b806d921e044880f0d37692802cccfa
b62a**

Documento generado en 30/07/2020 08:41:57 a.m.

SALVEDAD DE VOTO

Ref. Proceso ordinario de Parquederos Hegar Ltda.
contra el Instituto de Desarrollo Urbano.
Exp. 026200400127 03

Muy respetuosamente discrepo de la decisión adoptada, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, el Tribunal confirmó la sentencia que concedió la acción dominical, por la vía de la restitución por equivalente, avalando así la condena que el juez le impuso al IDU para que le pagara a la sociedad demandante el precio -indexado- de la franja terreno, en cuantía de \$727.322.504,00, sin reparar en que nada se había dispuesto -como tampoco lo hizo el fallo del que me aparto- en relación con la propiedad de ese bien, por lo que, en la práctica, dicha entidad pública fue obligada a pagar el valor del lote, aunque el demandante seguirá siendo el dueño, lo que obviamente luce inaceptable y genera una modalidad de enriquecimiento.

Por supuesto que la aplicación analógica que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha hecho del artículo 955 del Código Civil, no autoriza concluir, en modo alguno, que el reivindicante resulta ganancioso por doble partida, es decir, que no sólo conserva el dominio, sino que también recibe indemnización compensatoria (más los frutos respectivos), lo que, además, repulsa con la naturaleza del resarcimiento reconocido. Por el contrario, esa norma presupone la enajenación, habida cuenta que el demandante debe ser indemnizado porque, precisamente, perdió definitivamente su derecho real.

b) En segundo lugar, si se miran bien las cosas, el IDU fue condenado, no tanto porque fuera un arquetípico poseedor material que desconoce o repele -con hechos inequívocos- el derecho de dominio de su titular, sino porque cumplió con su deber.

En efecto, en el expediente no existe ninguna prueba que demuestre que fue el IDU quien ocupó la franja de terreno por vías de hecho, o que se apropió

de ella para construir una vía pública. La sentencia del Tribunal lo reconoce expresamente. Lo único que se acreditó fue que cumplió con sus funciones, puntualmente la de mantener las vías en buen estado (Acuerdo No. 19 de 1972, art. 2, num. 4º; Dec. 619 de 2000), a lo que no le sigue que sea el poseedor material, por lo menos bajo los presupuestos que se exigen al demandado en el marco de una acción reivindicatoria.

En este punto se destaca, en relación con el dictamen pericial, que la posesión aludida no se puede establecer a partir del concepto de un experto, porque lo suyo es dar opiniones en asuntos científicos, técnicos o artísticos (art. 226 C.G.P.), pero jamás hacer la calificación jurídica de un hecho, como la posesión, que es un tema del resorte exclusivo del juez. Más aún, no es cierto que el IDU hubiere faltado al deber de prestarle colaboración a dicho auxiliar, pues la propia Sala reconoce que, en su momento, años atrás, le informó al demandante que en los archivos de la entidad no obraban documentos relativos a la ejecución de la obra pública. Luego la peritación tan sólo es útil para la identificación de la franja en discusión.

Pero, ¿quién construyó la vía? ¿El INVIAS? ¿COVIANDES S.A.? ¿El IDU? No se sabe. Todos dijeron que ninguno fue. Desde luego que alguien lo hizo y la comunidad, desde luego, aprovechó su construcción.

Luego el IDU fue condenado, no porque fuera poseedor material, sino porque, de una parte, el predio se encuentra en el territorio del Distrito Capital, y de la otra, le hizo mantenimiento a la vía años después de su construcción, como se lo imponían las normas locales que gobiernan su funcionamiento. Pocas veces se ve que cumplir con un deber provoque una condena.

La sentencia, entonces, debió ser revocada; cuando menos, debió decretarse prueba de oficio para adelantar pesquisas sobre el constructor de la vía. Y como no se hizo ni lo uno ni lo otro, debo salvar mi voto, por las razones que han quedado expuestas.

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Magistrado

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:

ac40cd802e15578da281e3703299e03f532428a3505be3f310f65f9ded037

2e9

Documento generado en 30/07/2020 11:57:57 a.m.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

MAGISTRADA PONENTE: HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Bogotá, D.C., treinta de julio de dos mil veinte

En virtud del nuevo trámite definido para las apelaciones de sentencias en materia civil, establecido en el art. 14 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, como en el presente asunto, en segunda instancia no fueron decretadas pruebas, la sentencia se proferirá por escrito, previa sustentación por la parte apelante y el traslado a su contraparte en los términos que la norma establece; los cuales deberán ser enviados al correo institucional de la Secretaría de la Sala Civil de esta Corporación: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

En consecuencia, tenga en cuenta el extremo actor apelante que, ejecutoriado como se encuentra el proveído admisorio de la alzada, deberá sustentar el recurso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de este auto, so pena de declararlo desierto.

Por Secretaría, contrólense los términos, y una vez fenecidos el de sustentación y el del traslado respectivo, deberá ingresar el proceso al despacho para lo pertinente.

Notifíquese,

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

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

110013103036201700840 01
Apelación Sentencia – Verbal
Demandante: Jenny Alba Rodriguez
Demandado: Herederos de Martha Leon

Magistrada

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:

84a7a0bc1a4a8287c49859d9b68ae2e56cd7c5df20d5187fe2cc31f0546bd0e8

Documento generado en 30/07/2020 12:56:41 p.m.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

MAGISTRADA PONENTE: HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Bogotá, D.C., treinta de julio de dos mil veinte

En virtud del nuevo trámite definido para las apelaciones de sentencias en materia civil, establecido en el art. 14 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, como en el presente asunto, en segunda instancia no fueron decretadas pruebas, la sentencia se proferirá por escrito, previa sustentación por la parte apelante y el traslado a su contraparte en los términos que la norma establece; los cuales deberán ser enviados al correo institucional de la Secretaría de la Sala Civil de esta Corporación: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

En consecuencia, tengan en cuenta ambos extremos apelantes que, ejecutoriado como se encuentra el proveído admisorio de la alzada, deberá sustentar el recurso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de este auto, so pena de declararlo desierto.

Por Secretaría, contrólense los términos, y una vez fenecidos el de sustentación y el del traslado respectivo, deberá ingresar el proceso al despacho para lo pertinente.

Notifíquese,


HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada

110013103043201900523 01
Apelación Sentencia – Ejecutivo
Demandante: Fredy Francisco Espitia Espinosa
Demandado: Laura Alejandra Suárez Pinto

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:
97b1f5a401e13f9531165a842927c30483759e4ad7001fb1512114fab6e5b30a
Documento generado en 30/07/2020 12:54:42 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

Proceso No. 110013103002201400112 02
Clase: EJECUTIVO SINGULAR
Demandante: INTERBOLSA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA
EN LIQUIDACIÓN
Demandados: ALFREDO ROMERO ROZO.

Con fundamento en los artículos 322 (incisos 2° y 3° del numeral tercero), 323 (numeral primero) y 327 (últimos dos incisos) del Código General del Proceso, se ADMITE, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la ejecutante (fls. 104 y ss., cdno. 1, carpeta digital 1) contra la sentencia anticipada que el 5 de diciembre de 2019 profirió el Juzgado 2° Civil del Circuito Transitorio de esta ciudad, mediante la cual declaró probada la excepción de prescripción extintiva formulada por el demandado, decretó la terminación del proceso, levantó las medidas cautelares decretadas y practicadas y se abstuvo de condenar en costas al extremo demandante.

En oportunidad, secretaría controlará los traslados que por cinco (5) días regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, luego de lo cual el asunto ingresará al despacho para resolver lo pertinente.

So pena de los efectos procesales correspondientes, la **sustentación** de la alzada versará, únicamente, sobre los reparos concretos presentados contra el fallo de primer grado, conforme lo regula el inciso final del artículo 327 del CGP. Las partes harán llegar sus respectivos escritos al correo electrónico de la secretaría: secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Manuel Alfonso Zamudio Mora', written over a light-colored rectangular stamp.

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
Magistrado.

República de Colombia

Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL DE DECISIÓN

MAGISTRADA PONENTE	:	LIANA AIDA LIZARAZO VACA
CLASE DE PROCESO	:	Pertenencia
DEMANDANTE	:	RAÚL ALFONSO VILALOBOS Y OTRO
DEMANDADO	:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-
RADICACIÓN	:	110013103 038 2020 00060 01
DECISIÓN	:	REVOCA
FECHA	:	Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

I.OBJETO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto del 18 de febrero de 2020, mediante el cual el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito rechazó de plano la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. Raúl Alfonso Villalobos y Manuel Martínez Hernández presentaron demanda de pertenencia contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, a fin de que se declare que los primeros adquirieron el bien identificado con folio de matrícula 50C-00304489 por prescripción extraordinaria adquisitiva

de dominio, toda vez que aluden haber hecho actos de señor y dueños desde *“el 22 de febrero de 1981”*. En el caso del señor Raúl Alfonso Villalobos era compañero de la señora María Cristina Castillo Muñoz, quien fuera titular real de dominio y falleció el 20 de mayo de 2003; no obstante, el ejercicio de la posesión continuó hasta la fecha.

Que saben que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- figura en el certificado de tradición y libertad, por sentencia proferida por el Juzgado Quinto de Familia del 3 de mayo de 2019, por la sucesión de la señora María Castillo Muñoz.

La demanda le correspondió por reparto al Juzgado 38 Civil del Circuito, que en auto del 18 de febrero de 2020 rechazó de plano la demanda bajo el argumento que *“el bien que se pretende usucapir aparece como titular de derecho real de dominio es el “Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, el cual es una entidad de derecho público y por lo tanto la propiedad de sus bienes inmuebles no puede ser objeto de ser adquiridos por ningún tipo de prescripción”*

Contra la referida decisión el demandante formuló recurso de apelación bajo el argumento que *“el ICBF, no ha hecho ninguna diligencia tendiente a que se le haga entrega del apto, por los propietarios o moradores, por esto es que mis mandantes han conservado y han seguido conservando la posesión del inmueble en forma quieta, pacífica e ininterrumpida (...) desde hace más de 10 años a la fecha”*

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En relación con los bienes de uso público, el artículo 63 de la Constitución Política prevé: *“Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”*. (Subrayas fuera de texto)

La Corte Constitucional en sentencia T-566 de octubre 23 de 1992¹, consideró:

*“Son bienes de dominio público que se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, porque su uso y goce pertenece a la comunidad, por motivos de interés general (art. 1° superior). **El titular del derecho de dominio es la Nación y, en general, las entidades estatales correspondientes ejercen facultades especiales de administración, protección, control y de policía.** Se encuentran determinados por la Constitución o por la ley (art. 63 superior). Están sujetos a un régimen jurídico por virtud del cual gozan de privilegios tales como la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, que los coloca por fuera del Comercio”*

Como puede apreciarse, los bienes de uso público son aquellos cuya titularidad pertenecen al Estado destinados al uso, goce y disfrute de todos los habitantes del territorio; están sometidos al régimen de derecho público y sobre ellos el Estado ejerce derechos de administración y de policía.

¹ M.P. Alejandro Martínez Caballero

En atención a lo anteriormente citado, se tiene que conforme al certificado de tradición y libertad del bien identificado con folio de matrícula 50C-304489, en providencia del 26 de junio de 2017, el Juzgado Quinto de Familia le adjudicó por sucesión el referido bien al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, siendo esta la última anotación registrada, por lo que se colige que efectivamente el referido bien es de uso público, por cuanto la titularidad esta en cabeza de la citada entidad.

Pese a lo anteriormente dicho, bien podría ser adquirido por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, si la posesión del bien se ejerció sin interrupción por la actora por el término de diez años previos al registro de la adjudicación ya citada, toda vez que la sentencia que declare la pertenencia no es constitutiva del derecho real de dominio, sino simplemente declarativa, por cuanto no es la sentencia, sino la posesión ejercida sobre el bien, acompañada de justo título y buena fe, si se trata de la prescripción adquisitiva ordinaria, o la sola posesión del mismo por espacio de diez años, la fuente de donde surge el derecho que el fallo judicial se limita a declarar.

Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil señaló:

"...la sentencia que se profiera dentro del juicio de pertenencia correspondiente, es de carácter meramente declarativo, o sea que está encaminada a reconocer jurídicamente una situación fáctica preexistente que no resulta alterada por la decisión judicial que así lo admita. De ahí que se diga que se hace propietario de un inmueble por usucapión, quien se encuentre en las circunstancias atrás señaladas, independientemente de que se le haya declarado judicialmente como tal o no. (...) Es decir, que la jurisdicción del Estado, por conducto del funcionario competente, no crea con la

sentencia que en el respectivo proceso de pertenencia se profiera, el derecho real que ya había sido adquirido por el prescribiente si este así lo demuestra, sino que tan solo tiene carácter declarativo del mismo, jamás constitutivo del derecho' (G.J. 219 Pag. 332). Esta que ha sido la doctrina constante de la Corte, la ha reiterado en distintas sentencias de casación, entre otras, en la de 7 de octubre de 1997 y 6 de abril de 1999.”

En ese orden de ideas, y atendiendo a lo manifestado en el escrito de demanda, no puede tajantemente rechazarse de plano la demanda cuando se alega que la posesión esta configurada desde antes del reconocimiento de la titularidad de dominio a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pues lo que procede es que se abra un debate jurídico para determinar la procedencia o no de las pretensiones.

En tal virtud, se revocará la decisión proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito el 18 de febrero de 2020, y en su lugar, se dispone que proceda a analizar la demanda de conformidad con el artículo 90 del Código General del Proceso y demás normas concordantes.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C. – Sala Civil,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el proveído apelado de fecha y origen preanotados, de conformidad con las motivaciones que anteceden y en su lugar, se ordena al juez de conocimiento a resolver sobre la

admisibilidad de la demanda conformidad con lo consagrado en el artículo 90 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: Oportunamente devuélvase las presentes diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LIANA AIDA 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:

**ddca9245288a7cfdd90fd0d3893dc4aa3accae9b37a0b3d13ada35
0342a03d7f**

Documento generado en 30/07/2020 11:37:10 a.m.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso	Ejecutivo
Demandante	Banistmo Colombia S.A.
Demandado	Fabio Aristides Ruiz García Y Otros
Radicado	110013103 043 2007 00201 07
Instancia	Segunda – Auto -
Decisión	Corre traslado, requiere copias, pone expediente a disposición de la Policía Judicial CTI

1. Teniendo en cuenta que mediante auto del pasado 4 de marzo se declaró mal denegado el recurso de apelación formulado contra el proveído calendado 23 de octubre de 2018, misma providencia en la que se admitió en el efecto devolutivo, se corre traslado a la parte recurrente, por el término de tres (3) días, para que de considerarlo necesario, sustente o agregue nuevos argumentos a su impugnación (art. 322 del C.G.P, num.3.).

Del escrito que se llegare a presentar, por secretaría, dese traslado a la parte contraria en la forma y por el término previsto en el inciso segundo del artículo 110 (art. 326 del C.G.P.).

2. Como quiera que el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá no ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el ordinal segundo del auto proferido 4 de marzo del presente año, por Secretaría, requiérasele para que, vía correo electrónico y de forma inmediata, remita las piezas

procesales referidas en esa providencia y las demás que considere necesarias para resolver la impugnación.

3. Póngase a disposición de José Alfredo Fuentes Robles, Investigador Policía Judicial C.T.I., las piezas procesales que se encuentran en esta Corporación para resolver el recurso de apelación en referencia, a efectos de practicar diligencia de Inspección Judicial, ordenada por el Fiscal 44 Especializado de Bogotá.

Por Secretaría, procédase al agendamiento de la respectiva cita con el citado investigador, para los fines anotados, respetando los protocolos de bioseguridad indicados por el Consejo Superior de la Judicatura y el administrador del Edificio del Tribunal.

NOTIFÍQUESE

Documento con firma electrónica

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
Magistrado

La información reportada en la constancia de firma electrónica es suministrada directamente por el Consejo Superior de la Judicatura.

Firmado Por:

IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA
JUEZ CIRCUITO
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 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:

**528304fca6c906fa2bb522013cb77d4b875d0088
2eb855ee4e8b1fa4d87c2e52**

Documento generado en 30/07/2020 08:39:50 a.m.

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

**REF. PROCESO EJECUTIVO PROMOVIDO POR CRISTOBAL PINZÓN
CONTRA CAMILO ENRIQUE CAÑÓN BELTRAN. RADICACIÓN 11001-31-
03-010-2011-00461-02.**

11001-31-03-010-2011-00461-02 PROCESO : EJECUTIVO DEMANDANTE :
CRISTÓBAL PINZÓN DEMANDADO : CAMILO ENRIQUE CAÑÓN BELTRÁN

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. (...)” .

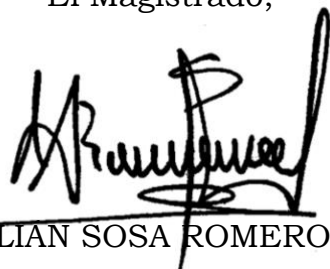
La misma Corte Constitucional, en el Comunicado No. 35, informó que en sentencia SU-418 de 2019, la Sala Plena precisó que, “para garantizar el derecho a la igualdad y la respuesta uniforme del ordenamiento jurídico, el juez de tutela debía decantarse por la interpretación que directa, sistemática y 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.

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-428 de 1998.

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,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Julian Sosa Romero', written over a horizontal line.

JULIAN SOSA ROMERO

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

**REF. PROCESO ORDINARIO DE IHC LTDA. INGENIERÍA
HIDRÁULICA Y CIVIL CONTRA GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A. Y
OTRO.**

RAD. 11001310303220130045101.

Magistrado Ponente: **JULIÁN SOSA ROMERO.**

Discutido y aprobado en Sala n.º 21 del 30 de julio de 2020.

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, Procede la Sala Sexta de Decisión Civil a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Grupo Empresarial OIKOS S.A., contra la sentencia emitida el 18 de noviembre de 2019 por el Juzgado 49 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

La sociedad IHC Ltda. Ingeniería Hidráulica y Civil pretende la declaración de incumplimiento del contrato civil de obra de precios unitarios 025- Construcción, Suministro e Instalación de red Contra incendios para la Nueva Sede Educativa del Colegio Rochester, por parte del Grupo Empresarial OIKOS S.A. y el Colegio Rochester Ltda., consecuentemente, se restituya a su favor, el valor pagado por concepto de IVA, el cual asciende a \$511.412,00 y el monto de la retención en la fuente, esto es, \$7.990.810,00; se pague el capital adeudado \$97.487.883,00. De igual modo, se condene al extremo demandado a pagar los perjuicios compensatorios causados por el incumplimiento, es decir, \$15.000.000 mensuales, por daño emergente y otro tanto, por concepto de lucro cesante, más las costas del proceso.

1.2. Los hechos

Fundamenta sus pedimentos afirmando que el 02 de febrero de 2012, entre el Grupo Empresarial OIKOS S.A. y el Colegio Rochester Ltda., por una parte, suscribieron el contrato civil de obra de precios unitarios 025- Construcción, Suministro e Instalación de red

Contraincendios para la Nueva Sede Educativa de la mencionada Institución, por un precio inicial de \$596'280.849,71, acuerdo que posteriormente fue adicionado en su valor e ítems. Los demandados adeudan al accionante, un saldo.

1.3. Contestación de la demanda

Notificadas las demandadas, a través de apoderado judicial, de manera personal, (folios 118 y 123), el Colegio Rochester guardó silencio, entre tanto, el Grupo Empresarial OIKOS S.A. contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y propuso como excepciones de Mérito: *Falta de Legitimación en la causa por pasiva e Inexistencia de la Obligación por parte del GE OIKOS S.A.*

1.4. La sentencia de primera instancia

El Juzgado 49 Civil del Circuito, en providencia del 18 de noviembre, resolvió la primera instancia, declarando de manera oficiosa la excepción de "*falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Colegio Rochester Ltda. En la actualidad "Inversiones Algeon SAS"*"; negó la prosperidad de las excepciones de mérito propuestas por el Grupo Empresarial OIKOS S.A.; declaró que éste último incumplió el contrato de obra #025 y en consecuencia debe pagar a la demandante la suma de \$97'487.883, (indexados (\$106'570.135), igualmente emitió condena en costas.

Consideró el *a quo*, la configuración de los elementos de la responsabilidad civil contractual, surgida únicamente por quienes suscribieron el contrato de obra # 025 y excluyó al Colegio Rochester, por no ser signatario del mismo, ni encontrarse acreditado que OIKOS actuó en su representación.

1.5. El recurso de apelación

El reproche del extremo demandando GE OIKOS S.A., se centra en el desconocimiento de la relación subyacente existente y probada dentro del proceso entre OIKOS y el colegio Rochester y las pruebas que a este respecto aparecen aportadas, las cuales, en criterio del apelante, fueron despreciadas en el fallo de primera instancia trayendo como consecuencia, la absolución del colegio Rochester, quien es el único obligado, en este proceso.

Señala, además, que existe un ***error de juicio valorativo de la prueba***, al interpretar erróneamente las cláusulas de los contratos aportados al expediente, desconociendo que para realizar los pagos, OIKOS debía contar con el visto bueno del colegio, por tanto, se encuentra obligado a sufragar las sumas adeudadas al demandante.

La interpretación de la cláusula décima quinta se hace fuera de contexto, por cuanto la indemnidad allí referida, corresponde a los asuntos laborales de los subcontratistas; la sentencia es enfática en

indicar que OIKOS no tenía facultades para contratar en nombre de su mandante, cuando lo prohibido era la cesión del contrato de administración delegada, así puede verificarse en las cláusulas segunda y décimo cuarta.

Error en la interpretación de la Ley: Concluyó el juzgado que el demandante fue contratante cumplido, sin embargo, adujo que no era viable establecer la fecha en la cual debía cumplirse la obligación del pago al no tener certeza del momento de finalización de la obra, cita los elementos configurativos de la responsabilidad Civil contractual y aunque el cumplimiento no lo halló probado con certeza, declara la prosperidad de la pretensión.

Además, el Colegio Rochester nunca puso a disposición de OIKOS los dineros para pagar el saldo a favor de IHC, constituyéndose un enriquecimiento sin causa.

II. CONSIDERACIONES

1. Corresponde al Tribunal examinar si existió error de juicio valorativo de la prueba y/o indebida interpretación de la ley, al declararse de manera oficiosa la falta de legitimación por pasiva en cabeza del Colegio Rochester y condenar a OIKOS S.A. a pagar el saldo de capital adeudado a IHC Ingeniería.

2. Teniendo en cuenta que se trata de un sólo apelante, la competencia de esta Corporación se limita al análisis de los reparos propuestos en oportunidad y sustentados en segunda instancia, conforme al artículo 320 del Código General del Proceso. Para ello, en primer lugar, abordaremos el estudio legal y jurisprudencial respecto de la responsabilidad civil contractual y el contrato de administración delegada, y luego, pasaremos al análisis probatorio para finalmente establecer si hubo un error en el juicio valorativo de las pruebas y en la interpretación de la ley.

El Juez de primera instancia, finiquitó la instancia declarando de manera oficiosa la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Colegio Rochester Ltda. En la actualidad “Inversiones Algeon SAS”; negó la prosperidad de las excepciones de mérito propuestas por el Grupo Empresarial OIKOS S.A.; y, declaró que incumplió el contrato de obra #025 y lo condenó a pagar a la demandante la suma de \$97'487.883, (indexados (\$106'570.135), igualmente emitió condena en costas.

Inconforme con la decisión se alzó contra la decisión de primera instancia, alegando que existe error factico en la valoración de la prueba, al desconocer el negocio subyacente contenido en el contrato matriz celebrado entre el GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A. y el COLEGIO ROCHESTER, de administración delegada, en donde su función como administrador se sujetaban a la compra de materiales y la celebración de subcontratos en nombre del contratante o dueño de la obra, quien debía

darle autorización para realizar los pagos de todas las actividades inherentes al cumplimiento del contrato, por tanto, se encuentra obligado a sufragar las sumas adeudadas al demandante.

El Juzgado interpreta la cláusula décima quinta del contrato matriz fuera de contexto, por cuanto la indemnidad allí referida, corresponde a los asuntos laborales de los subcontratistas; la sentencia es enfática en indicar que OIKOS no tenía facultades para contratar en nombre de su mandante, cuando lo prohibido era la cesión del contrato de administración delegada, como puede verificarse en las cláusulas segunda y décimo cuarta.

3. Argumentos jurídicos (legales y jurisprudenciales)

3.1. Responsabilidad civil contractual

El sustento normativo de la responsabilidad contractual se encuentra estatuido en los Títulos XII y XIII del Libro Cuarto del Código Civil, que regula lo atinente al efecto de las obligaciones y tratándose de asuntos mercantiles, en el Libro Cuarto del Código de Comercio, relativo a los contratos y obligaciones.

La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, reiteradamente ha determinado, *“ante el incumplimiento contractual, el acreedor, en procura de la protección del derecho, está facultado para pedir el cumplimiento de la obligación, o la resolución del convenio. Además, puede reclamar, bien de manera directa o consecencial, el resarcimiento del daño irrogado por la insatisfacción total o parcial de la obligación, o por su defectuoso cumplimiento”*¹.

De igual modo ha indicado que los requisitos que debe acreditar el contratante cumplido para la demostración de la pretensión indemnizatoria de origen contractual, corresponde a *“[...], la demostración de la existencia de un contrato bilateral válido celebrado entre quienes concurren al proceso en calidad de parte; actuación de la actora conforme a lo estipulado o haberse allanado a satisfacer las prestaciones a su cargo; incumplimiento del deudor demandado de las obligaciones derivadas de ese vínculo, o su tardía o defectuosa ejecución; daño irrogado al derecho del acreedor, y que el mismo sea consecuencia directa de alguna de aquellas conductas del obligado”* (Sentencia SC7220-2015, rad. 2003-00515-01, citada por la sentencia SC2142-2019 del 18 de junio de 2019)

3.2. Contrato de Administración Delegada

Para decidir los reparos invocados por el recurrente hay que destacar que el contrato de administración delegada es un contrato atípico en la medida en que no está regulado en el código civil ni en el código de comercio, y en todo caso se entiende de naturaleza civil por sus

¹ Sentencias SC5170-2018 del 03 de diciembre de 2018, SC2142-2019 del 18 de junio de 2019

características. En este sentido, a falta de una regulación legal específica este negocio jurídico se sujeta a lo convenido por las partes atendiendo al principio de la autonomía de la voluntad, siempre que no vulnere normas de orden público.

No obstante, la Corte en sentencia SC-5568 de 2019, señaló al respecto que, *“El convenio por administración delegada, típica del sector estatal, se enmarca en la especie del contrato de mandato, en donde la obra es ejecutada por cuenta y riesgo de la entidad contratante (mandante), pero a través de un contratista (mandatario) que sólo es representante de aquél, a cambio de unos honorarios previamente pactados”*².

*“En términos generales, conforme con la naturaleza misma del contrato, el contratante debe determinar claramente la obra a ejecutar; suministrar al contratista todo lo necesario para el cumplimiento de sus funciones, como fondos económicos, o, si se pactaron, bienes muebles e inmuebles; y remunerar al administrador en la forma y periodos convenidos. A su vez, el contratista toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, según las cláusulas contractuales; maneja los fondos que le entrega el contratante para la ejecución, invirtiéndolos en la forma que indique el contrato y rindiendo cuentas pormenorizadas, detalladas y documentadas sobre su manejo; conservar y devolver en buen estado los bienes que hubiere recibido para la ejecución del contrato, salvo el deterioro natural; escoger y elegir trabajadores necesarios para realizar la obra y pagarles los salarios y prestaciones sociales que correspondan, con los dineros suministrados por el contratante, actuando como intermediario de éste; subcontratar; pagar las indemnizaciones por los daños que la ejecución cause a terceros, por su culpa descuido o negligencia o por la del personal que contrató; y pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato”*³.

*“De acuerdo con esta perspectiva, es claro que la administración delegada entre particulares o entre éstos y entidades públicas, entraña la relación contractual propia del mandato, pues, a través de aquél, “una persona confía la gestión de uno más negocios a otra por cuenta y riesgo de la primera”, y, en ejercicio del mismo, el mandatario puede contratar en su propio nombre o en el del mandante, pero si contrata en su propio nombre, no obliga al mandante respecto de terceros (Código Civil, artículos 2142 y 2177)”*⁴.

Sobre este particular ha dicho la Corte, *“Contrario sensu, en el mandato no representativo, en rigor, el mandatario carece de la representación del mandante, y por consiguiente, actúa a riesgo y por*

² A través de ese tipo de contratos se adquieren los servicios de alguien capacitado y calificado para que construya, mantenga, instale o realice cualquier trabajo material dirigido a ejecutar la obra materia del contrato, en nombre de quien lo contrata. El contratante es el dueño de la obra, y el administrador delegado sólo se encarga de ejecutarla, asumiendo su buen resultado, como director técnico de la misma, poniendo al servicio del contrato toda su capacidad, y sin los riesgos propios del contratista independiente, como los originados en las fluctuaciones económicas, la inexperiencia o bajo rendimiento del personal contratado, o las fallas de los equipos utilizados (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 16 de septiembre de 2010, exp. 16605).

³ FRANCO GUTIÉRREZ, Omar, La Contratación Administrativa, cuarta edición, 2000, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.

⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 16 de septiembre de 2010. Rad. 310001123-31-000-1999-90004-01 (16605).

*cuenta ajena pero en su propio nombre, en cuyo caso, se presenta como parte directa interesada y frente a terceros figura como titular de los derechos, es sujeto pasivo de las obligaciones, ostenta la posición de parte, tiene legitimación jurídica para exigirlos y está sometido a las acciones y pretensiones respectivas.*⁵

3.3. El error de juicio valorativo de la prueba y la indebida interpretación de la ley.

El *a quo* arribó a la decisión de la declaración oficiosa de la excepción de falta de legitimación por pasiva del Colegio, tras considerar que, de conformidad con el clausulado del contrato de Administración Delegada, OIKOS debía tener indemne al contratante de toda indemnización o perjuicios que se ocasionara a sub contratistas, sus trabajadores o terceros, conclusión que es objeto de reproche.

De acuerdo con el principio de relatividad de los contratos, la relación contractual ni aprovechan ni perjudican a los que no han concurrido a celebrarlo, lo que significa que en el caso concreto, el contrato de obra a precios unitarios 025 construcción, suministro e instalación de red contraincendios para la nueva sede educativa del colegio Rochester fue celebrado el 2 de febrero de 2012, entre el demandante y el demandado Grupo Empresarial Oikos S.A., solamente surte efectos entre los mencionados contratantes.

Sin embargo, como entre el Colegio Rochester Ltda. y el Grupo Empresarial OIKOS S.A. se celebró con fecha 25 de abril de 2011, un Contrato de Administración Delegada para la construcción y administración de la Nueva Sede del Colegio Rochester en el Municipio de Chía (Cundinamarca)⁶, visible a los folios 3 a 10 del cuaderno 2, en donde el contratista, se encargó de la ejecución por su propia cuenta y riesgo, de la construcción y administración de la obra del proyecto denominado nueva sede del Colegio Rochester en el Municipio de Chía – Cundinamarca-, bajo el sistema de administración delegada, lo que significó que el contratista se convirtió en delegado o representante de la empresa que contrata la obra y tomó bajo su responsabilidad la dirección técnica de la misma, es decir, manejó los fondos entregados por el contratante para el cumplimiento de sus funciones y obligaciones.

De esta manera se colige que al tener la condición de administrador delegado, se entiende que los contratos que realice los deberá ejercer en nombre y representación de su mandante la Sociedad Colegio Rochester Ltda y así debería expresarse, no obstante, si se examina el contrato civil de obra a precios unitarios 025 construcción, suministro e instalación de red contraincendios para la nueva sede Educativa del Colegio Rochester fechado el 2 de febrero de 2012, fue suscrito por el Grupo Empresarial OIKOS S.A., a nombre propio, lo que conduce a que por mandato expreso del artículo 2177 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio, no obligue al mandante, pues, conforme lo ha señalado la Corte “*Contrario*

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 16 de diciembre de 2010. Rad. C-47001-3103-005-2005-00181-01.

⁶ Folios 3 a 10 Cuaderno n.º 2.

sensu, en el mandato no representativo, en rigor, el mandatario carece de la representación del mandante, y por consiguiente, actúa a riesgo y por cuenta ajena pero en su propio nombre, en cuyo caso, se presenta como parte directa interesada y frente a terceros figura como titular de los derechos, es sujeto pasivo de las obligaciones, ostenta la posición de parte, tiene legitimación jurídica para exigirlos y está sometido a las acciones y pretensiones respectivas”⁷.

Lo anterior, por cuanto entre el mandante y los terceros no ha surgido relación jurídica alguna, y, por lo tanto, el mandatario aparece frente a los terceros con quien contrata, como titular de los derechos derivados del contrato, como también de las acciones que surgen del acuerdo.

Sumado a lo anterior, examinado el contrato suscrito entre la Sociedad Colegio Rochester Ltda y el Grupo Empresarial Oikos S.A. para la Construcción y Administración de la Obra de la “Nueva Sede” del Colegio Rochester en el Municipio de Chía - Cundinamarca, en la cláusula quince se atestó que, “...(…)...EL CONTRATISTA se encuentra plenamente facultado para contratar o para subcontratar, por su propia cuenta y en su nombre, los estudios, diseños y planos técnicos requeridos para la ejecución de este contrato, sin que ello signifique la cesión parcial del contrato o la liberación parcial de su responsabilidad. EL CONTRATISTA será el único responsable frente a contratista, subcontratistas y proveedores y por lo tanto mantendrá indemne a EL CONTRATANTE frente a cualquier eventual reclamación por parte de estos.” (lo subrayado es de la Sala).

Por lo tanto, a pesar que el negocio que fue suscrito entre GE OIKOS S.A. con el demandante, cuyo propósito fue la ejecución de la construcción, suministro e instalación de red contraincendios para la nueva sede Educativa del Colegio Rochester, se concibió en desarrollo del contrato de administración delegada, sin embargo, la Sociedad Colegio Rochester Ltda, no asume ninguna responsabilidad por su incumplimiento por expreso mandato de los artículos 1262 del Código de Comercio, por haber obrado el contratista en nombre propio, y además, por cobijarla la indemnidad pactada en la cláusula décimo quinta, que surgió como ley para las partes, con base en el principio de la relatividad del contrato (art. 1602 Código Civil).

De suerte que el reproche del extremo demandando GE OIKOS S.A., por el desconocimiento del juez de la relación subyacente surgida entre OIKOS y el colegio Rochester, no tiene relevancia jurídica al demostrarse por un lado que, el contrato fue celebrado con el demandante sin comprometer a su mandante por ejercer el mandato sin representación, y, en segundo término, porque conforme a la cláusula quince del contrato de administración delegada asumió la responsabilidad propia frente a los subcontratantes.

⁷ CSJ SC, 16 dic. 2010, rad. 2005-00181-01.

⁸ Folios 3 a 10 Cuaderno n.º 2.

En este orden, no puede existir *error de juicio valorativo de la prueba*, en la interpretación de las cláusulas de los contratos aportados al expediente, pues, a pesar de que se dejó sentado que necesitaba el visto bueno del Colegio Rochester Ltda., no obstante, fue voluntad del propio contratista asumir la responsabilidad exclusiva frente a las obligaciones con los subcontratistas. De esta manera, la interpretación de la cláusula décima quinta, no se hizo fuera de contexto, conforme lo afirma el recurrente, amén que aparte de la indemnidad que asumió frente a los asuntos laborales, también se hizo extensiva a la responsabilidad frente a los subcontratistas.

En conclusión, el pacto de indemnidad debe entenderse dentro del marco y contexto contractual, por cuanto siendo OIKOS el Administrador Delegado, le correspondía ejecutar la obra con absoluta diligencia para evitar o minimizar los riesgos propios de una actividad de tal magnitud y por ello, los perjuicios e indemnización de daños y perjuicios son responsabilidad del recurrente.

En síntesis, el Juez de instancia hizo una adecuada apreciación probatoria a la interpretación a las cláusulas segunda y décima quinta del contrato de Administración Delegada, y las normas rigen dicho negocio jurídico, motivo suficiente para confirmar el fallo recurrido.

III. DECISIÓN

La Sala Sexta de Decisión Civil del 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 18 de noviembre de 2019, por el Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso iniciado por IHC Ingeniería Hidráulica y Civil Ltda. en contra del Grupo Empresarial OIKOS S.A. y el Colegio Rochester Ltda. (hoy Inversiones Algeon S.A.S.).

SEGUNDO: Condenar en costas de esta instancia a la parte apelante, de conformidad al artículo 365 del C. G. del P.

TERCERO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

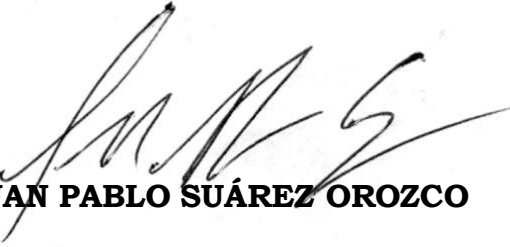
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,


JULIÁN SOSA ROMERO



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'JP Suárez Orozco', written in a cursive style.

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

R.I. 14836

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

**REF. PROCESO ORDINARIO DE LUIS ANTONIO SOLER PEÑUELA
(Q.E.P.D.) CONTRA CLARA LUZ GRANADOS GONZÁLEZ Y
PERSONAS INDETERMINADAS.**

RAD. 11001310303820150017801.

Magistrado Ponente: **JULIÁN SOSA ROMERO.**

Discutido y aprobado en Sala n.º 21 del 30 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 proferida el 12 de diciembre de 2019, por el Juzgado Cuarenta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, D. C.

II. ANTECEDENTES

1.- El señor Luis Antonio Soler Peñuela (q.e.p.d.) solicitó la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 50C-77034, ubicado en la carrera 10 n.º 16-45 Edificio Sideral de Bogotá, D. C.

2.- Una vez notificada de la demandada, la señora Clara Luz Granados González se allanó a los hechos y pretensiones de la misma.

3.- A la muerte del señor Luis Antonio Soler Peñuela (q.e.p.d.) se reconocieron como sus sucesores procesales a los señores Luis Antonio Soler Gámez, Ligia Stella Velandia de Soler, Jenny Maite Soler Velandia y Ángela Jimena del Pilar Soler Velandia.

III. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Cuarenta y Ocho Civil del Circuito de esta ciudad, mediante fallo dictado el 12 de diciembre de 2019, resolvió negar las peticiones de la demanda, al considerar que el extremo actor no acreditó los elementos axiológicos para adquirir el dominio por el modo de la prescripción extraordinaria de dominio, y además no aceptó el allanamiento consumado por la titular del derecho de dominio. En consecuencia, dispuso la cancelación de la medida cautelar y finalmente dispuso compulsar copias para la Fiscalía General de la Nación.

Para arribar a la anterior determinación, el juzgador puso de presente que la demandada le había otorgado dos mandatos al señor Soler Peñuela (q.e.p.d.), facultándolo para adquirir y negociar el inmueble en disputa, circunstancia que generó un vínculo jurídico de subordinación incompatible con la posesión; pues, existe una dependencia jurídica respecto del inmueble.

Por consiguiente, le correspondía al demandante demostrar el momento exacto a partir del cual se convirtió en poseedor, de conformidad con el artículo 981 del Código Civil. En consonancia, expuso que el pago de impuestos no es un hecho que esté en el mundo exterior y por sí mismo no tiene la capacidad de probar la posesión. Añadió que no existe certeza sobre el momento en que mutó su condición de mandatario al de poseedor y los actos materiales que acrediten la usucapión por el tiempo exigido por la ley.

Expresó que el señor Raúl Arévalo Gordillo, quien fue llamado a dar testimonio de los hechos posesorios del demandante, declaró haber sido arrendatario del inmueble objeto de litigio y poseedor desde el año 2005, en razón a que adquirió el inmueble mediante una promesa de compraventa y desde esa época viene usufructuando el bien, sin pagar arrendamiento, por el contrario, allegó al expediente contratos en los cuáles él funge como arrendador.

Por último, afirmó que según lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC16250 del 9 de octubre de 2017, toda incertidumbre, equivocidad o ambigüedad en la posesión material, conlleva a que no pueda fundarse una declaración de pertenencia, razón por la cual desestimó las súplicas de la demanda.

IV. FUNDAMENTOS DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió la decisión de primera instancia, tras considerar que el *a quo* no valoró en conjunto las pruebas recaudadas ni se tuvo en cuenta el allanamiento de la demandada.

Puso de presente que el demandante ejecutó actos propios de posesión, tales como: arrendamiento del local, pago de impuestos y los trámites adelantados ante las autoridades distritales, lo cual es ratificado por el testimonio del señor Fernando Rodríguez Lara, cuyas manifestaciones apuntan a la existencia de un contrato de arrendamiento entre el demandante y el señor Raúl Arévalo Gordillo.

Todo ello lleva al recurrente a concluir que el demandante *“ejerció actos de señor y dueño, de manera exclusiva y excluyente, durante un término superior a 10 años; que esa posesión fue tranquila, ininterrumpida, pública y pacífica”* y que el bien es susceptible de ser adquirido por usucapión, por lo que deben prosperar las pretensiones de la demanda.

El señor Luis Antonio Soler Gámez, actuando en nombre propio y en calidad de sucesor procesal del demandante, formuló recurso de apelación adhiriéndose a los argumentos de la apoderada de los demás actores.

A su vez, la demandada presentó su inconformidad con la decisión, afirmando que ella nunca recibió *“el local en forma real, [el señor Soler Peñuela] siempre lo tuvo y ostentó durante todo el tiempo con ánimo de señor y dueño, porque él fue el que se encargó de hacer todo”*.

Posteriormente, el demandante, Luis Antonio Soler Gámez, sustentó oportunamente sus reparos ante esta Corporación, de conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

V. CONSIDERACIONES

No existe reparo con relación a la concurrencia de los denominados presupuestos procesales necesarios para considerar válidamente trabada la relación jurídica procesal, y no se vislumbra vicio de nulidad que afecte la tramitación, supuestos que permiten decidir de mérito.

La Sala advierte *ab initio* que su competencia se limita al examen de los puntos específicos objeto de los recursos expuestos por ambos

extremos del litigio, en aplicación a lo consagrado en el artículo 328 del Código general del Proceso.

En el presente asunto, el *a quo* denegó las pretensiones de la parte actora, respecto del predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria n.º 50C-770434, tras considerar que no se reúnen los requisitos exigidos para acceder a la pertenencia, no obstante, la decisión fue recurrida por las partes al estimar que hubo indebida valoración de las pruebas.

Al tenor del artículo 2518 del Código Civil, por el modo de la «*prescripción adquisitiva*» o «*usucapión*», se puede adquirir derechos reales, entre ellos el dominio de los bienes corporales, ya sea muebles o inmuebles, si son detentados en la forma y por el tiempo previsto en el ordenamiento jurídico.

Esta prescripción se basa, esencialmente, en la tenencia con ánimo de señor y dueño, sin que en principio sea necesario un título, evento en el cual se presume la buena fe del poseedor. De ahí que solamente le baste demostrar que su posesión ha sido pública, pacífica e ininterrumpida, por el lapso exigido en el ordenamiento, el que actualmente es de diez años, conforme al canon 1.º de la Ley 791 de 2002, y no reconozca dominio ajeno.

Para la prosperidad de la acción de pertenencia, por el modo de la prescripción extraordinaria es esencial que se encuentran reunidos los dos elementos que exigen el artículo 762 del Código Civil, esto es el elemento objetivo o el corpus, que se cumple con los actos exteriores ejercidos por el prescribiente, y el elemento subjetivo que se relaciona con el ánimo de señor y dueño; de modo, que le incumbe al actor demostrar en forma diáfana y clara que efectivamente ejerció sobre el bien actos propios de posesión y que no ha reconocido dominio ajeno, durante el termino exigido por la Ley, para la configuración del derecho.

No obstante, cuando se ocupa el bien en calidad de tenedor y pretende adquirir el dominio por el fenómeno de la prescripción extraordinaria de dominio, por el modo de la posesión resulta forzoso que el prescribiente defina en qué momento aconteció la interversión del mencionado estatus jurídico, y refleje en hechos inequívocos los actos posesorios y su total rebeldía contra el *verus domini*, como señor y dueño, amén que de acuerdo con el artículo 777 del Código Civil, el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión.

En consecuencia, “cuando se invoca la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, para obtener la declaratoria judicial de pertenencia, el demandante debe acreditar no solamente que la solicitud recae sobre un bien que no está excluido de ser ganado por ese modo de usucapir, sino que ha detentado la posesión pública, pacífica e ininterrumpida por el tiempo previsto por la ley. Pero, además, si originalmente se arrogó la cosa como mero tenedor, debe aportarse la prueba fehaciente de la interversión de ese título, esto es, la existencia de hechos que la demuestren inequívocamente, incluyendo el momento a partir del cual se rebeló contra el titular y empezó a ejecutar actos de señor y dueño desconociendo su dominio, para contabilizar a partir de dicha fecha el tiempo exigido de posesión autónoma y continua del prescribiente”¹.

En el caso *sub examine*, el recurso de apelación está encaminado a afrontar la valoración probatoria que realizó el sentenciador de primer grado al considerar que no se apreció el allanamiento que hizo a las pretensiones de la demanda la parte pasiva, sumado a que se demostró que el extremo actor ejerció verdaderos actos de dominio, representados en el arrendamiento del local, pago de impuestos y los trámites adelantados ante las autoridades distritales, lo cual fue corroborado por el testimonio del señor Fernando Rodríguez Lara.

De la valoración conjunta de los medios probatorios, no es viable inferir que en el proceso el demandante hubiera asumido la carga de probatoria para demostrar, en forma inequívoca, que efectivamente, en su condición de mandatario, hubiera mutado el mencionado estatus jurídico por el de poseedor, lo mismo que la fecha en que esto aconteció, pues, *contrario sensu*, los actos que fueron ejercidos por el accionante son propios de las gestiones que le corresponde asumir la persona que recibe un mandato, al tenor de lo consagrado por el artículo 2158 del Código Civil.

En efecto, el mandato es un contrato consensual en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, de modo, que el objeto propio son actos jurídicos que deben cumplirse por cuenta del mandante, y al tenor de lo consagrado por el artículo 2158 del Código Civil, confiere naturalmente al mandatario el poder de efectuar los actos de administración, sin perjuicio que para vender un bien, se requiera un mandato especial, el cual puede expresarse de cualquiera de las formas, como aconteció en el caso concreto.

¹ Corte Suprema. Sentencia del 13 de abril de 2009.

De las pruebas obrantes dentro del plenario, se deduce que el abogado LUIS ANTONIO SOLER PEÑUELA (q.e.p.d.), actuando como mandatario de la señora LUZ GRANADOS GONZÁLEZ, celebró contrato de permuta con la señora BLANCA CECILIA BOLIVAR DE GÓMEZ, quien le entregó el inmueble objeto de la acción de pertenencia conforme la escritura n.º 3927 del 13 de septiembre de 1999², registrada en el folio de matrícula inmobiliaria n.º 50C-770434³. Posteriormente con fecha 14 de octubre del mismo año nuevamente la propietaria le confirió poder especial⁴ para que suscribiera contrato de compraventa del citado bien, conforme obra en el plenario.

En desarrollo del contrato de mandato el activante celebró el contrato de promesa de compraventa el 26 de septiembre de 2005⁵, donde promete la venta del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 50C-77034, ubicado en la carrera 10 n.º 16-45 Edificio Sideral de Bogotá, D. C., a favor del promitente comprador GONZALO DÍAZ LEÓN, y en donde deja testimonio en la cláusula cuarta que la promitente vendedora CLARA LUZ GRANADOS GONZÁLEZ ejerce la posesión en forma quieta, pacífica, pública y material sobre el inmueble objeto del contrato.

De esta manera, las actuaciones tendientes a la administración, pago de impuestos y gestiones con las autoridades administrativas, se desarrollaron en acato al mandato que le fue conferido por la demandada, en la conservación y administración del bien, tomando relevancia que, honrando el encargo, lo prometió en venta a favor del señor GONZALO DÍAZ LEÓN, el 26 de septiembre de 2005, en donde expresamente reconoció dominio en la mandante, y que fue confirmado por el declarante Raúl Enrique Arévalo Gordillo, quien al respecto declaró: *“Sí, fui arrendatario en el 2003 hasta el 2005. Desde el 2005 ya no pagaba más arriendo porque se hizo una promesa de venta en el 2005, porque el doctor Luis Antonio Soler me muestra un papel que él tiene facultad para vender y ese documento está avalado tanto como en notaria, como en huella del año 1999, algo así”* y más adelante manifestó que desde el 2005 no había realizado ningún pago al señor Soler Peñuela (q.e.p.d.).

El testimonio del señor Fernando Rodríguez Lara, que se aduce no fue valorado, no tiene elementos de juicio que permitan inferir los actos posesorios que pretenden los recurrentes probar, amén que no

² Folios 37 a 42 Cuaderno n.º 1.

³ Folios 1 y 2 Cuaderno n.º 2.

⁴ Folio 45 Cuaderno n.º 1.

⁵ Folios 1 al 3 Cuaderno n.º 2.

ubica las circunstancias de tiempo, modo y lugar como acontecieron los hechos que tiene conocimiento, solamente atinó a señalar que el inmueble se lo ofreció el demandante en venta en el 2005, no sabe si el actor hizo algún negocio, recuerda que la última vez que ingresó con él a ese local fue hace 5 años, en dos o tres oportunidades que lo acompañó cuando tenía que cobrar el arriendo.

Todos los elementos de juicio incorporados al expediente robustecen la tesis que el demandante no demostró que hubiera transmutado el estatus jurídico de mandatario al de poseedor del inmueble ubicado en la carrera 10 n.º 16-45 Edificio Sideral de Bogotá, D. C., como lo exige la Ley, puesto que *“(...) según el artículo 777 del Código Civil, el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión, quien ha reconocido dominio ajeno no puede frente al titular del señorío, trocarse en poseedor, sino desde cuando de manera pública, abierta, franca, le niegue el derecho que antes le reconocía y simultáneamente ejecute actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo de aquél. Los actos clandestinos no pueden tener eficacia para una interversión del título del mero tenedor. Con razón el artículo 2531 del Código Civil exige, a quien alegue la prescripción extraordinaria, la prueba de haber poseído sin clandestinidad”*.

Finalmente, el allanamiento de las pretensiones del libelo introductor hecho por la demandada no puede servir de estribo para la prosperidad de las súplicas del actor sobre el bien raíz ubicado en la carrera 10 n.º 16-45 Edificio Sideral de Bogotá, D. C., debido a que es ineficaz, pues, de un lado, no proviene de todas las personas que conforman el extremo pasivo (inc. 3, art. 98, C. G. del P.) y, del otro, la *“sentencia que declara la pertenencia producirá efectos erga omnes”* (num. 10, art. 375, *ibidem*); de manera que no puede perjudicar a los demás citados en el proceso.

Por lo anteriormente expuesto, se impone confirmar la decisión de primera instancia, por no cumplirse con los requisitos de ejercicio de la posesión pública, continua e ininterrumpida, por el término legal correspondiente; exigencias necesarias para la prosperidad de la pretensión de prescripción adquisitiva de dominio.

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 12 de diciembre de 2019, por el Juzgado Cuarenta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, D. C.

SEGUNDO. Se condena en costas a la parte demandante.

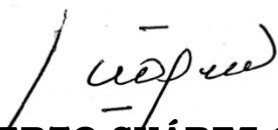
TERCERO. En oportunidad remítase el expediente al juzgado de origen para lo de su trámite y competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LOS MAGISTRADOS,



JULIÁN SOSA ROMERO



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.



SALA CIVIL

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada sustanciadora

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020)

Ref.: Proceso Verbal
Radicado: 11001 3199 001 2019 86112 01
Demandante: María Eugenia Castillo Baena
Demandado: Víctor Manuel Ocampo Giraldo

I. ASUNTO A RESOLVER

Se decide la apelación que formuló la demandada contra el auto que el 8 de noviembre de 2019, profirió la Delegatura Para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y comercio, mediante el cual se desestimaron las medidas cautelares.

II. ANTECEDENTES

La negativa del *a quo* se fundó en que *'no hay prueba que demuestre el uso comercial 'La Reina de las extensiones' desde el mes de abril de 2017 a la fecha en que se radicó la presente solicitud, por lo que no se cumple la segunda característica para proteger este derecho, esto es demostrar el uso real, efectivo y constante'* (fl. 107).

Adicional, recordó que *"el Tribunal de la Comunidad Andina, se ha pronunciado en el sentido de indicar el momento a partir del cual se genera la protección del nombre comercial, señalando de esta manera las características específicas para la protección del nombre comercial: a. El derecho sobre el nombre comercial se genera con su uso. Esto, quiere decir que el depósito del nombre comercial no es constitutivo de derechos sobre*

el mismo. El registro de un nombre comercial puede ser simplemente un indicio de uso, pero no actúa como una prueba total del mismo. B. De conformidad con lo anterior, quien alegue derechos sobre un nombre comercial deberá probar su uso real, efectivo y constante (...)

También, señaló que "...los documentos obrantes a folios 43, 46, 52, 54, 59, 64 y 71, los cuales no dan cuenta de la actual participación en el mercado de parte de la accionante, pues las fechas de expedición de estas certificaciones datan del año 2017, lo que no permite corroborar sumariamente que se le esté causando un daño en su actividad comercial, de ahí que se desconozca si efectivamente continúa comercializando algún servicio"

Y concluyó "...de la aplicación de la norma y el análisis probatorio, este Despacho no encuentra probado el ámbito subjetivo y menos aún la necesidad del decreto de la solicitud cautelar, toda vez que, si MARÍA EUGENIA CSTILLO no participa en el mercado, no puede causársele un daño a la Luz de la Ley 256 de 1996".

III. LA APELACIÓN

En síntesis, sostuvo la censora que probó que la demanda es titular de tres signos distintivos, la marca "La Reina de la Extensiones", el depósito de enseña comercial, para actividades relacionadas con las clases 41 y 44 de la Clasificación Internacional de Niza, y el depósito del nombre comercial; asimismo, confrontó los requisitos exigidos para el decreto de cautelas con las arrimadas al proceso.

Enfatizó que "...no estamos de acuerdo con lo expuesto por el Despacho en lo que atañe a la no demostración de la participación en el mercado por parte de la aquí solicitante. En relación con la idoneidad del Registro Mercantil para acreditar la calidad de comerciante, es preciso traer a colación el artículo 13 del Código de Comercio, donde expresamente advierte que se presume la calidad de comerciante si la persona se halle inscrita en el registro mercantil, que tenga un establecimiento abierto al público o que se anuncie públicamente como comerciante. (...)

IV. CONSIDERACIONES

La Decisión 486 de 2000, de la Comunidad Andina de Naciones, prevé en su artículo 245 que *"quien inicie o vaya a iniciar una acción por infracción podrá pedir a la autoridad nacional competente que ordene medidas cautelares inmediatas con el objeto de impedir la comisión de la infracción (...)"*, y el artículo 247, *ibídem*, dispone *"una medida cautelar sólo se ordenará cuando quien la pide acredite su legitimación para actuar, la existencia del derecho infringido y presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia"*.

Es sabido que la cautela se ha definido como aquel mecanismo procesal, idóneo para proteger, de manera provisional, y mientras se dirima el respectivo litigio, la integridad del derecho sustancial objeto de controversia. Tales medidas encuentran justificación, en dos figuras, una, el *fumus boni iuris*, entendida como la existencia de un derecho radicado en cabeza del demandante que, en principio, permite al operador judicial concluir, en caso de no discutirse, que el derecho invocado es verosímil y probable y; dos, el *periculum in mora*, traducido como el peligro por la mora procesal; en otras palabras, es el riesgo al que quedaría expuesto el derecho reclamado como conculcado, a causa del retardo en un pronunciamiento que zanja definitivamente el asunto.

Descendiendo al sub examine, se advierte el fracaso de la censura, comoquiera que la decisión cuestionada se soportó en la falta de prueba sobre la legitimación de la demandante; conclusión que se comparte por la Sala unitaria, dado que *"el derecho sobre un nombre comercial se adquiere por el primer uso en el comercio y cesará cuando este deje de ser empleado, igual regla se aplica para la enseña comercial"* (art. 191 de la Decisión 486); y acá se probó el uso del nombre comercial *"La Reina de las Extensiones"*, hasta el mes de septiembre de 2017, pues las certificaciones y la resolución de depósito, no superan tal lapso; debiendo acreditar, incluso, a fechas cercanas a la presentación de la demanda.

Nótese que la recurrente centró su argumento en el hecho de que la demandante es comerciante inscrita, circunstancia que a voces del artículo 13 del Código de Comercio, permite presumir tal calidad; tópico que no se cuestiona; en tanto, lo que se echa de menos es la legitimación para pedir la práctica de cautelas, pues si

bien acreditó el depósito de la enseña comercial, lo cierto es que de antaño el Tribunal de Comunidad Andina ha discernido sobre el nombre comercial, sus características y protección. Al respecto, señaló: "(...) **El objetivo del nombre comercial es diferenciar la actividad empresarial de un comerciante determinado. Los artículos 191, 192 y 193 establecen el sistema de protección al nombre comercial. El artículo 191 otorga el derecho al uso exclusivo del nombre comercial a partir de su primer uso en el comercio, uso que deberá ser probado y, consecuentemente, este uso exclusivo concluye cuando cesa el uso real y efectivo del nombre comercial. Por su parte el artículo 193 precisa que el registro o el depósito del nombre comercial ante la Oficina Nacional competente tiene carácter declarativo; sin embargo, el derecho al uso exclusivo solo se adquiere probando el uso constante, real y efectivo del nombre comercial**"¹.

En este orden, resulta evidente que una característica medular para el decreto de una medida cautelar por infracción a los derechos de propiedad industrial, al abrigo del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, es la acreditación del uso prioritario, real, efectivo y continuo del nombre comercial que se dice conculcado; exigencia que conforme se explicó no se satisfizo en este caso; precisando, desde luego, que la decisión sobre el decreto de una medida cautelar no debe ser entendida como un pronunciamiento anticipado sobre lo que pudiera constituir el tema de fondo a solventar; pues se itera, lo aquí decidido encontró su razón de ser simplemente en lo que arrojó un examen preliminar de la prueba hasta ahora recaudada, incluyendo, desde luego, la documental que aportó la demandante para justificar las cautelas que solicitó.

En suma, se CONFIRMARÁ la decisión apelada.

Por lo expuesto, la suscrita Magistrada, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR el auto N° 11452 de 8 noviembre de 2019, proferido por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, según lo acotado en la parte motiva.

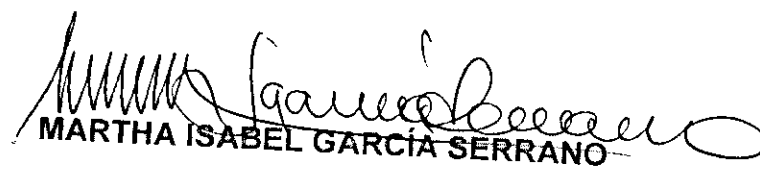
¹ Interpretación del Tribunal de Comunidad Andina, dentro del radicado 2012-00309.

SEGUNDA.- NO CONDENAR en costas de esta instancia, por no aparecer
causadas.

TERCERO.- DEVOLVER el expediente a la autoridad de conocimiento, por
Secretaria de la Sala, ejecutoriada esta decisión.

NOTIFÍQUESE,

La Magistrada


MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001-31-03-001-2018-00002-01**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **NORMA LUCÍA LINARES PEÑA Y OTROS**
DEMANDADO : **ORTOFAM LTDA, CAJA DE COMPENSACIÓN
FAMILIAR CAFAM Y OTRO.**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia proferida el día 25 de noviembre de 2019 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES:

1. Pretendieron los accionantes que se declare directamente responsables a los demandados por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales generados por el inadecuado tratamiento de ortodoncia, que trajo como resultado la reabsorción radicular post ortodóntica de piezas dentales superiores e inferiores, detrimento que repercutió de manera permanente en la humanidad de la paciente Norma Lucía Linares Peña.

En consecuencia, solicitaron a título de daño emergente las sumas de dinero descritas en el informativo; por concepto de lucro cesante consolidado \$207'771.872,00, por lucro cesante futuro requirió su cuantificación por el juzgado, y, para cada uno de los pretensores, 100 S.M.L.M.V. por daño moral.

Como sustento de sus aspiraciones, los promotores de esta contienda esgrimieron que el 18 de diciembre de 2012, Norma Lucía Linares Peña inició su tratamiento de ortodoncia en Ortofam Floresta, el cual culminó abruptamente, debido al problema de absorción de las raíces que padeció la paciente.

Destacaron que el ortodoncista tratante, en el mes de septiembre de 2015, dispuso el uso permanente de retenedores en piezas dentales superiores e inferiores para dar mayor soporte a los mismos; sin embargo, anotaron que no se informó a la paciente sobre el acortamiento de las raíces que venía padeciendo, y que el uso permanente de retenedores agravó la situación, tras imponer mayor fuerza a los dientes.

Añadieron que la reabsorción le fue diagnosticada el 26 de abril de 2016, y que el 23 de junio del mismo año asistió a cita médica en la que se le explicó que, en cualquier momento, podía perder su dentadura, por lo que era necesario practicar exodoncia en 8 dientes, y que, en todos los escenarios posibles, era ineludible su pérdida.

Comentaron que el 30 de enero de 2017 Norma Lucía Linares Peña inició su proceso en Dentix Colombia S.A.S., lugar donde le extrajeron 8 dientes, 4 inferiores y 4 superiores, habiéndose comenzado, alternamente, el procedimiento de implantes.

A su vez, reseñaron que la obligación de los demandados en el presente asunto es de resultado, por ser un tratamiento estético, el cual, debido a la deficiencia de la ortodoncia practicada, además de la pérdida de la salud sufrida, motivó su despido del trabajo el día 30 de septiembre de 2015.

2. En su oportunidad, la Caja de Compensación Familiar Cafam se opuso a las aspiraciones demandatorias, para lo cual formuló las excepciones denominadas: "*Inexistencia de vínculo contractual que denote responsabilidad contractual*"; "*Inexistencia de presupuestos de hecho y de derecho para que la Caja de Compensación Familiar Cafam sea declarada responsable*", "*Inexistencia de una acción u omisión negligente imputable a la*

Caja de Compensación Familiar Cafam”; “Hecho de un tercero”; Ausencia de causa para el cobro de daños y perjuicios”; “Riesgo o complicación propia del tratamiento”; “Servicio médico es de medio y no de resultado”; “Estado de salud derivado de las condiciones propias del paciente”; “Cumplimiento de la Lex Artis”; “Cobro de daños y perjuicios en forma exorbitante (sic) excediendo el tope máximo señalado por la jurisprudencia” y la “genérica” (fls. 108 a 114, cdno. 1).

3. Por su parte, el profesional de la salud demandado, Gabriel Andrés Corredor Peñaranda, resistió el reclamo indemnizatorio, planteando como medios de enervación los siguientes: *“Inexistencia de culpa y de responsabilidad médica por parte de la accionada, por ende carencia a reclamar perjuicios de ninguna naturaleza (lucro cesante, daño emergente e indemnizaciones)”*; *“Inexistencia de la Culpa”*; *“Inexistencia del agravio patrimonial pretendido por el accionante, indebida utilización de las fórmulas matemáticas establecidas por la ley para liquidar el lucro cesante, el daño emergente y demás indemnizaciones”*; *“Contradicción entre lo afirmado por el actor en sus hechos y pretensiones vs la certificación laboral allegada al proceso, de la cual se deduce que estamos frente a un contrato de trabajo según las normas del Código Sustantivo del Trabajo”*; *“Las pretensiones de la demanda y el juramento estimatorio no pueden basarse en pruebas precarias como las arrimadas al proceso”*.

4. En su oportunidad, la Caja de compensación intimada llamó en garantía a la aseguradora Allianz Seguros S.A., quien resistió las reclamaciones indemnizatorias a través de las exceptivas que rotuló *“Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Caja de Compensación Familiar Cafam”*; *“Ausencia de responsabilidad Civil contractual en cabeza de la Caja de Compensación Familiar Cafam”*; *“Ausencia de los elementos fundantes de la responsabilidad civil”*; *“Ausencia de hecho culposo -Ausencia de culpa médica”*; *“Inexistencia de nexos causal”*; *“Causales de eximentes de responsabilidad”*; *“Obligaciones de medio y no de resultado en cabeza de la Unión temporal CAFAM- ORTOFAM, que fueron plenamente cumplidas”*; *“Ausencia de prueba de los presuntos perjuicios y en consecuencia, inexistencia de los mismos”*, en subsidio de la anterior elevó *“tasación excesiva de los perjuicios reclamados”*, y la *“genérica”*.

5. La sociedad Ortofam Ltda, en el tiempo legal concedido para contestar la demanda en su contra, guardó silencio.

En relación con el llamado en garantía, presentó las defensas intituladas "Aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza de responsabilidad civil No 022029432/0"; "Sujeción a los términos, límites, exclusiones y condiciones de previstos en la póliza de responsabilidad civil No 022029432/0"; "Aplicación del deducible"; y la "genérica" (fls. 76 a 107, cdno. 2).

SENTENCIA APELADA

El funcionario *a quo* denegó las pretensiones elevadas por el extremo impulsor, con estribo en las siguientes argumentaciones:

"(...) Con base en los varios pronunciamientos del Consejo de Estado, para el presente asunto debemos entender que Ortofam y Cafam fueron demandadas como parte de la unión temporal (...) entonces la capacidad para ser parte está satisfecha (...).

Estamos frente al caso de una responsabilidad médica (...) por tanto la parte demandante debió probar fehacientemente esa imprudencia, e impericia en cabeza de la parte demandada para que triunfen sus pretensiones y pues aquí delantadamente no se prueba esa culpa, porque, obsérvese:

Está claro y es un asunto pacífico en el proceso que la señora Norma Lucía Linares Peña (...) contrató con la unión temporal Cafam un procedimiento de ortodoncia (...) nadie lo ha negado, nadie lo ha discutido. Está claro que el médico tratante es el [demandado] odontólogo con especialización en ortodoncia y en esas condiciones empieza el tratamiento. La historia clínica no evidencia a lo largo de la misma que hubiese existido algún tipo de reclamo de parte de la demandante. Aquí se ha dicho que (...) ella sintió un fuerte dolor, pero eso no se evidencia en la historia clínica, no hay como una anotación que permita deducir que (...) ella ha sentido un tipo de situación como esa. Ahora, es lógico, (...) razonable pensar que (...) es así, por que está dentro de los parámetros de la ortodoncia o dentro de cualquier procedimiento médico (...) que pueda ser doloroso, pero son dolores que pueden ser calculados (...) previsibles, pero el despacho quiere señalar que no hay como una consistencia en esa situación, es decir, un dolor permanente, excesivo, extraordinario, o inusual, sino que en el tratamiento de ortodoncia no se evidencia esa situación.

Ahora, bien, hay que ser claros en que (...) la parte demandante fue advertida de esta situación, es decir, ahí en la historia clínica está el consentimiento informado (...) y está expresamente referido el tema de la reabsorción radicular, es decir, no fue un punto extraño, un punto sorpresivo, sino que efectivamente estaba allí, y estaba allí porque en el tratamiento de ortodoncia se puede generar esa situación. Entonces, desde ese punto de vista (...) dentro del proceso se evidencia que la parte demandada actuó con toda la [diligencia] del caso, y específicamente el despacho se está refiriendo a que el profesional, quien atendió la ortodoncia, es un profesional con experiencia en la materia, punto pacífico dentro del proceso, y dos, pues la historia clínica no denota una discrepancia o una observación en un sentido contrario.

Por otro lado, (...) es pacífico que se presentó la reabsorción radicular (...) efectivamente la [demandante] tuvo (...) una afectación por esa razón, (...) eso tampoco ha sido negado, no ha sido discutido, está claro; no se conoce el origen, no se puede decir con precisión que lo originó; existe la posibilidad de que (...) el tratamiento de ortodoncia lo haya generado, eso está dentro de las posibilidades, pero hay que advertir que (...) a pesar de que se presente esa reabsorción radicular, no necesariamente eso lleve a una extracción de las piezas dentales, no hay ese vínculo esa relación.

La parte actora trató de demostrarlo (...) el manejo de la prueba pericial, si se le puede llamar prueba pericial, no fue el más adecuado (...) los reclamos que hace el extremo demandado tienen un soporte absolutamente claro. Durante la contradicción de la prueba (...) [cuando se indagó al testigo sobre su idoneidad, el actor citó la buena fe de que trata el artículo 83 de la C.N.]; sin embargo, ese argumento no es válido, pues el artículo 226 del C. G. del P., es clarísimo en señalar (...) bajo que condiciones se da la prueba pericial (...) hay que recordar que la prueba pericial ya, ni siquiera, es judicial, sino que la prueba pericial es de parte, es decir, en este caso, el demandante tiene que (...) contratar, escoger al experto para que (...) resuelva un cuestionario (...) y cuando se presenta el dictamen pericial la norma es clara, se debe presentar el dictamen, la hoja de vida del perito, los soportes de la hoja de vida del perito y las manifestaciones que trae el artículo 226 del C. G. del P. (...) [pero] aquí efectivamente tenemos un dictamen, un concepto, pero no tenemos la hoja de vida del perito, los soportes de la hoja de vida del perito, [ni] las manifestaciones del artículo 226 (ídem), y bajo esas condiciones, pues para el despacho es muy complicado (...) entrar a darle algún tipo de valoración a esa opinión. ¿Por qué?, porque lo primero que hay que demostrar en el proceso es la idoneidad (...)

entonces, (...) el perito, de entrada, lo primero que debe entrar a demostrar es su idoneidad y que mejor que se demuestre que es odontólogo, y eso no es un problema de buena fe o mala fe, es que eso debe estar debidamente demostrado.

Pero, además, haciendo abstracción de todas esas falencias, cuando se le interroga al perito sobre su idoneidad (...) [el manifiesta] 'soy un odontólogo general' entonces ya empieza a debilitarse sustancialmente la prueba, porque lo mínimo que uno esperaríamos es tener a un par del Dr. Corredor Peñaranda, un odontólogo ortodoncista que (...) tenga experiencia y que pueda decirnos con exactitud en que falló el [profesional de la salud convocado] (...) no basta con decir: falló, algo estuvo mal!, sino que tiene que determinarse (...) el perito no tenía esa formación, no tenía esa idoneidad, era su opinión (...) él se limita a decir que falló pero no detalla en que punto estuvo mal, donde estuvo efectivamente el error (...) Ahora, está claro dentro del proceso la historia clínica de Dentix donde se señala que a la paciente se le extrajeron 8 piezas dentales, pero surge la inquietud ¿Cuál fue la razón para que se le extrajeran esas piezas dentales? ¿Era estrictamente necesario la extracción? ¿Había otras posibilidades?, ¿Había otras opciones? Esos son temas que han debido quedar claramente demostrados dentro del proceso, en otras palabras, que el único camino que quedaba era las extracciones y que no había ninguna otra opción, pero eso no aparece evidenciado, y no es que pongamos en tela de juicio a Dentix, porque Dentix no es parte de este proceso (...) pero evidentemente hay que mirar cuales fueron esas razones, máxime cuando la [actora] nunca manifestó algún tipo de cuestionamiento respecto al procedimiento en el momento en que se produjo, sino que ella lo vino a hacer (...) con esta demanda. En esas condiciones falta el elemento de la culpa.

En lo relativo al daño, dentro del proceso no se evidencia una prueba que permita establecer que efectivamente se vieron afectados, es decir, un concepto, un testimonio, que permita establecer que la señora Ana Clara (...) o don Jorge Antonio (...) sufrieron algún tipo de perjuicio emocional como consecuencia de este procedimiento. (...) En cuanto a Norma Lucía, evidentemente se le hizo un tratamiento de ortodoncia. Ella reclama la devolución de esos conceptos, pero la pregunta que uno se hace es: ¿Si a ella le hicieron la ortodoncia, por qué reclama la devolución de esos conceptos? Máxime cuando no hay una prueba que permita establecer que hubo una queja, un reclamo (...) respecto de la ortodoncia en sí. Y, en segundo lugar, ella también reclama el pago de las sumas de dinero que tuvo que gastar con Dentix por las

extracciones y por lo implantes que (...) le tuvieron que hacer; pero, donde está la prueba que pueda establecer que efectivamente las extracciones fueron consecuencia directa del tratamiento de ortodoncia; entonces, al no tener esa prueba, nosotros no podemos presumir el daño (...) este no es un caso de responsabilidad presunta, sino contractual. Además, tampoco era una prueba imposible –pensando un poco en el artículo 267 del C. G. del P. (...) donde habla de la carga dinámica de la prueba- pues aquí no se evidencia esa dificultad probatoria que permita pensar que para [la activante] le era imposible o le era muy difícil demostrar esa responsabilidad por parte de los demandados (...) entonces no estamos frente a esa situación como para pensar eso. Entonces, bajo esas condiciones, (...) la parte demandante tenía que probar esa culpa, y ese nexo causal, es decir, la negligencia que se haya presentado y el nexo causal con ese daño, que permita pensar que esas extracciones y esos implantes fueron consecuencia directa de una mala práctica durante la ortodoncia; entonces, al no encontrar esa prueba, obviamente tampoco encaja, no hay forma de poder sincronizar esa culpa y ese daño para poder establecer ese nexo causal. En esas condiciones es que el despacho debe entrar a negar las pretensiones de la demanda –vuelvo y repito- porque no hay prueba de ello”.

LA APELACIÓN

1. En desacuerdo con esa determinación, el extremo convocante la impugnó, reparando en “(...) que dentro de la historia clínica se tiene probada la negligencia del médico (...) frente a permitir el transcurso del tiempo –entre que se allegaron las radiografías y la suspensión de tratamiento, dando con ello que hay una determinación del nexo causal de la responsabilidad civil (...)”.

1.1. En escrito presentado dentro del término legal, el extremo pretensor replicó que se encuentra probado el daño causado en la salud dental de la afectada, lo que se puede corroborar con las diferentes documentales obrantes en el proceso, y que la demandante llegó a Dentix con total deterioro de su dentadura, siendo por ello el tratamiento implementado el retiro de las piezas dentales y la colocación de prótesis.

Asimismo, reseñó que el nexo de causalidad si aparece acreditado en las diligencias y que el consentimiento informado, anexo

por el demandado, carece de los requisitos mínimos para ser una prueba verás, a efecto de eximir al odontólogo tratante, dado que no relaciona la suficiente información, amén de que carece de continuidad, es decir, *“para cada paso del procedimiento a desarrollar”*.

De otro lado, apuntó que en el caso en concreto la actuación médica reprochada corresponde a una obligación propia de resultado y no de medio, por tratarse de un mejoramiento estético.

Del mismo modo, arguyó que no corresponde a la verdad probada en el legajo que la actora no haya manifestado intolerancia o dolores en el proceso de ortodoncia, ya que de las pruebas documentales se advierte lo contrario.

Se duele de que en la historia clínica no reposa el consentimiento informado, y, al parecer, el aportado a la demanda *“no fue elaborado oportunamente y puesto en conocimiento por cómo se encuentra allegado y el aspecto de su contenido, pudiéndose tener que el mismo corresponde a otro tipo de práctica y no del inicio del tratamiento de ortodoncia, pues, obsérvese que en el se dice para intervención quirúrgica (...) siendo diferentes (...) a más como se argumenta en el acápite de la línea de tiempo, el tratamiento se inició en fecha anterior, tal como se demuestra de la misma historia clínica, siendo [dicha data] octubre de 22 de 2012 y la fecha del consentimiento informado, [registra día de suscripción] el 18 de diciembre de 2012”*.

1.2. Dentro de la oportunidad de que trata el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, el representante judicial de la parte actora sustentó la alzada interpuesta, ahondando en los reparos elevados contra la decisión de primer grado, resaltando, especialmente, **i)** la carga de la prueba que recae sobre el galeno tratante en este tipo de situaciones contractuales; **ii)** el consentimiento informado allegado corresponde a un documento sin las características técnicas mínimas; **iii)** la actuación en la profesión médica es de medio y no de resultado, siendo este último el acontecido en el caso de marras al ser un tratamiento estético; y **iv)** la responsabilidad alegada se encuentra acreditada con las documentales obrantes en el proceso.

2. En su oportunidad, los intimados Gabriel Corredor Peñaranda, la Caja de Compensación Cafam y la aseguradora Allianz Seguros S. A., se pronunciaron frente a los fundamentos de la alzada incoada por su contraparte, señalando que ésta no pudo probar un solo hecho de los narrados en su demanda, lo que quedó demostrado a través del desarrollo de la etapa instructiva en la que profesionales en el área de la odontología y sus especialidades que fueron llamados a juicio dieron cuenta de la irreprochable actuación de los encartados.

Se refirieron, también, a la poca fuerza persuasiva de los distintos medios de convicción recaudados en el proceso, los cuales tildaron de precarios para cimentar las reclamaciones indemnizatorias elevadas, así como la negligencia de los querellados.

Finalmente, replicaron que el consentimiento informado arrimado al proceso reúne los requisitos jurisprudenciales para tenerlo por válido, y que resulta desatinado sostener que el tratamiento ortodóntico practicado a la querellante sea estético, del cual pueda emerger una obligación de resultado.

CONSIDERACIONES

1. Con el propósito de dar solución a la alzada interpuesta, se hace necesario anotar que, al encontrarse presentes los postulados procesales necesarios para adoptar una decisión de fondo, y al no avizorarse vicio con la entidad para invalidar lo rituado, esta Sala 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, embates que, conforme a la tesis impugnativa blandida, se dirigen a insistir, *grosso modo*, en que la obligación a cargo de los demandados en este asunto es de resultado y no de medio, por tratarse de un mejoramiento estético; que los elementos axiológicos de la responsabilidad civil médica alegada se encuentran debidamente acreditados; y que el consentimiento informado allegado a las diligencias carece de los requisitos mínimos.

2. Delimitada así la médula de la discusión, comporta memorar que la responsabilidad médica, modalidad específica de la profesional, a voces de la Sala de Casación Civil, "(...) *configura un sistema compuesto por la proyección e incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad sicofísica de la persona, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales del sujeto (...)*", lo que impone para su estructuración no solo los elementos axiomáticos de la civil, y las singulares de la profesional, sino "(...) *las reglas, normas, o directrices específicas reguladoras del arte, ciencia o profesión con los cánones o principios científicos o técnicos de su ejercicio (Lex artis), según criterios o procederes usuales en cierto tiempo y lugar, el conocimiento, avance, progreso, desarrollo y estado actual (Lex artis ad hoc)*", exigiendo del técnico de la salud "(...) *una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte, sobre él gravitan prestaciones concretas, (...) contexto [en el cual] por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida no como error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la lex artis, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas (arts. 12, Ley 23 de 1981 y 8º decreto 2280 de 1981), naturalmente 'el médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturaleza', incluso éticos componentes de su lex artis (cas. civ. sentencia de 31 de marzo de 2003, exp. 6430), respecto de los cuales asume la posición de garante frente a la sociedad y a los usuarios del servicio.*"¹

3. En cuanto a la responsabilidad médica en el ámbito contractual, la Corte ha enseñado que es "(...) *cuestión determinante y que debe abordarse con cuidado, [el establecimiento claro del] contenido de la obligación. Para el caso de la responsabilidad médica, está ya aclimatada entre*

¹ CSJ sentencia 17 de noviembre de 2011 Exp18-1999-00533-01. Asimismo, el Alto Corporativo ha sido enfático en sostener que "(...) *solo es constitutiva de responsabilidad civil una mala praxis, ya sea por proceder en contravía de lo que el conocimiento científico y la experiencia indican o al dejar de actuar injustificadamente conforme a los parámetros preestablecidos, eso sí, siempre y cuando se estructuren los diferentes elementos de daño, culpa y nexo causal que contempla la ley*" (C.S.J, Cas. Civil, 27 de julio de 2015. Exp. 05001-31-03-017-2002-00566-01), y que "(...) *las fallas ostensibles en la prestación de servicios de esa índole [médica], por acción u omisión, ya sean resultado de un indebido diagnóstico, procedimientos inadecuados o cualquier otra pifia en la atención, son constitutivas de responsabilidad civil, siempre y cuando se reúnan los presupuestos para su estructuración, ya sea en el campo contractual o extracontractual.*" (C.S.J. Cas. Civil. 2 sep. 2014. Exp. 15746).

nosotros, con características despejadas de doctrina probable, la consideración general acerca de que la principal obligación del galeno es de medio y no de resultado, esto es, que su compromiso se contrae a desplegar una conducta diligente en procura de obtener un fin concreto y específico (la mejora o la preservación de las condiciones de salud del paciente), que sin embargo no garantiza, salvedad hecha, claro está, que medie pacto entre las partes que así lo establezca. Y naturalmente se ha entendido que es de medios la obligación del médico porque subyacen infinidad de factores y riesgos, conocidos y desconocidos, que influyen en la obtención del objetivo perseguido, razón esta que ha permitido indicar que, en este tipo de obligaciones, el criterio para establecer si se está frente a una de ellas es el del azar o aleatoriedad del fin común deseado (el interés primario que se quiere alcanzar), toda vez que en las obligaciones de resultado esa contingencia es de suyo mínima. Cumplirá por tanto el débito a su cargo, el médico que despliegue su conducta o comportamiento esperado acompasado, entre otros deberes secundarios de conducta, a la buena praxis médica, por lo que para atribuirle un incumplimiento deberá el acreedor insatisfecho, no sólo acreditar la existencia del contrato sino 'cuáles fueron los actos de inejecución, porque el demandado no podría de otra manera contrarrestar los ataques que le dirige el actor, debido precisamente a la naturaleza de su prestación que es de lineamientos esfumados. Afirmado el acto de inejecución, incumbe al demandado la prueba de su diligencia y cuidado, conforme al inciso 3º del art. 1604, prueba suficiente para liberarlo, porque en esta clase de obligaciones basta para exonerar al deudor de su responsabilidad acreditando cualquiera de esos dos elementos (...)".²

4. Partiendo del marco jurisprudencial antes señalado, y siendo un tema pacífico que la institución Ortofam Ltda., a través del ortodoncista demandado Gabriel Andrés Corredor, realizó el tratamiento correctivo en la dentadura de la demandante, debe tenerse en cuenta que un primer tópico por el que increpa la parte actora en el caso de marras, es que la acción indemnizatoria deprecada está fundamentada en una obligación de resultado, por tratarse de un procedimiento estético; no obstante, revisada la historia clínica de la señora Norma Lucía Linares Peña, se advierte que el diagnóstico inicial que motivó la remisión a la especialidad de ortodoncia fue el "(...) *desgaste dental, mal p[osición] dental, interferencias en la alteralidad (...) apiñamiento moderado superior, severo*

² CSJ S.C. del 31 de mayo de 1938, G.J. XLVI n°. 567, reiterada recientemente en S.C. del 5 nov. 2013, rad. n°. 20001-3103-005-2005-00025-01 y en sentencia SC-2804-2019.

inferior (...) línea media dental inferior desviada hacia la izquierda (...) tratamiento: Ortodoncia correctiva técnica de arco recto, prescripción Roth SLOTH 0.022, extracción de 25 y 35 para corregir relación canina izquierda y resolver apiñamiento dental superior e inferior (...)", por lo que se le recomendó "(...) valoración por ortodoncia",³ evidencia de la que no es posible colegir, sin más, que la razón del tratamiento acordado habría tenido una finalidad exclusivamente estética, como lo viene alegando la impugnante, puesto que un tratamiento ortodóncico "(...) enfrenta problemas que van mucho más allá de la colocación individual y pormenorizada de las piezas dentarias, y afronta, por el contrario, la corrección de alteraciones de los maxilares, de la cara y, sobre todo, de los trastornos funcionales de la masticación", mediante procedimientos avalados por "(...) una especialidad odontológica que estudia, previene y corrige las alteraciones del desarrollo, las formas de las arcadas dentarias y la posición de los maxilares, con el fin de restablecer el equilibrio morfológico y funcional de la boca y de la cara, **mejorando también la estética facial.**"⁴ (negrillas fuera de texto).

En ese orden de ideas, es del caso memorar que la jurisprudencia vernácula ha sostenido que "(...) en desarrollo del principio de autonomía privada pueden presentarse casos, valga precisarlo, no solamente en el campo de la cirugía plástica con fines estéticos o de embellecimiento, en los que el médico, por decisión propia y consciente, adquiera el compromiso de lograr u obtener un resultado específico, esto es, que se obligue para con el paciente a la consecución de un fin determinado, supuesto en el que, como es obvio entenderlo, la obligación a su cargo se tipifica como de resultado";⁵ reflexiones que aplicadas al asunto bajo estudio, patentizan la imposibilidad de catalogar la obligación adquirida por el odontólogo conminado, como de resultado, al no mediar prueba de un compromiso orquestado en esa dirección, siendo esto necesario para encuadrar en dicha clasificación a una relación obligacional, incluso aquella surgida de la práctica de un procedimiento destinado al mejoramiento de la apariencia armónica corporal de una persona; ya que, de lo contrario, debe entenderse que la obligación asumida por el profesional de la salud se encaminó a realizar la intervención "(...) utilizando todo su conocimiento y las

³ Folios 141 y 142, cdno 1.

⁴ Sociedad Española de Ortodoncia y Ortopedia Deontofacial. "Lo que se debe saber de Ortodoncia". Guía Informativa. Pág. 1.

⁵ CSJ Sala Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 2013. Exp. 05-2005-00025-01.

mejores técnicas existentes que para entonces estuvieran a su alcance, (...) pero sin que ese resultado se hubiera asegurado o garantizado, [máxime si] no existe prueba de que el acuerdo de las partes se haya orientado en ese sentido.”⁶

5. Clarificado lo anterior, esta Corporación se adentrará en el escrutinio de los elementos de la responsabilidad civil peticionada por el extremo activante.

5.1. Para empezar, el reporte clínico de la actora da cuenta de los siguientes hechos:

5.1.1. Con fecha de atención del 22 de octubre de 2012, se plasmó como diagnóstico de la paciente: Desgaste dental, mal posición dental, interferencias en la alterialidad, se recomienda valoración por ortodoncia y después definir plan de tratamiento.

5.1.2. Para el día 04 de diciembre de 2012, se documentó como dictamen oclusión de tipo no especificado, y “(...) *apiñamiento moderado superior, severo inferior (...) línea media dental inferior desviada hacia la izquierda (...) tratamiento: Ortodoncia correctiva técnica de arco recto, prescripción Roth SLOTH 0.022, extracción de 25 y 35 para corregir relación canina izquierda y resolver apiñamiento dental superior e inferior se le explica a la paciente cual es el tratamiento de acuerdo al diagnóstico, se da orden para realizar extracciones 25,35”.*

5.1.3. Las notas médicas del 5 de diciembre de 2012 consignan: “*Paciente remitido por ortodoncia para exodoncia de 25 y 35, se bloquea nervio alveolar medio lado izquierdo y mentonero con aguja corta al 2% (...) se realiza sindesmotomía, luxación y exodoncia de 25 y 35.”*

5.1.4. La reseña clínica del 18 de diciembre de 2012 refiere montaje técnico de arco recto, prescripción ROTH SLOT 0.022. Montaje superior de 16 a 27, inferior de 46 a 37, sin incluir 25 y 35 por extracciones se coloca NITI 0.014 superior e inferior.

⁶ CSJ. Sentencia SC2555-2019. Exp. 20001-31-03-005-2005-00025-01.

5.1.5. En los registros hospitalarios del 26 de febrero, 9 de abril y 21 de mayo de 2013 se indicó, respectivamente: diagnóstico "Anomalías de la relación entre los arcos dentarios". Plan "alineación y nivelación"; control en un mes. Diagnóstico Maloclusión de tipo no especificado. Procedimiento. Mismo arco superior, acero 0.018 inferior cadeneta de 37 a 34 para 34. Retracción de 34. NITI 16 x 22 superior, continúa retracción de 34 con cadeneta.

5.1.6. En las glosas de los días 25 de junio, 23 de julio, 20 de agosto, 24 de septiembre, 22 de octubre, y 26 de noviembre de 2013 se dejó anotado, respectivamente: Diagnóstico. Maloclusión de tipo no especificado. Procedimiento. Mismo arco superior, cadeneta para retracción de 23,33, 43. Cadeneta para retracción de 23, 33, cadeneta de 46 a 42. Cierre de espacios. Cadeneta para retracción de 23, 33, cadeneta de 46 a 42. Cierre de Espacios. Reposición de 32, Brackets de 41, NITI 0.014 inferior, cadeneta para retracción de 23. Cierre de espacios arco superior. Diagnóstico Anomalías de la relación entre los arcos dentarios. Australiano 0.016 inferior, cadeneta para retracción de 35,25. Cierre de espacios. Cadeneta para retracción de 23,35, cadeneta de 33 a 46. Cierre de espacios.

5.1.7. Historial médico de los días 14 de enero, 25 de febrero, 22 de abril, 27 de mayo, 08 de julio, 26 de agosto, 23 de septiembre, 21 de octubre, 25 de noviembre, 23 de diciembre de 2014, y 27 de enero de 2015, se dejó anotado: Maloclusión de tipo no especificado. Cadeneta de 27 a 11, cadeneta de 37 a 34, mismo arco superior e inferior. Cierre de espacios. Cadeneta de 27 a 11, metálica individual el 12, mismo arco inferior. Cierre de espacios arco superior. NITI 0.016 superior, metálica individual en 12, 11, 13, 25, cadeneta para protracción de 35. Metálica individual en 14, 12, cadeneta de 46 a 32. Cierre de espacios. Botón palatino del 26, NITI 16 x 22 superior, cadeneta par retracción de 35. Cierre de espacios. Cadeneta para protracción de 26 y 35, mismos arcos. Cierre de espacios. Botón por lingual del 35, cadeneta para protracción en 35, cadeneta completa superior, elásticos de clase III derecho y clase II izquierdo de ¼. Cierre de espacios. Cadeneta para protracción de 36 y 26, elásticos de clase II, izquierdo y clase III derecho de ¼. Coordinación de

arcos. Acero 16 x22 superior cadeneta completa superior, cadeneta protracción de 36, elásticos de clase III derecho y clase II izquierdo 34. Cierre de espacios. Cadeneta completa superior e inferior, elásticos de clase III derecho y clase II izquierdo. Corrección de relaciones caninas. Reparación de 27,37, mismo arco superior, NITI 16 x22 inferior. Realineación y nivelación.

5.1.8. Para el 19 de mayo de 2015 a las 09:45, se dejó expresado como diagnóstico, periodontitis. Se hace valoración periodontal por la profesional Claudia Consuelo Marentes Cubillo, quien observó reabsorción de 11-21 al igual de los dientes 41, 31, 32, 31, se aconseja no seguir haciendo movimientos en zona anterior, superior ni inferior, se aconseja colocar férula en la zona, se comenta a la paciente que la higiene debe ser mejorada, ya que presenta cálculos en zona anterior. Remisión a ortodoncia (fl. 165, cdno 1).

5.1.9. El mismo día, con nota horaria de las 13:11, el ortodoncista tratante Gabriel Andrés Corredor hizo constar que "[a] nivel de radiografía panorámica de finalización se observa reabsorción radicular en 11, 21, acortamiento radicular 31, 21, 41, 42, se solicita radiografía periapical de 32, 31, 41, 42, 12, 11, 21, 22 para definir el tamaño real de estos dientes, stripping de 32 a 42, acero 16x22 inferior, torque coronal lingual de 32 a 42, bayoneta para mejorar paralelismo radicular en 35, 45, elásticos de clase III bilateral de 1/4."

5.1.10. En la anotación del 23 de junio de 2015, el galeno tratante dejó dicho "[a] nivel de la radiografía periapical del 11, 12, 21, 22, 31, 32, 41, 42 se observa una clara reabsorción radicular con una relación corona radicular en 11, 21, menor de 1:1 en los demás dientes si están 1:1 se toma la decisión de terminar la ortodoncia debido al tamaño radicular que presenta (...) en este momento se le explica a la paciente que el tratamiento queda limitado por los hallazgos encontrados, hoy se realiza bayoneta en 12, 16, 26".

5.1.11. En el registro del día 21 de julio de 2015, el Dr. Corredor Peñaranda indicó "paso extrusivo de 32 a 42, elásticos de clase II bilateral de 1/4".

5.1.12. En la reseña del 25 de agosto de 2015, adujo que *“se ajusta retenedor removible superior, el fijo inferior sin alteración. Etapa de contención”*.

5.1.13. En la bitácora médica fechada del 13 de octubre de 2015, se manifestó por el facultativo: *“paciente a la que se le retiraron los brackets en la cita anterior, se cementa retenedor fijo superior e inferior se observa espacio entre 12, 11, se realiza ajuste de oclusión y se ajustan los retenedores removibles que también se le realizaron, próxima cita en E meses pendiente cita con rehabilitación para arreglar bordes incisales de 11, 21, 21, 22 y cerrar diastema entre 12 y 11”*.

5.1.14. En la historia clínica del 16 de febrero de 2016, se mencionó que *“se ajusta retenedor removible superior e inferior, se hace control de oclusión por los retenedores removibles, se repara punto de resina en el 41, se solicita panorámica de control”* (fls. 141 a 172, cdno 1).

5.2. De igual forma, resulta pertinente relatar que el tratante Gabriel Andrés Corredor en su interrogatorio de parte, entre otras cosas, manifestó que el 19 de mayo de 2015 le pidió a la paciente una radiografía específica de cada diente para mirar el grado de reabsorción; que el tratamiento no fue quitado abruptamente, pues, luego de la toma radiográfica en el mes de agosto, procedió a retirar la ortodoncia, *“porque hay que seguir unos pasos”*, esto es, toma de impresiones para mandar a hacer los retenedores; que *“nunca hubo una queja de la mala praxis como ella lo menciona”*; que los dientes que tienen reabsorción en boca se pueden mantener en boca; que *“cuando se le retiró la ortodoncia y se le mostró a la paciente la reabsorción radicular se le mostró el tamaño pero nunca se le dijo que los iba a perder, porque en todos los pacientes hay reabsorción radicular en un mayor o menor grado, pero no era para que se fuera a sacar sus dientes que fue la decisión que tomaron en ‘x’ lugar”*.

Puso de presente que la reabsorción se genera por causas distintas a la ortodoncia, como asuntos genéticos, traumas dentales preliminares, enfermedades sistémicas, porque son factores desencadenantes de la misma; que no hay relación entre la higiene y la reabsorción radicular. Mencionó que después de mayo de 2015, cuando se

tuvo el hallazgo de la reabsorción se hicieron **“unos pequeños ajustes, para que quedara mucho mejor, de acuerdo a lo que se encontró con la reabsorción radicular, pero eso no quiere decir que por haberla visto dos veces haya aumentado la reabsorción radicular que habíamos encontrado para mayo de 2015”** (Negrillas fuera del texto).

Aclaró que el proceso de reabsorción radicular si es dado por el tratamiento de ortodoncia, una vez se retira la 'pareontología' se inicia un proceso de reparación, quiere decir que se comienzan a reparar las raíces, *“pero esto no quiere decir que se vayan a mejorar porque (...) es [algo] irreversible”*. Señaló que la reabsorción padecida por la actora era diferencial, es decir, para sus dientes frontales 11 y 21 era de mayor proporción, y en la de los demás dientes fue menor, lo que no daba, a su criterio, para la extracción de las piezas dentales; que los únicos huesos dentales con mal pronóstico eran los frontales, 11 y 21; pero agregó que *“como lo había reseñado anteriormente, los dientes con absorción se pueden mantener en boca”*.⁷

5.3. El relato del doctor Eduardo García, odontólogo con especialidad en Ortodoncia, citado como testigo por la parte pasiva, quien a su vez dijo ostentar la calidad de representante de Ortofam, dijo haber auditado la historia clínica de la demandante, evaluación en la cual verificó el desarrollo normal del procedimiento.

Memoró que en la literatura mundial especializada está documentado que toda ortodoncia genera un grado mínimo de reabsorción, por lo que no puede decir que haya habido un mal tratamiento, sino un efecto no deseado que fue la reabsorción de los dientes frontales y una relativa en los demás dientes, lo que no indica que deban sacarse los dientes, por cuanto deben seguirse una serie de pasos para llegar a esa extracción. Apuntó que, tan pronto se detecte la reabsorción, se debe suspender inmediatamente el tratamiento de ortodoncia para que haya un proceso de cicatrización de las raíces; que las raíces se remodelan, no van a recuperar su longitud, pero se remodelan y pueden funcionar por muchos años 1, 10, 20 años.

⁷ Minuto 52:46 a 01:12:20, audiencia del 12 de agosto de 2019.

Agregó que si dentro del proceso de control, después de retirados los instrumentos ortodónticos, se ve que la reabsorción continúa y no se está reparando, deben iniciarse tratamientos endodónticos sobre las raíces que tienen la reabsorción, y se sigue controlando; empero, en caso de persistencia de la afectación, si llegare a generarse una inestabilidad completa del diente, ahí si se piensa en su extracción; que lo ideal es mantener las piezas dentales en boca. Explicó que los retenedores estabilizan los dientes y la férula se colocan para estimular la regeneración.

A la pregunta de ¿Cuáles son otros mecanismos para solución al paciente si sigue presentando la reabsorción? Contestó: "**si uno detecta que hay una reabsorción radicular inmediatamente suspende el tratamiento, estabiliza y coloca unos retenedores y se hace controles radiográficos progresivos para mirar que no continúe el proceso de reabsorción radicular, que es lo más importante;** si uno ve que en algunos de los dientes continúa el proceso de reabsorción y no está generando el fenómeno de reparación, es porque hay una actividad a nivel pulpar que está estimulando continuar con la absorción, entonces, uno de los procedimientos es hacer tratamientos de conductos para retirar el básculo nervioso y estimular el sello apical (...) porque durante la absorción se pierde una cosa se llama sello apical, en la regeneración se vuelve a producir el sello apical y disminuye y cesa el proceso de reabsorción si se quita todos los factores explicados por la Dra. Marentes anteriormente".

Finalmente, clarificó que el profesional demandado cumplió con todos los protocolos y no tiene conocimiento de alguna queja de la actora por el procedimiento realizado; que la reabsorción no se produce instantáneamente, se requiere cierto tiempo para poderla determinar, y eso depende de la susceptibilidad del paciente.⁸

5.4. El deponente Mauricio Esteban Ortiz Obando, odontólogo general, expuso que él le hizo una valoración clínica a la actora hace tres años, pero no la trató. A la pregunta, ¿Por qué la anotación registrada en la historia clínica de Famisanar de 23 de junio de 2016?, respondió que el

⁸ Minuto 01:00:31 a 01:28:51, audiencia del 25 de septiembre de 2019.

motivo de consulta de la paciente fue haber tenido inconvenientes después de su tratamiento de ortodoncia. Llamó la atención en que la paciente le informó que tenía varios problemas con la mordida y traía consigo una panorámica, en la cual se observaba que las piezas frontales superiores e inferiores mostraban una pérdida del tamaño de la raíz; bajo su consideración le solicitó una nueva panorámica. Cuando volvió a consulta pudo evidenciar, en la nueva imagen, los mismos hallazgos consignados en la historia y le preocupaban los dos dientes 11 y 21, lo que motivó su informe y pronóstico.

Expresó que, al hablar de extracción a futuro, ello significaba que el pronóstico no era bueno; sin embargo, 'a futuro' quiere decir que a 1, 2, 3, 10 años, podía llegar a perderse la dentadura, y en esa instancia la paciente debería tener un tratamiento diferente que es una rehabilitación. Por último, señaló que para él si había afectación considerable en los dientes 11 y 21, pero no sabía si había lugar a la extracción, porque no conocía los pormenores del tratamiento.⁹

5.5. Por su parte, la profesional Claudia Consuelo Marentes, odontóloga especializada en Periodoncia, manifestó que conoció a la actora, porque fue a consulta en el mes de mayo de 2015, y luego en noviembre de la misma anualidad, remitida de ortodoncia para que diera su opinión. En aquella oportunidad, en la panorámica observó la reabsorción considerable en los dientes 11 y 21, y en menor grado en los frontales inferiores. Al ponerle de presente la historia clínica señaló que aconsejó no hacer más movimientos ortodónticos sobre los dientes 11 y 21.

Puso de presente que "(...) en este caso, se asumía que la reabsorción se debía a la parte de ortodoncia, porque cuando se hacen movimientos por ortodoncia se genera reaposición de hueso, cambios en el ligamento periodontal. En estos dos dientes [11 y 21] se aconsejó parar el movimiento ortodóntico, porque se vio que se habían acortado las raíces. En este caso mandé ferulización, porque ésta evita que se siga generando algún tipo de trauma oclusal. El trauma oclusal, más la enfermedad periodontal más el tamaño

⁹ Minuto 13:36 a 35:23, audiencia 25 de septiembre de 2019.

de las raíces genera que, a futuro, los dientes se pierdan, si la persona tiene una muy buena higiene hora eso no va a ocurrir, pero también toca controlar todos los factores para que ello no ocurra"; que, con las evidencias tenidas para mayo de 2015, no era previsible establecer en el tiempo la pérdida dental, porque esto depende de los todos los factores.

A la pregunta de si fue acertada la decisión de suspender el tratamiento manifestó que "lo que pasa es que ya había una reabsorción, (...) ésta tiene un tiempo de cicatrización, entonces en ese instante era mejor parar, esperar el tiempo de cicatrización y que mejorara el tejido y luego se miraba, **pero con raíces cortas no se aconsejaba hacer tratamientos adicionales de fuerza**", la férula no hace fuerza, el retenedor retiene. Finalizó diciendo que la reabsorción en pacientes de ortodoncia es alta y depende de condiciones particulares de cada paciente, y que la movilidad en ortodoncia es normal, porque los dientes se mueven; que por fuerzas solo a largo plazo, es decir, más de tres o 5 años, si generarían reabsorción¹⁰ (Resaltado del Tribunal).

6. A tono con el reflejo probativo de los medios de convicción antes enunciados, se alcanza a entrever que la reabsorción sufrida por Norma Lucía Linares Peña tuvo su origen en la ortodoncia que le fue practicada por el Gabriel Andrés Corredor, conclusión que se desprende no solo de los dichos del tratante intimado, sino de las declaraciones recepcionadas en el proceso; elementos de persuasión que, de forma concordante, acentuaron que la producción de dicha patología pudo haber surgido del tratamiento correctivo dentario realizado.

Al respecto, los declarantes manifestaron que el proceso de reabsorción radicular si es dado por un procedimiento ortodóntico; que todo tratamiento de esta estirpe genera un grado mínimo de reabsorción, y que "en este caso, se asumía que la reabsorción se debía a la parte de ortodoncia", por el movimiento al que estaban siendo sometidos los dientes, atestaciones que por devenir de profesionales especializados en la materia, y ser personas que conocieron de primera mano el caso de la activante, resultan suficientes para traer certeza sobre el suceso dañoso.

Ahora, no empece a que los declarantes hicieron alusión a las múltiples causas de las que puede surgir una reabsorción, como por ejemplo: por asuntos genéticos, traumas dentales preliminares, enfermedades sistémicas, y que dicha patología no se produce instantáneamente, sino que requiere un tiempo determinado para su establecimiento, del análisis holístico de los medios de persuasión antes relacionados, así como de los registros clínicos de la paciente arrimados al legajo, no se avista ningún antecedente en la salud de la demandante que siquiera alcance a sugerir una causa distinta al movimiento dental al que fue sometida la paciente, como supuesto factual determinante de la enfermedad padecida.

Y es que si se miran las cosas con mayor detenimiento, partiendo de la afirmación del ortodoncista que testimonió en las diligencias que la absorción no se genera súbitamente, sino de manera paulatina, el hecho de que no se aviste ningún registro en ese sentido en la evolución médica de la paciente, permite entrever que el tratante pudo haber faltado a su deber de diligencia y cuidado en el examen periódico que venía llevando sobre la ortodoncia practicada a la paciente, deducciones de las cuales dejan en entredicho que en el *sub judice* habrían varios motivos ocasionantes de la reabsorción, y que por ello se aspire a la exoneración de responsabilidad, sin haberse preocupado el demandado en demostrar alguna de esas eventualidades.

Por consiguiente, al no aparecer desvirtuado que la enfermedad padecida por la activante sucedió por hechos distintos al tratamiento de ortodoncia, lo que sí es posible tener por veras con fundamento en el material de convicción que reposa en el proceso, no puede llegarse a otra conclusión que la actuación del galeno tratante habría incidido en la generación de la dolencia que posteriormente le provocó la pérdida de varios de sus partes dentales.

Ultimación sobre la cual debe recabarse que aunque la reabsorción radicular es considerada como una complicación en la corrección de defectos de la dentadura, estudios especializados sugieren adoptar medidas preventivas, indicando que “[a]ntes de iniciar el

tratamiento ortodóncico convendría realizar una valoración de los factores de riesgo para poder realizar un diagnóstico lo más precoz posible”;¹¹ “(...) efectos adversos que deben ser evitados o minimizados; para ello es necesario identificarlos oportunamente para impedir su avance o que lleguen a ser irreversibles. (...). Es de vital importancia la detección, monitoreo y manejo de la RR en el paciente ortodóncico; así como es responsabilidad del ortodoncista comprender los mecanismos involucrados en tal fenómeno”;¹² y siendo “(...) un evento indeseable del tratamiento ortodóncico que tiene su origen en factores biológicos y en factores mecánicos (...) es responsabilidad del ortodoncista conocer todos los factores de riesgo de la RRE, con el fin de prevenirla o interceptarla oportunamente”;¹³ condiciones de las que no milita prueba de su cumplimiento en el expediente; circunstancia que no significa desconocer que “[l]a complejidad de las enfermedades y la fragilidad de la salud humana muchas veces se traducen en errores o eventos adversos no culposos, pero no hacer nada para evitar la aparición o repetición de tales fallas siendo previsibles y teniendo el personal médico la oportunidad y el deber legal de evitarlas, es constitutivo de culpa. (...); y si bien es cierto que muchos de esos defectos no son previsibles ni producto de la negligencia o descuido, no lo es menos que tantos otros se pueden evitar con un mínimo de prudencia, diligencia o cuidado según los estándares de buenas prácticas de la profesión.”¹⁴

Por otro lado, si bien a folio 177 del plenario reposa el consentimiento informado suscrito por Norma Lucía Linares Peña respecto del procedimiento denominado ortodoncia con exodoncias -en el que clara e inequívocamente aparece advertida la paciente sobre el riesgo de reabsorción ósea radicular, patología que infortunadamente sufrió la querellante, lo que, en línea de principio, exoneraría de responsabilidad a los convocados a este juicio- lo cierto es que el reproche que sustenta la prosperidad de las pretensiones es que el tratante omitió los protocolos de manejo de dicho riesgo, pues, de manera desprevenida, a pesar de haberse diagnosticado la reabsorción radicular en el mes de mayo de

¹¹ De Echave -Krutwig y Argote Iranzu-Llardia. “El Tratamiento Ortodóncico y la Reabsorción Radicular. Revisión Bibliográfica.” Revista Española de Ortodoncia. 2002; 32:325-31.

¹² Herrera Chávez, Mónica Guadalupe. Montesinos Flores, Armando . Meléndez Ocampo, Arcelia. Incidencia de reabsorción radicular en pacientes terminados del Departamento de Ortodoncia de la División de Estudios de Postgrado e Investigación de la Facultad de Odontología UNAM, en el periodo 2010-2012. *Revista Mexicana de Ortodoncia. Volume 3, Issue 3, July-September 2015.*

¹³ Lozano-Chourio María Alexandra y Ruiz Rojas Adriana Lorena. Reabsorción radicular en ortodoncia: revisión de la literatura. Univ Odontol. 2009 Ene-Jun; 28(60):. 45-52.

¹⁴ CSJ. Sentencia SC13925-2016 de 30 de septiembre de 2016, rad. 05001-31-03-003-2005-00174-01

2015, el facultativo no suspendió el tratamiento ortodóntico, sino que, como él mismo lo admitió en su interrogatorio, continuó con su desarrollo hasta el mes de agosto del mencionado año, sin parar mientes en que, como lo pusieron de presente los odontólogos especialistas al rendir sus declaraciones, en casos como el aquí examinado, lo procedente era suspender inmediatamente el tratamiento de ortodoncia, no hacer más movimientos ortodónticos que impliquen fuerza, iniciar intervenciones endodónticas sobre las raíces que tuvieran reabsorción, aplicar una rehabilitación, con ferulización para evitar que se siguiera generando algún tipo de trauma oclusal.

Para respaldar lo antes esgrimido se tiene que el 19 de mayo de 2015 se diagnosticó por la profesional Claudia Consuelo Marentes Cubillo la reabsorción radicular en los dientes 11-21, al igual que en las piezas No 41, 31, 32, 31; aconsejándose no seguir efectuando movimientos en zona anterior, superior, ni inferior de la dentadura.

En esa dirección, el Dr. Corredor, en la misma calenda, dejó anotado en el documento clínico que “[a] nivel de radiografía panorámica de finalización se observa reabsorción radicular en 11, 21, acortamiento radicular 32, 31, 41, 42, se solicita radiografía periapical de 31, 31, 41, 42, 12, 11, 21, 22 para definir el tamaño real de estos dientes”; no obstante, a pesar de tal hallazgo, historió la realización de **“stripping de 32 a 42,¹⁵ acero 16 x22 inferior, torque coronal lingual de 32 a 42,¹⁶ bayoneta para mejorar paralelismo radicular en 35, 45, elásticos de clase III bilateral de ¼”**, acciones que denotan la continuación de la corrección dental por ortodoncia, a sabiendas de que lo prudente era haber suspendido el

¹⁵ “Se denomina stripping, al desgaste mecánico parcial del esmalte interproximal realizado por el profesional, con el objeto de obtener espacio para la ubicación ortodóntica de los dientes. (...) La técnica de stripping permite regular precisamente la cantidad de espacio a obtener para solucionar apiñamiento. (...) Al desgastar las coronas, es posible reducir la distancia interradicular y desplazar la relación de contacto interproximal en sentido apical. (...). De modo que esta técnica de stripping realizada en el paciente adulto, no afecta negativamente ni al diente ni a sus tejidos de soporte. Su utilización hace más factible que tanto el dentista como el paciente acepten la incorporación del tratamiento ortodóntico como parte de la terapia multidisciplinaria en casos complejos.” Sada-Garral V., Caffesse RG. Enfoque ortodóntico en el tratamiento multidisciplinario de pacientes adultos. El stripping, y sus efectos sobre el diente y el periodonto RCOE 2004;9(2):179-189.

¹⁶ “En ortodoncia, el <<torque>> se define como el momento generado por la torsión de un alambre rectangular en la ranura de un bracket con el fin de alterar la inclinación de los dientes.” Rauch DE. “Torque and its application on orthodontics.” AM J Orthod. 1959; 45:817-30. Citado por César Ventureira Pedroza en “Prescripción variable en ortodoncia: lo que todo ortodoncista debería conocer.” Revista Española de Ortodoncia. 2010; 40:93-108.

tratamiento, como armónicamente lo mencionaron las testimoniales recaudadas en esta *lite*, sin que aparezca demostrado que el profesional enjuiciado hubiera adoptado medidas tendientes a la recuperación de la patología presentada.

Empero, si lo anterior se tuviere en poco, en detrimento de la salud oral de la accionante, en completa omisión del cuadro de reabsorción diagnosticado a la paciente desde mayo de 2015, en la anotación del 23 de junio siguiente, se indicó que el tratamiento terminaba; sin embargo, se registró por el facultativo la realización de "bayoneta en 12, 16, 26"; el día 21 de julio de 2015 se documentó "paso extrusivo de 32 a 42, elásticos de clase II bilateral de ¼" y el 13 de octubre de 2015, "se cementa retenedor fijo superior e inferior se observa espacio entre 12, 11, se realiza ajuste de oclusión", actuaciones que corroboran que el tratamiento fue continuado en absoluto desconocimiento de la gravedad de la enfermedad que aquejaba a la paciente, lo que, sin lugar a dudas, pone de relieve la existencia del hecho nocivo.

Y es que, ciertamente, no puede tenerse en poco el comportamiento desplegado por el demandado luego de observar la reabsorción radicular en múltiples piezas dentales, toda vez que, según lo expresado por el propio representante legal de Ortofam, en su testimonio, quien insistió en que tan pronto se descubre la reabsorción debe "**suspenderse inmediatamente el tratamiento de ortodoncia**", a fin de que haya un proceso de cicatrización de las raíces, buscando estabilizar, colocar retenedores y hacer controles radiográficos progresivos para mirar que no continúe el proceso de reabsorción radicular, que es lo más importante; empero, como así no se hizo, deviene palmaria la acreditación del descuido del médico tratante, pues no se otea que hubiere ajustado su comportamiento a la *lex artis*, siguiendo los lineamientos conclusivos de investigaciones en la materia, que han colegido que "[l]a aparición de reabsorciones radiculares durante un tratamiento de ortodoncia puede ser controlada mediante la detención del tratamiento, la utilización férulas de disclusión y, en aquellos casos en los que la reabsorción prosigue, mediante el

*tratamiento de conducto de ese diente”;*¹⁷ inejecución que, ante la obligación de medios asumida, imponía a los demandados comprobar su diligencia y cuidado, conforme al inciso 3º del art. 1604 del Código Civil, para lograr su exoneración, carga demostrativa que se avista desatendida.

7. En lo atinente a la demostración del daño y su nexo de causalidad con el hecho dañoso, es bien sabido que para lograr prosperidad en las pretensiones derivadas de la responsabilidad, cualquiera sea el origen de esta, “(...) resulta indispensable que la parte interesada asuma la carga de acreditar los elementos axiológicos que conduzcan a establecer, sin duda, la presencia de esa fuente de obligaciones, máxime si se trata del perjuicio, pues como tiene dicho la Corte dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. **De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria**” (Sent. Cas. Civ. de 4 de abril de 1968, G.J. CXXIV, Pág. 62, reiterada en Sentencias de Casación Civil de 17 de julio de 2006, Exp. No. 02097-01 y 9 de noviembre de 2006, Exp. No. 00015) (...)” (se destaca).¹⁸

A la luz de las directrices jurisprudenciales, *ut supra*, glosadas, en el asunto de marras la parte querellante alega como daño causado en su salud la pérdida de cuatro piezas dentales superiores y cuatro inferiores, por causa y con ocasión de la reabsorción radicular generada por el tratamiento de ortodoncia realizado por los demandados.

Sobre el particular, revisada la historia clínica expedida por el profesional Mauricio Esteban Ortiz Obando de fecha 26 de abril de 2016 se observan la siguientes anotaciones “*paciente adulta asintomática que asiste a consulta odontológica (...) para valoración sin antecedentes patológicos, ni alérgicos, realizo examen clínico encontrando retenedores fijos anterior superior e inferior, post ortodoncia y oclusión abierta anterior, paciente trae radiografía panorámica en la que se observa reabsorción radicular severa, advierto a la*

¹⁷ De Echave -Krutwig y Argote Iranzu-Llardia. *Op. Cit.*

¹⁸ CSJ SC. Sentencia de 18 de diciembre de 2007, rad. 2002-00222-01, reiterada en SC 2107 de 2018.

paciente que el pronóstico es malo (...) 2:47 reabsorción de raíces del 12, 11, 21, 22, 31, 41, 42, ,32 relación de corona raíz de 11 y 21 perdida, advierto a la paciente necesidad de exodoncias a futuro (...)"¹⁹

Asimismo, milita en el expediente copia de las anotaciones médicas realizadas por Dentix Colombia S.A.S., quien refirió como motivo de consulta *"tratamiento con implantes"*. Como observación y diagnóstico registró *"Gingivitis asociada a placa"*, cuyo *"tratamiento ideal"* literó: *"fase higiénica detrartraje sup inf profilaxis (...) mucosoportada superior e inferior (...) exodoncia 12, 11, 21, 22, 32, 31, 41, 42 (...) implantes 12, 22, 32, 42 (...) coronas 12, 11, 21, 22, 32, 31, 41, 42 (...) provisionales con perfil de emergencia 12, 11, 21, 22, 32, 31, 41, 42 (...) placa neuromorelajante"*.²⁰

A tono con el reflejo probativo de los medios suasorios antes analizados, el Tribunal concluye que a pesar de haberse realizado la extracción de los dientes 12, 11, 21, 22, 32, 31, 41, 42 en la institución Dentix Colombia S.A.S. a la demandante, no es posible determinar que tal tratamiento haya tenido su resorte en la reabsorción en dichas piezas dentales, que como secuela le dejó el tratamiento de ortodoncia practicada en Ortofam Ltda.

Para arribar a tal ultimación, debe resaltarse que el único diagnóstico que motivó el procedimiento brindado a la actora por Dentix Colombia S.A.S. fue *"Gingivitis asociada a placa"*, sin que haya observancia alguna sobre la imperativa necesidad de la extracción de las referidas piezas dentales, ni que el tratamiento realizado haya sido la única alternativa que tenía la paciente para contrarrestar el sufrimiento dental que la aquejaba; siendo de reiterar que la patología mencionada en dicha evolución no fue precisamente la reabsorción radicular.

Ahora, es inocultable que Norma Lucía Linares Peña, según el documento clínico de fecha 26 de abril de 2016 adolecía, para dicha data, de reabsorción radicular *"severa"*, con manifestación del tratante de un *"pronóstico malo"*; sin embargo, se atisba, también, que las únicas piezas

¹⁹ Folio 43, cdno 1.

²⁰ Folio 299, cdno 1.

dentales con afectación considerable que aparecen reseñados en la valoración antes citada son el 11 y 21, de los cuales el galeno describió textualmente *“relación de corona raíz de 11 y 21 perdida”*, dientes que coinciden con las referidas por Gabriel Andrés Corredor en su interrogatorio de parte, quien aseguró que en la panorámica observó una reabsorción considerable en los dientes 11 y 21; lo que también mencionó la periodoncista Claudia Consuelo Marentes al indicar que le preocupaban los dos dientes 11 y 21, por lo que aconsejó *“parar el movimiento ortodóntico [sobre éstos,] porque se vio que se habían acortado las raíces”*.

En ese orden de ideas, se colige que si alguna transcendencia tuvo la reabsorción radicular diagnosticada, ésta recayó en el estado de las piezas dentales 11 y 21, acaecimiento que analizado bajo la égida de la sana crítica, razonablemente pretextaba su posterior extracción a corto plazo, como en efecto aquí aconteció.

No puede predicarse el mismo nexo de causalidad de lo sucedido con los dientes 12, 22, 32, 31, 41, 42, habida consideración que a pesar de haber sido dictaminados con reabsorción radicular desde el mes de mayo de 2015, no obra prueba contundente en el legajo de que la extracción haya devenido de la mencionada patología; debiéndose reiterar que así no aparece registrado en la historia clínica expedida por Dentix Colombia S.A.S., ni menos que la exodoncia era la única alternativa para tratar la patología que venía padeciendo la dentición de la activante; circunstancias por las que es dable sostener, con alto grado de probabilidad, que el vínculo causal entre el actuar del querellado y el daño alegado por la impulsora de este juicio, solo se otea en relación con los dientes 11 y 21; por lo que en ese marco fáctico se analizará la procedencia de las excepciones planteadas en contra de la responsabilidad civil médica peticionada.

8. Abordando el estudio de los medios de enervación elevados por las entidades convocadas, se tiene que la Caja de Compensación Cafam presentó, entre otros medios de enervación, el denominado *“Inexistencia de vínculo contractual que denote responsabilidad contractual civil contractual”*, la cual sustentó en que entre la enunciada institución y la

demandante no existe ni ha existido contrato alguno que conllevara el cumplimiento de las obligaciones convencionales, del que pudieran decantarse compromisos de esta estirpe.

Sobre el particular, bien pronto se advierte la prosperidad de la aludida defensa, toda vez que, revisado el caudal demostrativo, no se atisba relación contractual de la cual puede derivarse la responsabilidad deprecada en contra de la Caja de Compensación Cafam.

Frente a ello, huelga precisar que el establecimiento médico que le practicó la ortodoncia a la activante fue Ortofam Ltda., a través de su contratista Gabriel Andrés Corredor Peñaranda, facultativo tratante de la aquí interesada, según consta en el contrato visible a folio 180 y 181 de las diligencias; punto en el que no sobra descollar que al interior de la actuación se echa de menos prueba idónea sobre la conformación empresarial de la Unión Temporal Cafam Ortofam Ltda., así como de algún vínculo negocial, de subordinación o de dependencia entre ésta y la Caja de Compensación Cafam, lo que indubitablemente impide involucrarla en el contexto indemnizatorio aquí analizado; orfandad probatoria que, sumada a la falta de formulación de pretensión concreta frente a esta última, cierra toda posibilidad de éxito de la acción en su contra, pese a su enunciación en el acápite inicial y de fundamentos de derecho que hace parte del pliego genitor, dado que ninguna de las premisas factuales manifestadas en el informativo refieren acción u omisión alguna que la incluya en la responsabilidad de marras.

Ante la estimación de la defensa arriba analizada, el Tribunal queda relevado del análisis de las demás defensas planteadas por sustracción de materia, y, a su vez, del estudio de las exceptivas formuladas por la aseguradora Allianz Seguros S.A., quien funge en el presente asunto como llamada en garantía de la Caja de Compensación conminada.

9. En lo tocante a las excepciones de *“Inexistencia de culpa y de responsabilidad por parte de la accionada, por ende carencia para reclamar perjuicios de ninguna naturaleza (lucro cesante, daño emergente e*

indemnizaciones)”; e “Inexistencia de Culpa”, basta con señalar que, conforme al estudio realizado frente a la probanza de los elementos de la responsabilidad peticionada, éstas se encuentran confinadas a su absoluto fracaso.

10. Encontrándose demostrados los postulados que estructuran la responsabilidad civil solicitada, es pertinente adentrarse en el abordaje del reconocimiento de los perjuicios deprecados por el extremo impulsor de esta contienda judicial, así como de las defensas que contra los memorados pedimentos fueron elevados.

10.1. Atañedero al menoscabo patrimonial rotulado como daño emergente, la jurisprudencia patria lo ha definido como “(...) *la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse retardado su cumplimiento. (...) De manera, que el daño emergente comprende la pérdida misma de elementos patrimoniales, las erogaciones que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales se trata de deducirse la responsabilidad. Dicho en forma breve y precisa, el daño emergente empobrece y disminuye el patrimonio, pues se trata de la sustracción de un valor que ya existía en el patrimonio del damnificado; en cambio, el lucro cesante tiende a aumentarlo, corresponde a nuevas utilidades que la víctima presumiblemente hubiera conseguido de no haber sucedido el hecho ilícito o el incumplimiento*”;²¹ reflexiones que permiten entrever que las expensas aquí reclamadas, en primer lugar, carecen de respaldo suasorio que ratifique su causación, y en segundo término, se avista que las sumas dinerarias exigidas no guardan relación con la ocurrencia de los hechos aquí debatidos, esto es, la absorción radicular y la pérdida de los dientes 11 y 21. Fíjese que, de un lado, en su gran mayoría, aluden al tratamiento ortodóntico del cual no se acreditó su costo, y, por otro, hay aspectos del detrimento solicitado que por su formulación abstracta e indeterminada, impiden verificar su real causación.

10.2. El mismo desenlace frustráneo cobija la petición de lucro cesante consolidado y futuro de Norma Lucía Linares Peña, teniendo en cuenta que no obra dentro de la foliatura elemento de convicción del cual

²¹ CSJ SC 20448-2017

pueda extraerse que el cargo que ella desempeñó hasta el día 30 de septiembre de 2015, lo perdió a raíz de la reabsorción radicular padecida, y que por tal motivo no ha podido, nuevamente, vincularse laboralmente.

Sobre este tópico, no puede pasar desapercibido la poca actividad probatoria adelantada por la parte demandante para el esclarecimiento de estos hechos, ya que ni siquiera procuró la comparecencia de los padres de la paciente, ni menos la recaudación de otras testificales que pudieran contribuir a la verificación de tales circunstancias, pasividad que patentiza la consecuencia procesal adversa a sus intereses demandatorios, máxime si requirió su cuantificación por el juzgador de conocimiento.

Al respecto, cabe destacar que las únicas pruebas que hacen alusión a estos supuestos en concreto son la certificación laboral visible a folio 71 de la encuadernación, y la declaración de la interesada, material suasorio a todas luces insuficiente para cimentar tal reconocimiento, amén de que ella misma declaró en su interrogatorio de parte que en la actualidad no se encuentra trabajando, porque se dedica a cuidar a sus padres que son de avanzada edad.

10.3 En lo concerniente al detrimento moral, importa descollar que *“(...) esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, (...) es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium iudicis”*.²²

Tomando como referencia esta breve disertación jurisprudencial, con apoyatura en los registros médicos que dan cuenta sobre los padecimientos sufridos por la accionante, por causa de la falta de suspensión oportuna del tratamiento de ortodoncia ante el diagnóstico de reabsorción radicular surgido en el tratamiento ortodóntico realizado por el demandado, acudiendo a las reglas de la experiencia, se alcanza a vislumbrar la causación del memorado nocimiento, pues, ante la vivencia

²² G. J. Tomo LX, pág. 290. Sentencia del 10 de marzo de 1994. Reiterada en SCC de mayo 5 de 1999, Exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, Exp. 3382; diciembre 13 de 2002, Exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, Exp. 6199.

de los reseñados acontecimientos, resulta irrefutable la causación de la aflicción y tristeza producidas que éstos pudieron haberle producido.

En ese sentido, este Tribunal en pretérita oportunidad, en un caso que, *mutatis mutandi*, guarda cierta simetría con el presente se sostuvo que "(...) [e]n lo atañadero al perjuicio moral se reconocerá porque resulta indudable la aflicción y congoja que a [xxxxx] le produce la secuela generada por el accidente, máxime que el tratamiento quirúrgico le dejó cicatrices en su rodilla de 10 centímetros de extensión, (...) lo cual es obvio le causa un sufrimiento en su fuero interno (...). Y es que en el caso concreto, esa especie de daño debe tenerse por configurado *in re ipsa*, por la sola producción del episodio dañoso, que -más allá de las secuelas incapacitantes derivadas del mismo-, importó un episodio traumático que acarreó inevitables padecimientos y angustias a la demandante (...)".²³

Con base en lo anterior, se habilitará el resarcimiento por este daño en una cuantía equivalente a **veinte (20) S.M.L.M.V.**

En lo que toca al resarcimiento moral deprecado en favor de Jorge Antonio Linares y Ana Clara Peña de Linares, padres de la directamente afectada, salta a la vista que tal pedimento carece de apoyo probatorio, falencia que impone su denegación; y aunque podría presumirse ese sufrimiento del vínculo de cognación con la actora, lo cierto es que la incomparecencia injustificada de sus progenitores a la audiencia inicial, efunde respaldo a tener por cierto que éstos no afrontaron dicha aflicción, como se manifestó en la excepción propuesta por el galeno convocado, de conformidad con el artículo 372, numeral 4, Código General del Proceso.

Sobre los perjuicios decretados en precedencia se empezarán a causar intereses moratorios legales civiles, si no fueren cancelados dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

En ese orden de exposición, ante el reconocimiento único del detrimento moral en favor de la paciente, resulta innecesario entrar a analizar puntualmente las excepciones formuladas frente a los perjuicios

²³ TSB Sala Civil. Sentencia emitida el 20 de abril de 2018 Exp. 037-2007-00360-02.

patrimoniales y morales, que, en relación con los padres de la afectada, se plantearon, por cuanto los aspectos que éstas buscaron enervar fueron desestimados con fundamento en otras razones.

V. CONCLUSIÓN

De todo lo expresado en precedencia, se colige que el fallo dictado en primera instancia merece ser revocado, para, en su lugar, declarar prospera la excepción denominada "*Inexistencia de Vínculo contractual que denote responsabilidad contractual*", solo en favor de la Caja de Compensación Familiar Cafam, y, por contera, se exonerará de obligación alguna a la aseguradora llamada en garantía.

Se declararán imprósperas las excepciones de "*Inexistencia de presupuestos de hecho y de derecho para que la Caja de Compensación Familiar Cafam sea declarada responsable*", "*Inexistencia de una acción u omisión negligente imputable a la Caja de Compensación Familiar Cafam*"; "*Hecho de un tercero*"; "*Ausencia de causa para el cobro de daños y perjuicios*"; "*Riesgo o complicación propia del tratamiento*"; "*Servicio médico es de medio y no de resultado*"; "*Estado de salud derivado de las condiciones propias del paciente*"; "*Cumplimiento de la Lex Artis*"; "*Cobro de daños y perjuicios en forma exorbitante (sic) excediendo el tope máximo señalado por la jurisprudencia*"; "*Inexistencia de culpa y de responsabilidad por parte de la accionada, por ende carencia para reclamar perjuicios de ninguna naturaleza (lucro cesante, daño emergente e indemnizaciones)*"; "*Inexistencia de Culpa*", "*Inexistencia del agravio patrimonial pretendido por el accionante, indebida utilización de las fórmulas matemáticas establecidas por la ley para liquidar el lucro cesante, el daño emergente y demás indemnizaciones*"; "*Contradicción entre lo afirmado por el actor en sus hechos y pretensiones vs la certificación laboral allegada al proceso, de la cual se deduce que estamos frente a un contrato de trabajo según las normas del Código Sustantivo del Trabajo*"; y "*Las pretensiones de la demanda y el juramento estimatorio no pueden basarse en pruebas precarias como las arimadas al proceso*".

Como corolario, se declarará civil y solidariamente responsables a Gabriel Andrés Corredor Peñaranda, así como a Ortofam Ltda. por los daños generados a Norma Lucía Linares Peña por el inadecuado manejo dado al tratamiento de ortodoncia después del

hallazgo de la reabsorción radicular sufrida por la paciente, recayendo sobre la mentada institución la responsabilidad demostrada, dado que el ortodoncista involucrado se encontraba vinculado a ella, conforme se desprende del contrato visible a folio 180 y 181 de la encuadernación principal, y del hecho dañoso que se produjo como resultado del despliegue del proceso empresarial al cual se dedica.²⁴ En consecuencia, se ordenará el pago del reconocimiento moral en el monto aludido en líneas precedentes, sobre los cuales empezarán a generar intereses moratorios legales civiles, si no fueren cancelados dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

Ante las resultas de la alzada incoada, habrá lugar a condenar en costas de ambas instancias a la parte demandada (regla 4ª del artículo 365 del Código General del Proceso).

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.- REVOCAR el fallo emitido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá el día 25 de noviembre de 2019, en el asunto del epígrafe. En su lugar se dispone:

1.- DECLARAR PRÓSPERA la excepción denominada: *"Inexistencia de Vínculo contractual que denote responsabilidad contractual"*, solo en favor de la Caja de Compensación Familiar Cafam, y, por contera, **EXONERAR** a la llamada en garantía Allianz Seguros S. A. de salir al amparo de su asegurada y llamante, por los hechos ventilados en la presente demandada.

²⁴ En sentencia SC 13925 de 2016 la Corte Suprema de Justicia, sobre el tema expuso que "(...) lo que realmente interesa para efectos de endilgar responsabilidad directa al ente colectivo es que el perjuicio se origine en los procesos y mecanismos organizacionales constitutivos de la culpa in operando, es decir que la lesión a un bien jurídico ajeno se produzca como resultado del despliegue de los procesos empresariales y que éstos sean jurídicamente reprochables por infringir los deberes objetivos de cuidado; lo cual no sólo se da en seguimiento de las políticas, objetivos, misiones o visiones organizacionales, o en acatamiento de las instrucciones impartidas por los superiores."

2.- Declarar imprósperas las demás excepciones propuestas por la Caja de Compensación Familiar Cafam, así como las defensas propuestas por el demandado Gabriel Andrés Corredor Peñaranda que rotularon : *"Inexistencia de culpa y de responsabilidad por parte de la accionada, por ende carencia para reclamar perjuicios de ninguna naturaleza (lucro cesante, daño emergente e indemnizaciones)"; "Inexistencia de Culpa", "Inexistencia del agravio patrimonial pretendido por el accionante, indebida utilización de las fórmulas matemáticas establecidas por la ley para liquidar el lucro cesante, el daño emergente y demás indemnizaciones"; "Contradicción entre lo afirmado por el actor en sus hechos y pretensiones vs la certificación laboral allegada al proceso, de la cual se deduce que estamos frente a un contrato de trabajo según las normas del Código Sustantivo del Trabajo"; y "Las pretensiones de la demanda y el juramento estimatorio no pueden basarse en pruebas precarias como las arrimadas al proceso".*

2.- DECLARAR civil y solidariamente responsables a Gabriel Andrés Corredor Peñaranda, así como a Ortofam Ltda. por los daños generados a Norma Lucía Linares Peña, por el inadecuado manejo dado al tratamiento de ortodoncia, después del hallazgo de la reabsorción radicular sufrida por la paciente. En consecuencia,

2.1. RECONOCER en favor de Norma Lucía Linares Peña, por concepto de daño moral la suma equivalente a **20 L.M.L.M.V.**, monto sobre el cual empezará a generar intereses moratorios legales civiles, si no fueron cancelados dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

2.2. DENEGAR los perjuicios patrimoniales deprecados en la demanda, conforme a las razones explicadas en las consideraciones de esta sentencia.

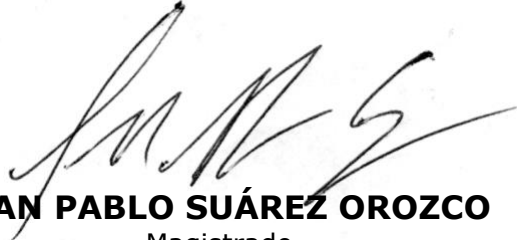
2.3. DENEGAR el reconocimiento de daño moral en favor de Jorge Antonio Linares y Ana Clara Peña de Linares, por los motivos *ut supra* anotados.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de ambas instancias a los demandados Gabriel Andrés Corredor Peñaranda, así como a Ortofam Ltda. Tásense y liquídense en los términos del artículo 366 del C. G. del P.

El Magistrado Sustanciador fija como agencias en derecho de esta segunda instancia la suma de \$2'500.000,oo.

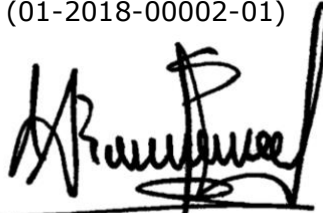
TERCERO.- DEVOLVER, en oportunidad, el expediente al Estrado Judicial de origen.

NOTIFÍQUESE,



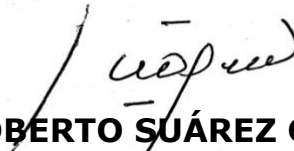
JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado
(01-2018-00002-01)



JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrado
(01-2018-00002-01)



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado
(01-2018-00002-01)

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001 31 99 002 2017 00436 02**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES
LA NACIONAL LTDA. - COONAL Y OTROS**
DEMANDADO : **OPERADOR SOLIDARIO
DE TRANSPORTADORES S.A.S. - COOBUS
S. A. S.**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

De conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las personas naturales demandantes -al que adhirieron la Cooperativa de Transportadores la Nacional Ltda. y la Compañía de Transportes la Nacional S.A.- en contra de la sentencia de 15 de julio de 2019, proferida, en el *sub-judice*, por la Coordinadora del Grupo de Jurisdicción Societaria II de la Superintendencia de Sociedades.

I. ANTECEDENTES

1. Los actores solicitaron declarar que el registro de las acciones que en su favor efectuó el Operador Solidario de Transportadores Coobus S. A. S., en su libro de accionistas (por vehículos entregados para la licitación TMSA-LP 004 de 2009, compra de participaciones sociales denominadas acciones del cubo, capitalización del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 50C-776243, y capitalización de acreencias) se realizó de manera irregular y/o ilegal. En consecuencia, petitionaron ordenar "(...) *la cancelación de las (...) acciones que la demandada registró a favor de [los activantes] en el libro de accionistas*".

Como sustento de sus aspiraciones, los demandantes adujeron, en esencia, que: **i)** se inscribieron, sin fecha, acciones suscritas y pagadas en la constitución de Coobus S.A.S., sin carta de su representante legal avalada con acta del Consejo de Administración; **ii)** la promesa de sociedad futura Operador Solidario de Transportadores - Coobus S.A.S, fue adjudicataria de la licitación TMSA-LP-004 de 2009, para la zona de Fontibón, inscribiéndose en Cámara de Comercio, al igual que el contrato de concesión No. 005 de 2010; **iii)** los 1.500 propietarios que postularon sus vehículos en dicha licitación para la operación del sistema integrado de transporte en el Distrito Capital, con la promesa de sociedad futura, suscribieron un contrato que garantizaba el control total de la flota CUP, que era exigido por Transmilenio, en el pliego de condiciones; **iv)** se omitió lo establecido en el artículo 195 del Código de Comercio, en cuanto a la anotación del título expedido, con indicación de su número y fecha de expedición; **v)** se inscribió, sin fecha, compra de vehículos, sin registrar cual fue el automotor aportado; **vi)** no se registró el número de acta por la cual se aprobó la venta de acciones con pago de activos; **vii)** siendo una suscripción de participaciones posteriores al acto de constitución, se debió registrar el número de acta en la que se aprobó la colocación de acciones suscritas; **viii)** nunca se suscribió contrato de compraventa de vehículos aceptando la cesión de un porcentaje de los mismos, y que parte de ese valor se pagaría con acciones de la demandada; **ix)** los promotores postularon, en favor de la pasiva, vehículos para la licitación 004 de 2009 de Transmilenio, estableciéndose en la proforma 6B que los rodantes se entregaban en renta con pago por acciones, pero que la sociedad futura Coobus debía entregar las cuotas accionarias correspondientes a esos automotores a los dos meses de su constitución, compromiso incumplido porque para esa época tenía un capital autorizado de 10.000 acciones inscritas en la Cámara de Comercio de Bogotá, que ya estaban suscrita por los socios fundadores; **x)** solo el 5 de junio de 2012 se aprobó, por parte de la Asamblea de Coobus SAS, la ampliación del capital autorizado a \$270'000.000.000; **xi)** se aumentó el capital autorizado de 1.000 a 27'000.000 de acciones, autorizándose colocarlas e inscribirlas a más de 1.400 personas, pese a ser una colocación de acciones de una S. A. S. a más de 99 personas, que requería autorización

de la Superfinanciera; **xii)** se inscribieron unilateralmente participaciones accionarias de capitalización por un lote cuya compraventa no se celebró, no se levantó el derecho de preferencia para la cesión de acciones a terceros, ni se acreditó que los demandantes hubieran aceptado tal cesión.

2. Vinculado formalmente, el extremo accionado se opuso a las pretensiones de los reclamantes, para lo cual formuló la excepción de mérito que denominó *“aplicación del principio de economía procesal”*, sustentada en que *“(…) la finalidad de la iniciación de las demandas presentadas por los actores no es otra que el reconocimiento pleno de sus créditos, con el sometimiento a las condiciones expuestas en el acta de la audiencia de aprobación del proyecto de graduación de créditos, pero con el acaecimiento de las Resoluciones emitidas por la Superintendencia Financiera de Colombia el escenario ha cambiado, pues (...) la Agencia Liquidadora de OPERADOR SOLIDARIO DE TRANSPORTADORES COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, si así lo considera el Juez Concursal presentará un nuevo proyecto de graduación de créditos en el cual ya no será necesaria la declaración judicial de la ineficacia que [aquí] se pretende (...), y partiendo de esa nueva circunstancia la finalidad del proceso en concurso desaparecería, por lo que utilizar el aparato judicial a fin de obtener una sentencia cuyos efectos no serán necesarios para el beneficio de los actores carece de sentido y contraria al principio de economía procesal.”*

II. LA SENTENCIA APELADA

1. Agotado el trámite de rigor, la falladora de primer orden profirió sentencia, motivada en las siguientes consideraciones:

1.1. Respecto de las acciones registradas por concepto de vehículos entregados para la licitación TMSA-LP 004 de 2009, precisó que tales títulos corresponden a 1.501 acciones emitidas a favor de los propietarios de automotores que celebraron con la demandada, el denominado *“contrato que garantiza el control total de la flota”*, que fue objeto de pronunciamiento por parte de la Superintendencia Financiera, autoridad que advirtió la ineficacia de la oferta pública de valores no autorizada realizada por Coobus S.A.S., por contravenir el artículo 4 de la Ley 1258 de 2008, que prohíbe a este tipo de sociedades inscribir acciones en el Registro Nacional de Valores y Emisores y

negociarlas en bolsa, recayendo esta sanción en quienes suscribieron el mencionado convenio. Consecuencia de ello, se anularon las acciones así emitidas, dejando la agente liquidadora de la sociedad nota contable indicando que se disminuyó, en la cuenta del patrimonio, el capital social representado en dichas acciones; correlativamente se reconoció y reclasificó como créditos ciertos a quienes perdieron su condición de accionistas con ocasión de lo resuelto por el aludido ente de vigilancia y control. De ahí que, en criterio de la juzgadora *a quo*, no le era dable pronunciarse sobre la irregularidad sobre un acto jurídico que carece de efectos, como lo son las inscripciones controvertidas, además de haberse adoptado las medidas correspondientes para subsanar todos aquellos efectos que se hubieran podido derivar de tal acto ineficaz.

1.2. En relación con las acciones registradas por compra de participaciones sociales denominadas "*acciones del cubo*", sostuvo no tener competencia para conocer de la presunta existencia de una oferta pública de valores, pues ello corresponde a la Superintendencia Financiera.

En cuanto al incumplimiento del artículo 195 del Código de Comercio, afirmó que ello no era un presupuesto para la sanción de ineficacia, dada su taxatividad, agregando que la omisión de esas formalidades tampoco genera nulidad del negocio jurídico, ni mucho menos de la inscripción en el libro de registro de accionistas.

Frente al derecho de preferencia, se abstuvo de analizar la observancia de dicha prerrogativa en la emisión y colocación de acciones de "*las acciones del cubo*", pues, de acuerdo con lo manifestado por el apoderado de los demandantes y los testigos, la reunión llevada a cabo en "*El Cubo de Colsubsidio*", no fue una sesión del máximo órgano social de Coobus S.A.S. en Liquidación, ya que los asistentes a la misma los propietarios de los vehículos entregados a la sociedad demandada, quienes no tuvieron ni tienen la calidad de accionistas de esa compañía, conforme lo reconoció la Superintendencia Financiera; a lo que añadió que el propósito de la referida reunión no fue constituirse en asamblea general de accionistas de la conminada; por lo que

concluyó que "(...) *la emisión y colocación de acciones que dio lugar a la inscripción de la 'las acciones del cubo' en el libro de accionistas de Coobus S.A.S. es inexistente (...) ante la evidente ausencia de voluntad social*", advirtió de oficio dicha sanción, según el artículo 133 de la Ley 446 de 1.998.

1.3. Atinente a las acciones registradas por concepto de capitalización del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 50C-776243, coligió que "(...) *el fundamento de las pretensiones relacionadas con estas acciones es, más bien, el incumplimiento de la promesa de compraventa celebrada entre la Compañía de Transportes la Nacional S.A, como promitente vendedora, y Coobus S.A.S. en Liquidación Judicial*", aspiración que desborda las facultades jurisdiccionales atribuidas a la Superintendencia de Sociedades; aunado a que no se tiene certeza del mencionado contrato preliminar, ni de que el lote en cuestión corresponda al predio que originó los registros de las acciones aquí controvertidas, como tampoco se probó que éstas se hubieren negociado irregularmente, por el contrario, los estatutos de la encartada permiten cederlas sin sujeción al derecho de preferencia.

1.4. Acerca de las acciones registradas por concepto de capitalización de acreencias, puntualizó que "(...) *en la demanda se afirma que Compañía de Transportes la Nacional S.A. y Cooperativa de Transportadores La Nacional S. A. no otorgaron autorización a través de su representante legal ni a través de su asamblea general de accionistas para efectos de una capitalización de acreencias. Así, aunque en el presente proceso no quedó acreditado lo contrario -y ello constituiría evidentemente una irregularidad-, lo cierto es que dicho asunto correspondería, en realidad, a una falta de consentimiento en el acuerdo bilateral entre acreedor y deudor, lo cual resulta en un asunto que excede el especial ámbito de competencias asignado por la ley a esta Superintendencia*", el cual se restringe a controversias de naturaleza societaria, según las leyes 222 de 1.995 y 1.258 de 2.008.

III. LA APELACIÓN

1. Inconforme con dicha decisión, mediante la interposición del recurso de apelación, -al que adhirieron la Cooperativa de Transportadores la Nacional Ltda. y la Compañía de Transportes la Nacional S.A.- el procurador

judicial de las personas naturales discrepó del criterio de la funcionaria de primera instancia, por las siguientes razones.

1.1. *"FRENTE AL ACÁPITE 'Acerca de las acciones registradas por concepto de vehículos entregados para la licitación TMSA-LP 004 de 2009'",* arguyó que, a pesar de que la Superintendencia Financiera reconoció la ineficacia de la inscripción de tales acciones, por haberse constituido una oferta pública de valores, ordenando a la demandada cancelar dichas inscripciones, ésta, en audiencia del artículo 372 del C. G. del P., accedió a dar cumplimiento a esa orden, por lo que el Despacho debe manifestar que las pretensiones fueron objeto de conciliación, comprometiéndose la pasiva a cancelar las cuotas accionarias en litigio del libro de socios.

1.2. *"FRENTE AL ACÁPITE 'Acerca de las acciones registradas por concepto de capitalización del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria no. 50C-776243'",* argumentó que esta pretensión no se orientó a declarar la invalidez o incumplimiento de la promesa de compraventa, cuya existencia sí se probó en el proceso, pues tres testigos dieron fe de su existencia, y se acreditó que esas acciones se anotaron en el libro de accionistas por concepto de capitalización del inmueble, inscripción que es irregular, porque dicha venta accionaria no fue aprobada por la asamblea ni junta directiva, en contravía de los estatutos de Coobus; no se allegó la carta de postulación de suscripción y compra de acciones en especie de la Compañía de Transportes la Nacional S.A., ni la carta de aceptación de Coobus de esa negociación, aprobada por sus órganos de administración; no se arrimaron las actas de asamblea ni junta directiva, en las que se haya levantado el derecho de preferencia para emitir participaciones en especie solo a uno de sus asociados, ni autorización de sus órganos colegiados para que la Compañía de Transportes la Nacional S. A. cediera sus títulos a terceros, sin dar prelación a sus accionistas; esa inscripción no tiene fecha ni referencia de su compra o autorización; la intención de negociar ese inmueble fue retractada, al punto que no fue incluido dentro de los activos presentados por la encartada.

1.3. *"FRENTE AL ACÁPITE 'Acerca de las acciones registradas por concepto de capitalización de acreencias'",* señaló que la Superintendencia de

Sociedades sí es competente para pronunciarse sobre esta pretensión, porque surge de un acuerdo entre la sociedad deudora y sus acreedores, afirmando los activantes que ese acuerdo no existió, lo que no se desvirtuó, pues la demandada no allegó carta de solicitud de conversión de sus acreencias en acciones, ni carta de la asamblea o junta en las que se aprobara tal conversión, ni carta de aceptación final de la suscripción.

1.4. "FRENTE AL ANALISIS PROBATORIO", indicó que no se tuvieron en cuenta las pruebas indiciarias, como la conducta de la enjuiciada por no allegar los documentos solicitados que se encuentran en su poder, y la confesión ficta por no asistir a la audiencia del "artículo 272 (sic) del C. G. del P.", en la que su representante debía absolver el interrogatorio.

1.5. "FRENTE A LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y LAS SOLICITUDES DEL RECURSO", solicitó revocar el numeral segundo, para acceder a las pretensiones no reconocidas en el numeral primero; y cuestionó el numeral cuarto, porque varias pretensiones prosperaron, debiéndose aplicar el numeral 5 del artículo 365, *ejusdem*.

Peticionó adicionar el numeral primero, para ordenar a Coobus la cancelación del libro de accionistas las participaciones declaradas inexistentes, y pronunciarse sobre la conciliación desarrollada en la audiencia de que trata el artículo 372 de la obra en cita.

2. Dentro de la oportunidad de que trata el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, el representante judicial de las personas naturales que componen el extremo activante sustentó la alzada interpuesta en similares términos del escrito en que manifestó los reparos contra la decisión de primer grado.

2. En su oportunidad, el mandatario judicial de los entes jurídicos demandantes sustentó la apelación adhesiva interpuesta frente al fallo opugnado, recabando en las manifestaciones expuestas por las personas naturales que en líneas precedentes fueron compendiadas, solicitando, en

conclusión, la revocatoria integral de la decisión emitida por la funcionaria de cognición.

IV. CONSIDERACIONES

1. Encontrándose reunidos los presupuestos procesales necesarios para adoptar la decisión de fondo correspondiente a esta instancia, y verificada la inexistencia de alguna irregularidad capaz de invalidar lo rituado, debe precisarse que esta Sala se circunscribirá a analizar, exclusivamente, los motivos de censura demarcados por el extremo confutante, acatando los lineamientos del inciso 1º del canon 320 del Código General del Proceso, embates que insisten en la irregular inscripción de acciones en el libro de accionistas de Coobus S.A.S, por concepto de vehículos entregados para licitación, capitalización de inmueble y acreencias.

2. Así las cosas, lo primero a examinarse es el reparo relativo a que el fallador de primera instancia debió manifestarse sobre el compromiso adquirido por la querellada en la audiencia de conciliación de que trata el artículo 372 del C.G. del P., obligándose a cancelar de su libro de accionistas *"las acciones registradas por concepto de vehículos entregados para la licitación TMSA-LP 004 de 2009"*.

Al respecto, cabe anotar, de un lado, que en dicha diligencia el único acuerdo alcanzado por los contendientes recayó en el desistimiento de la demanda contra Rosendo Castañeda Lamprea, por no ser socio de la empresa conminada;¹ y, del otro, debe destacarse, con mayor importancia, que el *a quo* no se pronunció frente a las irregularidades denunciadas acerca de tales participaciones societarias, en razón a que la Superintendencia de Financiera de Colombia, mediante las resoluciones 0463 y 0596 de 2018, declaró la existencia de una oferta pública de valores por parte de Coobus, que no contó con la autorización de la mentada entidad de vigilancia y control, por lo que esta sociedad, en virtud de tales determinaciones quedó sujeta a la

¹ Audiencia de 11 de diciembre de 2018. fl. 943, cd.4.

ineficacia consagrada en el artículo 10 de la Ley 32 de 1979;² asunto no conciliable, comoquiera que “entraña una forma radical de carencia de efectos del negocio”,³ por violación de una norma imperativa, que fue materia de una decisión revestida de legalidad y obligatoriedad, mientras no sea anulada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con los artículos 88 y 91 del C.P.C.A.; situación que, a no dudarlo, patentiza la frustración de la inconformidad elevada por el extremo opugnador, máxime si en el libro de registro accionistas de la operadora de transporte intimada aparece un sello transversal indicando “**ANULADO Resolución 0463 del 15 de Abril/2018 Superfinanciera. Resolución 0596 del 15 de Mayo/2018**”,⁴ impuesto por su liquidadora, según consta en Acta de 6 de junio de 2018 y oficio de la misma fecha, dando cumplimiento a la orden impartida por la nombrada autoridad de supervisión.⁵

3. De igual forma, es del caso relieves que la censura referente a que la falladora desatinó al entender que la anomalía enrostrada respecto de “*las acciones registradas por concepto de capitalización del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria no. 50C-776243*”, se dirigió a cuestionar la validez o cumplimiento de la promesa de compraventa de dicho bien raíz, puesto que, en realidad, la crítica no radicó en la observancia del anotado acuerdo preliminar que, según los apelantes, está acreditado en el proceso, sino en que esas acciones se inscribieron en el libro de accionistas de Coobus de manera irregular, al no haber sido aprobada esa negociación de acciones por la asamblea, la junta directiva de la demandada, no aceptarse la cesión de las mismas por parte de los demandantes, ni tampoco levantarse el derecho de preferencia para emitir acciones, sin que la respectiva inscripción en el libro de accionistas tuvieran fecha ni referencia de compra o autorización, aunado

² De conformidad con esta disposición “[s]erá ineficaz el acto jurídico que se celebre como consecuencia de una oferta pública de valores que no haya sido autorizada por la Comisión Nacional de Valores, salvo las acciones reparatorias o de perjuicios a que haya lugar.”

³ CSJ. SC4654-2019 de 30 de octubre de 2019, exp. 11001-31-03-028-1997-09465-01.

⁴ fl. 967, cd.4.

⁵ fl. 967, cd.4

a que la intención de negociar ese inmueble fue retractada, al punto de que no fue incluido en los activos presentados por la convocada.

3.1. Sin embargo, la anterior argumentación confutadora, contrastada con las múltiples demandas interpuestas y con las distintas intervenciones de los apoderados de las convocantes en el curso del proceso, permite entrever que no le asiste razón a la parte inconforme, en cuanto a que la falladora de primer orden erró al concluir que las pretensiones relativas a las acciones inscritas por concepto del aludido bien raíz, se cimentaron en el incumplimiento del referido convenio provisional ajustado entre la Compañía de Transportes la Nacional S. A. y Coobus S.A.S. en Liquidación Judicial, puesto que, tal como fue planteada la *causa petendi*, se imponía a la funcionaria de la instancia anterior escudriñar, previamente, la cristalización, ejecución y acatamiento de un convenio preliminar, así como del contrato prometido, al relatarse expresamente en el texto incoativo que “*el ítem de acciones capitalización lote, surge de una promesa de compraventa de un lote que la demandada le haría a Transportadores la Nacional S.A. y que sería pagado en parte con acciones (...), las cuales ésta a su vez cedería gradualmente a sus socios, (...), pero que nunca se consolidó (...)*”; supuesto fáctico en el que insistieron los apoderados de los promotores del debate, cuando en la audiencia inicial, realizada de 11 de diciembre de 2018, se dejó en claro que se reprochaba “*la inscripción de acciones por la venta de un lote que nunca se verificó*”; aseveración ratificada en la vista pública de instrucción y juzgamiento, llevada a cabo el 28 de junio de 2019, al alegarse que el inmueble “*nunca se vendió*”, “*no se puede mantener unas acciones por el pago de un lote cuya venta fue inexistente*”, “*nunca se celebró contrato alguno, en el cual mi prohijada le vendiera dicho lote a Coobus*”; aspecto litigioso que, en puridad, escapa del ejercicio de las funciones jurisdiccionales atribuidas a la Superintendencia de Sociedades, por el artículo 24 del Código General del Proceso.

De ahí que el examen jurídico, sobre este punto controversial, solo podía enderezarse a auscultar los fundamentos factuales de las aspiraciones de los actores consistentes en que la enjuiciada efectuó el registro irregular de tales acciones, unilateralmente, sin fecha, pese a no materializarse la

enajenación del predio en comento y no acreditarse que la asamblea ni la junta directiva levantarán el derecho de preferencia para ceder esos títulos a terceros, ni tampoco mediar aceptación de esa cesión por parte de los demandantes personas naturales.

3.2. No obstante, y con independencia de alguna incertidumbre que alcanza a columbrarse de la identificación del aludido inmueble - mencionado de manera indeterminada en todos los escritos genitores-, y que su negociación truncada habría derivado la supuesta irregular inscripción de acciones por "*Capitalización Lote*", el siguiente acopio persuasivo, obrante en la foliatura, conlleva indefectiblemente al franco malogramiento de la alzada formulada:

(i). Estatutos sociales de Coobus, en cuyo artículo 21, parágrafo segundo, se estableció:

*"Las Acciones Suscritas y las pagadas presentes o futuras de los siguientes accionistas [COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES LA NACIONAL LTDA., COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTADORES DE NIZA LTDA., COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LTDA., COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL NORTE LTDA., COOPERATIVA DE TRANSPORTES CERRO NORTE LTDA, NUEVA COOPERATIVA DE BUSES AZULES LTDA., COMPAÑÍA DE TRANSPORTADORES LA NACIONAL S.A.], se autoriza cederlas o traspasarlas, en cualquier tiempo, entre ellos mismos a los Asociados, a los Socios o a los Accionistas pertenecientes a cada una de ellas; a los un mil quinientos un propietarios de vehículos que suscribieron contratos irrevocables en la modalidad de accionistas, con la promesa de sociedad futura OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES COOBUS SAS., como requisito habilitante, y que resultaron adjudicatarios de la Licitación TMSA-LP-004 de 2009, con el contrato de concesión 005 de 2010: mediante una simple comunicación escrita del accionista tradente; es decir, **sin tenerles en cuenta el derecho de preferencia y demás requisitos contemplados en estos estatutos: (...).**"⁶ (negrillas fuera de texto).*

(ii). Acta No. 72. Reunión de Junta Directiva de Operador Solidario de Propietarios Transportadores Coobus SAS, realizada el 9 de octubre de 2012, en la que constata:

"5.- PROPOSICIONES Y VARIOS

⁶ Acta No. VI de Asamblea General Extraordinaria de 19 de octubre de 2012, de Operador Solidario de Propietarios Transportadores Coobus SAS. Libro de Actas de Asamblea. Pág. 059. (fl. 967, cd.4.).

Relacionado con la demora en el pago de las acciones por los accionistas y ante la falta de liquidez, Don Helio Castellanos propone que el accionista que tenga dinero que lo coloque para salvar a COOBUS S.A. S. sin ningún condicionamiento.

Teniendo en cuenta la situación de urgencia de obtener los recursos suficientes para garantizar la entrada en operación, sin el riesgo de perjudicar el servicio, el Dr. Juan Carlos Rojas Cerón informa: **que la Compañía de Transportadores La Nacional S.A. está dispuesta a contribuir en parte con la solución llevando a cabo la negociación de los bienes raíces que posee la Compañía que representa y para ayudar, como accionista, en satisfacer la necesidad de recursos financieros de COOBUS S.A.S.** y con éste objeto, propone que la Junta Directiva de COOBUS S.A.S. apruebe hoy mismo emitir y colocar las acciones suficientes para que, si la venta de las propiedades que posee se dan, se le reciba ese dinero producto de la venta, como suscripción de acciones ordinarias de la Compañía de Transportadores la Nacional S.A. en COOBUS SAS. por mínimo siete mil millones de pesos (\$7.000.000.000); **con la condición que los títulos de esas acciones se expidan en cabeza de cada uno de los accionistas de la Compañía de Transportadores La Nacional S.A.**; hace esta propuesta en su condición de Representante Legal de la Compañía de Transportadores La Nacional S.A. y como miembro de la junta directiva de COOBUS S.A.S. Don Libardo Gómez de Cootransnorte, manifiesta que está de acuerdo con la propuesta del Dr. Rojas y propone que igualmente se dé la oportunidad a todos los demás accionistas que tienen bienes y otras Sociedades Anónimas de los mismos asociados; en lo que se refiere al capital de Cootransnorte S. A. informa que está autorizado para hacer la inversión faltante por colocar. La junta directiva está de acuerdo y aprueba que se traigan todas las propuestas, para considerarlas.

La Junta Directiva discute la propuesta concreta del Dr. Juan Carlos Rojas Cerón, la somete a consideración y teniendo en cuenta la urgencia de obtener los recursos para equity finalmente resuelve aprobar, por unanimidad, emitir y colocar inicialmente las 700.000 acciones ordinarias de \$10.000 cada una y aprueba aceptar la suscripción de las mismas por la Compañía de Transportadores la Nacional S.A. en su condición de accionista de COOBUS S.A.S.; **para esta suscripción se aprueba, no tener en cuenta el derecho de preferencia, y también se aprueba que los títulos se expidan en cabeza de cada uno de los accionistas de la Compañía de Transportadores La Nacional S. A., los que en un listado de nombres y cantidad de acciones deberá reportar la Compañía, y cuyos nombres simultáneamente deberán aparecer en el listado de los un mil quinientos un propietarios transportadores que participaron en la Licitación del SITP.** Se concede plazo hasta el 30 de noviembre de 2012 para formalizar esta suscripción de acciones.

Adicionalmente el Doctor Juan Carlos Rojas Cerón propone, que para liberar a COOBUS S.A.S. del pasivo que registra a favor de la Compañía de Transportadores La Nacional S.A., **garantizado con pagaré, se aprueba emitir y colocar, sin derecho de preferencia,** las acciones suficientes para cancelar la deuda de un mil doscientos ochenta y cinco millones setecientos cuarenta y ocho mil (\$1.285.748.000) pesos, más los intereses causados por valor de ciento cuarenta y siete millones ochocientos veinticuatro mil novecientos treinta y tres (\$147.824.933) pesos; más doscientos tres millones ciento cuarenta y siete mil sesenta y siete (\$203.147.067) en efectivo; para un total de un mil seiscientos treinta y seis millones setecientos veinte mil (\$1.636.720.000) pesos; la Junta Directiva discute la segunda propuesta del Dr. Juan Carlos Rojas Cerón, la somete a consideración y teniendo en cuenta la urgencia de obtener los recursos y mejorar el modelo financiero disminuyendo los pasivos con recursos de los accionistas, finalmente **resuelve aprobar, por unanimidad,** emitir y colocar ciento sesenta y tres mil seiscientas

setenta y dos (163.672) acciones ordinarias de \$10.000 cada una, para hacer el cruce de cuentas por el valor resultante de la liquidación más los intereses y aprueba aceptar la suscripción de las mismas por la Compañía de Transportadores la Nacional S.A., en su condición de accionista de COOBUS S.A.S.; **para esta suscripción se aprueba, no tener en cuenta el derecho de preferencia, y también se aprueba que los títulos se expidan en cabeza de cada uno de los accionistas de la Compañía de Transportadores La Nacional S.A.**, los que en un listado de nombres y cantidad de acciones deberá reportar la Compañía, y cuyos nombres simultáneamente deberán aparecer en el listado de los un mil quinientos un propietarios transportadores que participaron en la Licitación del SITP. Se concede plazo hasta el 30 de noviembre de 2012 para formalizar esta suscripción de acciones.”⁷ (negritas fuera de texto).

(iii). Acta No. 77. Reunión de Junta Directiva de Operador Solidario de Propietarios Transportadores Coobus S.A.S., llevada a cabo el 30 de octubre de 2012, en la que se consignó:

"3.- DETERMINACIONES SOBRE GARANTÍA PARA OPERACIÓN CON LEASING CORFICOLOMBIANA S.A. C.F.

Teniendo en cuenta que Leasing Corficolombiana ha aprobado un cupo de crédito Leasing por la suma de seis mil millones de pesos (\$6.000'000.000) a COOBUS S.A.S. para adquirir 11 buses articulados necesarios para ingresarlos al sistema Transmilenio en Bogotá con los proveedores Scania y Superpolo, **exigiendo como garantía la hipoteca del lote de la calle 15 A N° 123-68 de Fontibón, que actualmente está arrendado a COOBUS S.A.S.** y que también está autorizado por TRANSMILENIO S.A. como patio de operaciones de COOBUS. Se tiene igualmente en cuenta que **este bien es de propiedad de la Compañía de Transportadores la Nacional S.A., accionista de COOBUS.** Como la financiera LEASING CORFICOLOMBIANA S.A. aprobó el crédito condicionado a tener como garantía la hipoteca de este bien a su favor, los miembros de junta directiva representantes de La compañía La Nacional .s. a, proponen que **previa aprobación de la junta directiva de esta última empresa, se venda el inmueble a COOBUS, para facilitar el otorgamiento de la garantía real que solicita CORFICOLOMBIANA,** igualmente proponen que si alguna de las otras cooperativas socias de COOBUS puedan otorgar garantías reales como la que propone La Nacional S.A. que lo hagan para no dejar de aceptar el crédito que se requiere para el inicio de la operación.

(...)

El presidente de la Junta informa que con la forma de pago expuesta considera que hay la suficiente claridad y somete a votación la operación de compra del inmueble a lo cual **la junta directiva aprueba por unanimidad la compra del terreno y autoriza expedir quinientas cuarenta mil (540.000) acciones de valor nominal de diez mil (\$10.000) pesos cada una,** autorizando al Representante Legal de COOBUS S.A.S. Dr. Alberto Pinzón García para **expedir los títulos a favor de la COMPAÑÍA DE TRANSPORTADORES LA NACIONAL S.A. y/o de los propietarios que indique y autorice el representante legal de esta última compañía.**⁸ (negritas fuera de texto).

⁷ Folio 299, Libro de Actas de Junta Directiva. (fl. 967, cd.4.).

⁸ Folios 306 y 307, Libro de Actas de Junta Directiva. (fl. 967, cd.4.).

(iv). Acta No. 117. Reunión de Junta Directiva de Operador Solidario de Propietarios Transportadores Coobus SAS, materializada el 4 de septiembre de 2013, la cual reporta:

"4.6. Informe del avance de la aclaración de la situación accionarla de COOBUS S.A.S

(...)

*La junta manifiesta que el tema de las **acciones emitidas para el pago del lote** por 540.000 acciones según acta No. 77 y las emitidas para el pago de la deuda con la Compañía La Nacional por 163.720 acciones según acta 72, **no corresponden a una nueva emisión** sino que esta emisión se efectuó de las 1.800.000 acciones suscritas en el acta 61 y aclaradas en la 62 (...)."9* (negritas fuera de texto).

Desde esa perspectiva, derechamente deviene impróspero el embate izado por los recurrentes contra la sentencia de primera instancia, comoquiera que los elementos de convicción, reseñados con antelación, dan cuenta diáfana de la autorización estatutaria para ceder acciones a los "Asociados, a los Socios o a los Accionistas pertenecientes a cada una de ellas; a los un mil quinientos un propietarios de vehículos que suscribieron contratos irrevocables en la modalidad de accionistas", sin considerar el derecho de preferencia; también revelan esos medios suasorios que la Compañía de Transportadores La Nacional S.A., como socia de la demandada, manifestó su disposición de negociar sus bienes raíces, para "satisfacer la necesidad de recursos financieros de COOBUS S.A.S.", "con la condición que los títulos de éstas acciones se expidan en cabeza de cada uno de [sus] accionistas"; proposición aprobada por la Junta Directiva de la encartada, "sin tener en cuenta el derecho de preferencia"; asintiendo, finalmente, el mentado cuerpo colegiado de administración, "por unanimidad", comprar el terreno y autorizar expedir "a favor de la COMPAÑÍA DE TRANSPORTADORES LA NACIONAL S. A. y/o de los propietarios que indique y autorice el representante legal de esta última compañía", aclarándose que "no corresponden a una nueva emisión sino [a] (...) acciones suscritas"; decisiones de las que no milita prueba sobre su impugnación, con la que se hubiera desvirtuado el contenido de las mismas, conforme lo prevé el artículo 382 del C. G. del P.; no siendo suficiente que, a voces de los apelantes, "[l]a inscripción de esas

9 Folio 565, Libro de Actas de Junta Directiva. (fl. 967, cd.4.).

*acciones como todas las demás no poseen fecha alguna en el libro de accionistas ni la referencia de la forma de compra o la autorización respectiva para su colocación por ser acciones cedidas de un accionista”, pretermitiéndose lo establecido en el artículo 195 del Código de Comercio, pues la literalidad de esta disposición normativa no impone que la recriminada omisión acarree la “(...) la cancelación de las (...) acciones que la demandada registró a favor de [los reclamantes]”, como lo pretenden los gestores de este litigio; menos si las actas societarias relacionadas *ut supra* informan los antecedentes extrañados por los demandantes.*

De cara a este particular tópico, debe llamarse la atención en que desde el pliego introductor se ha relevado que la Compañía de Transportadores La Nacional S.A. es socia fundadora de Coobus, que las personas naturales demandantes son accionistas de aquélla, asunto puesto de presente en las actas de las reuniones de los cuerpos colegiados de la demandada, así como en los testimonios rendidos en la actuación por miembros de la Junta Directiva de la enjuiciada, situación que impide esgrimir un desconocimiento de las decisiones adoptadas por este órgano de administración.

4. Sobre la siguiente acometida argumental elevada *“FRENTE AL ACÁPITE ‘Acerca de las acciones registradas por concepto de capitalización de acreencias’”,* la funcionaria *a quo* señaló no tener competencia para su cognición, por ser una temática que se circunscribe a la no autorizaron para capitalizar créditos, por parte de Compañía de Transportadores La Nacional S.A. y Cooperativa de Transportadores La Nacional S. A.; conclusión que rebatió el apoderado de los accionantes, ya que, en su opinión, la falladora de primer orden sí cuenta con facultades legales para conocer ese asunto, en razón a que *“como bien lo afirma el despacho la capitalización de acreencias a favor de accionistas o de terceros ‘surge como consecuencia de un acuerdo previo entre la sociedad deudora y sus acreedores como un medio para extinguir una obligación preexistente mas no en atención a una oferta’ y precisamente este aspecto ha sido alegado por mi representada en el sentido de que dicho acuerdo no existió y el mismo fue solicitado dentro de las pruebas que debería aportar la demandada por estar en*

su poder y nunca lo allegó, esto es no, pudo desvirtuar tal afirmación”, sin que aportara “(...) al proceso la carta de solicitud de conversión de sus acreencias en acciones, ni las cata (sic) de asamblea o junta donde se aprobara tal conversión, ni la carta de aceptación final de la suscripción (...).”

4.1. En relación con este específico punto controversial, y al margen de que sea de naturaleza societaria para los efectos del artículo 24, numeral 5, del Código General del Proceso, lo que se advierte es que el siguiente material probativo que reposa en la encuadernación controvierte, enteramente, las afirmaciones de los impulsores del pleito, en torno a la falta de aprobación y aceptación de la prenotada capitalización de acreencias.

(i). Acta No. 99. Reunión de Junta Directiva de Operador Solidario de Propietarios Transportadores Coobus SAS, realizada el 12 de marzo de 2013, en la que se hizo constar:

“5- PROPOSICIONES Y VARIOS

(...)

*e).- La junta directiva **aprueba por unanimidad** autorizar al señor gerente para **recibir dineros de los accionistas en calidad de préstamos**, los valores que sean necesarios para terminar de pagar los buses bi-articulados, para registrar el capital suscrito en la Cámara de Comercio, para pagar el valor de la renovación de la póliza de cumplimiento y para las demás necesidades económicas de COOBUS S.A.S. y se aprueba por unanimidad reconocer un interés mensual del 1.3% a cada prestamista.”¹⁰ (negritas fuera de texto).*

(ii). Acta No. 117. Reunión de Junta Directiva de Operador Solidario de Propietarios Transportadores Coobus SAS, materializada el 4 de septiembre de 2013, la cual reporta:

“4.6. Informe del avance de la aclaración de la situación accionarla de COOBUS S.A.S

(...)

*La junta manifiesta que el tema de las acciones emitidas para el pago del lote por 540.000 acciones según acta No. 77 y las **emitidas para el pago de la deuda** con la Compañía La Nacional por 163.720 acciones según acta 72, **no corresponden a una nueva emisión** sino que esta emisión se efectuó de las 1.800.000 acciones suscritas en el acta 61 y aclaradas en la 62 (...).”¹¹ (negritas fuera de texto).*

¹⁰ Folio 481, Libro de Actas de Junta Directiva. (fl. 967, cd.4.).

¹¹ Folio 565, Libro de Actas de Junta Directiva. (fl. 967, cd.4.).

(iii). Acta No. 124. Reunión de Junta Directiva de Operador Solidario de Propietarios Transportadores Coobus SAS, cristalizada el 31 de octubre de 2013, en la que se registró:

“D. CAPITALIZACIÓN Y MODELO PARTICIPACIÓN ACCIONARIA

(...)

*El presidente solicita que los **préstamos que COOBUS SAS adeude a los socios lo ingresen como capitalización porque COOBUS SAS no puede pagar intereses tan altos**, los integrantes de Junta Directiva manifiestan estar de acuerdo con esta proposición. (...).*

*El presidente el señor Crisanto Carreña somete a consideración la **capitalización de las acreencias que en cabeza de los diferentes proveedores personas naturales o jurídicas estén registradas en los pasivos de COOBUS SAS** con el propósito de mejorar el flujo de caja de la empresa y hacer uso del cupo de capitalización autorizado en actas anteriores. Sometida a consideración esta propuesta la Junta Directiva lo **aprueba por unanimidad.**”¹² (negrillas fuera de texto).*

Puestas así las cosas, se tiene que, en el *sub examine*, la Junta Directiva de Coobus aprobó recibir dineros de los accionistas en calidad de préstamos, para que éstos ingresaran como capitalización, abarcando las acreencias de proveedores de la convocada; anuencia gremial que torna desacertado pretender “(...) *la cancelación de las (...) acciones que la demandada registró a favor de [los activantes]*”, por no aportarse solicitud de conversión de acreencias en acciones, carta de la asamblea o junta sobre la aprobación de tal operación, ni la aceptación final de la correspondiente suscripción, cuando es posible colegir que la inscripción en el libro de accionistas que aquí se discute, encuentra su génesis en las autorizaciones emitidas por la administración corporativa de la sociedad enjuiciada, sin que esas determinaciones aparezcan desvirtuadas, en modo alguno, por la vía impugnativa consagrada en el artículo 382 del Código General del Proceso.

Por el contrario, las siguientes declaraciones cubren de veracidad el otorgamiento de créditos a la sociedad conminada:

¹² Folio 606, Libro de Actas de Junta Directiva. (fl. 967, cd.4.).

Álvaro Díaz González, quien dijo haber sido miembro de la Junta Directiva del operador de transporte llamado a juicio, y ser asociado de la Cooperativa de Transportadores La Nacional Ltda., atestiguó que ésta "sí prestó su plata", firmaron unos pagarés con un interés del 1 o 1,5; que algunos dueños de carro lo hicieron excepcionalmente por intermedio de sus empresas, y el gerente, para evitar responsabilidad, decía vaya a Coobus que le den acciones, o vaya a esa sociedad, registre el préstamo y que le paguen su interés.

A su turno, Antonio Saavedra Ochoa, quien indicó haber sido miembro de la Junta Directiva de la demandada, al preguntársele: "aparte del lote de La Compañía La Nacional, ¿usted tiene conocimiento si La Compañía La Nacional otorgó algún tipo de préstamo a Coobus?" Contestó: "Si, préstamos alrededor de \$1.640'000.000, conformados por un préstamo del Banco Popular de \$490.000.000 y otros préstamos que le hizo La Compañía a Coobus."

Como puede apreciarse de los medios suasorios antes relacionados, los préstamos realizados a favor de Coobus sí se realizaron, por lo que no puede negarse la existencia de los mismos, menos si contaron con la aprobación del órgano directivo de Coobus a efectos de ser capitalizados en favor de la enjuiciada.

5. Concerniente a las inconformidades adicionales exteriorizadas por las personas jurídicas apelantes que adhirieron a la apelación de las naturales, debe precisarse, en primer lugar, que todo lo delanteramente dilucidado no pierde su fuerza conclusiva, porque la sociedad intimada hubiese sido requerida, en varias oportunidades, para que remitiera la documental solicitada *ex officio* en la audiencia realizada el 11 de diciembre de 2018, ni por su inasistencia injustificada a la vista pública llevada a cabo el 3 de mayo de 2019, para absolver interrogatorio de parte, puesto que, finalmente, allegó copia de los libros de registro de accionistas, de actas de asamblea general de accionistas y de junta directiva, así como del informe sobre el cumplimiento de lo ordenado por la Superintendencia Financiera de Colombia;¹³ aunado a que la confesión ficta que pudiera derivarse de conformidad con lo previsto en el artículo 205 del Código General del Proceso, comporta una presunción legal

¹³ fl. 967, cd.4.

o *iuris tantum* susceptible de derruirse por el no compareciente, como aquí aconteció con las referidas pruebas, las cuales fueron aportadas mediante comunicación radicada el 10 de mayo de 2019;¹⁴ pese a que "(...) *desobedecer sin causa justificada la citación a absolver el interrogatorio propuesto por la contraparte merece sanción, pero, claro está, no una de tal entidad que inhabilite al interesado para desvirtuar la confesión ficta y, por ende, a forzar al juzgador a desconocer la realidad (...) En todo caso, dicho elemento de persuasión tendrá el mismo poder de convicción que el de una confesión real y verdadera, en cuanto no exista en el plenario prueba eficaz que al destruya (...).*"¹⁵

La misma suerte estéril abriga la censura encaminada a revocar la condena en costas que le fuera impuesta a los gestores de la actuación, toda vez que la sentenciadora de conocimiento dio aplicación al precepto 365, numeral 1, del compendio adjetivo civil, debido a que la parte demandante fue vencida en el proceso; desestimación que se extiende a la solicitud de adicionar el fallo impugnado en su ordinal primero, para que se ordene, de manera específica, a Coobus "*la cancelación del libro de accionistas las acciones declaradas como inexistentes en dicho numeral*", puesto que el tercer segmento resolutivo claramente conmina "(...) *a la liquidadora de Coobus S.A.S, en Liquidación Judicial para que adopte las medidas necesarias para cumplir lo dispuesto en esta sentencia.*"

6. El orden argumentativo que se trae, sustenta la ratificación de la sentencia recurrida. Ante la forma como fue desatada la alzada, se condenará en costas de esta instancia al extremo demandante, en los términos establecidos en el artículo 365, regla 1ª, 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,

¹⁴ fl. 967, cd.4.

¹⁵ CSJ. Civil. Sentencia de 14 de noviembre de 2008, rad. 1999-00403-01, reiterada en SC16485-2015, rad. 2008-00160-01

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de julio de 2019, en el *sub-judice*, por Coordinadora del Grupo de Jurisdicción Societaria II de la Superintendencia de Sociedades, por las razones expresadas en el cuerpo considerativo de esta decisión.

SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS de esta instancia al extremo apelante. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de Dos Millones de pesos (\$2'000.000,00). Tásense en oportunidad, conforme lo establece el artículo 366 del C. G. del P.

TERCERO: DEVOLVER, en su oportunidad, el expediente al despacho origen.

NOTIFÍQUESE,



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado
(002 2017 00436 02)



JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrada
(002 2017 00436 02)



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado
(002 2017 00436 02)

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

MAGISTRADO PONENTE: **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001-31-03-002-2015-00457-02**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **PALI TROCHA S.A.S.**
DEMANDADO : **MARÍA CLAUDIA RAFAELA TORRES
VÁSQUEZ Y OTRAS.**
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 el extremo demandante, frente a la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá D. C., en el asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1. La sociedad activante acudió a la jurisdicción, para que se declare que las intimadas se encuentran en mora de recibir de la sociedad actora la suma de \$93'000.000,00, correspondiente al valor establecido en el literal C de la cláusula 3ª del contrato de promesa de cesión de la posición contractual de beneficio y derechos fiduciarios; se acepte la oferta de pago de la cantidad dineraria antes aludida, y que de oponerse se disponga la consignación del reseñado monto.

2. Enteradas de la acción en su contra, las encartadas se opusieron a las pretensiones incoadas, formulando como medios de

enervación los que intitularon *“Incumplimiento del contrato por parte de la demandante”*; *“Exceptio non adimpleti contractus”*; *“Excepción por no ser completo [el] pago ofrecido por la demandante”* (fls 85 a 94, 162 a 176, 182 a 189).

II. LA SENTENCIA APELADA

Rituado en su totalidad en presente asunto, la juez de primer grado desestimó las aspiraciones demandatorias con soporte en que la querellante efectuó un ofrecimiento incompleto, al no contemplar en la oferta presentada los réditos de que trata el numeral 5º del artículo 1658 del Código Civil, es decir, los causados desde el 15 de enero 2015 al 1º de septiembre de 2015, y, además, la falta de prueba sobre el giro de los cheques de gerencia en la forma pactada por los contratantes.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

1. En desacuerdo con tal determinación, la parte activante la impugnó, aduciendo que la falladora incurrió en una indebida valoración probatoria en torno a la generación de réditos, por cuanto, al no haber prueba de su causación, éstos no debieron ser incluidos en la oferta de pago presentada a las demandadas; llamando la atención, igualmente en que no se abordó el estudio de lo estatuido en el artículo 1609 del C. C., según el cual, en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos; norma que, a su juicio, *“(…) permite establecer que [la actora] nunca se encontró en mora en atención al incumplimiento de las demandadas (...) [por lo que] al no encontrarse en mora frente a sus obligaciones, mal podría generarse el cobro de unos intereses como concluyó de manera infortunada la a quo; por el contrario existe prueba en el expediente de que fueron las demandadas mediante comunicación del 15 de enero de 2015 quienes manifestaron su intención de no aceptar el pago del saldo a su favor”*.

Del mismo modo, recabó en que los enjuiciados no demostraron haber constituido en mora a la empresa pretensora frente al pago del saldo adeudado y que, en consecuencia, se generaran intereses a su favor.

Finalmente, hizo mención sobre el desconocimiento de la presunción de la buena fe que cobija al demandante, así como en la indebida valoración probatoria en torno a la generación de réditos que debieron ser incluidos en la oferta de pago presentada a las demandadas.

2. Dentro de la oportunidad de que trata el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, el representante judicial de la parte actora sustentó la alzada interpuesta, ahondando en los reparos elevados contra la decisión de primer grado, resaltando, especialmente, la indebida apreciación probatoria efectuada por la juzgadora y alejada de la sana crítica, al considerar que la obligación a satisfacer causó intereses y que éstos debían formar parte de la oferta de pago realizada a las encartadas, situación que, en su opinión, no aparece corroborada con ningún elemento de juicio.

Del mismo modo, enfatizó en que la parte accionante honró cada uno de sus compromisos contractuales, por lo que no puede endilgársele morosidad alguna; que fueron las intimadas quienes tuvieron una conducta pasiva frente al recaudo del dinero y no constituyeron en mora a la activante.

3. A su turno, las enjuiciadas se pronunciaron frente a los fundamentos de la alzada incoada por el extremo impugnante, señalando que la oferta realizada resultó incompleta por incluir los intereses adeudados, los cuales se causaron debido a que el compromiso debido se constituyó a plazo, lo que las eximía de constituir en mora a la demandante.

Asimismo, llamaron la atención en que la activante inadvirtió lo pactado para efectuar el pago de las sumas a entregar, esto es, el

giro de los cheques de gerencia para el día del desembolso, junto al incremento que a cada una le correspondía por la actualización del avalúo del predio negociado, circunstancias que no fueron probadas en el expediente.

IV. CONSIDERACIONES

1. Encontrándose presentes los presupuestos procesales necesarios para adoptar una decisión de fondo, y al no haber vicio que pueda invalidar 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. Dicho esto, huelga destacar que, en relación con el pago, el legislador contempló la posibilidad de realizar este modo de extinguir las obligaciones mediante consignación, en el evento en que, según el canon 1657 del Código Civil, el acreedor resista o no concurra a recibir la cosa debida; solución que puede ser efectuada por el deudor o un tercero, aún sin el consentimiento del dueño de la prestación; siendo necesario para la validez del mentado desembolso, en el marco de esta cuerda procesal, el ofrecimiento previo al titular del crédito, o a su representante, atendándose cabalmente cada una de las exigencias establecidas en el artículo 1658, *ibídem*.¹

Sobre esta materia, viene bien relieves que tanto la doctrina foránea como la nacional han desarrollado los siguientes lineamientos conceptuales:

¹ ARTICULO 1658. <REQUISITOS DEL PAGO POR CONSIGNACION>. La consignación debe ser precedida de oferta; y para que ésta sea válida, reunirá las circunstancias que requiere el artículo 1658 del Código Civil: **1a.)** Que sea hecha por una persona capaz de pagar. **2a.)** Que sea hecha al acreedor, siendo éste capaz de recibir el pago, o a su legítimo representante. **3a.)** Que si la obligación es a plazo, o bajo condición suspensiva, haya expirado el plazo o se haya cumplido la condición. **4a.)** Que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido. **5a.)** **Que el deudor dirija al juez competente un memorial manifestando la oferta que ha hecho al acreedor, y expresando, además, lo que el mismo deudor debe, con inclusión de los intereses vencidos, si los hubiere, y los demás cargos líquidos; y si la oferta de consignación fuere de cosa, una descripción individual de la cosa ofrecida.** **6a.)** Que del memorial de oferta se confiera traslado al acreedor o a su representante. (Negrillas fuera del texto citado.

*"(...) la mora creditoris, institución que los romanos individualían con la frase 'si per creditorem steterit quo minus accipiat', (si del acreedor dependiera que no reciba), con estas palabras, y otras similares, los juristas romanos individualizaban una serie de casos en que la imposibilidad de pagar tenía su origen en la 'esfera de control' del acreedor, sea porque éste se refutaba a recibir el pago o porque el deudor ignoraba quien era verdaderamente el acreedor o porque no podía recibir, por ejemplo, por ser menor de edad; en definitiva, el caso concreto que conllevaba a la mora era considerado desde punto de vista puramente objetivo, siendo indiferente que el acreedor fuera culpable o no de rehusar su cooperación."*²

En ese sentido, se ha expresado que *"[e]n la mayoría de las ocasiones el cumplimiento de la obligación no depende exclusivamente de la voluntad del deudor, sino que se necesita la cooperación o la colaboración del acreedor para que este pueda llevarse a acabo. En estos casos, por tanto, cuando el concurso del acreedor no se produce, el deudor se ve imposibilitado para realizarla prestación debida. En otras palabras, nos encontramos con un deudor que tras haber realizado todo lo que estaba en su mano para poder cumplir, sin embargo, el pago no ha podido tener lugar por causa que recae exclusivamente en la esfera del sujeto activo de la relación obligacional. Esta circunstancia provocaría que el deudor, por la sola voluntad del acreedor, quedar ligado a él de forma indefinida, o al menos, hasta que el acreedor consintiera en cooperar aceptando el pago ofrecido. Esta situación no podría pasar desapercibida para el Derecho, y por ello, se articula un mecanismo que permite en estos casos que el deudor pueda obtener su liberación con independencia de cuál sea la actitud de su acreedor. Este mecanismo no es otro que la consignación (...). Así, ante la negativa del acreedor a aceptar el ofrecimiento de pago, el deudor podrá recurrir a la consignación. De igual forma, en aquellos supuestos en que este ofrecimiento no se haya llevado a cabo, por resulta inútil o imposible, el deudor podrá consignar directamente."*³

Consonantemente, se ha sostenido que *"[e]l pago por consignación es una figura que proviene del Derecho Romano y que se utiliza cuando por algún motivo el deudor no puede pagar su obligación directamente"*

² San Martín Neira, Lilian C.. "Sobre la naturaleza jurídica de la 'cooperación' del acreedor al cumplimiento de la obligación." "La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos, sino también de cargas y deberes." Publicado en la Revista de Derecho Universidad de Concepción, n.º 225-226, 2009, pp. 135-196. Fecha de recepción: 20 de julio de 2011. Fecha de aceptación: 22 de agosto de 2011. P. 300.

³ Cano Hurtado, María Dolores. "La Consignación como mecanismo liberatorio del deudor". Tesis doctoral. Facultad de Derecho. Universidad de Alicante, 2003. Pág. 5.

a su acreedor, estas circunstancias pueden originarse porque, el acreedor se niegue a recibir el pago, no se conozca la ubicación de este, carezca de representantes conocidos, haya fallecido y se desconozcan sus herederos o se ignore a las personas que poseen un mejor derecho frente al crédito. Esta figura jurídica permite al deudor hacer el pago con los efectos jurídicos propios de este acto, es decir, con la extinción de la obligación, la cesación de los intereses, la liberación de responsabilidad por los riesgos de la cosa, además de la devolución de las prendas y la cancelación de las hipotecas y fianzas [218]⁴. Para que el pago por consignación se realice y tenga validez es necesario que se cumplan ciertos requisitos, los cuales son, que se ejerza por medio de una oferta, que la persona que la haga sea capaz y sea la que está obligada a pagar, que se dirija al acreedor capaz de recibir o a su representante, que la obligación actualmente sea exigible, que se ofrezca realizar el pago en el lugar que se estipuló, y que la obligación que se ejecutará sea la que corresponde. El procedimiento para el pago por consignación está regulado en el artículo 381 del Código General del Procedimiento.”⁵

3. Partiendo del contexto legal y doctrinal previamente descrito, el Tribunal, al analizar holísticamente el material probatorio arrojado a la actuación, no encuentra reunidas, en su totalidad, las condiciones legales que estructuran el pago por consignación.

3.1. En efecto, lo primero que correspondía acreditar al deudor aquí demandante, a voces del artículo 1657 de la codificación sustantiva civil, es la repugnancia injustificada de las acreedoras a recibir la cosa que se debe, para entonces solicitar su depósito, de conformidad con las previsiones de los cánones 1658, *ibídem*, 381 del Código General del Proceso, presupuesto que no se avista satisfecho en el plenario, como pasa a explicarse:

3.1.1. Para iniciar, téngase en cuenta que a folios 25 a 28 de la encuadernación principal, se aprecia la promesa de cesión de posición contractual de beneficios y derechos fiduciarios, con la que,

⁴ Lombana, Tamayo. Op., cit., P. 113

⁵ Castro Ayala, José Guillermo, Calonje Londoño, Nattaly Ximena. Extinción de las Obligaciones. Colección JUS privado. No. 2. Privado JUS. CBBF. Capítulos-Derecho Privado. Universidad Católica de Colombia, 2015. Pags. 214 y 215

junto a otras obligaciones pecuniarias, la sociedad convocante se comprometió a cancelar la suma de \$93'000.000,00, el 15 de enero de 2015, *"en cheque de gerencia"*, y para *"cada una de las prometientes cedentes (...) aquí demandadas, en proporción a su derecho sobre el inmueble, es decir, en seis partes iguales"*.

3.1.2. En segundo lugar, llámese la atención en que, a folios 32 a 39, la parte solicitante, en el pliego demandatorio, ofreció el pago de \$93'000.000,00, en montos de \$7'500.000,00, a cada una de las seis demandadas; y el remanente, es decir, \$46'500.000,00, pidió autorización para retenerlo, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 398 del Estatuto Tributario, cifra que equivale al 1% del valor total del negocio mercantil celebrado.

Esta propuesta de desembolso fue la misma que la actora realizó el 13 de febrero de 2015, mediante comunicación dirigida a las encartadas, a quienes les informó que *"en las instalaciones de la sociedad BASIKA W SAS y PALITROCHA SAS se encuentran los cheques girados a cada una de ustedes por valor de (...) COP (7.750.000) cada uno por concepto del último pago del contrato de promesa de cesión de posición contractual y derechos fiduciarios de fecha veintitrés de agosto de dos mil trece (2013)"*.⁶

3.1.3. Particularmente, el extremo contradictor aseguró que con la comunicación remitida a las llamadas a juicio el día 15 de enero de 2015, visible a folios 144 a 148 del cuadernillo principal, se tiene por comprobado que ellas fueron las que resistieron el pago de la última cuota del precio del negocio celebrado, documental que, analizada bajo la égida de la sana crítica, no alcanza a traer un convencimiento inequívoco sobre las afirmaciones elevadas por la apelante, dado que la literalidad del referido pliego así no lo insinúa.

3.1.4. Por el contrario, lo que sí es dable tener por sentado de las aseveraciones contenidas en la referida comunicación, así como de las diferentes testimoniales recaudadas en el proceso, es el descontento manifiesto de las convocadas, ante la falta de actualización

⁶ Ver folio 158 del cuaderno principal.

del avalúo del inmueble objeto de fiducia de parqueo, y que, al parecer, se encontraba en cabeza de la aquí demandante, este último aspecto que si bien no debe ser materia de escrutinio de fondo en el marco de esta acción de pago por consignación, lo cierto es que, si eventualmente pudo haber un motivo para rechazar el descargo monetario en la oportunidad debida -lo que se itera, no hay prueba al interior de las diligencias de tal rechazo en la época pactada para el desembolso- el reseñado acontecimiento sí deja entrever una legítima justificación que impedía a las acreedoras asentir en solventar la relación contractual que las ataba con la actora, la cual debía finiquitarse el 15 de enero de 2015, al recibirse lo debido, y, concomitantemente, formalizarse la cesión prometida, mediante su constitución por escrito privado, omisión que pone de relieve la improcedencia de las pretensiones incoadas, pues, a voces de la doctrina autorizada, en esta clase de asuntos al juzgador "(...) **le corresponderá resolver según los hechos de la causa, si realmente ha habido por el deudor intención seria de cumplir en la forma prometida y del acreedor una negativa injustificada a recibir.**"⁷

3.2. Otra de las circunstancias que debe demostrarse para el buen futuro de esta estirpe de demandas, es que para la fecha en que debía honrarse la obligación, el deudor contaba y tenía a disposición los recursos económicos a fin de cubrir el compromiso dinerario debido, en la forma acordada, lo que en el *sub lite* no se avizora corroborado, por cuanto en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la activante, Enrique Giraldo Bustos, admitió que el día fijado para efectuar el descargo pecuniario, no contaba con los recursos de la manera orquestada, sino en efectivo, lo que vino a reiterar en la misma declaración, tras precisar que tenía el dinero en esa forma por "*conveniencia*";⁸ manifestaciones que encuentran eco en la no aportación de los cheques o constancia de existencia de los mismos para la data en que debían ser entregados a las encartadas, esto es, 15 de enero de 2015, de donde se desgaja la falta de prueba de la disponibilidad de la suma adeudada para la fecha en la que se requería

⁷ Abeliuk. Las Obligaciones, II, *cit*, n° 882 p. 723, citado en la obra Tratado de las Obligaciones. Página 661.,

⁸ Minuto 41:49 a 59 y 01:04:20 a 01:04:30 audiencia celebrada el día 18 de junio de 2018, folio 240, cdno 1.

su solución a las aquí conminadas, facticidad de la cual se vislumbra la calidad de contratante incumplido de la gestora de este pleito.

Y es que a la luz de lo establecido en el artículo 864 del Código de Comercio, en concordancia con el canon 1602 del Código Civil, ciertamente no resulta de poca monta la desatención contractual previamente develada, así como tampoco que en el expediente no se advierta pieza suasoria que permita tener por veraz que, para la calenda señalada, la parte querellante habría tenido a disposición de las encartadas los recursos, a fin de cubrir la cantidad adeudada a cada una de ellas, orfandad probativa de la cual se infiere que la parte demandante no estuvo presta a honrar la obligación objeto de este litigio el día convenido, ni en la forma establecida en el contrato, circunstancia que lo reviste de contratante incumplidor; lo que, a su vez, impide calificar de morosa a su contraparte, de conformidad con lo previsto en el 1609 *ejusdem*, normativa que aplicada a la realidad objetiva antes enunciada, no es posible darle el alcance que la parte apelante aspira, pues, se insiste, no aparece evidenciado en la foliatura que ella hubiere estado solícitamente preparada para dejar en manos de su *accipiens* el pago del saldo en los términos preestablecidos.

Sin lugar a duda, de las explicaciones puestas de presente, reluce la ausencia demostrativa de la negativa injustificada de las demandadas respecto de la recepción de la prestación debida objeto de ofrecimiento por parte la demandante, que diera lugar a la mora *accipiendi*, condición *sine qua non* de la habilitación para pagarles a aquéllas en contra de sus voluntades, mediante la consignación que liberara al deudor de la relación obligatoria, de quien, valga precisar, no se atisba una verdadera intención de solventar el restante de la deuda, según las estipulaciones convenidas.

3.3. Por lo demás, no sobra acotar que, al interior del proceso, la oferta de cancelación efectuada por la actora no se avizora completa, y, por ende, desconocedora de lo preceptuado en el numeral 5° del artículo 1658 del C. C., habida consideración que no contiene los intereses causados desde la fecha de exigibilidad del compromiso

económico hasta la presentación de la demanda; sin que fuera imperioso el requerimiento para tildar a la obligada de morosa, como erróneamente lo propone la recurrente, puesto que, en virtud del artículo 1698, *ejusdem*, “[e]l deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. (...)”]; disposiciones que dan firme apadrinamiento a lo innecesario que resultaba apremiar a la promotora del debate que sufragara el remanente adeudado, para atribuirle morosidad, por cuanto la citada regulación, para tales efectos, cualifica el incumplimiento simplemente con el hecho de no haberse atendido el compromiso en el tiempo acordado. De ahí que, ante la falta de demostración de que el día fijado para el pago la demandante estuvo presta al cumplimiento de la obligación dineraria debida, en la forma establecida por las partes, es innegable su situación de tardanza para honrar el compromiso adquirido, y, en esa medida, era de su resorte incluir en su ofrecimiento a las demandas, lo correspondiente a los intereses causados.

Recuérdese que, a tono con la jurisprudencia vernácula, la “(...) exigibilidad y mora de la obligación son dos nociones jurídicamente diferentes. La primera se predica de las obligaciones puras y simples, esto es, las que no se encuentran sometidas a plazo, condición o modo. Por consiguiente, ‘el acreedor se encuentra autorizado a exigir al deudor su cumplimiento, aun acudiendo para el efecto a la realización coactiva del derecho mediante la ejecución judicial; la mora, en cambio, supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, y para constituir en ella al deudor, se requiere que sea reconvenido por el acreedor, esto es, que se le intime o reclame conforme a la ley la cancelación de la prestación debida’, reconvención judicial que opera desde luego en los casos en que no procede la mora automática (Artículo. 1608 incs. 1º y 2º del C.C.).”⁹

Las ultimaciones sentadas en precedencia cobran mayor consistencia al hacer visible que, siendo la relación comercial trabada entre los aquí intervinientes de tipo mercantil, y dada la pecunial

⁹ *ídem*.

naturaleza del débito pendiente de solucionar, son aplicables al caso de marras las previsiones consagradas en el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, las cuales rezan: "*Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. **En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella.***" (Resaltado del Tribunal).

Sobre los réditos de que trata la norma en cita, el Alto Tribunal de Justicia en lo civil sostuvo que *"(...) [e]n las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella'. Obsérvese, que el precepto alude al concepto de 'obligaciones mercantiles', por las cuales se entiende aquellas que provienen de 'actos o negocios comerciales', y también que tengan carácter "dinerario", es decir, que su objeto consiste en la entrega por el deudor a su acreedor de una suma de 'dinero', es claro que solo a partir de la concreción o cuantificación de aquella, pueden generarse réditos, dado que es en ese momento que se establece el monto en una suma líquida y la oportunidad para hacer el pago (...)"*.¹⁰

En ese orden de ideas, comoquiera que el vínculo jurídico que une a los sujetos de este proceso es de naturaleza comercial, y la prestación debida concierne a recursos dinerarios, en el asunto de marras, ante la falta de pacto expreso sobre el no cobro de réditos en el compromiso adquirido, la causación de intereses deviene inminente a partir de la fecha de exigibilidad del adeudo, lo que, de contera, deja en evidencia lo inacabado de la oferta presentada por la actora a las aquí convocadas.

4. Las consideraciones expuestas en precedencia dan la contundencia suficiente para declarar el fracaso de la alzada impetrada. Por consiguiente, se confirmará el fallo confutado, con la consecuente codena en costas a la parte recurrente, de acuerdo con la regla primera del artículo 365 del C. G. del P.

¹⁰ CSJ Sala Civil, Sentencia del 7 de diciembre de 2012 Exp. 00327 M.P. R. M. D. R.

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 dictada el proferida el 17 de octubre de 2019 en el asunto del epígrafe, por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá D. C., conforme a lo esgrimido en el cuerpo motivo de esta providencia.

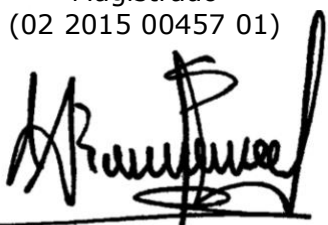
SEGUNDO CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a la parte demandante. Fijar como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1'000.000,00). Liquidense de la forma prevista en el artículo 366 del Código General del proceso.

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

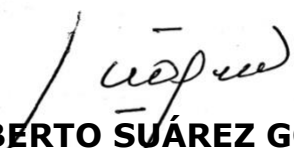
NOTIFÍQUESE,


JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado
(02 2015 00457 01)


JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrado
(02 2015 00457 01)


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado
(02 2015 00457 01)

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



SALA CIVIL

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

REF: Verbal

RADICADO No. 11001 3103 007 2013 00683 01

DEMANDANTE: EDIFICIO PARQUE COMERCIAL SUBAZAR PH

DEMANDADO: MONICA ROZO DE BERNATE Y OTROS

El informe Secretarial que antecede da cuenta que no se sustentó el recurso de alzada.

Al respecto impone recordar que en este asunto, se admitió el recurso de apelación mediante auto calendado **23 de junio de 2020**, es decir, después de proferido el Decreto 806 de 2020, que adoptó medidas para *‘implementar las tecnologías de la información las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia’*; el que empezó a regir a partir del **4 de junio de 2020**, fecha de su publicación, y estará vigente durante dos años.

Dicho Decreto, prevé en el artículo 14, una modificación en el **trámite del recurso de apelación de sentencias en procesos civiles y de familia**, por lo que se trata de una disposición procesal, y por tanto de orden público, y por ende de aplicación inmediata.

En el inciso 3º del aludido canon, se señala ***“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 (...)
Si no sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto”; de cuya lectura se colige que ejecutoriado el auto que admite el recurso de apelación, inicia por ministerio de ley, el término de cinco días para sustentar la alzada; plazo que feneció en silencio.

Ahora bien, las consecuencia que señalan las normas, son impositivas, para el caso, de forma clara, el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, que modificó parcialmente el artículo 327 del Código General del Proceso, en lo referente a la sustentación del recurso de apelación, para los casos en que no se decretan pruebas de segunda instancia; obligaba a los sujetos procesales a cumplir con tal carga argumentativa, en la forma y oportunidad definida en dicha normatividad.

En igual sentido, impone recordar lo señalado por la H. Corte Constitucional, en la sentencia SU-418 de septiembre 11 de 2019, que por decisión mayoritaria, consideró que la falta de sustentación del recurso de apelación ante el Juez de segunda instancia, trae como consecuencia la declaratoria de desierto, porque el legislador así lo dispuso en los artículos 322 y 327 del Código General del Proceso; secuela que recoge el artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

Por lo tanto, al verificarse la falta de sustentación del recurrente, se declarará desierto el recurso de apelación.

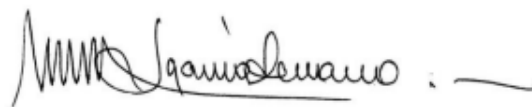
En razón de lo anterior, se

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación formulado en el proceso de la referencia.

SEGUNDO: En firme esta decisión **DEVOLVER** el expediente a la entidad de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Martha Isabel García Serrano', with a horizontal line extending to the right.

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

Previo a realizar cualquier pronunciamiento, se le debe precisar al memorialista que las solicitudes se deben elevar por el conducto virtual habilitado por la Secretaría, para su correspondiente incorporación al proceso, y por quien se encuentra reconocido como apoderado para tal efecto.

No obstante, en procura de superar la inquietud de la parte demandada, se pone de presente que para dar cumplimiento al aparte final del inciso 1 del artículo 604 del C.G.P., la parte puede cumplir ese requisito con la presentación digital de la escritura registrada y los demás documentos en el término indicado en la norma, sin perjuicio de la necesidad de aportarlos físicamente en la Secretaría de la Sala Civil del Tribunal, solicitando la cita correspondiente para el efecto, pues, siendo la primera copia de escritura pública de hipoteca debidamente registrada el título que contiene la garantía, debe obrar martirialmente en el expediente.

NOTIFÍQUESE,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

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



SALA CIVIL

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

Rad. 11001 3103 021 2017 00247 01

El informe Secretarial que antecede da cuenta que la Magistrada Hilda González Neira, a quien en virtud de la derrota de la ponencia presentada en el caso de la referencia, asumió el conocimiento para fallar; requiere se le remita el expediente completo, particularmente el CD de la audiencia celebrada en primera instancia el 7 de mayo de 2019, que contiene el fallo objeto de apelación.

Revisado el libro de actuaciones al despacho, se pudo observar que el expediente cuya remisión 'completa' se solicita, fue remitido a Secretaría de la Sala el pasado 16 de junio, en cumplimiento del registró de ponencia derrotada calendado 27 de abril de 2020, en el Sistema de Gestión judicial Siglo XXI; de la lectura del referido libro aparece que se remitieron a Secretaría cinco cuadernos.

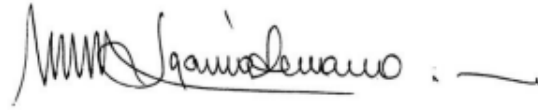
Al respecto es menester señalar que para la elaboración del proyecto que fue vencido por la Sala mayoritaria, se escuchó la audiencia de fallo de primer grado; empero, ante la manifestación de la colega, y la imposibilidad de revisar dicho CD en otros equipos para ver su compatibilidad; dado que el expediente físico se encuentra en secretaría y no puede ser consultado por el cierre temporal por COVID19; se,

RESUELVE:

PRIMERO: REQUERIR al Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, para que en el término de tres (3) días remita al correo electrónico de la Secretaría de la Sala Civil, copia completa, íntegra y audible, de la audiencia celebrada el 7 de mayo de 2019, la cual es indispensable para desatar la alzada. En caso de no poderlo hacer por la situación del cierre temporal de los edificios judiciales, **DEBERÁ** hacerlo inmediatamente autoricen el ingreso a los Despacho judiciales.

SEGUNDO: COMUNICAR esta providencia a la Magistrada Hilda González Neira, para su conocimiento y fines pertinentes.

CUMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Martha Isabel García Serrano', with a horizontal line extending to the right.

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

**REF. PROCESO DECLARATIVO PROMOVIDO JESUS AURELIO
HERNÁNDEZ CONTRA CLAUDIA SOLANYI NUÑEZ y OTROS.
RADICACIÓN No. 025-2014-00483-02.**

Con el acostumbrado respeto que me merecen los demás miembros de la Sala de Decisión, salvo voto en forma parcial frente a la sentencia proferida en el asunto de la referencia, por considerar que debió declararse desierto el recurso de apelación que interpuso la parte demandante ante el Juez de Primera instancia, por no haberse sustentado en esta instancia.

Descendiendo al caso concreto se colige que la parte actora 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 declarara 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. (...)" .

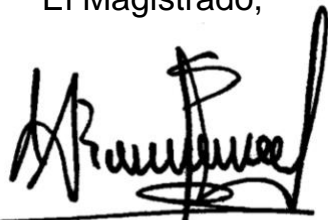
La misma Corte Constitucional, en el Comunicado No. 35, informó que en sentencia SU-418 de 2019, la Sala Plena precisó que, “para garantizar el derecho a la igualdad y la respuesta uniforme del ordenamiento jurídico, el juez de tutela debía decantarse por la interpretación que directa, sistemática y 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 parcial, al considerar que la Sala no gozaba de competencia funcional para decidir el recurso de apelación que fue interpuesto por la accionante 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,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Sosa Romero', written over a horizontal line.

JULIÁN SOSA ROMERO

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-428 de 1998.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

MAGISTRADO PONENTE: LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede el Tribunal a decidir los recursos de apelación formulados por amabas partes contra la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2019 por el Juzgado Cincuenta y Uno Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. En la demanda principal, Jesús Aurelio Hernández solicitó la restitución del predio por parte de Luz Dary Rodríguez Núñez, Claudia Solanyi y John Jairo Núñez, quienes “llegaron al inmueble una vez muerta su señora madre Gricelda Núñez González, y se reputan como poseedores del inmueble descrito”, pedimento al que se opuso señora Claudia Solanyi, quien, además, formuló reconvencción para que se declare la prescripción adquisitiva ordinaria a su favor, señalando que tiene la posesión del bien desde 1987. Los demás convocados fueron representados mediante curador *ad litem*, dualidad de pretensiones que fueron desestimadas por la autoridad de primera instancia, al encontrar probada la cosa juzgada, originada en la sentencia dictada

en un proceso surtido entre las mismas partes, ante el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá.

2. Contra la decisión extractada, ambas partes interpusieron recurso de apelación:

2.1. El accionante principal expuso, durante la audiencia de fallo, que no se cumple la triple identidad para la configuración de la cosa juzgada, porque en el primer proceso se negó la reivindicación por cuanto no concurrían los presupuestos axiológicos, que actualmente se reúnen.

2.2. A su turno, mediante escrito radicado dentro de los tres días siguientes a la decisión de primer grado, la reconviniente alegó que su progenitora Griselda adquirió el bien mediante promesa en el año 1987 y que ella cedió la posesión en 1996, agregando que la decisión de primera instancia no garantiza su derecho a la vivienda digna, argumentos que solicitó tener en cuenta, a través de memorial radicado ante esta Corporación dentro del término concedido para su pronunciamiento.

3. En el término de traslado para pronunciarse acerca de los recursos, la demandada no apelante Luz Dary Rodríguez Núñez se opuso a la prosperidad de ambas alzadas. Sobre la reivindicación anotó que el actor no tiene legitimación puesto que éste celebró un contrato de promesa de venta sobre el fundo con Griselda Núñez de González, que hace improcedente ese mecanismo. Respecto de la pertenencia destacó que las pruebas no son concretas en identificar a Claudia Solanyi como única poseedora, calidad que también tuvieron sus hermanos, junto con su señora madre Griselda, quien falleció en

octubre de 2005, siendo presentada la demanda en 2014, sin que se cumpla el tiempo requerido para el éxito de la usucapión.

CONSIDERACIONES

1. Como primera medida, es preciso puntualizar que el demandante principal, durante la audiencia de fallo de primera instancia, desarrolló con suficiencia, claridad y completitud los argumentos de disenso frente a la sentencia emitida –previamente resumidos–, gestión que, en criterio de la mayoría de la Sala, es idónea para tener por debidamente sustentado el recurso de alzada, al exponer las razones de discrepancia del fallo de primer grado como insumo que va a orientar la decisión de segunda instancia, postura de la mayoría que salvaguarda el acceso a la administración de justicia del interesado y la efectiva prevalencia del derecho sustancial, en los términos del artículo 11 del CGP, a lo que se adiciona que reclamar del censor una doble sustentación, encarna un exceso ritual innecesario.

Este pensamiento ha sido reiteradamente avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, vía acción de tutela, como se recordó en sentencia STL-3915 del 10 de junio del año cursante, al resaltar que tal orientación “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 de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas”. Por lo tanto, tal y como se concluyó en dicho pronunciamiento, “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”.

No pierde de vista el Tribunal que mediante comunicado de prensa No. 35 de 2019, se informó, a grandes rasgos, que en la sentencia SU418 de ese año se consignó 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”. No obstante, a la fecha esa determinación no ha sido publicada y, por ende, no ha adquirido fuerza vinculante, como quiera que el comunicado de prensa, solamente “tiene 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”, según se explicó en auto 521 de 2016 por esa colegiatura, de allí que “su propósito eminentemente informativo no les confiere fuerza vinculante de ninguna índole”, según se afirmó en auto 283 de 2009.

2. La identidad procesal en el objeto, la causa y las partes impiden que el conflicto sea llevado nuevamente ante la jurisdicción, pues esa decisión tiene un matiz definitivo, restricción que hace efectiva la seguridad jurídica y evita decisiones contradictorias, la cual tiene, entonces, como función, proscribir el replanteamiento de aquellos asuntos ya dirimidos por la justicia cuyo nuevo resultado puede hacer nugatorio o disminuir el derecho ya tutelado o definido por el Estado. Para dilucidar esta categoría –caso juzgado– se acude, de manera exclusiva, al análisis comparativo de los dos procesos, para determinar si de ellos se predica la triple identidad prevista en el artículo 303 del CGP, todo dentro de los llamados límites de la cosa juzgada, es decir, que los sujetos contendientes sean los mismos, que haya identidad en

el objeto y en la causa alegada para deducir la pretensión o la excepción.

Con el propósito de establecer la presencia de la cosa juzgada, obra en el expediente la sentencia de 30 de noviembre de 2010, emitida por el Juzgado 16 Civil Circuito y confirmada el 29 de junio de 2011 por otra sala de decisión de esta colegiatura, dentro del proceso de pertenencia que los sucesores de doña Gricelda Núñez González (aquí demandados principales, con el agregado que Claudia Solanyi actúa como demandante en reconvención), intentaron contra el señor Hernández quien, a su vez, formuló contrademanda en aquel juicio. Así mismo, milita en la actuación que se adelantó proceso de ejecución contra el ahora actor, en el que se le cedieron los derechos a doña Gricelda, teniéndola allá como demandante, trama en la que se ordenó la restitución del bien cautelado a favor de quien lo poseía para la época en que se practicó el secuestro en el año 2002, es decir, a don Jesús Aurelio Hernández, a quien desde aquel entonces se le dejó en depósito, con la precisión, sentada por la juez del compulsivo, de que el comisionado debía “tener en cuenta” “lo manifestado por el demandado al momento de la diligencia de secuestro respecto de haber vendido parte del bien, cuando se efectuó la misma”, según consta en el auto del 30 de julio de 2009.

3. A partir del material probatorio comentado –particularmente sobre la acción de pertenencia con contrademanda reivindicatoria– que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 243 y 257 del Código General del Proceso, en su condición de documentos públicos acreditan su otorgamiento, fecha y la declaración consignada en su parte resolutive, es posible concluir que en aquel juicio se desestimaron las pretensiones principales con el argumento de que la antecesora de las demandantes

no había sido poseedora, porque al intermediar una promesa hubo reconocimiento de dominio ajeno, con la precisión que, de aceptarse la posesión “su ejercicio autónomo comenzó desde el fallecimiento de su progenitora, que a la fecha de [esa demanda], esto es, 4 de junio de 2007, alcanzaba un período escaso de dos (2) años”, al paso que en el *sub lite* el actor –allá demandado y reconviniente– intentó la recuperación de la posesión por la vía reivindicatoria y una de las convocadas –Claudia Solanyi– que se declare la usucapión por haberlo poseído por el término legal.

En la tarea de elucidar el tema de la triple consonancia procede el tribunal a parangonar los referidos elementos en cada uno de los procesos materia de comparación, advirtiéndose, de entrada, la identidad de partes, porque ante el Juzgado Dieciséis del Circuito Luz Dary Rodríguez Núñez, Claudia Solange y John Jairo Núñez demandaron a Jesús Aurelio Hernández; también hay coincidencia en el objeto, pues el bien jurídico disputado en ambos contradictorios recae sobre el mutuo ejercicio de las acciones de dominio y pertenencia sobre el inmueble ubicado en la Calle 1 No. 68D-28 de Bogotá, identidad que no es materia de discrepancia entre los adversarios, y en cuanto a la causa, que se concreta “en el motivo o fundamento inmediato del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso”, igualmente se presenta en la situación que se juzga, ya que en uno y otro proceso se asomó como fundamento para demandar la propiedad en cabeza del reivindicante y la posesión en los demandados.

No obstante, es necesario puntualizar que el fracaso de la reivindicación o la pertenencia no siempre hace tránsito a cosa juzgada, para lo que es preciso recordar que, entre otros eventos en los que no

hay *res judicata* en la desestimación de la declaración de pertenencia, se encuentra el derivado de no haberse probado la condición de poseedor, la no concurrencia del tiempo para ganar el dominio o el reclamo por quien, para ese instante, carece de legitimación en la causa. Esta última posibilidad cobra especial sentido por la autorizada viabilidad de alterar o transformar la manera de relacionarse con el bien –vía interversión del título–, como quiera que en estas eventualidades la relación que se tiene con las cosas puede modificarse con el trascurso del tiempo, siendo factible que en aquellas situaciones temporales –que el artículo 304 adjetivo califica como no definitivas– no se imponga la cosa juzgada, contingencias que, entonces, habilitan el inicio de un nuevo proceso, con la precisión, se insiste, que esa autorización penda del surgimiento de nuevas situaciones causadas con posterioridad a la emisión de esa sentencia, que la ley permite considerar al no existir para el momento en que se definió la primera contención, orientación que deja en descubierto que los hechos que le anteceden quedan cobijadas por la inmutabilidad de las providencias que solventaron el punto.

4. De confrontar los elementos que estructuran los dos procesos rituados entre las partes, tienen la categoría de caso juzgado el origen contractual de la relación con el inmueble –promesa de compraventa– la condición de acreedores hipotecarios de los hermanos Núñez y que éstos no son poseedores. Pero, como ya se explicó, al ser posible que la condición con que se actúa, de suyo alterable, por admitir la ley la rebeldía del detentador contra la situación preexistente por el sendero de la interversión del título, tal inmutabilidad no la cobija de manera irremediable, por lo que hay lugar a su análisis para sentar si la *res judicata* se mantiene, el cual fue el impedimento que obstó el triunfo de

las pretensiones, principales y de reconvención, en el juzgado 16 circuital, talanquera que, en criterio del Tribunal, persiste.

En primer lugar, porque a pesar de que, a simple vista, podría estimarse que la señora Claudia Solanyi confesó su calidad de poseedora al contestar el hecho séptimo de la demanda principal, afirmando que “es cierto lo de la posesión de mi mandante, pero nunca entró de manera impropia, ella ha permanecido y permanece en la casa desde el 3 de marzo de 1987”, sin embargo, esa aseveración debe contextualizarse con sus respuestas en el interrogatorio de parte, de donde se desgaja que, en realidad, perdura el reconocimiento del dominio ajeno. Esta conclusión se logra en tanto que, al exponer sobre la forma en la que se dio su llegada al fundo, ella afirmó que su señora madre, Gricelda Núñez compró el bien en 1987 y que “desde ahí tomamos posesión”, al paso que, según doña Claudia, su progenitora decidió “cederle posesión” en 1996. Adicionalmente profundizó acerca de ese negocio, informando que el mismo se trató de una promesa y que como en la fecha en que se realizó no se contaba con escrituras, el señor Jesús Aurelio se comprometió a que, tan pronto contara con ellas, formalizaría la transferencia, lo cual no se hizo, pese a que doña Gricelda lo llamó repetidamente, pero el promitente no cumplió ese pacto.

Este panorama cobra importancia al ser contrastado con la contestación a la acción reivindicatoria, en donde aseveró que “llegó al inmueble motivo de la demanda junto con su señora madre el 3 de marzo de 1987, según entrega física que el mismo demandante realizó”; que “el demandante mediante promesa de compraventa vendió el inmueble motivo del presente proceso a la progenitora de la demandada”; que ella “tiene la posesión desde el 3 de marzo de 1987” y “la obtuvo en forma quieta, tranquila y pacífica desde el 3 de marzo

de 1987 a nombre de su señora madre”. Además, en la reconvención doña Claudia Solanyi alegó que “ha tenido la posesión real y material del inmueble...desde el 3 de marzo de 1987”, cúmulo de manifestaciones que dejan en evidencia que en su mente continúa la convicción de que existe un negocio jurídico que vinculó a su mamá con el propietario inscrito de la vivienda, que no desconoce ese contrato y que, por el contrario, se vale de él para sustentar la solicitud de declaratoria de usucapión.

De otra parte, analizados de manera conjunta los testimonios de Ana Elvia Vargas, Floresmira Bello y, en especial, la declaración de la co-demandada Luz Dary Núñez, es dable concluir que incluso en el entorno social de la contrademandante se reconoce el origen contractual de la permanencia de Claudia Solanyi en la heredad. Ciertamente, al evaluar lo dicho por estas personas, se constata, una vez más, que la llegada de Gricelda y Solanyi, así como Luz Dary, ocurrió porque la primera concretó la promesa con Jesús Aurelio y que por virtud de ese convenio reconocieron primero a Gricelda como dueña. Adicionalmente, de sus manifestaciones no es posible colegir la presencia de una posesión exclusiva y excluyente ejercida por la reconviniente, porque aunque la señora Ana Elvia dijo que la posesión se le entregó a Claudia Solanyi en 1996 o 1997, precisó que el bien es tanto de ella como de sus hermanos, mientras que Floresmira Bello y Claudia Corzo, de forma dubitativa expresaron que la que más ha estado pendiente del inmueble es Claudia Solanyi, quien fue la que se quedó viviendo allí luego de la muerte de doña Gricelda, más no desconocen los intereses de Luz Dary Núñez con relación al predio.

5. En consonancia con lo anotado, es un hecho demostrado que la posesión se obtuvo por efecto de la promesa que celebró la madre de

los demandados con el demandante el 3 de marzo de 1987, como se corrobora con el documento que se adosó con la contestación de la demanda (folios 89 y 90 del cuaderno 1) e incorporado igualmente por Luz Dary Núñez en copia auténtica en la diligencia de interrogatorio de parte, sin que se haya ejercido ninguna réplica en torno al particular por el accionante. Ese cuadro fáctico deja en evidencia la presencia de un acto de reconocimiento de dominio, que impide el triunfo de la acción de pertenencia, ya que “cuando el [promitente] comprador del inmueble lo recibe por virtud del cumplimiento anticipado de la obligación de entrega que corresponde al contrato prometido, toma conciencia de que el dominio de la cosa no le corresponde aún; que de este derecho no se ha desprendido todavía el promitente vendedor, a quien, por tanto, el detentador considera dueño, a tal punto que lo requiere para que le transmita la propiedad ofrecida”, como se explicó en la sentencia del 8 de mayo de 2002 de la Corte Suprema de Justicia.

Por igual, en esa misma providencia, el alto tribunal puntualizó, frente a la promesa de venta, que “...por sus mismas connotaciones funcionales, en particular por limitarse a comprometer la conducta futura de los contratantes (...) no resulta eficaz, para traducirse en fuente o detonante del dominio, ya que se repite, esa tipología de negocio preparatorio tan sólo origina una obligación de celebrar *–in futurum–* el contrato convenido (de hacer) y, en consecuencia, no puede *–por definición–* ser traslativo o constitutivo de derechos”, condición o vínculo particular con el bien del que, se itera, no se demostró su mutación, fundamentalmente porque no se evidenció la rebeldía contra el acuerdo evocado.

6. De otra parte, mirado desde la perspectiva de la acción principal de reivindicación, despunta que, no obstante haber calificado a los

demandados como poseedores, en la forma requerida para la prosperidad de la acción dominical, al contestar la demanda de pertenencia, Jesús Aurelio también insistió en la presencia del contrato –en abierta contradicción con la acción principal ejercida– afirmando que Claudia Solanyi “no posee el inmueble, está ahí por circunstancias de arbitrariedad y su actitud es contraria a un obrar legal...cuando llegó con su señora madre en virtud del contrato celebrado...no podía ejercer posesión alguna...”, al punto de invocar, como excepción, la cosa juzgada sobre la pertenencia, con base en el juicio anteriormente adelantado entre las partes.

Bajo el orden de ideas que se trae, como subsiste entre los contendientes la conciencia de estar relacionados por el contrato de promesa, ello deja en claro que la restitución debe obedecer a la resolución de los derechos y obligaciones contenidas en aquel, intermediando las acciones que al efecto consagró la ley, como lo son la pretensión resolutoria o la de terminación, la simulación o la de nulidad como a bien lo tengan las partes, pero no la reivindicatoria, que se caracteriza por ser una auténtica y exclusiva acción extracontractual, ajena a la existencia de vínculos jurídicos nacidos de actos o negocios en el que la voluntad de los convencionistas se dirigió de manera reflexiva a transmitir ese poder de hecho sobre la cosa. En relación con esta temática, ha resaltado la Corte Suprema de Justicia que “cuando quiera que alguien posea en virtud de un contrato, es decir, no contra la voluntad del dueño que contrató, sino con su pleno consentimiento, la pretensión reivindicatoria queda de suyo excluida, pues sólo puede tener lugar en los casos en que el propietario de la cosa reivindicada ha sido privado de la posesión sin su aquiescencia. La acción de dominio es por su naturaleza una pretensión extracontractual, que repugna en las hipótesis en que los interesados han convenido en que

uno de ellos autoriza al otro para poseer en virtud de un determinado contrato celebrado entre el uno y el otro”, pensamiento sentado en sentencia del 30 de julio de 2010.

Expresado en otros términos, la existencia de aquella relación contractual, de la que no se demostró que perdiera vigencia por vía judicial o acto de las partes, obliga a que delantadamente se obtenga la declaración judicial que deje sin efectos el contrato que dio origen a la entrega, para que el inmueble regrese al patrimonio del propietario, simple aplicación del aforismo jurídico de acuerdo con el cual, en derecho las cosas se deshacen como se hacen, argumento suficiente para descartar la viabilidad de la reivindicación.

7. En síntesis, ninguna de las demandas prospera, en la medida en que persiste la triple identidad que configura la cosa juzgada, sin que ello implique la trasgresión del derecho constitucional a la vivienda digna de la demandante en reconvención, puesto que la materialización de esta prerrogativa Superior se encuentra, en todo caso, sujeta al cumplimiento de los presupuestos de orden legal establecidos en el ordenamiento normativo para cada modalidad de acceso a la misma como –en el caso estudiado– la prescripción adquisitiva que, como tal, precisa de requisitos ineludibles para su buen suceso y que al no ser reunidos impiden el perfeccionamiento de ese propósito.


En mérito de lo expuesto, la Sala Civil de decisión del Tribuna 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 impugnada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante el fracaso de ambas apelaciones.

Notifíquese,



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado Ponente



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado



JULIÁN SOSA ROMERO
Magistrado
(Con salvamento de voto)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

MAGISTRADO PONENTE: LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede el Tribunal a decidir los recursos de apelación formulados por los demandantes –principal y de reconvención– contra la sentencia emitida el 13 de diciembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. Entre las partes se celebró un contrato de promesa de compraventa de cuatro inmuebles, con un precio de \$4.230.000.000, pagadero en 5 cuotas, fungiendo Carbonari Loboguerrero SAS como promitente vendedor y Juan Carlos Garzón Gutiérrez, promitente comprador. Mediante otrosí, el convenio se modificó para cambiar el precio a \$4.557.000.000 y avalar las cesiones de la posición contractual, surgiendo como promitente vendedor Egope SAS (en adelante Egope), mientras que el promitente comprador sería Caralga SAS (en lo sucesivo Caralga).

Con apoyo en el incumplimiento de su contradictor, se hizo valer demanda principal y de reconvención. La primera se basó en que

como Carbonari vendió los inmuebles a Egope SAS, quedó imposibilitado para cumplir la promesa al despojarse de la titularidad del dominio, al paso que el negocio entre ellos constituía lesión enorme. En la reconvención se acusó que los pagos inicialmente pactados se realizaron de manera retardada, corroborando que el primero en incumplir, al día 27 de septiembre de 2012, fue el promitente comprador, y que este, para el día 22 de marzo de 2013 - fecha en que se suscribiría la escritura pública- adeudaba \$2.860.000.000, razón por la que Egope no estaba obligada a firmar esa transferencia.

2. El juez de primera instancia partió de la validez del contrato de promesa y que para para determinar cuál de las demandas prosperaría era necesario establecer quién incumplió primero. Sobre el punto expuso que no se configuró la infracción por la venta realizada por Carbonari, puesto que no hay impedimento legal ni contractual en tal sentido, persona jurídica que, por demás, habría podido readquirir el bien, tanto más si se tiene en cuenta que la transferencia a Egope se concibió casi un año antes de la fecha de suscripción de la escritura de compraventa, aunado a que en el convenio no se pactó alguna restricción sobre ese particular. En todo caso, cualquier discordia sobre ese tema se superó con la cesión de la posición contractual, acto en el que el demandante avaló a pesar de alegar que se le puso en estado de indefensión, argumento que no fue demostrado. Así mismo, advirtió la irrelevancia de analizar la existencia de la lesión enorme en la venta realizada al tercero, puesto que esa discusión no tiene ningún efecto en el debate. Además, ninguno de los dos demostró haber acudido a la notaría en la fecha pactada y no es plausible el pretexto de haberse modificado esa calenda de manera verbal, en tanto que cualquier alteración del

precontrato debía constar por escrito, de acuerdo con lo normado por el artículo 1611 del Código Civil, así como el párrafo de la cláusula séptima del negocio preparatorio.

Sobre la demanda de reconvención relievó que, dada la existencia del otrosí del 5 de octubre de 2012, se solventó cualquier incumplimiento anterior entre las partes, de manera que solo es procedente evaluar qué ocurrió después de esa calenda, teniendo en cuenta, eso sí, que el promitente comprador, antes de esa data, había desembolsado \$1.697.000.000. Agregó que está probado el pago de \$582.0000.000 –aceptado por el promitente comprador–, acreditado con los comprobantes de transferencia del 2 y 4 de abril de 2014 y también está demostrado -por reconocimiento de Egope- que se entregaron \$131.372.000 para el pago del impuesto predial. En consecuencia, para el 22 de marzo de 2013 solo se había pagado \$2.410.372.000 de los \$4.557.000.000 que debían sufragarse para ese día, quedando así demostrado el incumplimiento, lo cual da lugar a la resolución. De igual manera, destacó que dado que los \$582.000.000 se restituirían, carecía de relevancia establecer si se trataba de intereses de mora o remuneratorios.

Superada esta temática, procedió a establecer las restituciones mutuas, sobre las que puntualizó que el monto pagado como parte del precio debe ser indexada, actualización que no comporta un beneficio ni constituye un fruto civil, sino la devolución de lo realmente entregado a valor presente. Por lo tanto, realizó esa operación sobre la totalidad de los pagos realizados, condenando a la restitución de \$2.748.713.375, una vez descontado el valor de la “cláusula penal”, debidamente ajustada. Negó los restantes valores reclamados en la reconvención denominados “diferencia entre el valor actual de los

bienes” e “intereses moratorios por los valores pendientes de pago”, puesto que la valorización va a ser percibida con la restitución de los bienes y no hay lugar al castigo pecuniario de los réditos, ya que la resolución implica una ficción por la cual el negocio se reputa no haber existido.

3. El demandante principal expuso los motivos de desacuerdo que a continuación se sintetizan:

3.1. Se trasgredió la cláusula 13 de la promesa porque el contrato se cedió a un tercero que no hace parte del mismo grupo empresarial del promitente vendedor, no se informó de manera previa esa cesión y hubo modificación del precio.

3.2. De manera verbal se había modificado la fecha para la suscripción de la escritura pública.

3.3. El precio pagado corresponde a dos de los inmuebles y los \$582.000.000 no computan como intereses. Adicionalmente, Egope aceptó en el interrogatorio de parte que recibió \$131.372.000, lo que demuestra que recibieron dinero después del otrosí y no se allanaron a asistir a la notaría.

3.4. Hubo abuso por parte de Egope en la firma del otrosí, porque modificaron impositivamente la promesa para apoderarse de uno de los bienes de Caralga, para el desarrollo de un proyecto propio del demandado.

3.5. No se valoró que en el memorial de entendimiento Egope reconoció que el promitente comprador había pagado \$2.279.000.000.

3.6. Egope reconoció que recibieron el pago de los impuestos prediales de 2013 y 2014 por el promitente comprador.

3.7. No se demostró que Egope se hubiera allanado a cumplir. Además, fue esa sociedad la que incumplió desde la cesión del contrato.

3.8. No se valoró el recibo expedido el 8 de diciembre de 2012, que concedió un plazo para el pago de la cuota sobre el que se cancelaron intereses anticipados.

3.9. El juez no emitió pronunciamiento sobre el gráfico que hizo Daniela Carbonari, sobre los pagos efectuados por la demandante.

3.10. No se valoró que las arras eran confirmatorias y que no se podían aplicar porque el promitente vendedor no se allanó a cumplir.

Durante el término concedido ante esta Corporación, la demandante agregó un “extracto de abonos” que, señala “fueron avalados...conforme se exhibe en el dictamen pericial que se adjunta”, el cual tiene como fecha de elaboración el 6 de julio de 2020.

4. A su turno, la demandada-reconviniente expresó los siguientes motivos de disenso:

4.1. Lo que se debió ordenar fue la restitución de los predios, compensar lo recibido por arras y autorizar la retención de los dineros por pagos del contrato. Solo en tal evento disponer la devolución del dinero, reteniendo las arras y ahí sí indexar, pues actualizar las arras es un premio por el incumplimiento.

4.2. El plazo de 5 días para restituir es demasiado breve, por lo que debería concederse uno más extenso.

5. Al descorrer el traslado de la apelación, la demandada argumentó: *i)* no se desconocieron los lineamientos del contrato, pues la cesión fue “elaborada, discutida, aceptada y suscrita por las partes en el otrosí”; *ii)* no existía la obligación de contar con alguna autorización previa para la transferencia de los bienes; *iii)* no se demostró que hubiera existido una modificación de la fecha para la firma de la escritura pública; *iv)* el dictamen allegado es extemporáneo; y *v)* no se acreditó la existencia de un plan para realizar construcciones sobre el bien materia de debate, así que no es factible concluir que se diera algún abuso por la parte convocada.

CONSIDERACIONES

1. De entrada advierte la Sala que no se otorgará mérito probatorio alguno al dictamen pericial aportado por la demandante en el término para el desarrollo de los reparos ante esta instancia, en la medida en que esa oportunidad no se erige como un nuevo estadio para incorporar medios demostrativos, a lo que se aúna que el mismo resulta por completo sorpresivo, así que, de aceptarse, se generaría un evidente desequilibrio que afecta al sector demandado para hacer frente a la alzada, gestando así una trasgresión de su derecho al debido proceso y la defensa. Además, la actora no solicitó la incorporación de ese trabajo dentro del período legalmente previsto por la ley para tal propósito, esto es, la ejecutoria del auto que admitió el recurso de apelación, puesto que ese plazo venció en silencio, y aún si se dejaran de lado las anteriores razones para descartar la

viabilidad de integrar ese elemento al acervo probatorio, lo cierto es que el mismo, a pesar de ser rendido el pasado 6 de julio, tiene como propósito demostrar hechos ocurridos con anterioridad a la presentación de la demanda –pagos realizados entre 2011 y 2014–, de manera que su adosamiento debió darse junto con la radicación del escrito inicial, tanto más si se tiene en cuenta que no se enunció y mucho menos probó alguna dificultad real para anexar la evidencia de los supuesto fácticos alegados. Por demás, no es procedente que, bajo el ropaje de la sustentación, se pretendan franquear las consecuencias de los defectos en el ejercicio del derecho probatorio.

2. Para la efectividad de los derechos y obligaciones consagrados en el acto dispositivo de intereses, el legislador estableció las acciones de cumplimiento forzado o su resolución, figura esta que requiere, para su éxito, que el actor haya cumplido con sus obligaciones o que hubiere estado presto a cumplirlas, en tanto que la misma no opera “...sino cuando uno de los contratantes cumplió debidamente con lo pactado o se allanó a cumplirlo dentro del plazo o modo estipulados, y cuando el otro, por un acto de su voluntad, no obstante el cumplimiento de la contraparte, cuando es el caso, ha dejado de cumplir con lo pactado, en la forma y tiempo debidos”, como se explicó en sentencia de 16 de marzo de 1998, noción que, necesariamente, está vinculada a la insatisfacción por una de las partes de las obligaciones contraídas, cuyo triunfo provoca la ruptura del vínculo jurídico haciendo que las cosas retornen al estado anterior a su celebración y la respectiva indemnización de los perjuicios que se causaron con motivo de la falta contractual.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, las partes no discuten la validez del precontrato aunque el demandante inicial reprocha el otrosí

celebrado, censurando que este se obtuvo por imposición de la contraparte quien de manera abusiva alteró los términos convenidos, violando la cláusula 11 al haber cedido el contrato a un tercero que no hacía parte del grupo y esa transferencia no se informó de manera previa a su realización, exposición que obliga a recordar que a folios 1 a 5 del cuaderno principal milita el documento que contiene la promesa de compraventa, el que cumple a cabalidad los requisitos consagrados en el artículo 89 de la ley 153 de 1887, pues consta por escrito, el negocio prometido -compraventa- es eficaz, se previó un plazo para el perfeccionamiento del contrato prometido con plena identificación de la notaría en que ello ocurriría.

Así mismo, está probado que el día 5 de octubre de 2012 se introdujeron unas modificaciones convencionales por medio de otrosí, las cuales son eficaces en la medida en que consten por escrito, provengan de ambas partes, sean el fiel reflejo de su inequívoco querer y de la exteriorización de su preciada libertad de vincularse a determinada relación. Por lo tanto, a esas alteraciones debe preceder una libre expresión del consentimiento, como garantía de todos los actos de disposición realizados por los sujetos de derecho, procurando que en el mismo no se haya incurrido en alguno de los vicios que invalidarían el acto, como son el error, la fuerza y el dolo, los cuales deben atacarse por la vía de la nulidad relativa, con la demostración de los hechos que la constituyen, gestión que no abordó el promitente comprador, quien se limitó a señalar, de manera genérica, la presencia del abuso, constreñimiento y aprovechamiento de sus condiciones de inferioridad, presupuestos que no fueron acreditados, así como tampoco lo fue la intención del promitente vendedor de provocarle un mal inminente, irreparable y grave.

3. De otro lado, en relación con crítica fundada en la trasgresión de la cláusula que regulaba la transmisión del contrato porque esta no se realizó a favor de una persona jurídica del mismo “grupo empresarial” aunado a que no se le informó previamente al demandante principal, es preciso resaltar que ninguno de esos argumentos fue propuesto en el escrito inicial como sustento del incumplimiento del que se acusó al demandante, no se aludió a ellos al descorrer el traslado de la contestación de la demanda principal, y solamente se hizo mención al cambio de precio en el contrato al ripostar la reconvención que se le formuló. En realidad, la causa para acusar la desatención del negocio –explayada en la demanda principal– radicó en que la transferencia realizada por el inicial promitente vendedor a su cesionario gestaba, por sí mismo, el incumplimiento, al perder la calidad de propietario inscrito, y que ese negocio entre Carbonari Inversiones y Egope era constitutivo de lesión enorme, enunciando que la cesión fue producto de presión –alegato que, como ya se indicó, no fue probado– haciéndole aceptar un nuevo precio. Además, dentro de las pretensiones elevadas por los accionantes, la declaratoria del incumplimiento pesaba igualmente sobre el otrosí, al paso de buscar el cumplimiento del contrato, de allí que lo cierto es que estaba reconociendo la validez de esa modificación.

En todo caso, esa circunstancia impide abordar tales argumentos novedosos que implican el desconocimiento del derecho de defensa de la contraparte “en tanto que, de manera súbita y extemporánea, se emplaza al opositor para que se pronuncie sobre aspectos que jamás integraron la plataforma jurídica y fáctica que caracterizó el litigio”, como lo destacó la Corte en sentencia del 7 de septiembre de 2006. Esa sorpresiva introducción de fundamentos fácticos, sobre los que el demandado principal no tuvo la oportunidad, en su momento, de

ejercer la correspondiente contradicción y adosar los elementos probatorios para rebatirlos, no es procedente, al quebrantar el principio de la congruencia -elemento constitutivo del debido proceso-, ya que al resolver sobre una controversia, en línea de sólido principio y salvo las excepciones legales, el juzgador solo debe analizar las actuaciones oportunamente incorporadas al debate a través de los mecanismos que “tienen el alcance de postulación (demanda y su reforma, contestaciones, fijación del litigio, etc.) los cuales, bien se sabe, dibujan las fronteras del pronunciamiento judicial, estereotipado -en el punto, por el principio dispositivo”, pensamiento sentado por el alto tribunal en el proveído citado.

Pero si en gracia de discusión se estudiara la temática en la forma ahora planteada por el inconforme, la validez del otrosí no se afecta al haberse apartado las partes de lo estipulado en la cláusula décima primera, porque a pesar de que en ella se consignaron unas condiciones para la cesión de la posición contractual, los convencionistas en desarrollo de su poder de negociación, de común acuerdo y en forma conjunta, despreciaron la originaria regulación en materia de la cesión para su vinculación a la promesa. En ese cometido, cambiaron ambos elementos personales, aclararon la cláusula atinente al precio y forma de pago, puntualizaron que los intereses moratorios en que había incurrido el promitente comprador estaban al día y señalaron la presencia de nuevos plazos –ante el probado y precedente incumplimiento del promitente comprador–, gestándose un mecanismo de redención del contrato, razones que justifican la eficacia del otrosí, la que tampoco se debilita con las inferencias de mala fe y abuso planteados por el demandante principal, que al no estar probadas, solo constituyen apreciaciones subjetivas carentes de poder para infirmar la decisión cuestionada.

4. Ahora bien, ningún cuestionamiento existe en torno a la consensualidad que campea sobre los negocios mercantiles, con especial énfasis en el precontrato, empero lo que no se ha demostrado es que los contendientes hayan estructurado el acuerdo verbal relativo al puntual cambio de fecha para firmar la escritura como premisa para que ese alegato triunfe, para lo que era necesario adosar al proceso el material de prueba que acredite que las condiciones del negocio preparatorio variaron, esto es, que efectivamente ocurrió esa modificación, libre y voluntariamente expresada por las partes. Sin embargo, ese material no se trajo al debate y sobre el tópico lo único que existe es la afirmación del interesado, la cual, por sí sola, carece de vigor probatorio, cambio que tampoco puede colegirse indiciariamente del “memorando de entendimiento” de enero de 2016 –decretado como prueba– atribuido al promitente vendedor y no desvirtuado por este, ya que de su contenido se desprende que las fechas que habían sufrido alteraciones eran las de pago y que la propuesta era “dejar sin efecto alguno el mencionado contrato de promesa toda vez que sus plazos se encuentran ampliamente vencidos”, como se indicó, específicamente, en las consideraciones B y E, sin que en esa misiva se acepte que, como insiste el demandante, la suscripción de la escritura pública se postergara para el año 2014.

También debe considerarse, para desestimar la alzada que se analiza, que la declaratoria de la resolución tuvo como argumento central –allende a la mención de la inasistencia de ambas partes a la oficina notarial– el inicial incumplimiento en el pago del precio por parte del promitente comprador, lo que liberaba a la contraparte de satisfacer tal débito, como quiera que cuando los compromisos adquiridos deben ser observados de manera escalonada,

correspondiéndole a uno de los convencionistas asumir delantadamente las prestaciones a su cargo sin importar si su objeto recae sobre materia diferente a la suscripción del contrato prometido – obligación principal–, ese temprano desacato va a generar unas consecuencias en derecho, referidas, entre otras, a la imposibilidad sustancial de ejercer las acciones derivadas de la estipulación, porque como ya se dijo, solo el contratante cumplidor está legitimado para su ejercicio.

Sobre el tema la Corte expresó que “las obligaciones que las partes establecen, como previas a la propia de hacer, adquieren una relevancia jurídica indiscutible: deben ser cumplidas por los contratantes en el orden y forma convenidos. Lo que se haga, desviándose de esos criterios o designios contractuales, tendrá la repercusión en la ejecución o inejecución del pacto, que más adelante habilitará las acciones pertinentes de resolución del contrato o su cumplimiento...” doctrina sentada en sentencia de 19 de julio de 2000. El evocado colofón se impone aun con prescindencia de eventuales incumplimientos posteriores, toda vez que la inicial infracción libera al otro de sus posteriores compromisos contractuales, pudiéndose apartar de ellos sin que su comportamiento sea censurado por el ordenamiento, razones que provocan el triunfo de la excepción de contrato no cumplido y, de contera, el éxito de la resolución exorada por el reconviniente, al no ser necesario que quien la solicita sea contratante cumplido o se hubiera allanado a satisfacerlas.

5. En este orden, de observar el itinerario que las partes señalaron a las obligaciones contraídas en el referido negocio, fluye que los contratantes, en la inicial promesa, se comprometieron a extender la escritura pública el día 13 de marzo de 2013 “siempre y cuando el

promitente comprador esté al día en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, especialmente en cuanto al pago de las sumas pagaderas para antes de la escritura de venta”. Así mismo, está probado que el promitente comprador asumió la obligación de pagar el saldo del precio en dos cuotas, el 1 de diciembre de 2012 y en la fecha de la firma del instrumento notarial, prestaciones no cumplidas, puesto que llegada esa calenda había desembolsado \$2.410.372.000 de un total de \$4.557.000.000 afectando su legitimación para reclamar la resolución del negocio lo que, a su vez, habilitó a su contraparte para proponer, con éxito, tal medio defensivo y la pretensión de aniquilamiento del negocio.

Tal conclusión no se derrumba porque el promitente vendedor transfirió el derecho de dominio de los bienes prometidos, en la medida que ello no encarna un incumplimiento del negocio, por cuanto en el contrato no se consignó que en el interregno entre la celebración del precontrato y la compraventa los inmuebles no pudieren ser enajenados. Tampoco constituyó una imposibilidad absoluta de cumplir en tanto que para la satisfacción del último débito bastaba que para ese día él fuera propietario o que el titular de esos derechos le diera cumplimiento a la trasmisión del dominio. En suma, estos argumentos descartan la ausencia de legitimación para deprecar la resolución del negocio y la presencia de actos de engaño y el eventual aprovechamiento de improbadas condiciones de inferioridad que, con tanto ahínco, proclama el demandante inicial. Expresado en otras palabras, la ausencia de la condición de propietario para el día de la celebración de la promesa, su desarrollo y aún para la fecha de extensión de la escritura que perfeccione la compraventa prometida, no es causa de incumplimiento, pues al efecto basta que el promitente vendedor logre que se cumpla la obligación de carácter personal –no

real—, asumida en el precontrato, bien porque directamente la suscriba en su condición de titular del dominio o ya porque de este obtenga la extensión del instrumento público a favor del prometiente comprador.

6. En resumen, como la demandada en reconvención incumplió primero la obligación de pagar el precio, la cual antecedió a la de la suscripción del instrumento público, las eventuales dificultades que pudieran presentarse para la fecha de extensión de ese documento la cual se agotaría el mismo día del pago de la última cuota, no tienen ninguna influencia en el triunfo de las aspiraciones sustanciales reclamadas por el promitente vendedor. Por ende, la decisión atacada habrá de confirmarse, sin que tenga relevancia la discusión acerca de si el pago de los \$586.000.000 tenía el carácter de rédito remuneratorio o moratorio, ya que, en todo caso, ese dinero fue contabilizado por el juzgador para establecer el valor total de lo pagado con ocasión de la promesa, y que ese guarismo, como ya se indicó, era insuficiente para cubrir el débito a su cargo, a lo que se adiciona que en la sentencia se ordenó su reintegro al actor —decisión no cuestionada por la contraparte— no generándose ningún perjuicio para este impugnante quien, por el contrario, obtiene un beneficio.

De igual manera, la evaluación del “gráfico-cuadro mental” realizado por Daniela Carbonari, ningún efecto tiene sobre la resolución del tópico, el cual, precisa la Sala, se estudia conforme obra en el folio 164 del cuaderno 3, y no con base en el adosado en la apelación por el demandante y mucho menos con las notas marginales que este acepta realizó, ya que la proposición de reparos no es una oportunidad para incorporar medios demostrativos, ni es posible valorar el pliego de acuerdo con las alteraciones que el recurrente admite que efectuó. Con esta precisión, lo cierto es que en ese papel, según lo expresó la testigo, reposa un plan de pagos para el cumplimiento de las cuotas

pactadas, en el que se reconoce, únicamente, que se cancelaron \$582.0000.000 por “intereses moratorios”, al paso que sobre las sumas identificadas en la parte inferior de la hoja como interés, tampoco se hizo reconocimiento alguno de haber sido ya pagados por el accionante, (02:39:00 a 03:11:50, audiencia de pruebas), contrario a lo afirmado en la impugnación. Y si se evaluara el escrito con prescindencia de los aspectos puntualizados por la declarante, lo cierto es que no existe forma de elucidar, en su totalidad, a qué conceptos se refieren, o si dan constancia del pago de un mayor valor al reconocido por el juzgador, razonamientos que conducen al fracaso de esta impugnación.

7. Respecto de la apelación del contrademandante, quien cuestiona la metodología aplicada por el juzgador para las restituciones mutuas, en tanto que, en criterio del recurrente, lo que primero debió ordenarse era la restitución de los bienes, autorizando la retención de las sumas recibidas como pago del precio y, segundo, cumplida la devolución de los fondos entregar el dinero, previo descuento de las arras y ahí sí indexar lo que habría de devolverse, sin la actualización de aquellas, preciso es destacar que en la operación realizada por el funcionario de primera instancia para fijar el valor de la condena ciertamente existe un defecto, que entra en contradicción con la forma en que zanjó la pendencia.

Esta conclusión se apoya en que no obstante haberse autorizado la retención de los \$430.000.000 a favor del demandado principal, la indexación de ese monto se ordenó incluir dentro de la cifra que se debe restituir al demandante inicial, apremio equivocado en la medida que al definir que esa suma obra a favor Inversiones Egope –punto no discutido en la apelación de Inversiones Caralga– no existe

justificación para que la actualización de tal cifra se incluya en los valores de la “restitución de los dineros recibidos como parte del precio”, en tanto que, se reitera, según quedó sentado en la parte considerativa de la sentencia de primer grado, esos \$430.000.000 puede conservarlos Inversiones Caralga “ante el incumplimiento contractual de la segunda”, guarismo que, entonces, no puede considerarse como “parte del precio”. En consecuencia, del valor fijado en la sentencia de primera instancia -\$2.718.713.375-, se debe restar la indexación ordenada por el juez sobre los \$430.000.000, incorrectamente incorporados a la condena, esto es, \$158.136.736, según se extracta del cuadro asociado a la sentencia, visto en el folio 356, procedimiento que arroja como resultado \$2.560.576.639, valor este último al que se disminuirá la condena establecida en el ordinal cuarto de la sentencia impugnada.

Ahora bien, la circunstancia de que se haya dispuesto un plazo de 5 días para la mutua restitución del dinero y de los bienes, que el apelante califica como limitado y que en ese mismo período se deban agotar ambas prestaciones, no merece reproche de la Sala, fundamentalmente porque de acuerdo con el escrito de la demanda de reconvención presentada por este impugnante, las pretensiones tenían como propósito la devolución de los predios o en subsidio su valor comercial y el pago de los frutos causados por estos, prestaciones que se realizaran “dentro de los 5 días siguientes” a la ejecutoria de la sentencia, solicitando, igualmente, que al dinero entregado por Juan Carlos Garzón e Inversiones Caralga, se compensaran los \$430.000.000 señalados en la cláusula sexta del contrato y los frutos. Por lo tanto, ese marco temporal fijado en el fallo de primera instancia responde al mismo lapso que el propio contrademandante consideró adecuado para el acatamiento de las

eventuales órdenes plasmadas en la definición de la controversia, manifestaciones que ponen de relieve que, al ser ese su propósito y la forma en que proyectaba que se atenderían las ordenes de la providencia judicial, en un acto de correspondencia y coherencia con esa planeación, debió estar preparado para afrontar las consecuencias de la sentencia en la forma que, se itera, el mismo recurrente exigió.

Por demás, tales prestaciones mutuas –recta consecuencia del anonadamiento del negocio– deben cumplirse de manera simultánea, esto es, dando y dando.

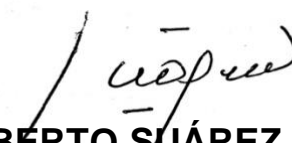
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia impugnada en el sentido de señalar que la cifra que debe pagar Inversiones Egope SAS a Inversiones Caralga S.A. es de \$2.560.576.639, en los que ya están descontados los \$430.000.000 por concepto de arras.


SEGUNDO. Costas a cargo del demandante principal ante el fracaso de su impugnación y el triunfo parcial de la apelación del reconviniente. Como agencias en derecho el Magistrado Sustanciador señala el valor de \$1.000.000.

Notifíquese,



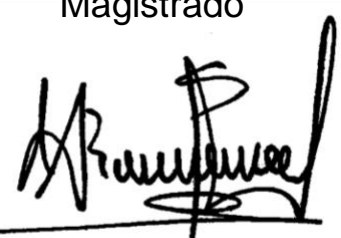
LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado Ponente



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado



JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

MAGISTRADO PONENTE: LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia emitida el 22 de noviembre de 2019 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. Los demandantes solicitaron que se declarara la responsabilidad de la EPS demandada por no haberle practicado al señor Marco Aníbal Bareño Téllez –padre, compañero permanente y abuelo de los actores- una radiografía para detectar el aneurisma que, finalmente le causó la muerte, frustrándole la oportunidad de mejorar su salud.

2. El juzgador de primera instancia expuso que el paciente venía siendo tratado por una gastritis crónica desde 2009, siendo ingresado en 2011 debido a un dolor abdominal de más de 24 horas de evolución, encontrándose una masa palpitable mediante TAC abdominal, razón por la que se le realizó una intervención por aneurisma y falleció. Añadió que la atención prestada fue adecuada,

que no se demostró la omisión de algún tratamiento relevante, que el aneurisma no era detectable con un simple examen, aunado a que a pesar de que el dolor en el abdomen es síntoma de esa patología, pero también podía ser causado por sus antecedentes clínicos. Por igual, explicó que no obstante haber afirmado el perito que él habría ordenado una ecografía, el aneurisma es asintomático y puede descubrirse aun de manera accidental. Por consiguiente, negó las pretensiones.

3. Con el propósito de que se revoque esa determinación y se acceda a las solicitudes del escrito inicial, la parte demandante expuso los siguientes argumentos:

3.1. A cualquier persona de mayor de 50 años debe practicársele el examen para detectar el aneurisma, tanto más en razón de los antecedentes de tabaquismo e hipertensión. Esa omisión configura la pérdida de oportunidad invocada en la demanda.

3.2. Los demandados no trajeron un peritaje alternativo para desvirtuar el recaudado en el juicio, y las preguntas hechas al experto no desvirtuaron sus conclusiones, así que el juez debió acogerlas.

3.3. Las entidades prestadoras de salud responden de manera solidaria, no solamente cumplen un papel de administración de recursos.

4. Los demandados y el llamado en garantía se opusieron a la prosperidad de la alzada, conforme se resume a continuación:

4.1. Cafam resaltó que no se demostró la existencia de alguna guía, protocolo o norma de donde se desprendiera que la práctica del examen fuera obligatoria, ni que una vez realizado, se detectara como una causa posible de la muerte o fuera útil para evitar el fallecimiento del paciente. Por lo tanto, no hubo negligencia en la prestación del servicio.

4.2. Nueva EPS manifestó que conforme las pruebas recaudadas, el evocado análisis para detectar el aneurisma no era necesario, de acuerdo con las condiciones e historial presentado por el usuario. Además, no se demostró el nexo entre la falta de agotamiento de aquel procedimiento y el daño invocado.

4.3. Allianz Seguros expuso que el juzgador interrogó al perito para establecer el poder de convicción del dictamen, logrando determinar que no podía concluirse, con plena seguridad, que se cometió la infracción denunciada en la demanda. Agregó que en caso de que se acceda a las pretensiones, debe tenerse en cuenta el límite asegurado, así como el deducible, pactados en la póliza.

CONSIDERACIONES

1. Es tema pacífico que para la declaratoria de responsabilidad es necesario que se haya probado la culpa del demandado, previsión que igualmente se extiende a la que surge de la práctica médica, pues de ella se excluye, en línea de principio, la calificación de actividad peligrosa o que sea generatriz de una obligación de resultado, habiéndose expresado, por el contrario, “que en este tipo de casos no sólo debe exigirse la demostración de “la culpa del médico sino también la gravedad”, aunado a que “...el médico tan sólo se obliga a

poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”, como lo recordó la Corte en sentencia SC12449 de 2014.

En este sentido, es claro que la prestación de servicios médicos y hospitalarios genera una obligación calificada como de medio, opuesta a las de resultado, naturaleza que trae como consecuencia que el débito asumido se satisfaga, aún con independencia de que el objetivo deseado no se cumpla, bastándole al demandado, para liberarse de responsabilidad, que demuestre que el infausto suceso objeto de denuncia no se debió a culpa suya, es decir que actuó con diligencia, de manera prudente, con plena observación de las reglas técnicas pertinentes que permitan deducir la ausencia de culpa en la producción del daño, diligencia que no es cosa distinta a definir, con las pruebas correspondientes, que al paciente se le otorgó una atención adecuada, que se actuó con la mayor eficiencia posible, acorde con los procedimientos a seguir, acatando las disposiciones técnicas y científicas, que de acuerdo con la naturaleza de la entidad prestataria del servicio, deban estar a su alcance.

2. De manera liminar se destaca que la autoridad judicial, después de hacer referencia a los hechos acreditados en la actuación, de analizar el material probatorio recaudado y dar por sentado que el deceso del señor Bareño Téllez no obedeció a negligencia de los demandados, los absolvió, para lo que explicó que no hay elemento de convicción que acredite la necesidad de que, para el momento de ocurrencia de los hechos, se practicaran exámenes adicionales con el fin de determinar la existencia de la patología del aneurisma detectado en la

necropsia, particularmente porque la sintomatología mostrada concordaba con las manifestaciones propias de los padecimientos que ya se le venían tratando, decisión que combate el demandante, en esencia, porque por las condiciones personales del paciente, mayor de 50 años, sufrir de hipertensión y tabaquismo, debió ordenar exámenes adicionales y, como no lo hizo, incurrió en responsabilidad al haberle minado la oportunidad de conservar la vida.

3. Para resolver la discordia propuesta, de entrada se advierte que las partes coinciden en que los servicios que la clínica Cafam le venía suministrando al señor Bareño fueron buenos, no existiendo ningún reproche respecto de la corrección del tratamiento de la gastritis y la hipertensión, enfermedades que de manera crónica padecía. La censura estriba en que, en sentir del demandante, debió practicarse un análisis cardiovascular, omisión en la que se apoya la pretensión reparatoria, al encarnar, en su opinión, una vedada pérdida de oportunidad, para lo que se apoyó en el trabajo pericial que señala que hubo negligencia por tal abstención al haberse despreciado los “signos y síntomas” precedentes que lo hacían mandatorio, porque el enfermo presentaba factores de riesgo –hipertensión arterial y tabaquismo- y era mayor de 50 años, punto sobre el que el galeno que lo practicó, manifestó que “hay estudios que la sugieren”.

Sobre este aspecto y, con el propósito de esclarecer el mérito demostrativo que tiene la mentada probanza, de la literatura adosada por el perito solamente uno de esos documentos académicos se emitió con anterioridad a la ocurrencia de los hechos investigados en esta causa, sin que sea procedente evaluar los posteriores (folios 377 a 386 del cuaderno 1), en particular porque el profesional solo está obligado a seguir los lineamientos que el estado del arte vigente para

el momento de su actuación impongan para el desenvolvimiento de determinada intervención, procedimiento o abordaje del paciente y, en esos artículos académicos, no se concluyó que en el pasado debía observarse el procedimiento descrito en esos trabajos.

Ahora bien, a pesar de que en el documento rotulado “detección temprana de aneurismas de la aorta abdominal mediante escáner dúplex a color” se indica que el aneurisma, definido como “la dilatación localizada de la arteria, con un diámetro una y media veces mayor del normal”, tiene dentro de los factores de riesgo “el consumo de cigarrillo y cerca del 90% de los pacientes con aneurismas son fumadores, disminuyéndose el riesgo en un 30% cuando se deja de fumar”, y que “resulta vital la detección temprana de los aneurismas de la aorta abdominal” y al finiquitar esa pesquisa, se indicó que “se plantea la posibilidad de hacer rutinaria para los cirujanos vasculares, la evaluación por escáner dúplex a color a los pacientes con factores de riesgo, a bajo costo y en condiciones ventajosas, incluso para los sistemas de seguridad en salud, que tendrían una herramienta para reducir los costos que representa la ruptura de estos aneurismas”, atestaciones que dejan en evidencia que la práctica de ese examen se plantea a nivel hipotético y no como un protocolo que deba observarse de manera obligatoria.

4. Aparte de lo anterior, en criterio del Tribunal, ese concepto del perito, aun visto en concordancia con el texto investigativo, no explica, con claridad y precisión, desde cuándo, puntualmente, era cogente practicar los exámenes para detectar el aneurisma, conclusión que no se extracta de haberse efectuado el estudio con personas mayores de 55 años, sin sentarse como colofón que desde esa edad se tornara imperiosa la evaluación con el escáner, al paso que tampoco se

acreditó que, como se propuso en ese documento, se haya adoptado a nivel institucional o sectorial, la realización de algún procedimiento para la detección del aneurisma. Tampoco hay prueba de la existencia de factores adicionales que hubieran dado lugar a colegir, desde el punto de vista de la ciencia médica, que ese era un peligro en el que se podía encontrar el paciente, pues él fue abordado por la patología que venía siendo atendido desde hacía varios años y ante la persistencia de la misma, ante la palpación que se efectuó en la clínica San Luis, en la atención por urgencias (fls. 31-31, cuaderno 1), se descubrió “masa palpitante en abdomen” y, por ese hecho y otros síntomas se remitió a la institución Meredi, ante un sugestivo cuadro de aneurisma.

Así mismo, no hay evidencia y ni siquiera se expone por qué eran necesarias tales pruebas de cara a lo asintomático de la patología, o por qué la sola circunstancia de padecer tensión arterial y tabaquismo, en la situación juzgada reclamaba la perentoriedad de su realización, que es el elemento que identifica a la pérdida de oportunidad, ya que para que esta se materialice, debe existir ese chance, ser real y no meramente hipotético, sin que sea suficiente que a nivel teórico se presente como un procedimiento apto para conservar la salud o la vida, pues lo esencial radica en que de haberse implementado, por su innegable idoneidad y perentoriedad quedara en descubierto la responsabilidad por haberse inhibido de brindársela.

En consonancia con lo anotado, con relación al argumento fincado en que el juzgador desatendió el dictamen que presentó con la demanda y que, para ello, hizo valer su opinión de lego, debe destacarse que las consideraciones que este expuso para desestimar la pretensión se apoyaron en la historia clínica del usuario, documento de obligatoria

elaboración, en el que por ley se deben inscribir todas las eventualidades relacionadas con las condiciones de salud del paciente y con el acto médico a practicar, la cual cumple una vital función asistencial en favor del enfermo, pero que también tiene una misión probatoria, porque en ella obran los antecedentes personales, sociales y familiares, los síntomas, los exámenes realizados, el tratamiento, las intervenciones, etc., idóneas para orientar y explicar la corrección del acto médico, y que al ser valorada de forma integral y con acatamiento de las reglas de la sana crítica, como lo hizo el juzgador, lo llevaron a concluir que los síntomas que padecía el señor Bareño, dolor y gastritis, al haberse superado en el pasado, podían afrontarse con similar tratamiento, a la espera de nuevas señales que identificaran una diferente patología.

5. De otro lado, analizada la problemática desde la perspectiva del error de diagnóstico “en la enfermedad que finalmente lo llevó a la muerte” -el aneurisma- y fundante de la pretensión “única principal”, no puede concluirse que los demandados incurrieron en esta, en la medida que esa inicial prescripción “suele comprender la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la “anamnesia”, vale decir, la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes”, gestión, de suyo compleja en la que “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 diagnósticas 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”, criterio reiterado por la Corte en la sentencia SC12449 ya citada.

En este orden, siendo el aneurisma asintomático y persistir en el paciente las señales asociadas a la gastritis y la hipertensión, el tratamiento dispensado, que no comprendió el estudio o exámenes cardiovasculares –base de la declaración de negligencia y de la consecuencial condena patrimonial– no tiene tal naturaleza, porque no se comprobó que, por las condiciones preexistentes de salud del señor Bareño, era apremiante, necesario y obligatorio la realización de pruebas adicionales, por cuya omisión se llamara en responsabilidad a los profesionales de la salud, porque para que se aplique la pérdida de oportunidad, debe acreditarse una falla en la atención dispensada en la institución hospitalaria, que priva al paciente de la probabilidad de sobrevivir o de mejorar su estado de salud por no haberse actuado de manera oportuna y diligente, figura que, entonces, también se vincula a la culpa, sin engendrar una modalidad de responsabilidad objetiva.

Lo anterior debido a que, si la declaración de responsabilidad se funda en el error de diagnóstico que obstó la orden de exámenes complementarios, ha de recordarse que la Corte ha sentado como reflexión cardinal “que será el error culposo en el que aquel incurra en el diagnóstico el que comprometerá su responsabilidad; vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán

lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen. Así ocurrirá, y esto se dice a manera simplemente ejemplificativa, cuando su parecer u opinión errada obedeció a defectos de actualización respecto del estado del arte de la profesión o la especialización, o porque no auscultaron correctamente al paciente, **o porque se abstuvieron de ordenar los exámenes o monitoreos recomendables, teniendo en consideración las circunstancias del caso, entre otras hipótesis.** En fin, comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnóstica que otro profesional de su misma especialidad no habría acogido, o cuando no se apoyaron, estando en la posibilidad de hacerlo, en los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico, o si tratándose de un caso que demanda el conocimiento de otros especialistas omiten interconsultarlo, o cuando, sin justificación valedera, dejan de acudir al uso de todos los recursos brindados por la ciencia”, pensamiento sentado en sentencia del 18 de julio de 2013.

En contraposición, continúa la evocada providencia “aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina, no comprometen su responsabilidad, cúmulo de circunstancias que justifican la absolución de los demandados. Por supuesto que esto coloca al juez ante un singular apremio, consistente en diferenciar el error culposo del que no lo es, pero tal problema es superable acudiendo a la apreciación de los medios utilizados para obtener el diagnóstico, a la determinación de la

negligencia en la que hubiese incurrido en la valoración de los síntomas; en la equivocación que cometa en aquellos casos, no pocos, ciertamente, en los que, dadas las características de la sintomatología, era exigible exactitud en el diagnóstico, o cuando la ayuda diagnóstica arrojaba la suficiente certeza. De manera, pues, que el meollo del asunto es determinar cuáles recursos habría empleado un médico prudente y diligente para dar una certera diagnosis, y si ellos fueron o no aprovechados, y en este último caso porque no lo fueron”, presupuestos que no fueron satisfechos, en la medida en que, como se ha venido indicando, al debate no se trajo elemento suasorio acerca del quebrantamiento de la *lex artis* por parte del sector convocado.

Esta conclusión no decae ante el hecho cierto de que no se haya propuesto objeción al dictamen o que no se hubiere allegado por los demandados uno alternativo, porque si bien de esta probanza se acepta su idoneidad para la verificación de los hechos útiles al proceso en los que se requiera conocimientos científicos, técnicos o artísticos de naturaleza especializada, tal medio demostrativo, en todo caso, debe ser valorado de forma conjunta con los restantes elementos probatorios, con apego a las normas de la sana crítica, directrices que se desgajan, en su orden, de los artículos 176 y 226 del CGP. Por consiguiente, al no encontrarse el juez atado, irremediablemente, a las conclusiones del perito, y que el llamado a solventar el conflicto es el funcionario judicial con aplicación de las pautas ya tratadas, la metodología implementada no admite reproche, a lo que se adiciona que la determinación adoptada guarda correspondencia con el acervo demostrativo, quedando en vigencia el pensamiento doctrinal que “descarta la posibilidad de adoptar una conclusión pericial por la sola gracia del concepto o dictamen mismo,

tarea en la que, como debe ser, los jueces gozan de una evidente facultad discrecional”, como lo puntualizó la Corte en sentencia 083 de 2000, de donde fluye que en el fallo cuestionado no se observa error en la valoración de los elementos probatorios recopilados, ya que, de su análisis sistémico, como lo ordena la codificación adjetiva, se desgaja que no fueron demostrados los parámetros estructurales de la responsabilidad alegada por los accionantes.

6. Finalmente, en lo que atañe al documento que el demandante adosó a su escrito de reparos, es preciso puntualizar que no es procedente ninguna evaluación, puesto que esa etapa no encarna una nueva oportunidad para incorporar pruebas al proceso, con el agregado de que no se exoró su decreto en la forma y oportunidad prevista en el artículo 327 adjetivo y, de todas formas, el mismo consiste en una publicación del año 2010, o sea, con una anterioridad superior a los dos años a la presentación de la demanda, de manera que debió allegarse con la radicación de aquella, tanto más si se tiene en cuenta que no se denunció y mucho menos demostró la imposibilidad de cumplir esa gestión de manera tempestiva.

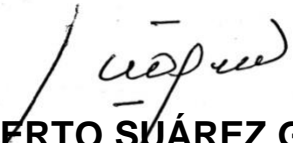
Bastan las anteriores razones para descartar la responsabilidad denunciada sin que, por lo tanto, sea necesario abordar el reproche orientado a cuestionar el verdadero papel que cumplen las EPS de cara a la prestación de los servicios de salud, motivos por los que la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: Costas a cargo del apelante. Como agencias en derecho el magistrado sustanciador fija la suma de \$1.800.000, a favor de los demandantes y el llamado en garantía, por partes iguales. Liquídense en su oportunidad.

Notifíquese,



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado Ponente



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado



JULIÁN SOSA ROMERO
Magistrado

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

**MAGISTRADO PONENTE:
LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ**

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia anticipada emitida el 15 de octubre de 2019 por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

1. No obstante haberse librado mandamiento de pago por el valor incorporado en el pagaré, la funcionaria de primera instancia negó la continuación del cobro compulsivo, al declarar la prosperidad de la prescripción extintiva propuesta por el curador *ad litem* de los ejecutados, determinación para lo que, explicó, en síntesis, que sobre el instrumento cambiario operó el fenómeno decadente, por cuanto el extremo demandante no notificó a los demandados dentro de los tres años previstos en la ley comercial para la acción directa.

En desacuerdo con tal providencia, el ejecutante apeló con sustento en que la demanda se presentó con amplia antelación a la consumación de la prescripción, por lo que no era necesario acudir al beneficio de interrupción que contempla el artículo 94 adjetivo.

Además –adujo– fue diligente en el proceso de notificación, lo que impedía la declaración de la extinción de la acción, para lo que citó copiosa jurisprudencia.

2. En orden a resolver la discordia planteada se recuerda que la prescripción en materia cambiaria tiene el poder de extinguir las obligaciones de los intervinientes en el título valor y opera por no ejercer oportunamente las acciones de cobro –que para la directa es de tres años contados a partir del vencimiento del título– mecanismo, en principio, de carácter objetivo que se hace valer por vía de excepción, con la advertencia de que ésta, en todos los casos, debe ser alegada por el interesado, con la precisión de que la legislación sustantiva (artículo 2539 C.C.) y procesal (artículo 94 del C.G.P), prevén la posibilidad de, que el lapso transcurrido no cuente o se pierda, por ocurrencia de alguna de las causales que tipifican la suspensión o su interrupción, fenómeno este último que puede definirse como la pérdida del tiempo corrido para la extinción de la obligación, la cual puede ser natural o civil, materializándose esta por la presentación de la demanda, siempre que el mandamiento de pago se notifique al deudor dentro de los preclusivos plazos que señala el artículo adjetivo precitado.

3. El apelante sustentó sus reparos en que ante la suficiente anticipación con que inició la acción de cobro, no le era necesario intentar la notificación en los términos del artículo 94 del CGP, para que la presentación de la demanda sirviera de hito de interrupción de la cambiaria, alegato que no tiene entidad para desestabilizar la decisión, pues el enteramiento de la orden de pago dentro del lapso advertido en la norma evocada es un beneficio que la ley otorga al acreedor y si no desea acudir a él, simplemente esa interrupción opera con la notificación de los demandados dentro del término sustancial pronosticado en la ley mercantil, con la puntualización,

por supuesto, de que tan general regla, de manera excepcional admita, que su aplicación no tenga la automaticidad que sugiere el texto legal y que, por el contrario –como se consigna en la copiosa jurisprudencia evocada por el censor– sea necesario establecer las razones por las cuales no fue posible cumplir temporáneamente el cometido de la comunicación al ejecutado.

Esta conclusión se impone porque habrá ocasiones en que la ausencia de enteramiento de la orden de pago, de suyo, provoque la prescripción y otras en las que el efecto de interrupción se presente sin importar que no hubiere sido posible notificar al demandado dentro de ese lapso, en tanto que esa omisión no le sea imputable al interesado. Así lo destacó la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC 6500 de 2018, en la que citando la providencia STC9521 de 14 de julio de 2016, precisó que “la interrupción civil no se consuma con la mera interposición de la demanda, sino en el momento en el que se notifica al demandado, salvo que, como lo ha señalado esta corporación, ‘el retardo en notificar a éste no se deba a culpa del demandante, por no haber realizado la actividad necesaria para que dicha notificación se efectuara, sino al demandado, por haber eludido esta, o al personal del juzgado encargado de hacerla, casos estos en los cuales la interrupción se entiende consumada con la presentación de la demanda’”.

Con la misma orientación, la Corte Constitucional señaló en sentencia SU 394 de 2016 que “quien presenta una demanda, interpone un recurso, formula una impugnación o adelanta cualquier otra actuación dentro de los términos legales, estando habilitado por ley para hacerlo, tiene derecho a que se le resuelva del mismo modo, dentro de los términos legales dispuestos para ello”. Por lo anterior, no dictar las providencias en los términos de ley vulnera,

prima facie, los derechos al debido proceso y de acceso material a la administración de justicia”, pensamiento que la Sala acoge, pues esa hermenéutica consulta la equidad y la buena fe de las partes, la cual tiene como propósito evitar que se imponga una sanción sobre quien no dio lugar a ella por haber actuado con diligencia.

4. Bajo la égida de este escenario doctrinal, escrutado el material adosado al expediente se constata que la demanda se interpuso 34 meses antes del vencimiento de la obligación –31 de enero de 2018– pues su radicación data del 12 de marzo de 2015, obteniendo mandamiento de pago notificado en estado del 4 de mayo de 2015, luego de lo cual solicitó medidas cautelares el 9 de septiembre de 2015, cuyos oficios de comunicación por el despacho se expidieron el 8 de abril del año siguiente, mismo mes en el que, el día 21, remitió citatorio a los ejecutados, gestión en la que ciertamente hubo demora del despacho y presteza del ejecutante.

Así mismo, luego de intentar la notificación personal de los ejecutados, el 23 de junio de 2016 la parte actora exoró el emplazamiento de la Editora Oritech, gestión ordenada el 5 de diciembre de 2016, superando la funcionaria, con creces, el término razonable para solucionar ese pedimento. Sin embargo, a partir de esa data –y con tiempo suficiente para impedir la decadencia de la acción– el ejecutante dejó transcurrir 11 meses para convocar al referido demandado por aviso de prensa del 27 de noviembre de 2017, con el agravante de que ese llamado se realizó de manera incorrecta a la persona que ejercía la representación legal y no a la sociedad, razón por la que tuvo que repetirse la misión el 11 de marzo de 2018 –más de un año y 3 meses después de la inicial actuación intimatoria– momento para el que ya había operado la prescripción, pues esta aconteció el día 31 de enero de 2018,

cuadro fáctico que destaca la marcada influencia de la demora del interesado en agotar ese acto de enteramiento, así como la inapropiada realización del primer intento de emplazamiento -cuya exigencia de enmendar no puede calificarse de inane-, puesto que tal corrección garantiza la adecuada publicidad del juicio, en salvaguarda, así mismo, del debido proceso del sujeto habilitado para resistir la pretensión, perentoriedad que deja en evidencia que las diligencias realizadas con posterioridad a su consumación ninguna incidencia tienen en la decadencia de la acción.

De acuerdo con la descripción realizada, la conducta del demandante para el caso concreto sí tuvo relevancia para que la acción decayera, por cuanto a pesar de contar con tiempo más que suficiente para emplazar a los ejecutados, asumió una conducta desidiosa con entidad para provocar la extinción de la acción al no cumplir con las cargas intimatorias con la precisión debida, tornando vano el rezago en el que había incurrido la oficina judicial, cúmulo de circunstancias que impiden la aplicación del pensamiento jurisprudencial ya expuesto, en particular la que en vía de unificación sentó las pautas para aplicar esa doctrina, razones por las que el pagaré ejecutado prescribió dentro de los términos ordinarios, esto es, el día 31 de enero de 2018, al cumplirse los tres años que prevé la norma sustancial.

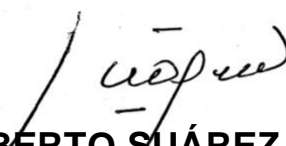
En virtud de lo brevemente expuesto, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia al no aparecer causadas.

Notifíquese,



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado Ponente



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado



JULIÁN SOSA ROMERO
Magistrado

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



SALA CIVIL

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

REF: Verbal

RADICADO No. 11001 3103 025 2015 00895 01

DEMANDANTE: MARTHA LUCIA ALBARRAN REYES Y OTROS

DEMANDADO: CONSORCIO EXPRESS SAS Y OTROS

El apoderado del extremo demandado solicitó *'declare la ILEGALIDAD DEL AUTO calendaro con fecha 30 de Junio de 2020, y de no encontrar procedente esta petición se declare la NULIDAD del mismo'*.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 134 del Código General del Proceso, CORRASE TRASLADO por el término de tres (3) días de la solicitud de nulidad.

Cumplido lo anterior, INGRESESE el expediente al despacho para proveer.

CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Martha Isabel García Serrano', followed by a horizontal line.

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

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



SALA CIVIL

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

REF: Verbal

RADICADO No. 11001 3103 025 2015 00895 01

DEMANDANTE: MARTHA LUCIA ALBARRAN REYES Y OTROS

DEMANDADO: CONSORCIO EXPRESS SAS Y OTROS

1. ASUNTO A RESOLVER

El apoderado del extremo actor formuló “*Recurso de Reposición*”, contra el auto adiado 30 de junio anterior, publicado en el Estado del primero de julio siguiente que declaró desierto el recurso de apelación.

Asimismo, la solicitud del apoderado del extremo demandado que gira en torno a la falta de traslado del aludido recurso.

2. CONSIDERACIONES

El Despacho procede a resolver, previas las siguientes consideraciones.

El inciso 3º del artículo 318 del Código General del Proceso señala en relación con la oportunidad para formular el recurso de reposición que ***‘deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustentan, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto’.***

En este caso, pese a que se registró el día 7 de julio de 2020 en el Sistema de Información Judicial Siglo XXI, el recurso de reposición; lo cierto es que este se radicó en el correo electrónico del despacho 021, que regenta la suscrita el día 3 de julio de 2020 a las 9:21 de la mañana, con lo cual diremos que cumple con el requisito de oportunidad. es decir, después de proferido el Decreto 806 de 2020, que adoptó medidas para *‘implementar las tecnologías de la información las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia’*; el que empezó a regir a partir de su publicación, esto es, el **4 de junio de 2020**, y estará vigente durante dos años.

Dicho Decreto, prevé en el artículo 14, una modificación en el **trámite del recurso de apelación de sentencias en procesos civiles y de familia**, por lo que se trata de una disposición procesal, y por tanto de orden público, y por ende de aplicación inmediata.

En el inciso 3º del aludido canon, se señala *“Ejecutoriada 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 (...) Si no sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto”*; nótese de lo transcrito que en modo alguno, dispone que se informe o se diga al recurrente que sustente, pues basta con que quede ejecutoriada el auto que admite, lo que acá ocurrió el 12 de junio, y a partir de ese momento iniciaba el término de cinco días para sustentar la alzada; plazo que feneció en silencio el 23 de junio de 2020, por lo que se procedió a declarar desierto, como impone tal precepto.

Ahora bien, la cita del artículo 327 del Código General del Proceso, en modo alguno, implicaba que se iba a fijar fecha para audiencia; pues el Decreto 806 de 2020, modificó parcialmente tal canon, dado que se mantuvo la oralidad para

los casos donde se decreten pruebas en segunda instancia; y aquí no se solicitaron dentro del término de ejecutoria de la admisión; entonces, era evidente que debía el apelante proceder a sustentar en los 5 días siguientes; pero no lo hizo. Y tampoco solicitó aclaración de aquella providencia en caso de que la alusión a tal canon le generara motivos de duda.

Finalmente, no es de recibo la justificación del recurrente en punto a que no se le remitió copia de la providencia a su correo electrónico, pues el Decreto aludido, y las normas procesales que prevén las formas de notificación, no impone tal carga al aparato jurisdiccional; no obstante, se implementó la publicación de los Estados y las fijaciones en listas, a través de la página de la Rama Judicial, permitiendo que las partes conozcan las providencias y los memoriales radicados por sus contrapartes, garantizando su derecho fundamental al debido proceso, particularmente, el de contradicción y defensa.

En refuerzo, se memora que, con antelación a proferirse el Decreto 806 de 2020, y ante la necesidad de realizar audiencias a través del aplicativo teams, se solicitó por parte del Consejo Superior de la Judicatura, los Consejos Seccionales y las Secretarías de los diferentes despachos, información acerca de los correos electrónicos de los apoderados y de las partes, los cuales eran indispensables para la programación y realización de audiencias virtuales, pero con la expedición del Decreto 806 de 2020, se dispuso la sustentación de forma escrita para los eventos en que el recurrente no solicite pruebas, como ocurrió en el sub lite.

En suma, para la suscrita no le asiste razón a la parte demandante en el fundamento de su recurso, pues el auto que admitió el recurso de apelación calendado 8 de junio de 2020, se profirió con posterioridad al Decreto 806 del mismo mes y año, entrando en vigencia el 4 de junio, por lo que debió sustentar al alza dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de aquella providencia, y como no lo hizo ni solicitó su aclaración, era dable declarar

desierto el recurso de apelación, consecuencia prevista para su omisión en el referido Decreto.

De otra parte, revisado el portal web de la Rama Judicial que corresponde a la Sala Civil, se pudo corroborar que contrario a lo manifestado por el apoderado del extremo demandado, se surtió el traslado del recurso de reposición el día 9 de julio de 2020, por el término de 3 días, según da cuenta la *'FIJACION EN LISTA ELECTRONICA L-25'*, en la que se encuentra adjunto los memoriales respectivos, los cuales podía consultar en el momento oportuno para ejercer su derecho de contradicción.

Dilucidado lo anterior, prematuramente se advierte el fracaso de la censura del recurrente, por las razones que se exponen a continuación.

En el caso de marras, la admisión del recurso de alzada se dio el día 8 de junio de 2020, es decir, después de proferido el Decreto 806 de 2020, que adoptó medidas para *'implementar las tecnologías de la información las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia'*; el que empezó a regir a partir de su publicación, esto es, el **4 de junio de 2020**, y estará vigente durante dos años.

Dicho Decreto, prevé en el artículo 14, una modificación en el **trámite del recurso de apelación de sentencias en procesos civiles y de familia**, por lo que se trata de una disposición procesal, y por tanto de orden público, y por ende de aplicación inmediata.

En el inciso 3º del aludido canon, se señala ***"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 (...)"***

Si no sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto"; nótese de lo transcrito que en modo alguno, dispone que se informe o se diga al recurrente que sustente, pues basta con que quede ejecutoriado el auto que admite, lo que acá ocurrió el 12 de junio, y a partir de ese momento iniciaba el término de cinco días para sustentar la alzada; plazo que feneció en silencio el 23 de junio de 2020, por lo que se procedió a declarar desierto, como impone tal precepto.

Ahora bien, la cita del artículo 327 del Código General del Proceso, en modo alguno, implicaba que se iba a fijar fecha para audiencia; pues el Decreto 806 de 2020, modificó parcialmente tal canon, dado que se mantuvo la oralidad para los casos donde se decreten pruebas en segunda instancia; y aquí no se solicitaron dentro del término de ejecutoria de la admisión; entonces, era evidente que debía el apelante proceder a sustentar en los 5 días siguientes; pero no lo hizo. Y tampoco solicitó aclaración de aquella providencia en caso de que la alusión a tal canon le generara motivos de duda.

Finalmente, no es de recibo la justificación del recurrente en punto a que no se le remitió copia de la providencia a su correo electrónico, pues el Decreto aludido, y las normas procesales que prevén las formas de notificación, no impone tal carga al aparato jurisdiccional; no obstante, se implementó la publicación de los Estados y las fijaciones en listas, a través de la página de la Rama Judicial, permitiendo que las partes conozcan las providencias y los memoriales radicados por sus contrapartes, garantizando su derecho fundamental al debido proceso, particularmente, el de contradicción y defensa.

En refuerzo, se memora que, con antelación a proferirse el Decreto 806 de 2020, y ante la necesidad de realizar audiencias a través del aplicativo teams, se solicitó por parte del Consejo Superior de la Judicatura, los Consejos Seccionales y las Secretarías de los diferentes despachos, información acerca de los correos electrónicos de los apoderados y de las partes, los cuales eran

indispensables para la programación y realización de audiencias virtuales, pero con la expedición del Decreto 806 de 2020, se dispuso la sustentación de forma escrita para los eventos en que el recurrente no solicite pruebas, como ocurrió en el sub lite.

En suma, para la suscrita no le asiste razón a la parte demandante en el fundamento de su recurso, pues el auto que admitió el recurso de apelación calendado 8 de junio de 2020, se profirió con posterioridad al Decreto 806 del mismo mes y año, entrando en vigencia el 4 de junio, por lo que debió sustentar al alza dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de aquella providencia, y como no lo hizo ni solicitó su aclaración, era dable declarar desierto el recurso de apelación, consecuencia prevista para su omisión en el referido Decreto.

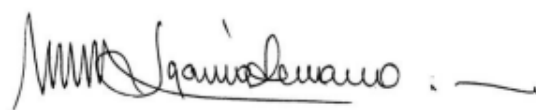
En mérito de lo expuesto,

3. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad el auto adiado 30 de junio de 2020, notificado en estados el 1º de julio siguientes, por medio del cual se declaró desierto el recurso de apelación.

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de remitir copias del recurso de reposición al correo electrónico del apoderado del extremo demandado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO