

SEÑORES.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA CIVIL

ATC: MP DR JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS.

E. S. D.

REF. PROCESO VERBAL DECLARATIVO. No. 11001310304220160044400

DEMANDANTES: MERCEDES OTALORA SARMIENTO

DEMANDADOS. CUMMINS DE LOS ANDES S.A. Y KENWORTH DE LA MONTAÑA. SAS.

ASUNTO. AMPLIACION RECURSO DE APELACION FALLO.

Como apoderado judicial del - extremo demandante y perjudicado dentro del Proceso de la referencia , al señor Magistrado con el mayor respeto le manifiesto que con el fin de sustentar, ampliar y fundamentar aún más el recurso de APELACION interpuesto en contra de la Sentencia de Primera Instancia procedo a hacerlo de la siguiente manera :

HECHOS.

1o.- La demanda de la referencia fue presentada primeramente y en tiempo ante la Superintendencia de Industria y Comercio, como Verbal de Protección al Consumidor, ley 1480 de 2.011, la cual fue rechazada por competencia, habiéndose enviado para su trámite a los Juzgados Civiles del Circuito , la cual correspondió por reparto al Juzgado 42 Civil del Circuito de esta ciudad , siendo esta inadmitida para su adecuación, Art. 42 numeral 5º. C.G. del P y fue subsanada a su debido tiempo , por tal razón se ADMITIO, habiendo seguido conociendo el Juzgado 43 Civil del Circuito de este mismo distrito.

2o.- Refiere el fallo de primera instancia que mi representada, compradora señora MERCEDES OTALORA SARMIENTO, no hizo en su debido tiempo la reclamación correspondiente por los daños y fallas presentadas por el automotor que nos ocupa, o sea dentro de los (30) treinta días que refiere el art. 932 del C. Co, lo mismo refiere el fallo por no haberse presentado la acción correspondiente en el término que prevé los artículos 934 y 937 de la misma norma , o sea dentro de los del seis (6) meses siguientes al recibo del vehículo. Art, 938 del C. de Co y Art.1923 del C.C; lo cual no es cierto , toda vez que el señor HECTOR EDUARDO ROJAS , persona autorizada por la compradora para retirar el rodante , al dirigirse a conocer el vehículo y ver las pésimas condiciones de presentación en que se encontraba; desde ese momento le reclamó verbalmente al funcionario de KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS, sobre los rallones, cojineria con manchas de grasa, sin calefacción, óxidos en varias partes ,entre otras inconsistencias en que se encontraba el automotor, a

lo cual el funcionario le respondió “ **que tranquilo, que el día de la entrega no tendría problemas, que iba a estar lavado , polichado y que la cojinería estaría impecable**”, lo cual no cumplió esta concesionaria porque el día de la entrega, este se encontraba en peores condiciones , con más rallones, puertas que se abrían cuando el vehículo se encontraba en movimiento, poniendo en riesgo la vida del conductor y del acompañante , corriendo el riesgo de dañar otros automotores y sin haberse solucionado los demás daños y lo más grave con un **kilometraje de recorrido de (1.680 KM.)**

3º.- Así mismo la reclamación de estas inconsistencias la compradora señora MERCEDES OTALORA SARMIENTO y el señor HECTOR EDUARDO ROJAS ALVAREZ ,se las hicieron por escrito a la demandada KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS y CUMMINS DE LOS ANDES S.A, dentro del término que estipulan los artículos del Código de Comercio y Código Civil ya referidos, tal como se comprueba con **los Derecho de Petición de fecha 3 de Julio de 2.013, o sea 3 días hábiles después de haber recibido el automotor el mencionado señor , el cual lo recibió el 28 de junio de 2.013 ;Derecho de Petición al cual le dio respuesta KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS el día 08 de julio de 2.013** reconociendo todas estas inconsistencias, entre estas el de haber tenido el automotor rodando en **Los Carnavales de BARRANQUILLA Y SANTA MARTA.(Ver respuesta al Derecho de Petición referido).**

Luego con fecha **marzo 31 de 2.014** cuando el automotor nuevamente empezó a fallar en el sistema de inyección , la compradora le dio a conocer a KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS en tiempo sobre estas fallas, como se confirma con el **Derecho de Petición de esa fecha.**

En vista a que eran reiterativas las fallas del automotor, con fecha **Octubre 29 de 2.014**,LA COMPRADORA le da a conocer nuevamente mediante Derecho de Petición dirigido a **CUMMINS DE LOS ANDES** sobre estas fallas, habiendo dado respuesta esta demandada a este último **con fecha 07 de noviembre de 2.014** , entre otros Derechos de Petición , que por los mismos conceptos y en tiempo les envió la compradora a las hoy demandadas, obrando toda esta documentación al expediente.

4º.-Cabe anotar honorable Magistrado, que las oficinas de KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS, donde le hicieron firmar al señor HECTOR EDUARDO ROJAS **EL ACTA DE ENTREGA del vehículo**, al sitio o parqueadero Bosconia en el cual se encontraba el automotor, hay una distancia de aproximadamente de 20 cuadras , lo cual hizo que al hacérsele firmar primero el ACTA DE ENTREGA del automotor al nombrado señor y luego ir a retirarlo a tan larga distancia, él no sabía que le iban a entregar el automotor en las pésimas condiciones en que

tuvo que recibirlo y con el kilometraje de 1.680 Km de recorrido, cuando **lo que negocio y compro mi representada fue un vehículo nuevo ,” cero kilómetros”** como dice **“el ACTA DE ENTREGA . “PERO LO QUE SE LE ENTREGO FUE UN AUTOMOTOR DE SEGUNDA y con todos esos imperfectos.**

5º.-La GARANTIA pactada en dichos automotores son dos (2) años para el motor y un año (1) para los demás componentes; es entendido que estos términos empiezan a correr a partir del momento de haber recibido la compradora el automotor; **(28 de junio del 2.013)Art.932 C.Co.)** y no como lo dice en forma presuntamente deshonesto CUMMINS DE LOS ANDES en su respuesta de DERECHO DE PETICION de 07 de Noviembre de 2.014, **que el primer año de estas GARANTIAS se cumplió el 07 de abril de 2.014,** cuando la verdad es que el primer año de estas **Garantías** y en **especial la del MOTOR se cumplía el 28 de junio de 2.014** y por consiguiente el segundo año se cumplía **el 28 de junio de 2.015**,lo que quiere decir, que la acción se presentó ante **la Superintendencia de Industria y Comercio** en el término de ley, con **fecha 24 de abril de 2.015 , No** habiendo vencido aun la **GARANTIA del motor;** cabe anotar que con respecto al curso de la demanda no hubo interrupción alguna.

6º.-Lo que quiere decir que el Juzgado sentenciador en su fallo también erro al tomar como termino para presentar la acción los seis (6) meses que refieren los Art. 938 del C. de Co y Art.1923 del C.C, olvidándose que estas GARANTIAS son pactadas como ya quedo expuesto a uno (1) y dos (2) años y así mismo lo confeso el representante legal de CUMMINS DE LOS ANDES S.A en su intervención en este proceso.

7º.-Lo demás expuesto por la demandada **CUMMINS DE LOS ANDES S.A,** en su contestación al Derecho de Petición referido, carece de toda veracidad y seriedad , buscando con lo incierto pretender engañar a los compradores de esos automotores y así mismo confundir a la justicia, como está sucediendo en el caso que nos ocupa ,para evadir así la obligación de responder a la compradora por las Garantías del automotor y por consiguiente a la indemnización que debe hacerle a la demandante.

8º.- KEMWORTH DE LA MONTAÑA SAS ,confirma también su mal actuar en esta relación contractual, al decir en el **Acta DE ENTREGA DEL AUTOMOTOR** lo siguiente: **” Dejo constancia de que he recibido a entera satisfacción por parte de KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS NIT 800.125.639-5 el siguiente vehículo cero kilómetros ..” (negrillas fuera de texto),** lo que quiere decir inciertamente esta demandada que el automotor, el nombrado señor lo **“ recibió CERO KILOMETROS,”** lo cual es otra gran mentira y por consiguiente una artimaña más

utilizada por esta demandada ,toda vez que el automotor fue recorrido abusivamente por esta concesionaria aquí en el país en varios sitios, entre estos **los Carnavales de Santa Marta y Barranquilla** cuando ya se encontraba negociado y separado por mi representada, como lo confeso el representante de esta demandada en su comunicación del 08 de julio de 2.013 , enviada a mi poderdante, anexa al expediente; pero no es cierto que parte de este kilometraje se ocasiono al trasladarse el automotor desde la fábrica al puerto de embarque en México D.F. para su exportación a Colombia, toda vez que a los otros compradores si les han entregado por esta misma demandada y por Casa Inglesa que es otro distribuidor en nuestro país de automotores KENWORTH, los vehículos **(0) CERO km.**

Con respecto a la venta de los automotores Nuevos, “ el jurista Argentino Luis Moisset de Espanés, en su obra Obligaciones de Genero Fungibilidad y Vicios Redhibitorios.- pág. 182:al referirse a El Genero limitado a los- 0- (CERO) Km” , expone, que **“ aunque no se haya incluido una clausula expresa en el contrato, se refiere tácitamente a vehículos nuevos , sin ningún uso o limitados al indispensable rodamiento de prueba.”** En cuanto a Coches Nuevos. dice :” **No solamente debe tratarse a un coche nuevo no registrado todavía”**, sino a un vehículo que no ha sido usado ; así, por ejemplo los coches que sin tener mas que placas provisorias han integrado la **“flota “ de una planta productora de automotores , no son coches nuevos “ y si modificando su cuenta kilómetros –fueren entregados como tales al cliente , el contrato estaría viciado por el dolo con que actuó la fábrica o el concesionario .”** (Negrillas fuera de texto.)

9º.- Para demostrar aún más la presunta mala fe con que actuó KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS en esta relación contractual y que el fallador de primera instancia no le imprimió ningún valor probatorio ,es preciso resaltar también, que El **ACTA DE ENTREGA** del automotor referido, elaborada caprichosamente y al antojo de esta demandada y que se le hizo firmar al señor HECTOR EDUARDO ROJAS para poder retirar el vehículo , **esta tiene fecha del 28-06-2.013 y en forma lesiva y dolosa dice: “Dejo constancia que he recibido a entera satisfacción por parte de KENWORTH DE LA MONTAÑA S.A.S NIT 800.125.639-5 el siguiente vehículo Cero Kilómetros...”** ; además la fecha de emisión del **ACTA DE ENTREGA es del 2.012/05/15**, fecha esta que no concuerda en nada con la negociación , pero si con lo manifestado posteriormente por el vendedor señor HERNANDO GOMEZ empleado de esta demandada, quien refirió que este vehículo había sido uno de los tres (3) devueltos por la empresa JOALCO de la flotilla que había adquirido . Lo que quiere decir, que el Juzgado paso por alto al emitir el fallo, todos estos

indebidos comportamientos ejercidos por esta demandada en contra de la compradora inocente e ingenua.

Mi poderdante fue víctima de engaño por parte de esta demandada, al venderle como nuevo un vehículo que utilizaba en **TEST DRIVE** (vehículo de prueba) y por tal razón era imposible que se encontrara **CERO (0) KM**, su estado de conservación era pésimo, lo mismo el funcionamiento de motor y prueba de esto son los 1.680 kilómetros de recorrido, con que fue entregado y las fallas que empezó a presentar al poco tiempo, estas tuvieron su inicio por ese largo kilometraje de recorrido; como así lo acepta la demandada en las respuestas dadas a los Derechos de Petición y además con las fotografías se probó su pésimo estado de presentación en que fue entregado, concluyéndose fácilmente Honorable Magistrado que esta demandada actuó de mala fe y con dolo en contra de la compradora a partir de la entrega del automotor y en todo el término que existió la relación contractual.

10º.- En cuanto a los testigos del extremo demandante que fueron oídos en sus exposiciones, es preciso determinar, que el hecho de haber sido aceptada por el señor Juez la tacha al testimonio del señor HECTOR EDUARDO ROJAS ALVAREZ, esto constituye otro de los desatinos cometidos por el sentenciador de primera instancia, toda vez que debió haberle dado toda la credibilidad y todo el valor probatorio a la exposición del testigo, cuando este tiene todo el conocimiento de la existencia de los hechos que dieron origen a esta acción, como así lo expuso en su intervención, por haber sido el quien vio en el primer momento el pésimo estado de presentación y conservación en que se encontraba el automotor, fue él quien lo recibió en ese mal estado y con ese excesivo kilometraje, cuando fue entregado por la concesionaria KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS; además es el nombrado señor quien administra el referido rodante desde el momento de su entrega, ha sido él, quien en temporadas largas lo ha conducido, fue él quien se encargó de llevarlo y retíralo de los talleres de las demandadas y estuvo pendiente de sus revisiones en estos sitios; aspectos estos tan importantes en un juicio de esta índole, que en vez de quitarle credibilidad y considerarse como parcializada la exposición del testigo, por el contrario ese extenso conocimiento que el testigo tiene sobre la relación contractual que nos ocupa, hace que su testimonio tenga todo el cimiento de credibilidad e imparcialidad probatoria, debido a que el nombrado testigo es el principal conocedor de toda la relación contractual y de los daños pormenorizados que contenía el automotor para el momento de la entrega y los que resultaron posteriormente a causa posiblemente del largo recorrido a que fue sometido el vehículo por parte de esta concesionaria; así mismo por la pésima calidad de los componentes del motor; también el nombrado testigo, tuvo todo el conocimiento de la forma

presuntamente mal intencionada y dolosa como actuaron las demandadas en contra de la hoy demandante en toda la relación contractual y, en especial en el cumplimiento de las Garantías .

De la misma manera le debió dar el mismo valor probatorio a las declaraciones de los demás testigos señores PABLO ERNESTO GUZMAN y JULIO CESAR BONILLA, , cuando estos son enfáticos en afirmar que también fueron víctimas de las demandadas al venderles automotores de similares referencias, pero con las mismas fallas, la única diferencia, es que a ellos la demandada KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS, si les entregó los automotores CERO (0) kilómetros.

Cabe anotar, que la tacha del testigo **NO** tiene como finalidad la exclusión de la prueba, sino el cuestionamiento de la credibilidad de lo declarado .

Razón por la cual el señor Juez debió apreciar la prueba con observancia de las reglas de la sana crítica y en conjunto con las demás pruebas practicadas, lo cual no sucedió en el presente caso, al **NO** haber analizado ni interpretado el fallador de primera instancia en debida forma el contenido del Art. 211 del C.G. del P, referente a la tacha del testigo y, es por esta razón que esa negativa no encaja en ninguna de las circunstancias de parcialidad, o que no sea creíble la exposición del testigo, cuando por el profundo conocimiento que tuvo el exponente en los hechos demandados y que narro en forma espontánea, clara, concisa, precisa y por consiguiente carente de parcialidad, es por lo que se le debe imprimir todo el valor probatorio por parte del fallador y no como de una forma errada lo determino en su sentencia.

Es de concluir Honorable Magistrado, que no es posible que por el hecho de que el mencionado testigo haya referido todo lo expuesto en su intervención testimonial y que por ser el administrador del automotor, que presto su nombre para obtener el crédito con el que se pagó el vehículo, sea esto suficiente para que el señor Juez haya determinado tachar su versión de acuerdo al art. 211 de la norma en comento; habiendo olvidado el administrador de judicial en este caso darle aplicación al artículo 176 del C.G. del P, que refiere sobre la apreciación de la prueba y la sana crítica, que según la doctrina se define esta última, “ **como la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento**”, lo cual brilla por su ausencia en el fallo .

Lo que quiere decir, que el sentenciador al no haberle dado aplicación a las normas en comento, dio origen a la violación del art. 29 de la C.N. Derecho Fundamental Violación al debido Proceso, entre otras normas constitucionales.

Para desvirtuar aún más la tacha de testigo, infundada y concedida por el fallador de primera instancia, traigo a colación la “ Sentencia 2017-00024 de julio 12 de 2018 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejera Ponente: Roció Araujo Oñate Rad.: 11001-03-28-000-2017-00024-00

Asunto: Nulidad electoral. Sentencia de única instancia. Determino lo siguiente:

“EXTRACTOS: «I. CONSIDERACIONES”

3.2. Tacha de los testimonios.

“En el trascurso de la audiencia de pruebas, en la que se recepciono el testimonio del senador Fernando Nicolás Araujo Rumie, el apoderado judicial de la parte demandante tachó el testimonio con fundamento en la regla establecida en el artículo 211 del Código General del Proceso, por considerar que se encuentra afectada su imparcialidad en relación **con el interés** que le asiste, por el hecho de pertenecer al Partido Político “Centro Democrático”, agrupación de la cual hacen parte los demandantes.”

“A renglón seguido, el apoderado judicial de la Senadora Paloma Susana Valencia, en el trámite de la misma audiencia, tachó el testimonio del ex senador Musa Besaile Fajad, por pertenecer éste al Partido de la “U”, colectividad que hizo campaña en favor de la demandada.”

3.2.1. Régimen jurídico de la tacha de los testimonios.

Conforme con lo expuesto, corresponde a la Sala determinar la procedencia de la tacha de los testimonios, siguiendo las reglas que trae el artículo 211 del Código General del Proceso, el cual preceptúa:

“Imparcialidad del testigo. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

De la norma transcrita se tiene que, para la procedencia de la tacha de un testigo por parcialidad, la parte que lo solicite debe fundamentar su petición, detallando las razones que afectan su credibilidad.”

En este caso en concreto y que nos ocupa , por el hecho de haber tenido el testigo nombrado todo el conocimiento de lo sucedido en la relación contractual demandada, así mismo respecto a los daños del automotor y los perjuicios recibidos por la demandante, haber prestado su nombre para respaldar el crédito de adquisición del automotor ,esto solo no constituye mérito para declarar la parcialidad y no credibilidad del testimonio, menos para aceptar la tacha; cuando el fallador en su decisión paso por alto circunstancias tan relevantes en este caso , como fue el mal comportamiento y la mala conducta desplegada por las demandadas en el curso de la relación contractual, (la mala fe y dolo), plenamente probado al expediente como ya se indicó; cuando era obligación del sentenciador tener en cuenta ese mal actuar de las demandadas, de acuerdo a lo expuesto en la norma Art. 280 del C.G. del P,.

11º.- Ahora, en cuanto a la sanción impuesta por el Juzgado sentenciador al representante de CUMMINS DE LOS ANDES, como también a su apoderado; el fallo de primera instancia en nada se refirió a lo ordenado por el mismo Juzgador en el auto de fecha veintinueve de agosto de Dos mil Diecinueve (29-08-2.019) en su numeral TERCERO: Que dice:” **Teniendo en cuenta que el demandado Cummins de los Andes S.A. y su apoderado judicial no concurrieron a la etapa de conciliación en la audiencia inicial que se realizó el 04 de Octubre de 2.017, quienes no presentaron justificación conforme lo impera el artículo 372 del Código General del Proceso, razón por la cual se impondrá la consecuencia de es que se tendrán por ciertos todos los hechos de la demanda contra ese extremo demandado.**” (Negrillas fuera de texto.)

Auto que no tuvo ningún ataque ni reparo por los extremos , encontrándose en firme y incólume su contenido ,por tal razón al ser las decisiones judiciales de obligatorio cumplimiento , en especial por parte de sus autores como son los administradores de justicia, es por lo que el señor Juez sentenciador de primera instancia debió haberse pronunciado al respecto , dictado sentencia anticipada parcial en contra de la demandada CUMMINS DE LOS ANDES SA y a favor del extremo demandante y seguir la acción únicamente en contra de la demandada KEMWORTH DE LA MONTAÑA SAS. Art.278 y 280 del C.G. del P, lo cual no sucedió.

ANALISIS DE LAS PRUEBAS APORTADAS POR EL EXTREMO DEMANDANTE.

De acuerdo a lo expuesto a lo largo de los hechos probados referidos se concluye, que el sentenciador de primera instancia, **NO** analizo ni le imprimió el valor probatorio que merecen el cumulo de pruebas obrantes al proceso en favor de la demandante , Art. 176 del C.G. del P, es así , que ni siquiera se detuvo a inspeccionar el contenido de LAS GARANTIAS , menos los audios y

demás pruebas aportadas en su debido momento al expediente por la demandante, fue por esto que en su decisión de fallo cometió todos estos errores como los ya referidos, dejando de lado la aplicación al Art.164 y 165 del C.G. del P, es así; que sin justificación alguna no se pronunció en lo más mínimo respecto a la mala fe y dolo que desde un principio ejercieron las demandadas en contra de la Compradora hoy demandante y que por consiguiente violaron desde ese mismo momento la relación contractual al hacerle firmar con artimañas, KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS, al señor HECTOR EDUARDO ROJAS ALVAREZ, EL ACTA DE ENTREGA DEL AUTOMOTOR, con la observancia de que lo recibía CERO KILOMETROS, cuando esto es una total mentira, además con todas esas falencias ya referidas, a sabiendas la concesionaria de que el automotor no se encontraba en ese estado; constituyéndose con ese mal actuar de esta demandada un engaño en contra de la compradora y por consiguiente una presunta estafa; cuando la compradora negocio y compro fue un **VEHICULO NUEVO CERO (0) KILOMETROS**, que con las pésimas condiciones en que se le entregó el automotor, se constituye un incumplimiento total del contrato por parte de la vendedora, toda vez que lo que recibió la accionante fue un automotor de segunda. Art.928. C.Co, con Imperfectos y aspectos negativos que nunca fueron solucionados por las demandadas. Además esta demandada para hacer caer al nombrado señor en el error de firmar **EL ACTA DE ENTREGA DE RECIBIDO A SATISFACCION EL AUTOMOTOR (0) CERO KILOMETROS,** ocultó esta acta en la documentación correspondiente a la garantía del vehículo, toda vez que si le presentaban para su firma este solo documento al mencionado señor no lo había firmado. Estas pruebas obran al Derecho de Petición de julio 3 de 2.013 enviadas por mi mandante a la demandada KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS., donde esta demandada en su contestación de fecha 8 de julio de 2.013 reconoce su mal actuar, mientras que mi representada como compradora actuó de buena fe, art.1603 del C.C.

Entre otros de los incumplimientos de la relación contractual ejercidos por parte de esta concesionaria, fue que la compradora le reclamo en tiempo sobre los daños del motor que posteriormente a la entrega le resultaban al vehículo y, al llevarlo a los talleres, esta daba dictámenes errados y sin embargo mi mandante tenía que comprar los repuestos que la concesionaria ordenaba, lo cual era una forma de sustraerle dinero con la compra de esos repuestos en forma inoficiosa; porque el daño permanecía y sin embargo no fue posible que le solucionaran estos problemas mecánicos;

Esta demandada últimamente con su presunta mala intención de no responder por la garantía, en toda reclamación que le hacia la compradora sobre los daños del automotor, decía que ese daño no lo cubría la Póliza no siguiendo

respondiendo. Lo expuesto se encuentra probado en el Derecho de Petición formulado por mi mandante con fecha marzo 31 de 2.014, habiendo perjudicado gravemente a la hoy demandante en pérdida de tiempo y dinero al no encontrarse produciendo el automotor.

En cuanto a CUMMINS DE LOS ANDES S.A., como se dijo adelante , también mi representada en tiempo le reclamo sobre los daños que en forma reiterativa siguió presentando el automotor , a lo cual esta demandada de una forma nada seria y con el propósito de evadir la responsabilidad de cumplir con la GARANTIA DEL AUTOMOTOR , en la mayoría de las veces emitió diagnósticos totalmente errados ; los cuales se encuentran probados con los videos que se anexaron con la demanda y que prueban que dichos diagnósticos fueron totalmente lesivos y mal intencionados , toda vez que nunca el motor había recostado pistón alguno y la falla que presento era la misma que había presentado por primera vez; utilizando la demandada este dictamen errado con el fin de subsanar una falla que el motor si trae de fábrica, como es la caída de asientos de válvulas , previendo esta demandada el daño que sufriría futuramente el motor, ya que en otros vehículos este daño ha sido recurrente , no habiendo cumplido esta con la garantía de arreglar los verdaderos daños por los cuales se había llevado el vehículo.

Así mismo el fallador de primera instancia no se detuvo siquiera en analizar el contenido de los artículos 935,928,931,932 ,934 del C. Co. y artículos 1880,1893,1914,1927 del C.C, que se refieren a esta clase de incumplimientos en contratos de compraventa ; estas normas en concordancia con el art. 230 de la C.N; así mismo la documentación que contiene el expediente en favor de la demandante y fue por esto que el fallador de primera instancia cometió tan graves errores como los ya expuestos.

Tampoco se le imprimió por parte del fallador de primera instancia el verdadero valor probatorio a todas y cada una de las pruebas presentadas en tiempo y obrantes al expediente en favor de la demandante; pero si le dio el mayor valor probatorio en favor de las demandadas a las respuestas dadas por estas a los Derechos de Petición , los cuales lo único que contienen son hechos inciertos y carentes de toda seriedad , como es el decir la demandada CUMMINS DE LOS ANDES S.A., con el propósito de no responder con la GARANTIA DEL MOTOR, que encontró 252 conteos por agua en el combustible y que el conductor no atendió estos avisos que el automotor alertaba en la cabina; lo cual es totalmente incierto toda vez que jamás existió dicha novedad.

Con respecto al dictamen pericial presentado por el señor ERIK RENE AVENDAÑO y que no se le tuvo en cuenta a mi poderdante, según el fallador de primera Instancia por no reunir los requisitos del Art. 226 del C.G. del Proceso, es preciso referirle al H.H. MM, que esto se debió a que por el más grande esfuerzo que la demandante hizo para conseguir en la lista de auxiliares de la justicia emitida por el Consejo Superior de la Judicatura, un perito en esta modalidad, no fue posible, porque al comunicarse con estos dos peritos que solamente existen inscritos, estos le manifestaron que no tenían conocimiento en esta clase de motores; habiendo encontrado mi poderdante al señor ERIK RENE AVENDAÑO, el cual tiene profundo conocimiento de estos motores y sus falencias, ya que adicionalmente de ser tecnólogo del SENA en el área de Producción Metalmeccánica con (20) veinte años de experiencia, además es ingeniero Industrial; tal como se confirma con la documentación que anexó al dictamen; sin embargo el señor Juez no lo tuvo en cuenta por no reunir los requisitos de ley. Es por lo que le solicito al Honorable Magistrado con todo el respeto, que si tiene a bien aceptar el trabajo presentado por el perito nombrado pido se le dé su aprobación, o en su defecto nombrar otro que conozca y haga parte de la lista de ese Tribunal.

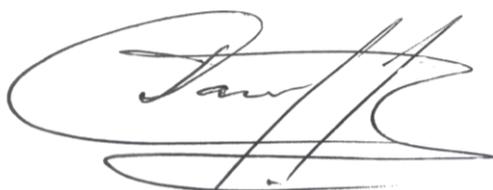
Lo que quiere decir, que al no existir peritos en la materia inscritos en la referida lista de auxiliares de la Justicia, es imposible que la carga de esta prueba se tenga en contra del extremo demandante, cuando es la parte demandada la que debe probar lo contrario a los cargos que se le hacen y que se le están probando con las pruebas anexas, como son fotografías, audios, videos, testimonios y declaraciones de los testigos referidos, pruebas estas que se anexaron en tiempo y obran al expediente, los cuales prueban los daños que poseía el automotor para el momento de la entrega del mismo, como también los daños que posteriormente obtuvo a consecuencia del largo recorrido en kilometraje a que fue sometido por la demandada concesionaria y por la pésima calidad de los materiales, especialmente los metales que componen el motor de los rodantes de estas referencias (T300-T370-T460).

Ahora en cuanto a la sanción impuesta a la demandada CUMMINS DE LOS ANDES de tener como ciertos los hechos de la demanda en su contra por no haber asistido el representante de esta demandada y su apoderado a la audiencia de conciliación de que trata el art. 372 numeral 3º. Del C.G. del Proceso y que refiere este escrito en su numeral 11º, en nada se pronunció el fallador en su fallo; lo que quiere decir, que este es otro error grave que contiene la decisión atacada.

De todo lo expuesto se concluye que las dos demandadas deben ser llamadas a responder por los daños y perjuicios recibidos por la compradora y a indemnizarla , toda vez, que al plenario se encuentra plenamente demostrado que las dos actuaron en forma mancomunada con presunta mala fe.

Por todo lo anterior es que solicito al HH.MM, se sirva tener en cuenta en su debida oportunidad esta adición al recurso de alzada y al mismo tiempo revocar el fallo de primera instancia y en su defecto dictar otro que en derecho sea favorable a las pretensiones de la demanda por existir suficiente mérito.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Daniel Cuellar Toledo', written in a cursive style.

DANIEL CUELLAR TOLEDO.
C.C. No. 19.134.946 de Bogotá.
T.P. No. 28.559 del C.S. de la J.

SEÑORES

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ –Sala Civil

Magistrada

MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA

E. S. D.

Referencia: PROCESO EJECUTIVO MIXTO de TRIANGULO POLLO RICO S.A. contra AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S. y HUMBERTO POLANIA CAMPAS.

Radicado: 005 2014 – 00160-04

JAVIER ENRIQUE BORDA PINZÓN, mayor de edad, vecino y domiciliado en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.305.112 expedida en Bogotá D.C., portador de la Tarjeta Profesional No. 44.119 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de **AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S. y HUMBERTO POLANIA CAMPAS.**, con el respeto que acostumbro, por medio del presente memorial y de conformidad con lo establecido en el artículo 322 del Código General del Proceso, sin perjuicio de la sustentación realizada en audiencia, y atendiendo el traslado otorgado por el H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en desarrollo del inciso 3 del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 por medio del presente memorial me permito complementar la sustentación del recurso de apelación incoado en contra de la sentencia proferida el pasado veintiséis (26) de Julio de 2019, para lo cual procedo a exponer los siguientes reparos en contra de dicha decisión:

Como argumentos de la sentencia objeto del presente recurso de alzada, el ad-quo expuso que al incidente de regulación de perjuicios se ha de aplicar lo dispuesto por el legislador para la responsabilidad civil extracontractual, la cual se encuentra estructurada por tres (3) elementos a saber: la culpa, el daño y el nexo de causalidad.

Adicionalmente, por tratarse de una responsabilidad derivada del hecho de haber actuado en el marco de un proceso judicial, es necesaria la presencia de la temeridad o mala fe del causante del daño, para que se configure o surja para la parte afectada el derecho a ser resarcido.

Dicho lo anterior, la Juez de instancia realizó las siguientes cuatro (4) apreciaciones, las cuales le sirvieron de fundamento para denegar las pretensiones incoadas en el incidente de regulación de perjuicios, pero que resultan ser contrarias tanto a los hechos facticos como a las pruebas que se practicaron al interior del trámite incidental, apreciaciones que son objeto de reproche por esta parte incidentante, por cuanto, de no haberse realizado erróneamente la interpretación de las pruebas y de los hechos, la decisión de instancia habría sido completamente diferente, así:

1. No se decretaron medidas cautelares en contra de **AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S.**

BORDA & ASOCIADOS.

Calle 72 No. 12 -65 Off. 306

Bogotá – Colombia Tel.: (571) 3123470 – 3123471

www.bordaasociados.com

Encontramos que al minuto 18:48 de la audiencia realizada el día veintiséis (26) de Julio del año 2019, dijo el *ad-quo* que: “*en contra la sociedad AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S. no se decretaron medidas cautelares, por manera que sobre este aspecto no hay lugar a determinar perjuicios*”, afirmación esta que resulta completamente contraria a la realidad procesal.

Lo anterior, por cuanto mediante providencia de fecha ocho (08) de Abril del año 2014, notificada por estado No. 27 del día once (11) del mismo mes y año, del cuaderno de medidas cautelares, se dispuso en el numeral 2°, lo siguiente:

“DECRETAR EL EMBARGO Y RETENCION PREVENTIVA DE LOS DINEROS, que el(los) demandado(s) HUMBERTO POLANIA CAMPAS identificado(s) con C.C. 17.669.815 y AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S., tenga(n) depositado(s) o llegare(n) a depositar en los bancos y la(s) cuenta(s) relacionada(s) a folio 2 (...)”
(negrita y subrayado propio)

En consecuencia, resulta evidente que contra dicha sociedad, contrario a lo manifestado por el juzgador de primera instancia, **SI** se decretaron medidas cautelares y por consiguiente **SI** había lugar a determinar los perjuicios que ello ocasiono.

Por su parte al minuto 20:28 de la misma audiencia, afirmó la señora juez que:

“teniendo en cuenta que sobre los bienes de la sociedad AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S., no se practicaron medidas cautelares, no se entiende como la actuación judicial afectó financiera y operativamente el desarrollo del objeto social de la empresa, derruyéndose entonces el nexo de causalidad entre los perjuicios presentados y el tramite del juicio.”

Sobre tal afirmación, vale decir que esa medida cautelar de embargo decretada mediante esa providencia de fecha ocho (08) de Abril del año 2014, fue materializada mediante oficio circular No. 01305 de fecha veintitrés (23) de Abril de ese mismo año, razón por la cual, luego de que se ordenara la terminación del presente proceso ejecutivo por haber prosperado las excepciones de mérito planteadas con la contestación de la demanda, mediante oficio circular No. 2136 de fecha veintiséis (26) de Mayo de 2017 se le informó a las diferentes entidades financieras, el levantamiento de embargo sobre los dineros de HUMBERTO POLANIA CAMPAS identificado con C.C. 17.669.815 y AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S., identificada con NIT. 900.359.461-9, del cual me permito acompañar una copia para que sea tenido en cuenta como prueba de este recurso.

Luego entonces, existiendo el decreto de la medida cautelar de embargo y a su vez existiendo el oficio circular dirigido a las distintas entidades financieras comunicando dicho embargo, no se entiende como el *ad-quo* puede afirmar que no existe nexo de causalidad entre la actuación judicial y los perjuicios, más aun, cuando todos los testigos que rindieron sus declaraciones en audiencia y bajo la gravedad del juramento, fueron contundentes en afirmar que en el gremio avicultor era de público conocimiento que la sociedad AVICOLA POLLO ESTRELLA

S.A.S. estaba embargada e inclusive se decía que estaba “quebrada”, y que como consecuencia de ello los demás proveedores ya no quería suministrarle pollo a esa sociedad, situación que en todo caso será analizada en el numeral 3 de este documento, relacionado con el valor probatorio que se le dio en la sentencia a las declaraciones testimoniales.

2. Al dictamen pericial elaborado por el señor German Peña se le dio un alcance que no tenía.

En el minuto 21:54 de la misma audiencia realizada el día veintiséis (26) de Julio del año 2019, dijo el *ad-quo* lo siguiente:

*“Como el experto reitero que la cuantificación de los daños respecto de **AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S.**, eran principalmente el resultado del no suministro de materia prima por parte de TRIANGULO POLLO RICO S.A., en conjunto con las medidas cautelares, válgase anotar, respecto de esa sociedad inexistentes determina el despacho el quiebre del nexo causal entre la actuación judicial y el perjuicio que se alega”*

Frente a esta afirmación, es necesario resaltar que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del Código General del Proceso, no son admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, salvo los que se requieran para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera.

En ese orden de ideas, no resulta claro por qué razón la señora juez utilizó el dictamen pericial elaborado por el señor German Peña, como una prueba para desvirtuar el nexo de causalidad entre la actuación judicial y los perjuicios, cuando como bien ella misma lo manifestó al inicio de su intervención, eso tres elementos, culpa, daño y nexo de causalidad, son elementos estructurales de la responsabilidad civil extracontractual, figura esta que resulta ser netamente un punto de derecho.

Adicionalmente, debe ponerse de presente que el mencionado dictamen pericial fue aportado con el memorial con el cual se presentó el incidente de regulación de perjuicios, como una prueba de **avalúo de daños y perjuicios**, pues precisamente el señor German Peña es un perito experto en este tipo de avalúos, mas no, como así lo interpreto el *ad-quo* como una prueba para determinar si existió o no, nexo de causalidad entre la actuación judicial y los perjuicios, pues se reitera, este es un punto de derecho sobre el cual el perito no se puede pronunciar.

Como colofón, el dictamen pericial solo tenía la finalidad de determinar el valor en pesos colombianos, de los perjuicios causados, ya que los elementos que estructuran la responsabilidad civil extracontractual son aspectos de derecho que se alegaron en los hechos del incidente de regulación de perjuicios, los cuales no fueron negados ni desvirtuados por la parte incidentada, y sobre los cuales me pronunciare más adelante.

3. No se demostró el desprestigio de **AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S.**

A su vez, el ad-quo realizó la siguiente afirmación, con la cual le resto todo valor probatorio a las declaraciones testimoniales, las cuales, si bien son una prueba de oídas, resultan ser una prueba contundente y además la única que se podía aportar al proceso teniendo en cuenta las particularidades del caso, afirmación realizada al minuto 22:42 de la misma audiencia en la que dijo lo siguiente:

“igualmente el Despacho no aprecia que la sociedad AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S., hubiera demostrado la afectación a su buen nombre con ocasión del inicio del presente proceso en su contra y que la falta de suministro de matería prima por parte de sus otros proveedores se originara porque se promoviera esta acción”.

En este punto cabe la pregunta, ¿Cómo se prueba la afectación al buen nombre, si no es con testimonios?

Ninguna entidad financiera está obligada a indicar la verdadera causa del por qué negaron un crédito. Ninguna entidad se compromete, entregando certificados en los que conste que como consecuencia de la reputación, del historial crediticio, de los procesos judiciales adelantados, de la mala fama que tiene una persona, sea natural o jurídica, le han negado un producto financiero. La única respuesta que se obtiene, como así lo demuestra la experiencia, es un mensaje de texto o una llamada telefónica por parte de la entidad, en la cual lo único que informan es “Su solicitud de crédito ha sido rechazada por políticas internas del banco”.

Si ello ocurre con dichas entidades, que se puede esperar de un comerciante o una pequeña o mediana empresa. ¿Qué respuesta se puede obtener al solicitarles que se requiere una certificación para un proceso judicial, en la que conste que una sociedad no tiene buen nombre y por ello no le suministran productos ni le otorgan facilidades de pago?

A pesar de todas esas adversidades, para el trámite de este incidente de regulación de perjuicios fue posible practicar dos (2) de los tres (3) testimonios que aceptaron declarar al interior del proceso, ya que el tercer testigo a último momento se arrepintió, manifestando que no quería meterse en problemas.

Y adicionalmente se logró convencer al señor Campo Elías Quintero, proveedor de AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S., para que certificara la verdad de lo que había ocurrido para el año 2014, prueba está sobre la que se ahondará mas adelante.

Esas pruebas testimoniales, pese a la limitante ya mencionada, fueron completamente contundentes a juicio del suscrito, para demostrar el daño causado al buen nombre y a la reputación de HUMBERTO POLANIA CAMPAS y de su sociedad AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S., pues como bien lo afirmó uno de los testigos, en el comercio el nombre de una persona es lo que vale, ya que al mancharse este, nadie quiere contratar o trabajar con ella.

Dichos testigos fueron muy concretos al expresar que en el sector avícola, especialmente en las plantas procesadoras o mataderos de pollo, todos los comerciantes de pollo se conocían, y en consecuencia allí se empezó a esparcir el rumor y además se hizo de público conocimiento la situación jurídica por la que atravesó la sociedad AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S., como consecuencia de la demanda ejecutiva y las medidas de embargo que se decretaron al interior de ese proceso iniciado por cuenta de la sociedad TRIANGULO POLLO RICO S.A.

Tales declaraciones fueron rendidas en la audiencia realizada el día primero (1°) de Abril del año 2019, así: **DEMETRIO GUACANEME** minuto 9:00 a 11:12; **OSCAR GUTIÉRREZ DÍAZ:** minuto 25:24 a 26:23; **CAMPO ELIAS QUINTERO:** minuto 37:59 a 38:53.

Luego entonces, cabe preguntarse ¿Quién pudo haber iniciado ese rumor, sino la misma empresa encargada de demandar y solicitar medidas cautelares en contra de HUMBERTO POLANIA CAMPAS y de su sociedad AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S.?

O mejor aún, ¿A quién le convenía que AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S., no pudiera seguir desarrollando su objeto social, para que así incurriera en mora y no le quedara más opción que pagar con las garantías reales que respaldaban su obligación?

Y es que los testigos además de declarar que era publica la mancha en el buen nombre de mis representados, por encontrarse demandados ejecutivamente y además embargados, también declararon, que entre los mismos comerciantes se hacían la advertencia de que no le podían dar crédito, vender a crédito ni fiar pollo a HUMBERTO POLANIA CAMPAS y a su sociedad AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S., a tal punto que de estar comprando varios viajes o carros de pollo, con aproximados de entre 4.000 y 5.000 pollos diarios, pasaron a pedir favores para que les vendieran 300 o 400 pollos.

Tales declaraciones fueron rendidas en esa misma audiencia realizada el día primero (1°) de Abril del año 2019, así: **DEMETRIO GUACANEME:** minuto 12:58 a 13:25 y **OSCAR GUTIÉRREZ DÍAZ:** minuto 27:58 a 28:17.

Declaraciones estas que fueron pasadas por alto y se les resto todo el valor probatorio que tienen, lo que se traduce en una indebida apreciación o valoración probatoria, ya que se insiste, dichos testigos, además de ser las únicas pruebas posibles de aportar al proceso, son claras, similares la una de la otra, y en general contundentes para demostrar el daño en el buen nombre que les fue ocasionado a mis representados como consecuencia de un proceso ejecutivo iniciado de forma arbitraria, y con el que la sociedad TRIANGULO POLLO RICO S.A. insistió en adelantar de mala fe hasta culminar con sentencia que no accedió a sus pretensiones y por el contrario fue terminado por la prosperidad de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

4. El corte de suministro de pollo a crédito por parte de Campo Elías Quintero **AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S.** fue consecuencia del incumplimiento en el pago de las obligaciones.

Lo mismo ocurrió con la interpretación o valoración que el *ad-quo* realizó sobre la declaración rendida por el señor **CAMPO ELIAS QUINTERO**, ya que la misma fue tomada fuera de contexto sin atender los hechos del incidente de regulación de perjuicios ni la certificación por él expedida, la cual ratificó en su totalidad en la audiencia realizada el día primero (1°) de Abril de 2019.

Lo anterior, por cuanto en el minuto 23:19 de la audiencia realizada el pasado veintiséis (26) de Julio, la señora juez manifestó lo afirmó lo siguiente:

“Ahora, el no suministro de materia prima, pollo con vísceras en canal, por otros productores, como fue el caso del señor CAMPO ELIAS QUINTERO LEON, no podemos afirmar con total certeza que se debe solamente a esas situaciones o rumores, pues eso también fue el resultado del incumplimiento de las obligaciones por parte de la mencionada sociedad, lo cual el mismo testigo CAMPO ELIAS lo manifestó en su declaración y señaló ese punto, pues él dijo que dejó de entregar producto bajo la modalidad de crédito por cuanto no venía realizando los pagos en la fecha acordada”

Lo primero que debe decirse sobre tal afirmación, es que resulta completamente contraria a la certificación expedida el día veinticinco (25) de Junio de 2017 por el señor CAMPO ELIAS QUINTERO LEON, documento que fue aportado al expediente y que fue ratificado en diligencia de fecha primero (1°) de Abril de 2019, certificación en la que manifestó:

“no seguí despachando pollo a la empresa AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S. NIT, 900.359.461-9, representada por el señor HUMBERTO POLANIA CAMPAS, dado que me entere que estaban demandados y embargados por otra empresa avícola, razón por la cual solicite garantías reales, para seguir dándole crédito, las cuales no fueron posible, por la cual me vi obligado a detener los despachos a partir de Septiembre 10 de 2014”

NINGUN valor probatorio le dio el *ad-quo* a dicha certificación, a pesar de que ese documento fue ratificado en audiencia, como ya se mencionó, pareciera que la señora Juez no la hubiera visto, ya que afirmo que la demanda y las medidas cautelares no habían sido la causa del no suministro de pollo en canal por parte de este y otros productores.

Por su parte, la declaración rendida por el señor CAMPO ELIAS QUINTERO LEON, en diligencia de fecha primero (1°) de Abril de 2019, fue parcializada y descontextualizada por el juzgador de primera instancia, ya que al minuto 36:51 de dicha diligencia, la declaración por él rendida es clara al expresar que:

“Fui cliente de AVICOLA POLLO ESTRELLA, desde el 2010 más o menos como hasta el 2014, pero debido a las dificultades que venía teniendo la empresa, no les vendí,

*porque de hecho me dejaron una cartera pendiente, **porque había el rumor de que tenía las cuentas embargadas que estaba en quiebra, entonces fue más como el motivo por el cual no pude seguirle vendiendo a POLLO ESTRELLA.***

Y más adelante, minuto 38:00, cuando el *ad-quo* preguntó cómo había tenido conocimiento del embargo de las cuentas, contestó:

*“Tuve conocimiento, primero que todo comencé a darme cuenta por el atraso de las cuentas, en este gremio usted sabe que si alguno de nosotros estamos mal, en la calle todo el mundo comenta, entonces pues otros clientes que yo tengo acá en Bogotá me dijeron: **ojo que es que ellos están embargados, entonces también por eso es que no están al día con sus pagos.**”*

Y es que precisamente eso fue lo que ocurrió en el caso que nos ocupa, conocido popularmente como efecto bola de nieve, que se inició como una demanda, seguida de unas medidas cautelares de embargo, que a su vez conllevó a la terminación del contrato de suministro del mayor proveedor de su materia prima, lo que consecuentemente desencadenó la inoperatividad de la capacidad de trabajo instalada, pérdidas en vez de ganancias, la divulgación en el sector avícola de esa situación y como resultado la terminación de los contratos y/o créditos por parte de los otros proveedores de pollo como materia prima de trabajo.

Realizados los anteriores reparos a la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5°) Civil del Circuito de Bogotá D.C., se hace además necesario exponer cómo fue que quedaron demostrados los elementos que estructuran la responsabilidad civil extracontractual por el actuar de la sociedad TRIANGULO POLLO RICO S.A., dentro del trámite del presente incidente de regulación de perjuicios.

Iniciando por el hecho generador y el elemento adicional a la culpa, que se exige exclusivamente para este tipo de responsabilidad civil extracontractual derivado del abuso del derecho a litigar, ocasionado por el adelantamiento de un proceso o por medidas cautelares, como lo es la existencia de la temeridad o mala fe por parte de quien ha adelantado dichas actuaciones judiciales, quedo probado desde y con la misma sentencia de segunda instancia proferida por el H. Tribunal Superior de Bogotá D.C. – Sala Civil, con Magistrada Ponente Dra. Ruth Elena Galvis Vergara, de fecha veinticinco (25) de Abril del año 2017, que puso fin al proceso ejecutivo bajo radicado 05-2014-160, y que declaró, entre otras, probadas las excepciones de “*excepción cambiaria fundada en la omisión de los requisitos que el título deba contener art. 784 No. 4 por haber sido diligenciado sin instrucciones los espacios en blanco*” y “*excepción cambiaria fundada en la alteración del título art. 784 No. 5*”.

Así las cosas, la temeridad y mala fe que con dicha sentencia se demostró, fue la carencia de fundamento legal de la demanda ejecutiva cuya sentencia dio origen al presente incidente de regulación de perjuicios, pues en ella se alegaron hechos contrarios a la realidad, se alteró el título ejecutivo con el cual se inició la ejecución, se diligenciaron los espacios en blanco dejados en este sin atender las instrucciones que se habían impartido por el otorgante y por si esto fuera poco, todas las

anteriores actuaciones se sostuvieron a lo largo de un litigio que duro aproximadamente tres (3) años, manteniendo así a mis representados en una desgastante, innecesaria e injustificada disputa judicial.

De otra parte, en lo que tiene que ver con el daño ocasionado, este quedó plenamente demostrado y además cuantificado según la experticia realizada por el perito German Peña, quien en su trabajo realizó un profundo análisis de las implicaciones negativas que se vieron reflejadas en la contabilidad y finanzas de mis representados. Rubros estos que además coinciden con las declaraciones de renta que también se allegaron al expediente y que contrario a lo manifestado por TRIANGULO POLLORICO, es información completamente fidedigna, tal y como fue corroborado por el dictamen pericial realizado por la perito Blanca Liliana Useche, quien en la página dos (2) de su trabajo, obrante a folio No. 864 del expediente, expreso lo siguiente:

“Se realiza una revisión al dictamen aportado por la parte demandada en el cual se evidencia que los documentos soportes corresponden a los libros auxiliares y balances de la compañía AVICOLA POLLO ESTRELLA SAS, cotejando estos los que me fueron aportados (son los mismos).

Se observa que las cifras extraídas en el dictamen del perito GERMAN PEÑA, corresponden a la información financiera sin tener en cuenta el análisis que pudo haber realizado a los mismos.”

Afirmaciones estas que la perito ratificó en la audiencia realizada el primero (1°) de Abril de 2019, como se puede escuchar en la grabación de la misma (1:49:05) en donde expresó que la información contable que le fue entregada si tiene relación y es la misma información aportada por el perito German Peña.

Valga reiterar en este punto, que el dictamen tenía como única finalidad cuantificar la afectación sufrida por mis representados, más no, determinar cuál había sido el causante del daño, ni mucho menos si existía relación entre el hecho y el daño sufrido, alcance que erróneamente le dio el *ad-quo* en su decisión.

Por último, en lo que se refiere al nexo de causalidad, que dijo el juzgador de primera instancia no se probó ni se configuró, debe partirse por lo manifestado en el hecho décimo quinto del incidente de regulación de perjuicios, esto es, que como consecuencia del proceso ejecutivo en sí mismo y de que las garantías reales otorgadas por mis apoderados ya se encontraban embargadas por cuenta de TRIANGULO POLLO RICO S.A., esta sociedad dejo de suministrarle pollo en canal a la sociedad AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S., hecho que se resalta, no fue negado por la sociedad incidentada.

De esa situación particular es de la cual se derivan todos los daños sufridos por mis representados, pues como quedó demostrado con el dictamen del perito German Peña, AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S. había realizado unas inversiones cuantiosas en material, planta y equipo, para aprovechar al máximo la cantidad de materia prima que le era suministrada diariamente por TRIANGULO POLLO RICO S.A., quien era su proveedor del 85% de pollo en canal con víscera, situación está que para los

años 2012-2013 le permitió manejar un gran volumen de ventas e inclusive para el primer semestre del año 2014, fecha para la cual aún TRIANGULO POLLO RICO S.A., le suministraba la materia prima.

Sin embargo, cuando TRIANGULO POLLO RICO S.A., decide terminarle el contrato de suministro a AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S., como consecuencia de un proceso ejecutivo que como ya se dijo fue iniciado y con el que se prosiguió a lo largo de tres años de forma temeraria y de mala fe, proceso dentro del cual además embargó las garantías reales que tenía a su favor, de inmediato se baja inmensamente el volumen de ventas de AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S.

Como consecuencia de ello, toda la capacidad operacional que AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S. había instalado y el personal que tenía contratado para operar la planta, quedo sub-utilizado, puesto que ya no tenía quien le suministrara la misma cantidad de pollo en canal con víscera, lo que la llevo a tener que asumir unos mismos costos altos de operación, pero con una producción mucho menor, generando pérdidas en el segundo semestre del año 2014 y los años 2015-2016.

Fuera de eso, TRIANGULO POLLO RICO S.A. solicitó y así se decretó e inclusive se elaboró el oficio circular respectivo, de embargo de las cuentas bancarias de mis representados, hecho que bajo circunstancias aún desconocidas y prácticamente imposibles de probar, se hizo de público conocimiento en todo el sector avícola, situación que fue corroborada por los testigos que rindieron su declaración, quienes a pesar de no saber quién hizo pública tal situación si afirmaron que todos conocían la existencia del proceso judicial que le había iniciado TRIANGULO POLLO RICO S.A. a mis representados y los embargos que le habían decretado.

En raíz de ello, AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S. no pudo conseguir proveedores que le reemplazaran el 85% de materia prima que le suministraba TRIANGULO POLLO RICO S.A., puesto que como lo dijeron los testigos, sabiendo que la persona esta demandada, está quebrada, ¿Quién quiere trabajar con esa persona? O como lo certifico y ratificó Campo Elias, quien era otro proveedor de AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S., le *“solicite garantías reales, para seguir dándole crédito, las cuales no fueron posible”* porque los bienes ya estaban embargados.

Luego entonces, no fue que AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S. hubiera tenido por cuenta y riesgo suyo, la decadencia y las pérdidas que tuvo, sino que todo es consecuencia y se encuentra íntimamente relacionado con la actuación temeraria y de mala fe que TRIANGULO POLLO RICO S.A., insistió en proseguir ante la justicia por un periodo de tres (3) años.

Ahora bien, por su parte HUMBERTO POLANIA CAMPAS en su calidad de accionista, propietario y representante legal de AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S., propietario de la bodega conformada por varios bienes inmuebles entregados en hipoteca a TRIANGULO POLLO RICO S.A., buscando medidas desesperadas para salvar su patrimonio, dejo de cobrarle arriendos a AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S., para disminuir los gastos que esta tenía que afrontar a pesar de no poder utilizar la totalidad de las instalaciones realizadas.

Todo lo anterior, se desprende, tiene como única causa, es el nexo causal, tiene su origen y ocurrió exclusivamente por el actuar judicial temerario y de mala fe de la sociedad TRIANGULO POLLO RICO,

pues haciendo el relato de otra forma, sí dicha sociedad no hubiera alterado el título ejecutivo y no lo hubiera diligenciado desatendiendo las instrucciones impartidas, sí no hubiera iniciado el proceso ejecutivo ni solicitado el decreto de las medidas cautelares, sí dicha sociedad no hubiera insistido en continuar de mala fe con esa situación judicial por tres años, no le hubieran terminado el contrato de suministro a AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A.S., está habría podido desarrollar con normalidad su objeto social aprovechando al máximo la capacidad de planta y equipo instalada, inclusive al no haberse hecho de público conocimiento esa demanda y los embargos, habría podido conseguir nuevos proveedores para seguir expandiendo el negocio, y al no presentar pérdidas en su operación, le hubiera seguido pagando los cánones de arrendamiento a HUMBERTO POLANIA CAMPAS, como lo hizo inicialmente antes de que se desencadenaran todas las consecuencias negativas que le trajo esa demanda ejecutiva y la medidas cautelares allí decretadas.

Por ello, se considera que, *a contrario sensu* de lo manifestado por el *ad-quo*, se encuentran reunidos y probados todos los elementos que estructuran este tipo de responsabilidad civil extracontractual, por lo que se solicita al H. Tribunal Superior de Bogotá D.C. – Sala Civil, que revoque la sentencia proferida en la audiencia realizada el pasado veintiséis (26) de Julio de 2019 y en su lugar, proceda a condenar a la sociedad incidentada por los daños ocasionados a mis representados.

Cordialmente,



JAVIER ENRIQUE BORDA PINZÓN

C.C. 79.305.112 de Bogotá D.C.

T.P. 44.119 del C.S.J.

ELSA ZARATE - ABOGADA

Honorable Magistrada
HILDA GONZALEZ NEIRA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA CIVIL
Bogotá D.C.
E.S.D.

REF.: 11001310300919950051405
DEMANDANTE: ELSA ZARATE DE MANTILLA
DEMANDADO: JOSE IGNACIO FORERO LUQUE Y OTRO
ASUNTO: RECURSO DE SUPLICA CONTRA EL AUTO DE
FECHA 3 DE SEPTIEMBRE DE 2020

ELSA ZARATE DE MANTILLA, de las condiciones anotadas dentro del proceso de la referencia, de manera respetuosa, me dirijo al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, a través de la Honorable Magistrada Ponente, para SUPLICAR el replanteamiento de la decisión contenida en el del AUTO de la referencia y que como consecuencia se ordene la ADICION de la SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2020, en los siguientes términos:

HECHOS

- 1.- Mediante AUTO de fecha 11 de agosto de 2020 el Despacho de conocimiento, con base en los artículos 287 y 302 del CGP rechaza la solicitud de Adición formulada por la parte demandante contra la sentencia de 30 de junio de 2020.
- 2.- La sentencia anotada se notificó en el estado Electrónico E-34 de 1º de julio de 2020.
- 3.- El término de ejecutoria terminó el 06 de julio de 2020.
- 4.- La petición de Adición fue radicada –de buena fe- extemporáneamente, vía correo electrónico en fecha 08 de julio de 2020
- 5.- Mediante AUTO de fecha 11 de agosto de 2020 se rechaza por extemporánea la solicitud de adición de la sentencia de 30 de junio de 2020.
- 6.- Mediante AUTO de fecha septiembre 3 de 2020 se niega la reposición solicitada y se mantiene la decisión contenida en el AUTO de 11 de agosto de 2020 que niega la adición de la Sentencia, toda vez que fue elevada extemporáneamente.

SUSTENTACION

PRIMERO: CONFUSION EN EL TERMINO PARA LA PRESENTACION DE LA ADICION

La petición de solicitud de adición de la Sentencia se elevó extemporáneamente por una equivocación de la actora en cuanto confundió el término de sustentación del recurso de apelación de la Sentencia, de cinco días con el término para la presentación de recursos contra la Sentencia en segunda instancia.

Al estar -de total buena fe- en el error sobre el término para la presentación de la solicitud de Adición a la Sentencia de 30 de junio, mal podría la actora vislumbrar su propio yerro en cuanto al mencionado término, por lo que hubiese resultado insólito solicitar al Despacho se actuara de manera *oficiosa* en cuanto a la mencionada Adición a la Sentencia, cuando la actora creía estar actuando *por derecho propio*, dentro del término legal.

ELSA ZARATE - ABOGADA

La actora, estaba en total convicción de que se encontraba actuando por derecho propio y dentro del término legal al elevar solicitud de Adición de la Sentencia, luego resultaría contrario a toda lógica que simultáneamente solicitara actuación de oficio de parte del Despacho dentro de ese mismo término; en éste contexto no existía razón jurídica para elevar solicitud oficiosa, máxime cuando es precisamente la confusión de la actora -en cuanto al término para la actuación- la base para solicitar reponer, en el recurso de Reposición denegado, luego mal puede sustentarse la negativa a reponer el AUTO atacado, sobre este argumento.

INCONFORMIDAD CON LA NO PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

Es principio general del Derecho Universal la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas o procedimientos como instrumentos para la aplicación del derecho material, tal y como lo consagra nuestra Constitución Política en el artículo 228 que a la letra dispone:

“La administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. ...”

Esto indica que corresponde al Juez un rol de garante de la normatividad material a fin de dar cumplimiento fiel a la protección de los derechos sustanciales. Sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia SU061/18 que:

“... el sistema procesal moderno no puede utilizarse como una razón válida para negar la satisfacción de tales prerrogativas, en la medida que la existencia de las reglas procesales se justifica a partir del contenido material que propenden”.

Sin que ello le reste importancia a las normas procesales como quiera que a renglón seguido, en el mismo artículo antes citado establece que “Los términos judiciales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado.”

La Corte Constitucional en numerosas jurisprudencias reitera la supremacía de la norma sustantiva sobre la adjetiva; en Sentencia T-268 de 2010 ha señala que:

“... Por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas ...”

Lo que quiere decir que el Juez o el operador jurídico bien podría aplicar las normas procesales en forma flexible, con el fin de garantizar una tutela eficaz de los derechos sustanciales.

Esta flexibilidad ha ocurrido en numerosas circunstancias a lo largo del dispendioso proceso de la referencia que sufrió los avatares de una causa de veinticinco (25) años de trámite, tales como la permanencia del proceso por más de cinco (5) años al Despacho de la H. Magistrada Luz Magdalena Mojica, con el total incumplimiento del término -con base en la flexibilidad en la aplicación de la norma procedimental- para la toma de decisión frente a la Apelación de la Sentencia.

Largo trascurso de tiempo, durante el que se decretó la Nulidad del proceso, primero exclusivamente frente al demandado Sr Forero Luque por su fallida notificación, sobreviniendo tiempo después su fallecimiento, en consecuencia el H. Tribunal Superior de Bogotá ordena motu proprio inmediatamente -en virtud de la ley- la vinculación de los herederos, sin que el Despacho entrara ahí si -dentro del nuevo término a partir de la nulidad parcial- a decidir de fondo sobre la Apelación de la Sentencia frente al otro demandado Sr. Forero Otero -no incurso

ELSA ZARATE - ABOGADA

en Nulidad alguna- cosa que no ocurrió, procediendo -en cambio- a extender la Nulidad a éste otro demandado.

La demandante ha actuado en causa propia la mayor parte del proceso, con una conducta, digna, responsable, respetuosa y de pleno cumplimiento de los preceptos y deberes procesales, sustanciales y constitucionales, especialmente en lo que hace a la vigilancia de los términos y actuaciones a lo largo de 25 años!

La solicitud de ADICION a la sentencia pertenece al ámbito del derecho procesal, en la que se solicita dar aplicación del Derecho sustancial y constitucional del DEBIDO PROCESO -artículo 29 de la Constitución Política- analizando en Derecho El OTROSI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA -presentado al proceso después de la demanda- como hecho modificadorio del derecho sustancial sobre el que versa el litigio, pieza fundamental para la determinación de responsabilidades legales, actuación perfectamente regulada, de manera especial bajo el PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, consagrado el artículo 281 del C.G.P. - totalmente incumplido en las Sentencias- que textualmente dispone:

“En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión“

Presupuesto normativo aplicable plenamente a las circunstancias del presente caso, máxime cuando el OTROSI constitutivo del hecho modificadorio del derecho sustancial objeto de la demanda, fue regular y oportunamente presentado a lo largo del proceso y especialmente alegado de conclusión dentro de la Audiencia celebrada en el Juzgado Cuarenta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá de fecha 24 de mayo de 2019, luego cumple todos y cada uno de los requisitos exigidos por la norma especial en cita textual, pese a lo cual el A-quo profiere Sentencia nugatoria del derecho consagrado en el artículo 281 en cita –decisión acogida en la Sentencia del A-quem- negativa que se convierte en base primigenia de la solicitud de ADICION a fin de que revisada tanto la actuación, como la Sentencia, se observe a cabalidad el principio constitucional del *debido proceso*, procediendo a corregir con fundamento en el artículo 281 del C.G.P., norma suficiente y pertinente para admitir, estudiar y decidir tanto sobre el contenido del OTROSI como sobre las consecuencias jurídicas que de su voluntad emanan.

La decisión contenida en el AUTO de 11 de agosto de 2020 que se solicita reponer, y, la actuación contenida en el AUTO DE 3 de septiembre de 2020 que se suplica, obedece a preceptos del ámbito procedimental, por lo que de manera respetuosa y comedida se solicita que a solicitud de la actora o de oficio, se ADICIONE la Sentencia de 30 de junio de 2020, teniendo en cuenta el contenido del presente escrito -con base en el que nace para el Despacho la oportunidad de corregir los yerros cometidos en las Sentencias de primera y segunda instancia con base en lo preceptuado en el artículo 42 numeral 5. del C.G.P., en cuanto el deber del Juez de respeto del principio de congruencia- a la luz de los escritos de SUSTENTACION DE LA APELACION y de solicitud de ADICION de la misma.

Por todo lo anteriormente expuesto se manifiesta expresamente la total inconformidad con la negativa -a lo largo del proceso- al reconocimiento del Derecho Sustancial y su aplicación objetiva a través de las normas pertinentes, así como el desconocimiento de los pronunciamientos de las Altas Cortes, sin ninguna razón jurídica que lo justifique, resultando de suyo decisiones contraevidentes y contrarias a normas expresas, plasmadas en las decisiones tanto del A-quo como del A-quem.

DERECHO

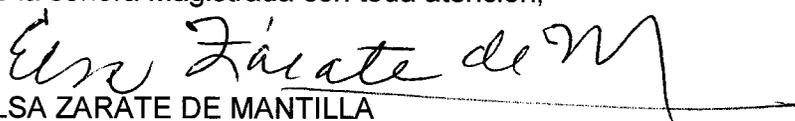
ELSA ZARATE - ABOGADA

Fundamento mi derecho en la Constitución Política en especial los artículos 29 y 228; el Código Civil; el Código General del Proceso especialmente los artículos 42 numerales 5. y 12.; el art 331 del CGP en cuanto establece que no tratándose de AUTO que decida sobre recursos de Apelación o Queja, cabe el recurso de Súplica; y las demás normas que le sean aplicables.

PETICION

Por todo lo anteriormente expuesto, de manera respetuosa y comedida, se solicita administrar justicia, concediendo la presente Súplica frente al AUTO de fecha 3 de septiembre de 2020 que niega la Reposición a la solicitud de Adición de la Sentencia y en su defecto ordenar a solicitud de parte o de oficio la ADICION de la Sentencia de junio 30 de 2020, de acuerdo a lo aducido en el presente escrito, a la luz de los escritos de Sustentación de la apelación de la sentencia y de Adición de la misma.

De la señora Magistrada con toda atención,


ELSA ZARATE DE MANTILLA

C.C. 37809381 de Bucaramanga

T.P. 61381 C.S.J.

Señora Magistrada
MARTHA PATRICIA CRIZ MIRANDA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA CIVIL
E.S.D.

REF: Sustentación Recurso de Apelación

RADICADO: 11001310301320080043201

DEMANDANTE: ELSA MARINA PRIETO DE RODRIGUEZ Y OTROS

DEMANDADO: CLINICA COLSANITAS Y OTROS

HECTOR EDUARDO PATIÑO DOMINGUEZ, mayor de edad identificado con la cedula de ciudadanía No. 79.600.103 de Bogotá D.C., Titular de la Tarjeta Profesional No 84.044 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado de los demandantes dentro del proceso de la referencia, mediante el presente escrito, estando dentro de la oportunidad legal, sustento recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado 36 Civil Circuito de Bogotá el pasado 6 de noviembre de 2019 notificada por estado el día 7 de noviembre del mismo año y aclarada por auto del 25 de noviembre de 2019 y notificada por Estado No. 172 del pasado 26 de noviembre de 2019.

CUESTION PRELIMINAR

Como apoderado de los demandantes, es mi deber manifestar nuevamente a la Honorable Magistrada que dentro del presente proceso la Señora Juez 36 Civil del Circuito tomo decisiones claramente violatorias del derecho de defensa y del debido proceso en tanto no practico la prueba pericial que fue decretada en el proceso y para cuya práctica se designo al perito Jairo Hernandez Cubillos quien acepto el cargo el día 16 de marzo de 2018 como consta en documento obrante a folio 558.

Hasta la fecha el despacho no ha revocado, ni ha declarado la nulidad del auto de fecha 19 de febrero de 2018, por lo que la prueba pericial que fue encargada al perito LUIS HERNANDO RODRIGUEZ CADENA se encuentra pendiente de practicar una vez se realice la posesión en legal forma como lo establece el mismo auto.

Dado que para el momento de la admisión de la demanda aún no se había resuelto la apelación en contra del auto del 16 de octubre de 2019 mediante el cual negó el incidente de nulidad que se propuso de acuerdo con el numeral 5 del artículo 133 del CGP por no haber sido practicada la prueba pericial decretada, solicito a la Honorable Magistrada decretar en segunda instancia la práctica de dicha prueba, para evitar que se continúe vulnerando el derecho de defensa de las demandantes.

Los reparos concretos sobre la sentencia apelada y sobre los cuales se hace la sustentación correspondiente son los siguientes:

1. Contrario a lo que se expone en la sentencia, dentro del presente proceso se probaron todos los elementos de la responsabilidad civil médica a saber: el daño, el nexo causal y la indebida, inoportuna y equivocada prestación de servicios médicos a cargo de los demandados.

En la sentencia, se dice de forma equivocada que la parte actora no demuestra ni un error médico, ni indebida prestación del servicio médico, ni el nexo de causalidad en el presente caso, lo cual resulta completamente ajeno a la realidad probatoria pues del contenido de la historia clínica y las demás pruebas, la conclusión es justamente la contraria.

De los documentos mediante los cuales se autorizó el egreso del paciente Luis Hernando Rodriguez queda plenamente demostrado que para el momento en que el médico Francisco Molinos autorizó la salida del paciente de la clínica Reina Sofía posterioridad a la cirugía, esto es el 8 de Agosto de 2006, el paciente se encontraba en malas condiciones de salud, presentaba dolor abdominal, había tenido episodios recientes de fiebre como se encuentra consignado en la historia clínica, además se diagnosticó una inexistente infección urinaria.

Adicionalmente, el Doctor Molinos, descartó la existencia de colecciones intraabdominales mediante una radiografía simple de abdomen y no mediante una imagen diagnóstica de mayor sensibilidad como una ecografía de abdomen, ó un TAC, las cuales como se encuentra probado en el expediente son imágenes diagnósticas de mayor sensibilidad. Solamente hasta el día 12 de Agosto, posterior al reingreso del paciente Rodriguez

Cárdenas por el servicio de urgencias de la Clínica Reina Sofía se ordena la práctica de una ecografía abdominal total y de un TAC que tienen como resultado la existencia de colecciones intraabdominales localizadas en la fosa iliaca derecha e izquierda, precisamente en los lugares en que el paciente presentó dolor abdominal el cual quedo reportado en la historia clínica.

Si la decisión del médico tratante Dr. Molinos fue la de descartar colecciones intraabdominales el día 7 de Agosto mediante una radiografía simple de abdomen, es justamente porque dadas las condiciones clínicas del paciente, la existencia de dichas colecciones era una probabilidad médica cierta para ese momento del postoperatorio y no, como equivocadamente se dice en la sentencia, una opción después de los 6-7 días de postoperatorio.

En este sentido, queda demostrado como, dadas las condiciones particulares de mala evolución y precaria sintomatología clínica del señor LUIS HERNANDO RODRIGUEZ consignada en la historia clínica lo más indicado para el 07 de agosto de 2006 era haber ordenado la práctica de una ecografía abdominal y/o de un TAC con el fin de descartar la existencia de colecciones intra-abdominales, pues como quedó demostrado con las declaraciones obrantes en el expediente¹, una radiografía simple de

¹ Ver testimonios de:

Ricardo Augusto Baquero, ante la pregunta de cual es el examen indicado para descartar colecciones intraabdominales, contestó: “como lo dije anteriormente, depende del estado clínico del paciente de la sospecha que tenga el médico tratante, la menos utilizada por la menor sensibilidad y especificidad es el estudio radiológico convencional, sin embargo puede dar información y orientar hacia otros diagnósticos. Ante la sospecha de colecciones abdominales se realiza el primer estudio una ecografía abdominal, como esta también tiene limitaciones técnicas, por ejemplo distensión por gas de asas intestinales se realiza como estudio complementario y para definir mejor las colecciones que se hubieran podido observar en la ecografía se realiza un tac de abdomen.” (página 3 del testimonio).

abdomen no es suficiente para esos efectos. No debe perderse de vista que un cirujano de las altísimas calidades y de la experiencia del Doctor Molinos Vela, sabe que la presencia de colecciones intra-abdominales es una de las complicaciones más comunes luego de una cirugía como la practicada al señor Rodríguez, como también quedo demostrado.

La conducta demostradamente culposa de no haber ordenado la práctica de una ecografía abdominal y/o de una TAC de abdomen con el fin de descartar la formación de colecciones intra-abdominales y de haber permitido la salida del paciente en la precaria situación de salud en que se encontraba para el 8 de Agosto de 2006, constituyen una deficiente atención médica que conlleva necesariamente a un error de diagnóstico y de atención médica con el que se impidió que al paciente LUIS HERNANDO RODRIGUEZ CARDENAS se le hubiera proporcionado un adecuado tratamiento médico, oportuno, con el fin de impedir que el proceso séptico iniciado con las colecciones intra-abdominales tuviera las mortales consecuencias que tuvo, con lo cual queda suficientemente demostrado el vínculo causal que se echa de menos en la sentencia.

2. De forma igualmente equivocada, el Juzgador de instancia, invierte la carga de la prueba en contra de la parte actora cuando, refiriéndose a las pruebas aportadas, se afirma que “Véase, que ninguno apuntó a ésta, que permitiera descartar que fue la misma fisiología del paciente Luis Hernando,

El mismo testigo, posteriormente manifiesta: “con base en esas características que usted me menciona normalmente se deben realizar estudios de imágenes. Los tres estudios son complementarios se pueden solicitar los tres estudios a dirección del médico tratante o bien realizar ecografía abdominal o tac de abdomen.” (Página 5 del testimonio)

En este mismo sentido se pueden ver los testimonios de los Doctores: Luis Carlos Sabbahg, Cesar Augusto Archila Rodriguez, Leonardo Mauricio Guiot Roa, practicados dentro de este proceso.

el que incidió de manera directa en su deceso, o inclusive, la mora de sus allegados al no dirigir de manera oportuna a su familiar a un centro clínico, por presentar los síntomas de alerta por tres (3) días consecutivos.” (página 12 de la sentencia).

En efecto, según la sentencia, el Juzgador pretende que la parte demandante no pruebe solamente el vínculo causal, sino la improcedencia de medios exceptivos o mecanismos de defensa que son del exclusivo resorte el demandado.

Nótese cómo, dentro del expediente, los demandados no probaron que la supuesta demora de la familia en reingresar al paciente fuera la causa adecuada del daño cuya reparación solicitan, sino que este es un argumento artificioso carente de soporte probatorio expuesto en los alegatos de conclusión al cual el Juzgador le otorga credibilidad.

Adicionalmente, el Demandado Francisco Molinos en su interrogatorio de parte acepta que después de la salida del paciente Rodríguez Cárdenas convino con la hija médica del paciente y que entre ellos mantendrían una “estrecha comunicación”, con lo cual queda descartado que la familia del señor Rodríguez Cárdenas hubiera actuado de manera tardía y sin consultar con el Doctor Francisco Molinos.

3. En la sentencia se establece de manera equivocada que el paciente Luis Hernando Rodríguez había sido diagnosticado con cirrosis, lo cual impone un supuesto de hecho inexistente en relación con el estado de salud del paciente demostrado en la historia clínica, que de algún modo resulta incidiendo dentro de la motivación fáctica de la sentencia. En efecto, dentro de las pruebas obrantes en el expediente no aparece que durante el

diagnóstico, tratamiento, atención y estadía del paciente Luis Rodriguez en la Clínica Reina Sofía se hubiera diagnosticado cirrosis. Esta afirmación sobre el diagnóstico de cirrosis fue hecha en los alegatos de conclusión a partir del contenido de unos documentos de necropsia elaborados por Medicina Legal. Resulta asombroso y particularmente llamativo que los demandados aleguen como medio de defensa que según esos documentos de necropsia, el señor Luis Rodriguez tenía cirrosis, patología que no había sido diagnosticada por los mismos demandados mientras el paciente aún vivía, lo cual confirma la indebida atención médica que recibió el paciente.

4. El estudio de la prueba testimonial realizado en la sentencia es equivocado, pues no se hace un análisis y valoración de la integralidad de los testimonios obrantes en el expediente correspondientes a los Doctores Ricardo Baquero, Luis Carlos Sabbagh, Cesar Archila y Mauricio Guiot quienes son consistentes en manifestar que el TAC y la ECOGRAFIA tiene un mayor grado de sensibilidad para mostrar colecciones intraabdominales contrario a la radiografía simple. Tampoco se tuvo en cuenta el testimonio del Doctor Luis Augusto Cortes del Valle respecto de la causa de la muerte del paciente Rodriguez Cárdenas quien dijo: “mi opinión de las colecciones, repito son colecciones de sangre como consecuencia del procedimiento quirúrgico que se sobre infectaron y llevaron al paciente a un cuadro séptico, falla multisistémica y muerte”, con lo que queda claro que la causa de la muerte del paciente fueron las colecciones intraabdominales no diagnosticadas a tiempo por los demandados.

En la sentencia se transcriben apartes aislados de los testimonios de los que se sirve el juzgador para sustentar la tesis que se defiende en la sentencia con la cual se da paso a desestimar las suplicas de la demanda.

5. El estudio, análisis y valoración de la prueba documental realizado en la sentencia es equivocado, especialmente respecto de la historia clínica pues no se hace un análisis y valoración de la integralidad de dicha prueba, sino que, de una parte se hacen afirmaciones contrarias al contenido de dicho documento, y en otra se tiene por ciertos hechos y datos que no constan en la mencionada historia clínica.

En efecto, en la sentencia equivocadamente se afirma que no se demostró que el paciente estaba con cuadros de deterioro al momento de la salida, pero no se tienen en cuenta, entre otros documentos, las notas de enfermería que dan cuenta del precario y deficiente estado de salud del paciente Rodríguez Cárdenas al momento de su salida el día 8 de Agosto de 2006; tampoco se analiza que conforme al documento de salida firmado por el Doctor Molinos en la misma fecha constan una serie de motivos de alarma que corresponden a los mismos síntomas que presentaba el señor Rodríguez Cárdenas al momento de la salida.

Del precario y equivocado análisis y valoración de la Historia Clínica del paciente Luis Rodríguez Cárdenas se sirve el juzgador para sustentar la tesis que se defiende en la sentencia con la cual se da paso a desestimar las suplicas de la demanda.

6. La ausencia de la prueba técnica que tanto se echa de menos en la sentencia, en modo alguno tiene origen en la incuria de la parte actora como se expone en la sentencia. Si para elaborar la sentencia se hubiera revisado el proceso con detenimiento, el juzgador habría podido advertir que la parte actora de manera continua y reiterada insistió durante varios años y hasta hace unos meses en la práctica de la prueba pericial solicitada con la demanda y decretada legal y oportunamente dentro del proceso. Las

diligencias demuestran que la parte actora insistió en reiteradas ocasiones en el respeto por el debido proceso y el derecho de defensa solicitando la práctica de la prueba pericial.

Luego la carencia de dicha prueba resulta atribuible a causas bien diferentes a la incuria de la parte actora, razón por la que solicito respetuosamente se practique esta prueba en segunda instancia, tal como lo solicito al inicio de este documento.

7. El análisis que en la sentencia se hace sobre la tacha de sospecha realizada respecto del testimonio de la Doctora Nancy Yomayusa resulta en exceso deficiente, así como superficial, pues de la simple lectura del mismo se demuestra que esta testigo no se limitó a “informar los hechos que le constaba”, sino que por el contrario se hicieron verdaderos juicios de valor respecto de la conducta del médico Francisco Molinos y de los demás demandados.

8. La condena en costas es improcedente. La suma que se concede en la sentencia por agencias en derecho resulta no solo inmotivada sino excesiva, por lo cual solicito al superior que, revoque esta decisión respecto de las agencias en derecho y, en caso que se mantenga la condena a este respecto se liquiden de manera motivada, con parámetros objetivos y en una cifra muy inferior a la establecida en la sentencia.

Le ruego señora Magistrada revocar la decisión apelada para en su lugar proferir sentencia en la que se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'H' followed by a series of connected loops and a long horizontal stroke ending in a pointed tip.

HECTOR EDUARDO PATIÑO DOMINGUEZ

C.C. 79.600.103 de Bogotá D.C.

T.P. 84044 del CSJ

HONORABLE MAGISTRADA
MARTHA PATRICIA CRUZ MIRANDA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA CIVIL
La Ciudad.

ASUNTO. PROCESO ORDINARIO DE CARLOS FREDDY GONZALEZ CONTRA REFINANCIA S.A Y OTROS Radicado 2013 - 647

PATRICIA ELENA DEVIA TORRES, abogada en ejercicio, identificada con la cedula de ciudadanía 35.465.070., con tarjeta profesional No 75.130 del C.S de la J., actuando como apoderada de la parte demandada REFINANCIA S.A.S, dentro del proceso de la referencia, estando dentro del término me permito presentar INCIDENTE DE NULIDAD contra el auto del 3 de septiembre, por ser VIOLATORIO DEL DEBIDO PROCESO Y DE LA LEY PROCESAL; ya que la Magistrada al dejar sin valor ni efecto el auto del 9 de julio proferido por su despacho, con el argumento que según **“lo informado por la apoderada del demandante y la Secretaría**, Incurrir en un error, configurando así una vía de hecho, en tanto que la providencia del 9 de julio que declaro desierto el recurso de apelación, daba por terminado un proceso, estaba ejecutoriado y había hecho tránsito a cosa juzgada.

DICE EL AUTO DEL 3 DE SEPTIEMBRE:

“En atención a que según “lo informado por la apoderada del demandante y la Secretaría no se dio cabal cumplimiento a lo ordenado en el auto del 11 de junio de 2020, en cuanto respecta a la notificación de la providencia en la forma y términos allí descritos, circunstancia que deja sin piso jurídico la motivación y decisión contenida en el Numeral 1º del proveído del pasado 9 de julio, se (subrayado es mío)”

DISPONE:

1. Dejar sin valor ni efecto el auto del 9 de julio de 2020, por las razones expuestas. En consecuencia, se niega la solicitud de nulidad elevada por la apoderada de la parte demandante.

2. Por Secretaría, dese cabal cumplimiento a lo ordenado en el proveído del 11 de junio de 2020, dejando las constancias del caso.”

Pues bien, sin más perifrasis, he de empezar citando la sentencia de tutela de la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional Sentencia T-519/05

*“Sin embargo, no reparó la sentencia revisada, en que el auto que se cuestionaba tenía rango de sentencia, ponía fin a un proceso y por ende no era susceptible de declararse ilegal. Hay autos interlocutorios que tienen fuerza de sentencia cuando terminan el proceso, como el que admite el desistimiento o la transacción, o el que decreta la perención o le pone fin al proceso ejecutivo por pago, o el que declara la nulidad de todo lo actuado; proferirlos es como dictar sentencia, y por ello su ilegalidad posterior es impensable a la luz de las normas procesales civiles, de cara al orden y a la marcha segura de un proceso. **Además de lo anterior, se recuerda que un auto ejecutoriado no puede ser revocado por el juez, ya que la ley procesal no establece la revocación ni de oficio ni a petición de parte después de que se produzca la ejecutoria. Tampoco puede declararse la nulidad de un acto después de ejecutoriado, ya que la parte lo consintió si no interpuso recurso o éste se resolvió, quedando ejecutoriado el proveído, y a menos que se dé una causal de nulidad que no haya sido saneada”** (.Subrayado es mío.)*

Es de anotar, como bien lo argumenta la Magistrada, que resuelve dejar sin valor ni efecto el auto del 9 de julio: atendiendo **“lo informado por la apoderada”**, entendiendo que los informes no son un medio de impugnación, y no por la solicitud de nulidad presentada por la accionante, nulidad que fue negada por el Despacho, lo que lleva a concluir que esta no procedía para declarar la ilegalidad del acto y en consecuencia este queda en firme.

En esa medida, cuando el demandante no cumple la orden judicial de sustentar el recurso de apelación dentro de los cinco días y no lo hace dentro de los términos legales, la consecuencia, es la ejecutoria de auto, quedando la decisión adoptada por el TRIBUNAL SUPERIOR de declarar DESIERTO EL RECURSO en firme. Por lo tanto, no puede intentarse a través **“de una información al Despacho”**, cuestionar su propia actuación y revivir la actuación procesal, con clara violación debido proceso.

Lo que Concluye que el despacho incurre y procede contra providencia ejecutoriada, vulnerando flagrantemente el principio de preclusión y eventualidad, permitiendo reabrir la controversia, argumentando, sobre la legalidad de la formalidad de notificación, que no se exige en el caso del auto en mención y revivir una etapa ya precluida, cuando se ha dejado de acudir en tiempo a los mecanismos judiciales que brinda el proceso ordinario.

Sin embargo, si lo que pretende es dar “cabal cumplimiento a lo ordenado en el auto del 11 de junio de 2020, he de manifestar que este auto SI fue debidamente notificado en la página de la rama judicial www.ramajudicial.gov.co el 9 de julio y fue debidamente publicado por el TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA en el estado del 10 de julio, enlace y fue visible para las partes.

[HTTPS://WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO/WEB/TRIBUNAL-SUPERIOR-DE-BOGOTA-SALA-CIVIL/100](https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil/100).
Con lo anterior se cumplió cabalmente la notificación y el principio de publicidad.

Tanto es así, que la demandada mediante memorial presentó acción de nulidad contra este auto, por tanto, se entiende que el 30 de julio, la parte demandante se notificó por conducta concluyente, del auto que declaro desierto el recurso de apelación, por lo que se puede establecer que este auto si fue notificado y cumplió el objetivo.

Corte Constitucional, Sentencia T-661, sep. 5/14, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez

*“La Corte Constitucional recordó que la notificación por conducta concluyente es una modalidad de notificación personal que supone el conocimiento previo del contenido de una providencia judicial, **satisface el cumplimiento del principio de publicidad y el derecho a la defensa** y tiene como resultado que se asuma el proceso en el estado en que se encuentre, para, a partir ese momento, emprender acciones futuras.”(Subrayado es mío)*

Al respecto, el Código General del Proceso, en el artículo 301, advierte: “Cuando una parte o un tercero manifiesten que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda registro de ello, se considerará notificada por conducta concluyente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la manifestación verbal”.

“La importancia de las notificaciones, indicó, radican en que las partes e intervinientes pueden conocer las decisiones de las autoridades judiciales, presupuesto necesario para hacer uso de las herramientas procesales respectivas. “La notificación puede realizarse por la forma que sea más expedita y eficaz, al punto que la comunicación personal no es una camisa de fuerza para el juez”, agregó la Corte”

En consecuencia, no es de recibo y no procede la decisión de dejar sin valor ni efecto un auto por no haberse notificado en la forma y términos allí descritos, si al final cumplió cabalmente con el principio de publicidad y el derecho de defensa, tal y como quedo establecido precedentemente.

Por ultimo he de referirme a los principios procesales de preclusión y de la eventualidad, principios orientadores, sobre los que se construye un ordenamiento jurídico procesal.

Así lo estableció la Corte en el auto 232/01. Referencia: Sentencia T - 212/0

PRECLUSION-Alcance

Sabido es, que “la preclusión” es uno de los principios fundamentales del derecho procesal y que en desarrollo de éste se establecen las diversas etapas que han de cumplirse en los diferentes procesos, así como la oportunidad en que en cada una de ellas deben llevarse a cabo los actos procesales que le son propios, trascurrida la cual no pueden adelantarse.

En razón a para ejercer el derecho dentro del límite temporal establecido por la ley. éste principio es que se establecen términos dentro de los cuales se puede hacer uso de los recursos de ley, así mismo, para el ejercicio de ciertas acciones o recursos extraordinarios, cuya omisión genera la caducidad o prescripción como sanción a la inactividad de la parte facultada (Subrayado es mío)

PRINCIPIO DE LA EVENTUALIDAD:

Hernán Fabio López Blanco, “la eventualidad es el principio que garantiza la correcta construcción del proceso en virtud de que la organización que debe reinar en él se asegura mediante el cumplimiento de un orden preestablecido por la ley, en forma tal que sobre la firmeza del primer acto procesal se funda la del segundo, y así sucesivamente, hasta la terminación del trámite, usualmente con una sentencia.

En este contexto y por las razones expuestas es claro que en el caso concreto que el auto del 9 de julio, proferido por la Magistrada, no podrá ser revocado ni de oficio ni a petición de parte después de que se produzca la ejecutoria, por lo tanto, deberá quedar sin valor ni efecto el auto del 3 de septiembre.

Recibo Notificaciones patricia.deviatorres@hotmail.com.

Honorables Magistrada,

PATRICIA DEVIA TORRES
CC35.465.070
T.P.No 75.130 del C.S. de la J

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA CIVIL
Att.: Honorable Magistrado Ponente
Dr. LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZALEZ
Ciudad

REF.: PROCESO VERBAL

DEMANDANTE: SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

DEMANDADOS: ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. E.S.P. Y ASEO CAPITAL S.A.S. E.S.P.

RADICADO: 11001-31-03-032-2017-00609-03

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN

SANTIAGO LOZANO ATUESTA, mayor de edad, vecino de Bogotá, Abogado en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.115.178 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 14684 del C.S.J., obrando como apoderado especial de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. dentro del proceso que cito en referencia, estando dentro del término legal respectivo, respetuosamente manifiesto al H. Magistrado conductor y ponente del proceso que nos ocupa que interpongo formalmente **RECURSO DE REPOSICIÓN** contra el auto proferido en Sala Unitaria, prolado 03 de septiembre de 2020 y notificado a las partes mediante anotación en el estado del 04 de los mismos mes y año, providencia mediante la cual su Despacho decretó la suspensión del proceso referenciado por prejudicialidad y con apoyo en el art. 163 del C.G.P.

PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD

Delanteramente pongo de presente a su Despacho que la impugnación formulada resulta procedente, habidas las siguientes consideraciones:

1. En términos del art. 318 del C.G.P. el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez y contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica.
2. El auto que decreta la suspensión del proceso no es susceptible de recurso de súplica en cuanto y por cuanto no está enlistado en el numeral 321 del C.G.P. dentro de los autos que son apelables.
3. En el art. 162 del C.G.P. no se dijo que el auto que decretara la prejudicialidad fuera apelable, como sí lo regulaba el inciso final del art. 171 del C.P.C.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Acatando la carga procesal que me impone el inciso tercero del art. 318 del C.G.P. procedo a sustentar la impugnación formulada en los siguientes términos:

1. En forma respetuosa discrepo del H. Tribunal en cuanto a que las decisiones que se tomen por la jurisdicción contencioso administrativa sobre la validez de los actos administrativos que fulminaron las condenas **que ya fueron canceladas por la demandante** tenga tal incidencia en el presente proceso que no pueda definirse o dirimirse las pretensiones de la demanda. En efecto, las pretensiones de la demanda están encaminadas a dirimir las controversias existentes entre la aseguradora demandante en

ejercicio de una acción de subrogación que primigeniamente correspondía a FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. y parte de los demás declarados responsables fiscales, quienes no obstante tener la condición de deudores solidarios, no asumieron la proporcionalidad que les correspondía. Desde luego, si se llegara a declarar la nulidad de los actos administrativos, la CONTRALORÍA estará llamada a devolver a los declarados fiscalmente responsables las sumas de dinero que hubieran cancelado. Con la sola presentación de la demanda no se puede afectar o soslayar el derecho de los deudores solidarios que pagaron oportunamente las condenas y que por ende se subrogaron frente a aquéllos que no honraron el pago proporcional de las prestaciones a su cargo.

2. Como tuve a bien exponerlo al replicar el prematuro recurso de reposición interpuesto por el apoderado de ASEO CAPITAL S.A. E.S.P., demandada que igualmente deprecó la solicitud de suspensión por prejudicialidad, en la demanda que se presentó ante la jurisdicción contencioso administrativa, la sociedad de marras deprecó entre otras las siguientes pretensiones:

“IV. Como restablecimiento del derecho, se ordene a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA y/o a la UAESP reembolse a la sociedad a CONSORCIO ASEO CAPITAL SA ESP cualquier suma de dinero que llegue a pagar en razón a la decisión que por medio de la presente acción se controvierte.

.V. Que se orden (sic) la indemnización de todos los perjuicios causados por parte de la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA a mi representada, con la expedición de los actos administrativos aquí demandados y las medidas cautelares decretadas dentro del proceso de responsabilidad

fiscal adelantado irregularmente; perjuicios que serán demostrados en el curso del presente proceso.2”

3. Concordante con lo anterior, en mi sentir, resulta nítido que las pretensiones formuladas por todos los demandantes en los procesos que se ventilan ante la jurisdicción contencioso administrativa no tienen ninguna incidencia en las decisiones que se tomen en el presente proceso. Por el contrario, la definición de la presente litis es la que puede definir ante los procesos contenciosos cuáles son las sumas de dinero que debe reembolsar o reintegrar la CONTRALORÍA a los distintos sujetos que fueron declarados fiscalmente responsables.
4. En síntesis H. Magistrado, las pretensiones de la demanda que dieron origen al presente proceso tienen como apoyo el pago que se hizo por parte de la demandante como aseguradora de FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., pretensiones que son ajenas a la nulidad o validez de los fallos proferidos por la CONTRALORÍA GENERAL y que evidentemente son actos administrativos.
5. Por último, no puedo pasar por alto que la codemandada ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. E.S.P. - ATESA, al descorrer traslado sobre el recurso de reposición, ya glosado y formulado por ASEO CAPITAL S.A. E.S.P. hizo los siguientes comentarios y anotaciones que comparto en su integridad:

“Finalmente, en lo que respecta a los requisitos sustanciales para obtener aquella suspensión del proceso, el suscrito no encuentra obstáculo para que este despacho profiera la presente sentencia judicial, toda vez que contrario a lo que opina la parte recurrente, esta decisión necesariamente no depende de la sentencia que pudiere proferirse en la jurisdicción contenciosa administrativa, al corresponder o atender a materias distintas, que si bien pudieren guardar

una relación entre sí, no resultan suficientes para acoger la revocatoria del precitado auto recurrido.”

Por las razones expuestas, en forma respetuosa solicito al H. Magistrado Ponente revocar la providencia impugnada y por ende levantar la orden de prejudicialidad y proceder a dictar la sentencia que en derecho corresponde.

Cordialmente,



SANTIAGO LOZANO ATUESTA
C.C. No.: 19.115.178 de Bogotá
T.P. No.: 14684 del C.S.J.