

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

Bogotá, D. C., siete de octubre de dos mil veinte

11001 3199 002 2019 00429 02

Ref. Proceso verbal de impugnación de actas de asamblea de accionistas de JORGE ALFREDO CHAPARRO CELY, frente a ALVARO ROMERO SABOGAL (y otros)

Como quiera que el acá inconforme no sustentó su apelación en la oportunidad que consagra el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 (que se computó a partir de la ejecutoria del auto de 22 de septiembre de 2020, mediante el cual se admitió el recurso vertical), el suscrito Magistrado DECLARA DESIERTO el recurso que interpuso el demandante contra la sentencia que, en primera instancia, se profirió en el proceso de la referencia.

Lo anterior, en armonía, además, con las previsiones del inciso final del artículo 322 del C.G.P., según el cual, **“el juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”**.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese



OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D. C., siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020)

De conformidad con el artículo 316 del C.G.P., se acepta el desistimiento del recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el auto del 19 de diciembre de 2019, proferido por el Juzgado 17 Civil del Circuito.

Devuélvanse las diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'R. Acosta Buitrago'.

RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020).

Proceso No. 110013103005201800515 01
Clase: VERBAL - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
Demandante: ID CO S.A.S. (IDENTIFICATION COMPANY)
Demandado: PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA Y OTROS.

Con fundamento en los artículos 322 (incisos 2° y 3° del numeral tercero), 323 (numeral primero) y 327 (últimos dos incisos) del Código General del Proceso, se ADMITE, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante (min: 52:13 en adelante) contra la sentencia virtual que el 10 de septiembre de 2020 profirió el Juzgado 5° Civil del Circuito de esta ciudad, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda, al declarar probadas las excepciones denominadas “falta de legitimación frente a PRAXAIR GASES INDUSTRIALES, y la de inexistencia de perjuicios propuesta por LIQUIDO CARBÓNICO y OXÍGENOS DE COLOMBIA”.

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

So pena de los efectos procesales correspondientes, la **sustentación** de la alzada admitida versará, únicamente, sobre los reparos concretos presentados contra el fallo de primer grado, conforme lo regula el inciso final del artículo 327 del CGP. Las partes harán llegar sus respectivos escritos al correo electrónico de la secretaría: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Manuel Alfonso Zamudio Mora', written over a faint circular stamp.

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
Magistrado.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., siete de octubre de dos mil veinte

Proceso: Verbal.
Demandante: Martha Marcela Lagos Aponte y otros.
Demandada: Allianz seguros S.A.
Radicación: 110013103035201800071 01.
Procedencia: Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto: Apelación de sentencia.

OBEDÉZCASE Y CÚMPLASE lo resuelto por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en la providencia STC8059-2020 del 1º de octubre de 2020, dentro de la acción de tutela 11001020300020200251100.-

En acatamiento a lo dispuesto por el Juez Constitucional, para proseguir el trámite del recurso de apelación y de conformidad con el penúltimo inciso del artículo 327 de la Ley 1564 de 2012, se fija la hora de las 11:00 a.m., del 21 de octubre de 2020, para efectuar la audiencia de sustentación y fallo.

A efectos de llevar a cabo la sesión aquí programada y en atención a lo establecido en el artículo 8 del Acuerdo PCSJ20-11567 del 5 de junio de 2020, la misma se adelantará a través del servicio de audiencias virtuales, sobre lo cual se les informará oportunamente a los apoderados de las partes.

NOTIFÍQUESE,

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ruth Elena Galvis Vergara', is written over a light blue grid background.

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

Firmado Por:

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 011 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

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

Código de verificación: **83496ce397851c2a86c39e47bc010a646edaf6ba137905857f493229ba19237d**

Documento generado en 07/10/2020 02:47:55 p.m.



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

**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada Ponente**

Conflicto de Competencia 00-2020-01467-00

Bogotá D.C., siete (07) de octubre de dos mil veinte (2020)

Corresponde a esta Corporación, resolver el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Veintidós de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple y la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer del proceso verbal iniciado por Jacqueline Russi contra RV Inmobiliaria S.A.

I. ANTECEDENTES

Jacqueline Russi Ardila inició proceso de protección al consumidor contra RV Inmobiliaria S.A., ante la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que, en auto del 12 de julio de 2019 rechazó la demanda por falta de competencia tras considerar que, la *“demandante pretende una reparación de perjuicios proveniente de una causa ajena a la reparación por daños causados por la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, o por información o por publicidad*

2020-01467

*Juzgados Veintidós de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, Doce Civil del Circuito
y la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y
Comercio
Resuelve Conflicto*

engañoso” y remitió el expediente a los Juzgados Civiles Municipales de Bogotá.

Correspondió por reparto al Juzgado Veintidós de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, despacho que el 27 de septiembre remitió las diligencias a los Juzgados Civiles del Circuito por competencia, argumentando que, estando relacionada la acción con los derechos del consumidor, por la naturaleza del asunto debe adelantarse el trámite ante esos despachos judiciales.

Una vez asignado el asunto al Juzgado Doce Civil del Circuito, el 25 de noviembre de 2019, consideró que el auto donde el Juez de Pequeñas Causas declaró la falta de competencia no se ajusta a derecho por cuanto lo propio, era proponer el conflicto negativo a la Superintendencia de Industria y Comercio, por ende, ordenó la devolución a ese Juzgado.

El Juzgado Veintidós de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, por auto de 06 de febrero de 2020, propuso el conflicto negativo de competencia, reiterando que, tratándose de un asunto de protección al consumidor, corresponde la competencia a los Jueces Civiles del Circuito.

II. CONSIDERACIONES

Conforme al artículo 139 del Código General del Proceso¹, la Sala Civil del Tribunal Superior, es la Corporación idónea para resolver el conflicto negativo de competencia suscitado entre el Juzgado Veintidós de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple y la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

¹ El juez o tribunal al que corresponda, resolverá de plano el conflicto y en el mismo auto ordenará remitir el expediente al juez que deba tramitar el proceso. Dicho auto no admite recursos.

Cuando el conflicto de competencia se suscite entre autoridades administrativas que desempeñen funciones jurisdiccionales, o entre una de estas y un juez, deberá resolverlo el superior de la autoridad judicial desplazada.

2020-01467

*Juzgados Veintidós de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, Doce Civil del Circuito
y la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y
Comercio
Resuelve Conflicto*

Jacqueline Russi Ardila en calidad de propietaria de varios inmuebles dados en administración a la sociedad demandada, pretende entre otras, que el Juez ordene a RV Inmobiliaria “*Modificar los clausulados generales de los contratos de Administración Inmobiliaria Integral de acuerdo con lo previsto en la ley y en cumplimiento a los derechos del consumidor en obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, a fin de evitar la duda, error o engaño (información engañosa) en*”: la cláusula tercera, literales b, c, g, h, i, y redactar un clausulado general contractual con el lleno de esos requisitos, además de las indemnizaciones y devolución de dineros descontados indebidamente. Y aunque en el escrito introductorio, no determina la cuantía, de la lectura de las pretensiones de condena y el juramento estimatorio se colige que ésta no supera los cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes², es decir, se trata de un asunto de mínima cuantía.

El numeral 9° del art. 24 del Código General del Proceso, establece que “*los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 9. De los procesos relacionados con el ejercicio de los derechos del consumidor.*”

Empero, el párrafo 3° del artículo 390, de la misma codificación estatuye: “*Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales, (...) se tramitarán por el proceso verbal o **por el verbal sumario, según la cuantía**, cualquiera que sea la autoridad jurisdiccional que conozca de ellos.*” (Negrita fuera de texto).

Es decir, existe norma especial y posterior que, de manera diáfana, precisa que el trámite para resolver los asuntos relacionados con la protección a los derechos del consumidor, se determina en razón a la cuantía y no, a la naturaleza del litigio.

Entonces, como la demandante no sólo pretende que se declare la violación de sus derechos en calidad de consumidora, sino que

² Art. 25 C.G.P.

además, solicitó condenas resarcitorias de perjuicios, indemnizaciones y devoluciones de saldos, cuyo conocimiento no está atribuido por la legislación procesal a la Superintendencia de Industria y Comercio,³ y como quiera que se trata de un asunto de mínima cuantía, será el Juez de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, el competente para resolver el litigio propuesto por Jacqueline Russi Ardila en contra de RV Inmobiliaria S.A.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

RESUELVE

PRIMERO: DIRIMIR el conflicto negativo de competencia suscitado entre el Juzgado Veintidós de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple y la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer del proceso verbal iniciado por Jacqueline Russi Ardila contra RV Inmobiliaria S., declarando que la autoridad competente para resolver esta acción de Protección al Consumidor, es Juzgado Veintidós de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple.

SEGUNDO: REMÍTASE el asunto al Juzgado Veintidós de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple.

³ Art. 24 ibídem: Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: 1. La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos que versen sobre: a) **Violación a los derechos** de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor.

2020-01467

*Juzgados Veintidós de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, Doce Civil del Circuito
y la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y
Comercio
Resuelve Conflicto*

TERCERO: COMUNICAR la presente decisión a la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio y a la parte demandante para que tenga conocimiento sobre lo aquí resuelto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

2020-01467

*Juzgados Veintidós de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, Doce Civil del Circuito
y la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y
Comercio
Resuelve Conflicto*

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Proceso verbal de Juan Manuel Santos Rojas, Myriam Beatriz Santos Rojas, Gladys Mercedes Santos Rojas, Olga Lucia Santos Rojas, Laura Amanda Santos Rojas y Oscar Abelino Santos Rojas contra la sociedad La Congregación de las Dominicas de Santa Catalina de Sena- Clínica Nueva, Clínica Marly S.A, y los señores Gustavo Salazar, Carlos Eduardo Hernández García, Gustavo Adolfo Landazábal Bernal y William Quiroga Matamoros. Rad. No. 1001310303220180024302.

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020)

Proyecto discutido y aprobado según acta de fecha siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 6 de marzo de 2020, proferida por el Juez 32 Civil del Circuito de esta ciudad.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones:

Que se declare que los médicos **Carlos Eduardo Hernández García, Gustavo Adolfo Landazábal Bernal, Gustavo Salazar y William Quiroga Matamoros**, **i)** intervinieron de manera inadecuada e irresponsable, desconociendo los protocolos médicos adecuados para el señor Armando Santos y **ii)** obraron con negligencia, imprudencia, culpa grave e irresponsabilidad gravísima.

Como consecuencia de lo anterior, **i)** se condene al pago de los daños y perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de la negligencia médica desplegada por los demandados, los cuales se encuentran adscritos o vinculados laboralmente a la congregación de Dominicas de Santa Catalina de Sena- Clínica Nueva y Clínica Marly SA, y **ii)** se declare que las sociedades demandadas son legal y civilmente responsables por la negligencia medica de los profesionales que se encuentran adscritos o vinculados a su entidad.

Por último solicitó se ordenara “*a los demandados a pagar como indemnización a los demandantes las suma de quinientos (500) gramos oro para cada uno de los demandantes dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, por los daños morales y por los daños o perjuicios de carácter económico causados a los demandantes o el valor que el señor Juez determine*”.

1.2. Fundamentos fácticos:

El señor Armando Santos Mora, estaba afiliado como beneficiario a la Caja de Compensación Familiar COMPENSAR – COMPENSAR EPS, y le prestaba el servicio de salud la Congregación de Dominicas de Santa Catalina de Sena Clínica Nueva.

Relataron los demandantes que para el mes de agosto del año 2015, el señor Armando Santos Mora, progenitor de aquellos, comenzó a secretar sangre, iniciando un cuadro progresivo de deterioro de su salud, por lo cual se decidió acudir a la EPS. El 9 de julio de 2015, el paciente fue remitido ante el médico urólogo Carlos Eduardo Hernández García, quien luego de hacerle un examen superficial, y sin la ayuda de ninguna prueba diagnóstica, ordenó control rutinario en 6 meses.

Posteriormente, y debido al progresivo deterioro del estado de salud, la EPS autorizó su remisión a la clínica Marly, en donde el galeno Gustavo Salazar, le realizó una cistoscopia, informádo que no halló ninguna evidencia de cáncer u otra patología de gravedad.

En el mes de enero de 2016, la EPS autorizó los exámenes denominados TAC de vías urinarias, TAC de abdomen y pelvis, los cuales arrojaron el resultado de “tumor maligno de la vejiga urinaria parte no especificada”.

Pese a que el paciente estaba atravesando un cuadro de deterioro progresivo de salud, la entidad promotora de salud no adoptó las medidas necesarias para tratar dicha enfermedad, máxime cuando se trataba de una persona con 79 años de edad.

El día 6 de marzo de 2016, el oncólogo urólogo William Quiroga, decidió efectuar una biopsia en la clínica Partenón, procedimiento a partir del cual la salud del señor Santos Mora empeoró.

El día 11 de abril de 2016, el señor Armando Santos, debido al notorio deterioro en su salud, fue llevado de urgencias al Instituto Nacional de Cancerología, siendo atendido en cita prioritaria por el oncólogo urólogo Rodolfo Varela, quien ordenó una intervención quirúrgica de carácter urgente, por lo que los hijos del paciente se dirigieron a la EPS Compensar, con el fin de conseguir la autorización respectiva. La EPS no autorizó la intervención quirúrgica.

El día 12 de abril de 2016, la EPS informó telefónicamente al señor Santos Mora, la cita agendada con el médico William Quiroga para programar intervención quirúrgica ordenada. La cirugía quedó para el día 13 de mayo de ese año.

El día 10 de mayo de 2016, el paciente ingresó a la Clínica Nueva, con el fin de efectuar la preparación para la cirugía de vejiga y recto, estable y sin ningún tipo de dolor o malestar.

El día 11 de mayo de 2016, de conformidad con las órdenes médicas, se le suministró un líquido que ayudaría a limpiar el colón, no obstante lo anterior, al día siguiente el señor Santos Mora empezó a expulsar coágulos de sangre por el recto, por lo cual tuvieron que reanimarlo; este episodio se repitió el día 13 de mayo, en el cual se llevaría a cabo la intervención, por lo cual es

ingresado a la unidad de cuidados intermedios con la orden de una transfusión de sangre.

Pese a la última orden de transfusión de sangre, la Clínica Nueva demora 6 horas en efectuar tal procedimiento, generándole una anemia aguda; e incluso le realizó varios exámenes, no obstante las condiciones en que se encontraba el paciente.

El día 14 de mayo de 2016, en contra de la voluntad del paciente la practicaron una endoscopia y colonoscopia por parte del galeno Gustavo Adolfo Landazábal Bernal, y de acuerdo con el gastroenterólogo Jairo Ospina, arrojó como resultado varias úlceras.

Debido a la intuida mala praxis en el tratamiento del padecimiento, el señor Santos Mora manifestó expresamente que no se sometería a ninguna colonoscopia ni endoscopia adicional; al tiempo que sus hijos radicaron derecho de petición antes las autoridades competentes con el fin de que se realizara un procedimiento más efectivo para detener el sangrado y estabilizar al paciente.

El gastroenterólogo ante la pérdida masiva de sangre del paciente ordenó la transfusión de cuatro bolsas de sangre, la cual nunca se realizó.

El 17 de mayo de 2016, el paciente autorizó la práctica de una endoscopia, pero persistió en su negativa a someterse a una colonoscopia, amén de que, éste último procedimiento fue realizado en contra de su voluntad, lo cual le ocasionó la muerte. El paciente, ni los hijos de éste fueron informados de los riesgos que devenían de tales procedimientos, y por el contrario, después del deceso de aquel, la clínica solicitó la suscripción de la autorización del procedimiento.

1.3. Actuación procesal:

Mediante providencia calendada del 1º de junio de 2018, se admitió la demanda de referencia.

El galeno **Gustavo Adolfo Salazar Trujillo**, propuso la excepción de “*ausencia de culpa*”, al manifestar que el paciente Santos Mora fue atendido con toda diligencia y cuidado, pues con el hallazgo que arrojó la cistoscopia, se ordenó de manera inmediata al médico urólogo oncólogo, William Quiroga Matamoros, cita prioritaria, y remisión a urología oncología para resección de masa vesical.

En este orden, además propuso la excepción de “*inexistencia de relación causa efecto entre el hecho y el daño*”, pues al analizar la historia clínica se concluye que la actuación del profesional fue diligencia y con clara observancia a las guías clínicas establecidas por los protocolos internacionales de la Sociedad Americana de Urología, de la Sociedad Europea de Urología y de la Sociedad Colombiana de Urología.

A su turno, el médico **Gustavo Adolfo Landazabal Bernal**, propuso los siguientes medios exceptivos: “*inexistencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil médica e inexistencia de una relación causa-efecto entre el actuar del profesional de la salud Gustavo Adolfo Landazabal y el fallecimiento del señor Armando Santo Mora*”, para lo cual aclaró que la primera endoscopia digestiva realizada el 12 de mayo de 2016, y la primera colonoscopia de 14 de mayo de 2016, no se había podido ubicar el sitio de sangrado activo en el momento de realizar esos procedimientos. Durante la colonoscopia realizada el 17 de mayo de esa anualidad, se observó que efectivamente el sangrado proviene del intestino delgado dada la presencia de abundante sangre en el ileon terminal, por lo cual se ordenaría la realización de arteriografía versus laparotomía con sospecha de infiltración tumoral del intestino delgado por parte del tumor de vejiga.

Lo anterior, de acuerdo a la manifestación del galeno, indica que aunque se identificó la ubicación del sangrado, no se puede controlar el mismo con la endoscopia; no obstante el paciente falleció por una inestabilidad hemodinámica, concluyéndose que la muerte no está condicionada a un procedimiento endoscópico ni una mala práctica médica. La causa probable de la muerte es

secundaria al sangrado que presentó, probablemente, por infiltración tumoral del intestino delgado por el tumor de la vejiga.

El “*actuar del doctor Gustavo Adolfo Landazábal estuvo acorde a “lex artis”, ausencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil médica*”, en razón de que la labor del galeno es de medios y no de resultado.

Por último “*el actuar médico del doctor Gustavo Adolfo Landazábal no tiene relación de causalidad con los hechos y pretensiones de la demanda, ausencia de causalidad entre los daños reclamados como indemnizables y el servicio de salud suministrado al doctor Gustavo Adolfo Landazábal*”, excepción que se sustenta en que el actual del profesional no tiene relación directa con la causa del fallecimiento del señor Armando Santos Mora.

Por su parte la **Congregación de Dominicas de Santa Catalina de Sena Clínica Nueva IPS**, propuso las excepciones que denominó “*ausencia de daño*”, al señalar que el extremo demandante no ha probado el daño que alega, en tanto el señor Armando Santos Mora, ingresó a la clínica Nueva en un estado deplorable de salud, pues ya tenía el diagnóstico de cáncer de vejiga con tumor maligno e invasivo, del cual se le había descartado en otras instituciones radioterapia y quimioterapia debido a lo avanzado del mismo. El equipo interdisciplinario médico adelantó los procedimientos adecuados para tratar la patología del paciente. Bajo éste mismo argumentos se desarrolló la excepción de “*ausencia de causalidad*”, al precisarse que la causa del fallecimiento del paciente no fue por una indebida práctica de la clínica, o sus profesionales adscritos.

Por otra parte, se propuso las excepciones denominadas “*inexistencia de responsabilidad de la Clínica Nueva*” y “*fuerza mayor o caso fortuito*”, al destacarse que la ciencia de la medicina es de medios y no de resultado, y que la clínica realizó todos los actos tendientes de salvar la vida del paciente, no obstante, el mismo ya presentaba un deterioro en su salud irreversible que le condujo la muerte.

El galeno **Carlos Eduardo Hernández García**, propuso las excepciones de mérito que denominó “*inexistencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil médica e inexistencia de una relación causa efecto entre el actuar del profesional y el fallecimiento del señor Armando Santos Mora*”, “*el actuar del doctor Carlos Eduardo Hernández García no tiene relación de causalidad con los hechos y pretensiones de la demanda. Ausencia de causalidad*”, las cuales se sustentan en que el profesional tan solo atendió al paciente el 9 de julio de 2015, sin que dicho acto tuviera incidencia en la muerte del señor Santos Mora.

El médico **William Quiroga Matamoros**, propuso, por su parte, la excepción que denominó “*inexistencia de responsabilidad por parte del doctor William Quiroga Matamoros*”, toda vez que actuó en todo momento de manera adecuada, oportuna, diligente, perita y acorde con la lex artis, siguiendo las guías y protocolos institucionales y la normatividad vigente. Además, no se probó el nexo de causalidad entre el daño ocasionado y la conducta del profesional.

La **Clínica de Marly S.A.**, propuso las excepciones de “*falta de causa e ilegitimidad de la parte actora frente a la Clínica de Marly S.A.*” e “*inexistencia de responsabilidad civil extracontractual por parte de la Clínica de Marly*”, bajo el argumento de que el señor Armando Santos Mora, nunca fue remitido por la EPS Compensar, a tal entidad, por lo que nunca asistió ni concurrió a la clínica.

1.4. El fallo apelado

Mediante sentencia calendada del 6 de marzo de 2020, el Juez 32 Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá resolvió: “**PRIMERO:** DESESTIMAR las pretensiones de la demanda **SEGUNDO:** CONDENAR en costas a los demandantes, a favor de los demandados, y fijar agencias en derecho de la siguiente manera: Congregación de Dominicas de santa catalina de Sena, la suma de cuatro millones de pesos (\$4.000.000). Carlos Eduardo Hernández García, la suma de Cuatro Millones de pesos

*(\$4.000.000) Gustavo Adolfo Landazábal Bernal, la suma de Cuatro Millones de pesos (\$4.000.000). Gustavo Salazar Trujillo, la suma de Cuatro Millones de pesos (\$4.000.000). William Quiroga Matamoros, la suma de Cuatro Millones de pesos (\$4.000.000). Clínica de Marly SA, la suma de Cuatro Millones de pesos (\$4.000.000) **TERCERO:** no imponer condena en costas a los demandantes a favor de los llamados en garantía, y tampoco se condena en costas a quienes hicieron los llamados en garantía en razón a que, tal trámite no fue necesario resolverlo”.*

Para decidir como lo hizo, el a quo señaló que, en el dictamen pericial practicado dentro del proceso no se evidenció que las conductas desplegadas por los médicos para la atención del señor Armando Santos, haya sido contraria con la praxis médica y la lex artis, pues no hubo un señalamiento técnico o científico que evidencie la negligencia del personal médico, por lo que el simple conocimiento privado no sirve como elemento de juicio.

Anotó que, dado el carácter científico que se requiere para resolver el presente conflicto, sin desconocer el principio de libertad probatoria, su conocimiento fue desarrollado mediante las declaraciones de testigos técnicos, dictámenes periciales, y los demás elementos practicados a lo largo del proceso, para concluir que los galenos no actuaron de manera desacertada en cuanto a su conocimiento científico, teniendo en consideración que eran profesionales de la salud, con una alta experiencia en el campo, vinculados a entes de salud, habilitados por el Estado para prestar servicios de tal índole.

Refirió además, que la causalidad, como un requisito de la responsabilidad debe quedar plenamente acreditada; no obstante, tal presupuesto no fue satisfecho, por cuanto el material probatorio no es concluyente frente a que el deceso del señor Santos Mora, estuvo vinculado a la conducta desplegada por los galenos.

Concluyó el Juez que, aun cuando el sistema de salud tiene dificultades, a veces por situaciones administrativas, tales circunstancias, no configuran el elemento de una conducta

antijurídica que comprometa la responsabilidad de los demandados, pues no hay la prueba científica, de la cual se pueda desprender tal inferencia.

1.5. Recurso de apelación:

En la oportunidad prevista por el art. 14 del Decreto 806 de 2020 la apoderada judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, concretando su inconformidad en los siguientes puntos:

Indebida valoración probatoria. Refiere la apelante que se incurrió en indebida valoración probatoria, por cuanto los interrogatorios de la parte demandante, demuestran que no existió un consentimiento por parte del señor Armando Santos para la práctica de los exámenes que lo llevaron al deceso, así como también la inadecuada atención de la clínica nueva en cuanto a suministros, habitaciones, medicamentos, transfusiones de sangre, trato cruel e inhumano, y las falencias e irregularidades en la práctica de los exámenes al paciente.

Argumenta que, el Juez fundamentó su fallo en protocolos y guías médicas que fueron aportados por los demandados, sin tener en consideración, que para el caso en concreto se hayan desplegado dichos procedimientos de manera inequívoca en el diagnóstico y la atención recibida por el señor Armando Santos

Aunando a lo anterior, señaló que, el Juez equivocadamente le otorgó credibilidad al testigo técnico Ricardo Cepeda, aun cuando la apelante solicitó oportunamente que se rechazara de plano, en razón de que el declarante había sido citado para que expusiera su conocimiento únicamente frente a los hechos de la demanda, por lo cual se desconoció los requisitos legales que establece el artículo 168 el Código General del Proceso, para que la prueba sea pertinente y conducente.

Además, omitió el *a-quo* hacer manifestación alguna frente a la tacha propuesta al testigo Jairo Ospina, quien presentó una evidente contradicción.

Condena en costas. Finalmente señaló que, existen costas procesales, siempre y cuando, en el expediente haya una comprobación de los gastos por la actividad judicial o afectación importante a los demandados, por lo que no resultaría procedente dentro del presente proceso, pues no se ha acreditado, los gastos en los que se incurrió, teniendo en cuenta que se trata de un proceso declarativo.

1.6. Réplicas:

Los demandados solicitaron la confirmación de la decisión de primer grado, por cuanto la actora demostró la responsabilidad en el ejercicio médico prestado por el grupo de profesionales accionado.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico: Corresponde en esta oportunidad dentro de los límites que impone el artículo 328 del Código General del Proceso, determinar si la atención médico asistencial suministrada por los demandados al señor Armando Santos Mora, fue la adecuada.

2.2. Oportuno resulta mencionar que el derecho fundamental a la salud incide en la responsabilidad civil médica, entendiendo que la seguridad social en salud en la legislación actual, tiene una doble connotación jurídica, por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público.

En cuanto al primero, la salud debe ser prestada de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad. Se trata de un derecho que ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, al punto que se trata de un derecho fundamental autónomo, por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la

integridad física y moral de las personas. Por lo que refiere al segundo, como servicio público, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 de la Carta Política.

El sistema de salud se ha definido como el conjunto de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud, con observancia en estándares de calidad a la hora de desarrollar operaciones principales, tanto administrativas como asistenciales, los cuales sirven de guía a los miembros de la organización para desempeñar eficazmente sus labores.

2.3. Responsabilidad médica concreta: Para que pueda configurarse la responsabilidad médica debe tenerse por acreditados los siguientes requisitos, **i)** el daño, **ii)** la culpa y **iii)** la relación de causalidad entre estos dos últimos. Por ello, la Sala abordara la verificación de estos presupuestos, en punto a los reparos formulados por la parte demandante.

La ciencia de la medicina comporta una obligación de medio y no de resultado; en este sentido el profesional de la medicina y las instituciones prestadoras de servicios médicos deben suministrar al enfermo todos y cada uno de los cuidados requeridos, acorde con los conocimientos científicos y la práctica del arte de curar permitan a la persona lograr el fin deseado, sin que se obligue la institución o el médico a garantizar ese resultado.

No obstante lo anterior, con independencia de que se trate de una obligación de medio, el análisis de responsabilidad se enfila a establecer la existencia de un actuar negligente por parte de los galenos o entidad asistencial, a efectos de que pueda ser imputado el daño al profesional de la salud, o a la entidad de salud a la cual se encuentre adscrito.

2.3.1. De acuerdo con la historia clínica, el día 11 de febrero de 2016, el médico William Quiroga Matamoros diagnosticó al paciente Armando Santos Mora, un “*tumor maligno de vejiga urinaria parte no especificada*”, la cual se considera como una enfermedad en la cual se forman células cancerosas en los tejidos de la vejiga, “*se explica necesidad de rtu y fulguración de tumor vesical, se explica procedimiento y posibles complicaciones como: INFECCION, SANGRADO, LESION VISCERALES, LESION URETRAL, VESICAL O URETERAL, VASCULAR, CISTOSTOMIA, INCONTINENCIA, TEP, UCI, MUERTE, SIND POS RTU, CIRUGIA ABIERTA*”, suscribiéndose por parte del paciente el consentimiento del tratamiento a seguir.

En este sentido al paciente se le realizó una resección trasuretral de tumor vesical, fulguración endoscópica de tumor, la cual se remitió el día 6 de marzo de 2016, con el respectivo consentimiento informado suscrito por el señor Armando Santos Mora. Este procedimiento arrojó como resultado carcinoma urotelial papilar de alto grado invasivo¹, ello de acuerdo a la evolución de la historia clínica registrada para el 9 de marzo de 2016.

¹ Los cánceres **invasivos** han crecido hacia capas más profundas de la pared de la vejiga. Estos cánceres tienen más probabilidad de propagarse y son más difíciles de tratar. American Cancer Society ®

Los cánceres invasivos han crecido hacia capas más profundas de la pared de la vejiga. Estos cánceres tienen más probabilidad de propagarse y son más difíciles de tratar.

Alrededor de 81,400 casos nuevos de cáncer de vejiga, de los cuales 62,100 serán hombres y 19,300 serán mujeres

El cáncer de vejiga principalmente ocurre en las personas de edad avanzada.

Alrededor de 9 de 10 personas con este cáncer tienen más de 55 años de edad.

La edad promedio al momento de realizarse el diagnóstico es de 73 años

En general, la probabilidad de que los hombres padezcan este cáncer durante el transcurso de sus vidas es de alrededor de 1 en 27

Un factor de riesgo es todo aquello que afecta su probabilidad de padecer una enfermedad

Como dejar de fumar o mantener un peso saludable; otros, como su edad o su antecedente familiar, no los puede cambiar

La probabilidad de que los fumadores padezcan cáncer de vejiga es al menos el triple de la que tienen los no fumadores. El hábito de fumar causa alrededor de la mitad de todos los cánceres de vejiga tanto en hombres como en mujeres.

Las tasas de supervivencia proporcionan una idea del porcentaje de personas con el mismo tipo y etapa de cáncer que siguen vivas durante cierto tiempo (generalmente 5 años) después del diagnóstico

<https://www.cancer.org/es/cancer/cancer-de-vejiga/despues-del-tratamiento.html>

Según el dane (la expectativa de vida en Colombia es de 72 años, para el 2016)

Es importante mencionar que, de acuerdo a las conclusiones de la historia clínica, acompañada con la experticia ya referida, al paciente Armando Santos Mora no se le ordenó ningún procedimiento, hasta que el diagnóstico fue preciso en punto a la patología base.

En ese orden, al paciente se le programó para el 13 de mayo de 2016, el procedimiento quirúrgico denominado cistoprostatectomía radical más derivación urinaria², de la cual obra en la historia clínica consentimiento informado, amén de que ésta no realizó debido a algunas complicaciones en el estado de salud del paciente.

El señor Armando Santos Mora ingresó a la Clínica Nueva el día 10 de mayo de 2016, efectuándose la siguiente anotación en la epicrisis *“tiene dolores terribles en la vejiga desde hace 5 días y no le pasa, y no come, tiene ansias y lleva 2 días de opresión en el pecho con ahogo”*.

Se registró además, infección urinaria complicada, demostrada en parcial de orina con nitritos, positivos, leucocitos y bacterias positivos, y cuadro hemático con leucocitosis de 20,100³. Reporta antecedente de infección por enterococcus faecalis y en esa hospitalización encontró infección por enterobacter aerogenes que requiere manejo antibiótico parenteral, el cual se inició al ingreso de urgencias. Esta infección presenta riesgo de complicaciones.

Efectuado el manejo de la infección, el paciente presenta en la madrugada del 11 al 12 de mayo de 2016, sangrado digestivo espontáneo, por lo que se ordena endoscopia digestiva alta y

² La intervención quirúrgica de cistectomía radical se basa en la extracción de la vejiga+ganglios linfáticos. En hombres se realiza cistoprostatectomía, ya que también se quita la próstata. En mujeres que quita la vejiga y se puede o no, extirpar también útero, ovarios y trompas de Falopio. Este tipo de cirugías se realiza como tratamiento para los tumores de vejiga que infiltran musculo o para los tumores de alto grado que son refractarios a la terapia intravesical. American Cancer Society ®

³ Los rangos normales oscilan entre 4800 a 10800 de acuerdo a la historia clínica

colonoscopia. Se recetó omeprazol para el control de sangrado digestivo alto, de esófago estómago y duodeno.

El 12 de mayo de 2016, el doctor **Gustavo Adolfo Landazabal Bernal**, realizó endoscopia digestiva alta, en la cual se advirtió la presencia de “*esofagitis grado A (Los Ángeles), Gastritis crónica activa antral leve, úlcera duodenal murakami II forrestt llc*”, por lo que se interpretó que el paciente sangró de la úlcera duodenal debido a la clasificación Forrestt llc, “*implica superficie de la úlcera recubierta por restos de sangre antigua*”.

Debido al poco interés del paciente en realizarse la colonoscopia, se resolvió continuar con el manejo de la úlcera duodenal, así como la infección urinaria.

La cirugía gastrointestinal programada para el 13 de mayo de 2016, se suspendió debido al estado de salud del paciente, especialmente por el sangrado digestivo reciente, ordenando la remisión del mismo a la unidad de cuidados intermedios, y así continuar con el respectivo tratamiento.

El 14 de mayo de 2016, el señor **Santos Mora**, presentó defecaciones con sangre acompañados de cambios hemodinámicos, palidez, y descenso de la hemoglobina a 7.3, lo cual se interpretó como un nuevo episodio de sangrado digestivo, al tiempo en el que, advertida la sangre fresca se sospechó infiltración del tumor en la vejiga del recto, concluyéndose que el origen del sangrado podría ser digestivo bajo⁴, **por lo cual se ordenó realizar colonoscopia total, con indicativo de urgencia vital** ⁵.

El día 14 de mayo de 2016, se realizó la endoscopia ordenada encontrándose “*restos de sangre antigua en todo el colon, muy escasos restos de sangre antigua en el ileón, enfermedad diverticular generalizada del colon, pólipo pequeño de recto proximal de histología por establecer, úlcera y erosiones de*

⁴ Colon o recto

⁵ Se entiende por urgencia o emergencia vital toda condición clínica que implique riesgo de muerte o de secuela funcional grave, la atención de urgencia o emergencia vital ante un hecho de tal envergadura, debe ser inmediata e impostergable

recto de histología por establecer, hemorroides mixtas". No se advirtió sangrado activo.

El 15 de mayo de 2016, se solicitó la práctica de un TAC⁶ abdominal para evaluar la evolución del tumor de la vejiga, el cual se tomó al día siguiente, revelando un crecimiento de la masa de la vejiga a 11X9X8 centímetros con compromiso asociado de la próstata y del recto.

Se sugirió la práctica de endoscopia digestiva alta y colonoscopia de control para verificar la evolución de la úlcera duodenal, valorar nuevamente las lesiones del colón, y así definir la toma de biopsias y evaluar la causa del sangrado digestivo. El paciente se negó a la realización de los procedimientos, pese a la advertencia de su necesidad.

El día 17 de mayo de 2016, el paciente presentó nuevamente defecaciones con sangre, estaba pálido, adinámico, se ordenó la transfusión de 4 unidades de glóbulos rojos. Se realizó endoscopia digestiva alta, a la cual el paciente accedió. En éste último procedimiento se observó la inexistencia de sangrado en el tracto digestivo alto, esófago, estómago o duodeno.

Posteriormente se realizó una colonoscopia, con el fin de ubicar el sitio del sangrado, examen que arrojó enfermedad diverticular del colón, pólipo de unión recto sigmoidea, hemorroides internas grado III, sangre en el intestino delgado distal, de donde se originaba. No fue posible realizar control endoscópico del sangrado, por lo que se ordenó la realización de arteriografía vs laparotomía con sospecha de infiltración tumoral en el intestino delgado por parte del tumor de la vejiga.

No obstante lo anterior, el paciente falleció posterior al traslado en la habitación por una "*inestabilidad hemodinámica*", asociada al sangrado.

⁶ Sigla de Tomografía Axial Computerizada, con que se denomina un método de exploración radiológica que permite el estudio de un órgano, especialmente el cerebro, desde distintos planos.

"tienen que hacerle un TAC para comprobar si con el golpe el cerebro se ha dañado". Diccionario Oxford Languages

2.3.2. Valoración probatoria.

En este punto hay que precisar que no se advierte una indebida valoración probatoria, como lo alega la recurrente.

Pertinente resulta recordar que la historia clínica registra cronológicamente los servicios brindados al paciente, con inclusión de sus antecedentes, así que si le faltase claridad, orden, o fuese incompleta, alterada o con enmendaduras es un aspecto que debe probar quien lo alega⁷. Con todo “*su mérito probatorio debe establecerse «de acuerdo con las reglas de la sana crítica», debiendo ser apreciada en conjunto con las pruebas restantes, máxime cuando su contenido se refiere a conceptos que en muchos casos son ajenos al conocimiento del funcionario*”⁸. Las referidas falencias en modo alguno fueron probadas por la parte demandante, y ni siquiera resultan claras en punto a los alegatos concretos.

Este documento, por sí solo, sería insuficiente para acreditar la responsabilidad que se alega, por lo que es necesario que el mismo se soporte de otros medios de convicción que lo interpreten y puedan ilustrar sobre las reglas de la ciencia médica que fueron aplicadas adecuada o incorrectamente. Es por ello que resulta impertinente lo sugerido por la parte demandante, en punto a la valoración de los interrogatorios de los demandantes como prueba de la responsabilidad, pues su versión en modo alguno desvirtuó el contenido de esa historia clínica, su dicho no pasó de ser la impresión personal, que en ellos quedó el delicado estado de salud en el que ya se encontraba su padre debido a la patología de base.

Ahora bien, contrario a lo sostenido por la parte recurrente, lo declarado por los demandados y testigos sí resulta coincidente en lo que concierne al seguimiento de las guías médicas, y buena practica medica en general.

Bajo este derrotero el perito -médico urólogo- **Fabián Pompilio Daza Almendrales**, refirió expresamente que el

7 CSJ. SC21828-2017.

8 CSJ SC 5746-2014 del 14 de noviembre de 2014, rad. n°2008-00469-01

tratamiento médico dado por el galeno **William Quiroga Matamoros** *“hizo el enfoque adecuado al paciente desde la primera consulta. De igual forma, tomó las decisiones acertadas de acuerdo a la lex artis y la buena práctica médica, tomando como base para dichas decisiones lo estipulado en las diferentes guías de manejo de diferentes sociedades científicas para este tipo de casos”*, con todo, advirtió que los procedimientos realizados fueron los adecuados de conformidad con la patología base.

Aclaró además que la resección trasuretral de tumor vesical, fulgoración endoscópica de tumor, remitida el día 6 de marzo de 2016, era totalmente pertinente pues *“no solo busca detener el sangrado activo (en caso de estar presente), sino también proporcionar material para estudio por parte de patología en el cual se clasificará la enfermedad como superficial o invasiva”*.

A su turno, el dictamen rendido por el galeno **Luis Alberto Ángel Arango**, médico internista, gastroenterólogo, nutriólogo adscrito a la Universidad Nacional de Colombia, refirió que el tratamiento y manejo efectuado en la Clínica Nueva al señor **Armando Santos Mora**, por cuenta de los episodios de deposición melénicas y coágulos, estaban plenamente indicados, principalmente la realización de la endoscopia y colonoscopia. De igual manera descartó, como así lo exigía la parte demandante, la práctica del procedimiento médico denominado *“piull cam o píldora para detectar las hemorragias”*, o el *“método de argón”* para cauterizar, pues para llevar a cabo tal práctica era necesario haber realizado en dos ocasiones endoscopia y colonoscopia *“sin hallar la explicación de la misma y demostrar que la hemorragia procedía del intestino medio”*.

El testigo Jairo Ospina, médico, quien examinó al paciente aseveró que el único tratamiento curativo para el tipo de tumor del que adoleció el señor **Armando Santos Mora**, es la cirugía que inicialmente se había programado; recontó cada uno de los pormenores de la historia clínica, reiterando que *“en este caso pues que presenta un sangrado que se supone que es en las vías digestivas altas es mandatorio hacerle una endoscopia y antes de*

eso pues se hizo la aplicación de líquidos y se estabilizo para hacer el procedimiento”.

En punto al procedimiento realizado el día 17 de mayo de 2016, advirtió que el médico Landazábal *“le hizo la endoscopia y en la endoscopia encontró el 17 de mayo a las 10am, encontró ulcera udenal activa sin evidencia de sangrado focal, entonces él tenía una persona que tenía sangrado, que estaba inestable, que corría el riesgo de tener un sangrado no controlado, entonces por eso decidió hacerle una colonoscopia, y en la colonoscopia encontró que tenía los divertículos que se habían visto, un pólipo del colon, unas hemorroides y encontró que el sangrado en ese momento lo determino que estaba localizado en el intestino medio”.* La causa de la muerte la calificó el galeno como hemorrágica.

También precisó que de acuerdo con la historia clínica, no existía otro procedimiento más adecuado para tratar al paciente, siendo éstos los indicados en su momento.

A su turno el testigo **Ricardo Aníbal Cepeda**, quien elevó una declaración técnica, manifestó que los pormenores de la atención médica debían estar consignados en la historia clínica. No obstante, en su condición de gastroenterólogo explicó la necesidad de practica una endoscopia y colonoscopia, en caso de advertirse sangrado intestinal, calificando ambos procedimientos de idóneos y pertinentes frente a la patología tratada.

Entonces, la historia clínica, acompasada de los dictámenes médico legales, así como de las versiones testimoniales de los especialistas Jairo Ospina y Ricardo Anibal Cépeda, permiten concluir que el paciente Armando Santos Mora, falleció el día 17 de mayo de 2016, sin que su deceso estuviera vinculado a algún procedimiento endoscópico o colonoscópico como lo sugiere la parte demandante. La causa probable de la muerte es secundaria al sangrado, el cual se presentó por infiltración tumoral del intestino delgado por el tumor de la vejiga, pues el tratamiento médico realizado al paciente fue el adecuado para su diagnóstico canceroso.

Se arguyó en la alzada que esos testimonios fueron valorados sin el rigor que implicaban sus relaciones contractuales con la clínica demandada, circunstancia que podría afectar la imparcialidad de los declarantes, pero debe recordarse que en manera alguna ello hace ineficaces estos medios.

Los motivos enunciados por la recurrente, son insuficientes para la exclusión del medio de prueba, pues aunque los galenos aceptaron vinculación con sociedades demandadas, no así respecto a la imparcialidad que se exige, además, itérese, las declaraciones resultan responsivas en cuanto los relatos se perciben espontáneos, explicativos en el conocimiento científico, con respuestas verosímiles en el contexto de lo alegado y circunstanciadas en tiempo, modo y lugar.

Del anterior recuento evidente resulta, que el examen médico denominado “colonoscopia”, era el adecuado p por el estado en que se encontraba el señor Armando Santos cuando fue prescrito; que no existieron errores de conducta de parte los profesionales de la salud, que contribuyeran al lamentable desenlace, por ende al no estar demostrado el elemento culpa, menos el nexo causal, pues tampoco se demostró que la causa de la muerte fuese el examen médico “colonoscopia”, en el que centra su atención la apelante.

2.4. Consentimiento informado:

La parte demandante no demostró la ausencia de consentimiento informado, al señor **Armando Santos Mora**, y menos aún, que dicha omisión hubiese generado un perjuicio *“lo anterior tiene un basamento fuerte y es la ausencia de nexo causal entre la violación del deber de información y la lesión corporal padecida. Es que el interés jurídico tutelado cuando se requiere que el paciente dé asentimiento a la práctica quirúrgica previa información suficiente que ha obtenido de la misma y de otros pormenores según lo dicho, radica en la protección de derechos constitucionales fundamentales (autonomía, libertad y dignidad humana) y no propiamente la evitación de un perjuicio que, con*

información o sin ella puede llegar a materializarse como secuela de la intervención quirúrgica que comporta los riesgos”⁹.

Es más cabe aquí recordar que el consentimiento informado puede obviarse, cuando de preservar la vida se trata.

Sobre el particular, debe recordarse que la medicina tiene tres objetivos: detener la muerte, mejorar la calidad de vida o rehabilitar al enfermo. Por esto, mostrar las alternativas a los pacientes es esencial, incluida la búsqueda del mejor momento para intervenir¹⁰, por lo que, en línea de principio, es fundamental la conformación del consentimiento del sujeto para la práctica de procedimientos invasivos, con la advertencia de la consecuencia de dicha práctica.

Lo anterior permite significar que el consentimiento informado subsume la real voluntad del paciente o su tutor en celebrar un contrato, con la información clara del tratamiento médico. Sin embargo, como es lógico, debido a la enfática obligación del galeno en preservar la vida del paciente, en casos de fuerza mayor, es necesaria la rápida reacción del profesional de la salud, pues se debe, en todo caso, salvaguardar la vida del paciente sin importar la obtención del consentimiento.

En éste último caso, el médico debe actuar con celeridad por encima de cualquier tipo de formalidad jurídica y administrativa.

La doctrina reconoce que *“hay ciertas circunstancias para las cuales es necesario aplicar excepciones a la regla del consentimiento informado”* como las situaciones de urgencia médica o quirúrgica *“donde el personal de salud debe tomar decisiones propias cuando existe peligro de muerte y desarrollar sus pericias de acuerdo con lo que la ciencia biomédica le dicte,*

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC2804 de 26 de julio de 2019, con ponencia de la magistrada Margarita Cabello Blanco

¹⁰ El Consentimiento del Enfermo para el Acto Médico en “De la Responsabilidad Médica”, Ediciones Rosaristas Primera edición. Bogotá 1995, pag. 44

*juzgando en conciencia que eso sería lo que el enfermo o sus familiares desearía se hiciera*¹¹.

En el presente caso, tal y como quedó detallado con suficiencia en la historia clínica descrita en párrafos *ut supra*, el galeno intervino en la práctica del examen denominado “colonoscopia”, no solo por ser el más adecuado para determinar la causa del sangrado, sino porque ello permitía crear medios curativos inmediatos. Así lo relató el testigo **Jairo Ospina** al señalar *“al día siguiente el día 17 a la madrugada presenta nuevamente un episodio de sangrado”* al paciente *“se le hizo la endoscopia y no se encontró la causa del sangrado, no se encontró que en ese momento tuviera sangrado activo, quiero ser enfático en decir lo siguiente, el día 16 el señor santos no tenía signos de sangrado, pero ese día 17 presentó nuevamente signos de sangrado, entonces era indispensable ver si se podía identificar el sitio del sangrado. El doctor Landazábal le hizo la endoscopia y en la endoscopia el 17 de mayo a las 10am, encontró ulcera udenal activa sin evidencia de sangrado focal. Entonces él tenía una persona que tenía sangrado, que estaba inestable, que corría el riesgo de tener un sangrado no controlado, entonces por eso decidió hacerle una colonoscopia, y en la colonoscopia encontró que tenía los divertículos que se habían visto, un pólipo del colon, unas hemorroides y encontró que el sangrado en ese momento lo determino que estaba localizado en el intestino medio”*.

A lo anterior se agregó que no existía ninguna enfermedad o síntoma que pudiera tratarse desde la óptica endoscópica, es decir *“que no tenía sangrado activo, porque si yo encuentro una ulcera sangrante pues hago el tratamiento, porque tanto la endoscopia, tanto la colonoscopia son procedimientos que no son solamente diagnósticos, si no son medios terapéuticos para unos casos, entonces por ejemplo si uno encuentra una ulcera denal que está sangrando en ese momento, entonces uno le puede poner un clip o le puede inyectar una sustancia o lo puede quemar con argón, en el colon las mismas cosas, la diferencia es que en el colon*

¹¹ Raúl Garza Garza *“la Autonomía y el Consentimiento Informado en la Relación Médico Paciente”* en *“Justicia Alternativa Médica”*. Editorial de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León México. 2004, página 140

cuando hay sangrado por divertículos generalmente no se utiliza el argón pero si se puede utilizar los clip o la esteroterapia, entonces la idea de esos procedimientos es identificar el motivo de sangrado para tratarlo, si uno no identifica no lo puede tratar”.

Sin más consideraciones sobre el particular, fácil resulta concluir que el paciente recibió la atención médica urgente necesaria para preservar su vida.

2.5. Condena en costas:

El recurrente ataca la imposición de costas realizada en primera instancia, al concluir que éstas no fueron causadas.

El artículo 365 del Código General del Proceso, establece que **“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación”**, sin que el legislador haya condicionado la imposición de dicha condena, por tal razón, la mayoría de legislaciones en el mundo consagran este tipo de condenas, para resarcir las erogaciones propias de cada juicio, tales como escritos, diligencias, vigilancia, revisión de expedientes, asesorías judiciales, entre otros. Es decir, es una restitución de los desembolsos realizados por quienes fueron llamados a juicio y salieron favorecidos en el debate procesal.

Por lo anterior, se mantendrá incólume la condena impuesta.

Ahora, si el apelante no está conforme con la tasación de las agencias en derecho, ha de decirse que no es esta la oportunidad procesal para discutir ello, toda vez que el Código General Del Proceso estableció un trámite específico sobre el particular, que no es mediante la apelación de la sentencia.

2.6. Con base en lo anotado, se confirmará la decisión de primer grado, con la consecuente condena en costas a la parte demandante.

III. DECISIÓN

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

IV. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el seis (6) de marzo de dos mil veinte (2020), por el Juez 32° Civil del Circuito de Bogotá D.C.

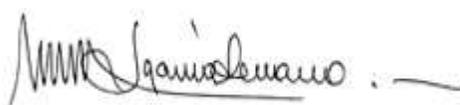
SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante.

TERCERO: En oportunidad devuélvase el expediente al lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada



HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**be988cb6ea4eaea7642243c3fbbc933aa77a156c585cb7cacc
0d09730ea9f89c**

Documento generado en 07/10/2020 11:56:22 a.m.

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá D.C., siete (07) de octubre de dos mil veinte (2020).

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001-31-99-003-2019-03463-01**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **MUNICIPIO DE RONCESVALLES**
DEMANDADO : **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S. A.**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 806 de 2.020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia proferida el pasado 13 de julio, por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, en el asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES:

1. El extremo activante, en el libelo iniciático, solicitó que “[se declare] responsable al **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA** (...) por [la defraudación de las cuentas del Municipio de Roncesvalles – Tolima como consecuencia de Hakeo (sic) que por falta de garantías se dio sobre las mismas. (...) Como consecuencia de la anterior declaración, [se condene a la entidad intimada] (...) a que efectúe, de manera inmediata, (...) la devolución del dinero que fue hurtado del BANCO (...) por la suma de la defraudación correspondiente a \$451’293.979,00, (...) pues es claro que se ha afectado el patrimonio del Municipio de manera significativa, así como el cumplimiento de sus obligaciones. (...) Se **LIQUIDEN** y **PAGUEN** a favor del [ente territorial] los intereses dejados de percibir a causa del hakeo (sic), y la defraudación sufrida por la pérdida de los dineros”.

2. Como sustento de sus aspiraciones, la parte actora expresó que el 19 de enero de 2.019, la Secretaria de Hacienda municipal notificó al banco el cambio de datos y teléfonos del nuevo responsable de esa dependencia, sin que la entidad financiera hubiere tomado nota oportuna de dicha actualización, por cuanto siguió contactando al secretario de hacienda saliente, quien fue el que suministró la información de la entrante funcionaria.

Historió que, entre los días 8 a 13 de marzo de 2.019, en las cuentas de ahorros No 466473004649 (Fonpet Propósito General), 46647300423-1 (Procultura) y la cuenta maestra de regalías No 466473003138, se registraron 79 transferencias por un valor total de \$451'293.979,00, que no fueron comunicadas a los responsables de las cuentas que se encontraban inscritos ante el establecimiento de crédito, y pese a que éstas resultan excesivas en cuanto a su cantidad y valores afectados -por lo que no corresponde al manejo habitual de los productos financieros del municipio- tampoco se notificaron a través de los sistemas de alerta regularmente utilizados entre la entidad bancaria y la administración municipal.

Anotó que el 20 de marzo de 2.019, elevó derecho de petición ante Banagrario solicitando la devolución de las sumas hurtadas, el cual fue despachado negativamente, bajo el argumento de que las 79 transacciones realizadas en la banca virtual se originaron y autorizaron con los usuarios y claves de uso personal desde una dirección IP empleada con anterioridad por los usuarios del municipio, y tanto el mensaje de alertamiento como el token de cada operación se enviaron al número de celular 3108871008.

Expresó que, desde principios de 2.019, el extremo actor tiene para su uso un servicio de aprovisionamiento de internet, cuyo número de direccionamiento IP es 181.60.61.132:3389, y como puerta de enlace para salida a la internet el 186.179.100.145, por lo que la dirección IP señalada por el banco (186.179.100.145) es la *"puerta de enlace para navegar en la red de internet (...)* y es la habitual a la que todos nos conectamos y la dirección IP 181.60.61.132:3389 pública propia el cual posibilitaba la

conexión al servidor HP Proliant con [la] que cuenta la alcaldía municipal," la que "(...) es segmentación diferente para la zona wifi al parque de la alcaldía y zona internet biblioteca"; a lo que aclaró que el banco nunca le había exigido "una dirección IP PÚBLICA fija".

Al finalizar, relató que si bien el envío de notificaciones de las transacciones realizadas por la banca virtual al municipio, así como la recepción de token se efectuaba normalmente al número de celular 310 887 10 08 y al correo electrónico hacienda@roncesvalles.tolima.gov.co, las 79 operaciones irregulares báculo de este litigio no fueron comunicadas a la dirección electrónica, ni al abonado 312 457 89 21 informado al establecimiento financiero en el mes de enero de 2.019, amén de que, tampoco, en dicho proceso notificadorio nunca se identificó el tercero beneficiario de los giros.

4. En su oportunidad, el Banco Agrario de Colombia se opuso a lo ambicionado en el introductor, para lo cual formuló las excepciones rotuladas: **i)** "Las transacciones cuestionadas se efectuaron con los elementos necesarios para su éxito, y que se encontraban bajo custodia del municipio Roncesvalles – Inexistencia de responsabilidad del Banco Agrario", la cual apoyó en que las operaciones no reconocidas se generaron con "(...) los elementos bajo custodia de los usuarios designados por éste y sobre los cuales asumió su responsabilidad con la apertura del producto financiero, teniendo entonces que, quien efectuó las operaciones conocía toda la información transaccional del MUNICIPIO tanto para ingresar a la Banca Virtual como para realizar transferencia a través de este, reiterándose que para la realización de las operaciones desconocidas se requería de la información transaccional de dos usuarios, el 'originador' y el autorizador. (...) Por lo tanto, no existe responsabilidad alguna imputable al Banco, pues [éste] asumió que las operaciones monetarias cuestionadas eran auténticas al efectuarse (...) con los elementos necesarios para el efecto (...) por lo cual no resulta admisible exigirle al Banco la generación de algún tipo de alerta por unas operaciones que fueron realizadas en total normalidad y con el lleno de la información requerida para el efecto cuando el Banco cuenta con un factor de autenticación fuerte, el cual fue superado en su totalidad". **ii)** "Culpa exclusiva de la víctima", la cual fundamentó en que "(...) cada una de las operaciones reclamadas por el MUNICIPIO fueron realizadas con la información transaccional que debía

encontrarse en su custodia exclusiva [,] (...) se realizaron desde la Banca Virtual, identificándose como IP desde la cual se evidencia que el MUNICIPIO había realizado operaciones desde el mes de octubre de 2.018, por lo cual dicha IP es considerada como IP habitual[;] las operaciones desconocidas por el MUNICIPIO fueron debidamente notificadas al número telefónico 3108871008, registrado ante el Banco, no solo al momento de enviar el número de clave token sino al informar el éxito de la operación [,] (...) número [al] (...) que normalmente se realizaban las notificaciones de las transacciones realizadas a través de la Banca virtual [y] a pesar que las operaciones fueron realizadas durante varios días, esto es 7, 8, 11,12 y 13 de marzo 2.019, y siendo notificadas de manera oportuna por el Banco al número de teléfono registrado, lo cierto es que de manera negligente y descuidada se presentó reclamación formal ante el Banco (...) cuando las operaciones ya habían sido realizadas con éxito al haberse efectuado con la totalidad de los requisitos requeridos, los cuales debían encontrarse en custodia exclusiva del MUNICIPIO, tratándose entonces de un aviso del todo inoportuno. [y] Adicionalmente, es evidente que quien realizó las operaciones debatidas, no solo contaba con la información transaccional de los usuarios registrados ante el Banco sino que adicionalmente tenía acceso al accedo al teléfono celular registrado.” **iii)** “Incumplimiento prácticas propias del consumidor”, la que cimentó en que el consumidor financiero no está exento de cumplir las obligaciones que están a su cargo, lo que en este caso no se dio, porque descuidó los elementos transaccionales que tenía bajo su custodia. **iv)** “Cumplimiento del Banco Agrario de sus obligaciones legales y contractuales en lo que se refiere a las transacciones desconocidas por el municipio de Roncesvalles”, la que estribó en que no se evidencia una sola circunstancia que permita determinar que, en el *sub lite*, el intimado, por acción u omisión, hubiere permitido la realización de las operaciones desconocidas en la demanda. **v)** “Principio de Buena fe contractual por parte del Banco Agrario”, soportada en que hasta el momento en que éste fue informado de que el ente territorial no efectuó las operaciones resistidas, aquél tuvo pleno convencimiento de que el municipio de Roncesvalles las llevó a cabo; sin que existiere motivo para desconfiar de ello, puesto que las operaciones se adelantaron desde una IP habitual, con la información que solo debían conocer los usuarios registrados y habilitados por el ente bancario. **vi)** “Inexistencia de responsabilidad del Banco Agrario en los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda por ausencia de nexo de causalidad”, la que fundó en el hecho de que la “causa eficiente del daño

*experimentado por el Municipio no es otro [que] el propio actuar de los funcionarios a quienes les fue encomendado el manejo de los dineros depositados en las cuentas de ahorros a través de la Banca virtual.” Y **vii)** la “genérica”.*

II. SENTENCIA APELADA

1.- Agotado el trámite correspondiente a esta clase de asuntos, el superintendente delegado desestimó las pretensiones formuladas, con base en los siguientes razonamientos:

1.1. Liminarmente llamó la atención en que, no obstante haberse informado el cambio de funcionarios del municipio que se encargaban de la banca virtual en el mes de enero de 2.019, el alcalde municipal de ese entonces radicó formulario, ante las oficinas del Banco Agrario, el 28 de febrero del mismo año, registrando como administrador de la Banca Virtual al señor Norberto Rodríguez Sánchez.

1.2. Destacó no haber encontrado acreditado el incumplimiento en cabeza del intimado, respecto del procedimiento de registro de usuarios en la banca virtual, ni menos desatención alguna en relación con la información brindada al municipio para efectos de su vinculación contractual y la inscripción de nuevos autorizados para el manejo de los servicios financieros electrónicos.

1.3. También, apuntaló que si bien para el banco el régimen de responsabilidad es especial en sus relaciones contractuales “(...) *esto no significa que el consumidor financiero esté autorizado ni le esté permitido incumplir con las obligaciones a su cargo, máxime si se tiene en cuenta que está en juego su propio patrimonio (...)*”; y por la naturaleza del ente territorial, quien tenía bajo su administración de recursos públicos, una carga especial de diligencia y custodia de los elementos transaccionales, así como de la información que estaba al alcance del municipio.

1.4. Adicionalmente, tras referirse sobre los medios de seguridad de las operaciones por banca virtual de la parte activante, a

través de los cuales era requerido un control dual -un usuario originador y otro autorizador de las transacciones- atisbó que las 79 transferencias censuradas fueron creadas y autorizadas por usuarios registrados para el municipio, "(...) y por ende la manifestación de la actora de no haber realizado las mismas, trae como consecuencia que quien las haya realizado [no solo] contó con las claves de acceso de los usuarios originadores y autorizadores del municipio de Roncesvalles, para efectos de poder realizar las mismas, [sino también con el acceso al correo electrónico o a los mensajes de texto del teléfono móvil registrados ante el banco], acreditándose así como vulnerada la obligación de seguridad y de custodia de la parte [impulsora] respecto de la información confidencial de las claves para la realización de operaciones a través de la banca virtual"; y que tales transacciones se adelantaron mediante la IP 186.179.100.145, la cual el municipio habitualmente utilizaba para conectarse al canal virtual; sin que hubiere prueba en el proceso de que se hubiera parametrizado una IP fija para el uso de la banca virtual.

1.5. Al examinar el cumplimiento de los deberes de la entidad financiera, descolló que las transferencias resistidas estuvieron dentro del perfil transaccional del municipio, por ser inferiores a las cantidades dinerarias movilizadas en el año 2.018; no obstante, halló probado que aquella se comunicó al abonado telefónico confirmando la operación, acaecimiento que sumado al mérito persuasivo de los distintos medios de convicción, le permitió concluir que no aparece acreditado el incumplimiento contractual endilgado al extremo convocado, quien, inclusive "tenía la confianza de que las transacciones estaban siendo realizadas por los usuarios autorizados por parte del municipio cliente (...) por una IP que presentaba más de 800 operaciones realizadas a través de esa IP (...) y fueron operaciones que fueron confirmadas en los números de celulares que se encontraban registrados ante el banco".

Al culminar, reseñó que las transferencias litigadas se presentaron con los elementos transaccionales que se encontraban en custodia de la parte pretensora y con incumplimiento de las obligaciones contractuales de ésta, sin haberse acreditado en la actuación, a través de alguna pieza probatoria, inadvertencia convencional que pudiera imputarse al conminado, por lo que declaró probadas las defensas

rotuladas *“Las transacciones cuestionadas se efectuaron con los elementos necesarios para su éxito, y que se encontraban bajo custodia del municipio Roncesvalles – Inexistencia de responsabilidad del Banco Agrario’; Culpa exclusiva de la víctima’; ‘Incumplimiento prácticas propias del consumidor’; ‘Cumplimiento del Banco Agrario de sus obligaciones legales y contractuales en lo que se refiere a las transacciones desconocidas por el municipio de Roncesvalles’ e ‘inexistencia de responsabilidad del Banco Agrario en los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda por ausencia de nexo de causalidad”.*

LA APELACIÓN

1. En desacuerdo con tal determinación, el procurador judicial de la impulsora, dentro de los tres días siguientes al proferimiento de la sentencia, presentó escrito de apelación esgrimiendo como razones de disenso, de un lado, que no se determinó probatoriamente la forma en que la pasiva actuó frente a cada transacción que dio lugar a la defraudación denunciada, siendo carga del establecimiento financiero demostrar documentalmente cómo fue el proceso de envío del token, la utilización de claves y el mal manejo endilgado a la pretensora.

Por otra parte, frente al perfil transaccional advirtió que *“(...) el banco debía proceder a revisar si las operaciones efectuadas eran normales en el cliente en este caso mi representado. Sin embargo, no sólo porque las mismas eran frecuentes, sino porque los montos que se iban debitando eran similares en su cuantía que no superaban los \$2,400,000 pesos, ni descendían de \$2,100,000 pesos en su mayoría con una continuidad de minutos entre una y otra, así como a beneficiarios sobre los que anteriormente no se había realizado ningún tipo de giro, pero más aún sospechoso es que todos eran provenientes de un solo banco que para el caso era Bancolombia. Igualmente se resalta la operación de una cuenta a nombre Luz Marina Prada cuentahabiente Bancolombia número 1-540-002-7860 la cual durante los días 8 de marzo, 11 de marzo, 12 y 13 de marzo, retiro en seis ocasiones más de 35 millones de pesos en cada una de ellas llegándose incluso a hacer traslados de hasta tres veces en un día por esas sumas”;* no siendo factible, a su criterio, que el ente conminado no le llamara la atención dicha situación.

Además, censuró que *“(...) correspondía [a] Banagrario demostrar de manera fehaciente que la defraudación (...) [no surgió] por responsabilidad de*

éste y no simplemente enunciando cuales eran los métodos de control que utilizaba (...), [máxime cuando] jamás se [corroboró] (...) que [éste] hubiese realizado los envíos de las claves de token a los números que para tal efecto había determinado [el municipio] en el documento referido"; sin que tampoco se acreditara la remisión de la información correspondiente a los movimientos realizados tanto al teléfono 312 457 89 21, como al correo electrónico hacienda@roncesvalles-tolima.gov.co; reiterando que el ente territorial "(...) no recibió los token y que no fue él quien aplicó dichos token o claves en las respectivas transacciones que así lo solicitaban".

Replicó que en ninguna parte del proceso aparece corroborado que los giros censurados se hubieren adelantado con la información transaccional que estaba bajo custodia exclusiva de la impulsora de este juicio, y no obstante que se demostró la notificación de los movimientos al número telefónico 310 887 10 08, allí no se indicó el beneficiario del traspaso dinerario, del cual pudiera sugerirse que se trataba de un fraude o de una transferencia legalmente realizada. De ahí que, en su opinión, no bastaba con afirmarse que se informó mediante mensaje SMS la realización de la transferencia, sino que ha debido probarse que los movimientos se ejecutaron mediante los canales válidos y oficiales del banco, con las claves de seguridad, los tokens emitidos hacia los abonados telefónicos registrados por la alcaldía y que el destino de los recursos fueron cuentas previamente inscritas, elementos de convicción que, al estar en poder de la parte encartada, ella era la llamada a confirmar tales hechos, ejercicio probatorio que echó de menos el impugnante.

De igual manera, confutó que si un usuario administrador realizó alguna situación anormal, el banco tuvo que haber acreditado que dicho suceso le fue informado al usuario auditor, en qué fechas, por cuál canal y a qué hora, para establecer la negligencia del ente territorial con las operaciones fraudulentas aquí denunciadas.

Al ultimar, señaló que el régimen de responsabilidad de los establecimientos bancarios atiende a la teoría del 'riesgo profesional', la cual impone la carga de asumir los riesgos inherentes al ejercicio de la actividad a dichos entes, por lo que, si pretendía eximirse de tal

compromiso, le era imperativo probar que el cuentahabiente fue negligente, porque las claves utilizadas fueron las que el banco proporcionó y no otras.

2. Dentro de la oportunidad de que trata el artículo 14 del Decreto 806 de 2.020, sólo el banco intimado se pronunció frente a los reparos inicialmente manifestados contra la decisión de primer grado, peticionando la confirmatoria del fallo emitido.

Al respecto, señaló que la reclamación por el presunto incumplimiento del contrato de cuenta de ahorros no puede abrirse paso, puesto que en el proceso se encuentra demostrado que el único responsable de la dispersión de dinero denunciada en esta disputa judicial es el municipio, si en cuenta se tiene que las 79 transacciones cuestionadas se hicieron con el lleno de los requisitos, es decir, con el usuario, contraseña, imagen de seguridad y token que sólo el municipio conocía; que el alcalde José Manuel García Sánchez inscribió al usuario administrador que generó todas las operaciones, las notificaciones de alertamiento remitidas mediante mensajes de texto fueron realizadas oportunamente y a la persona inscrita por la entidad activante.

CONSIDERACIONES

1. De manera liminar, debe precisarse que el extremo convocante, dentro de los tres días siguientes al proferimiento de la sentencia emitida por la delegatura de cognición, presentó escrito ante la *a quo* exponiendo de manera suficiente, expresa y cabal las razones argumentativas en las que fundó su discrepancia contra la decisión proferida por dicha autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, las que *ut supra* fueron compendiadas, laborío dialéctico que, en el criterio mayoritario de este Colegiado, tiene la entidad jurídica para tener debidamente sustentado el recurso de apelación instaurado, sin que sea procedente exigirle que realice una sustentación ante el superior, adicional a la ya efectuada ante la funcionaria de primer orden, como lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 2976 de

2019,¹ Corporación que, valga resaltar, en reciente pronunciamiento de 10 de junio de 2020, puntualizó:

*“En un asunto de similares realidades fácticas al sometido ahora a consideración, esta Sala de la Corte, tuvo la oportunidad de pronunciarse mediante las sentencias CSJ STL3467-2018, CSJ STL3470-2018 y CSJ STL79485-2018, y a través de las cuales se dejó expuesto el cambio jurisprudencial en torno al tema, esto es, en cuanto a que si el recurso de apelación se sustentó en debida forma ante el A quo, el juez de alzada debe tramitarlo, es decir, que la inasistencia del recurrente a la audiencia de «sustentación y fallo de segunda instancia», no es óbice para resolver el recurso, si efectivamente ante el juez de primer grado se alegaron y fundamentaron las razones de inconformidad con la providencia apelada.
(...)”*

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

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

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

¹ Concordancia: CSJ STL 3467-2.018, CSJ STL 3470-2.018, CSJ STL 79485-2.018 y CSJ STL 12420-2.018

² Auto 521 de 2.016

³ Auto 283 de 2.009

2. Dicho lo anterior, encontrándose presentes los presupuestos procesales necesarios para adoptar una decisión de fondo, y no habiendo vicio que pueda invalidar lo rituado, de manera liminar, se hace necesario anotar que esta Sala se circunscribirá a analizar, exclusivamente, los motivos de desacuerdo demarcados por la opositora, acatando los lineamientos del inciso 1º del canon 320 del Código General del Proceso, embates que, en esencia, se encaminan a rebatir la improsperidad de la acción de protección al consumidor financiero que fue declarada en primera instancia.

3. Delimitado en esos términos el problema jurídico a resolver en esta instancia, a efectos de zanjar la alzada, desde el umbral de la discusión, comporta memorar que el canon 78 de la Carta Política protege los derechos del Consumidor, que en materia financiera es definido como *"todo cliente, usuario, o cliente potencial de las entidades vigiladas"*, de conformidad con el artículo 2º, liberal d), de la Ley 1328 de 2.009, disposición legal que *"(...) al consagrar la definición de consumidor financiero, no hizo cosa diferente que enfocar la noción cardinal de consumidor, a los sujetos eventuales o potenciales de bienes y servicios que ofrecen las entidades de los sectores bancario, financiero, asegurador y de valores, vigiladas por la Superintendencia Financiera, conforme al mercado en el que participan, en calidad de productor/proveedor (entidades vigiladas) y consumidor (cliente o usuario), propio de la actividad económica que protege la Constitución, pero con las connotaciones ya esbozadas en acápites anteriores. Sin embargo, los componentes de desigualdad y asimetría, advertidos por [la Corte Constitucional] en punto a los extremos de negocios, con fundamento en los postulados del artículo 78 superior, no suponen una aplicación diferenciada frente al consumidor nato o al calificado, como para entender excluidos de la noción de consumidor, a actores de una u otra condición o característica, por eventuales supuestos de igualdad y/o correspondencia en la relación de consumo, dado que lo [que] importa y trasciende no es exactamente esa condición o característica, sino el reconocimiento que ha dado el derecho constitucional de las hondas desigualdades o desequilibrios inmanentes al mercado y al consumo en las diversas actividades económicas, a partir de la mencionada relación productor/proveedor - consumidor o usuario."*⁴

⁴ Sentencia C-909/12.

En ese sendero conceptual, viene bien reseñar que, debido a que las actividades propias de las entidades bancarias trascienden "(...) *la esfera privada de las empresas que intervienen en las operaciones de captación y de colocación de los recursos del público, (...) [e]sa circunstancia, impone a las instituciones financieras el deber de actuar con un grado especial de diligencia en el desarrollo de las operaciones comerciales que constituyen su objeto social, pues la infracción de una cualquiera de las normas legales o estatutarias llamadas a gobernarlas, no sólo puede repercutir en el patrimonio de las personas directamente vinculadas a la respectiva operación de crédito, sea ella activa o pasiva, sino también en el de terceros (...)*".⁵

El comentado deber de cuidado se extrema cuando el banco, en cumplimiento del artículo 7, literal I), de la Ley 1.328 de 2.009, entre otras normativas, pone a disposición del consumidor financiero, medios electrónicos para la realización de operaciones legalmente autorizadas y la ejecución de actividades conexas a éstas, circunstancia de la que surge la obligación a cargo de la entidad crediticia de aumentar las alertas y controles que permitan garantizar el correcto manejo de los productos y servicios suministrados a sus clientes y usuarios; lo que "(...) *no encarna el régimen objetivo de responsabilidad (...) pues en la determinación de ese llamado a la reparación debe analizarse la culpa de la entidad bancaria en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, característica que la enmarca dentro del régimen subjetivo, en el que al demandante le compete demostrar el hecho dañino, el nexo causal y la culpa.*"⁶

Frente a esa suma diligencia reclamada a los bancos, al consumidor financiero, de manera correlativa a sus derechos (art. 5, *ibídem*), también le es exigible un actuar cuidadoso en sus relaciones con las entidades de crédito, por lo que debe adoptar prácticas de protección propias para la óptima administración de los productos o servicios proporcionados por aquéllas, tales como observar las instrucciones y recomendaciones que se le imparta sobre el manejo de los mismos, entre las que se encuentra el resguardo de toda información sensible, relacionada, fundamentalmente, con los elementos de autenticación

⁵ C.S.J. Cas. Civil. 3 ago. 2004. Exp. No. 7447.

⁶ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Sentencia de 7 d octubre de 2016. Ex. 01-2014-01269-01. M.P. Luís Roberto Suárez González.

necesarios para acceder a sucursales virtuales y realizar transacciones a través de medios electrónicos, etc.

4. Del mismo modo, es menester poner de presente que la jurisprudencia vernácula tiene decantado que tratándose de recursos oficiales, manejados por los servidores públicos, el ordenamiento jurídico nacional dispone una serie de procedimientos de planeación, contratación y ejecución, pues el manejo del erario involucra el interés general, por cuanto, además de ser un aporte de todos los contribuyentes, su destinación implica el cumplimiento de los fines del Estado;⁷ condición que sujeta la gestión de tales recursos al control fiscal asignado constitucionalmente a la Contraloría General de la República,⁸ comoquiera que el patrimonio público, entendido como derecho colectivo, resulta afectado no solo porque los dineros estatales se destinen a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas jurídicas, sino, también, por la negligente o ineficiente administraron de los mismos.⁹

5. De acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial anteladamente descrito, en el caso de marras se tiene que la pilastra cardinal del debate puesto en consideración del Tribunal, radica en establecer si, en realidad, los perjuicios ocasionados al Municipio de Roncesvalles Tolima con las 79 transferencias no reconocidas por éste - efectuadas los días 7, 8, 11, 12 y 13 de marzo de 2.019- se derivaron del comportamiento de la parte enjuiciada y no por la conducta culposa de aquél, al inobservar sus obligaciones contractuales y los requerimientos de seguridad transaccional para la utilización del canal virtual de la entidad financiera accionada, como lo concluyó el juzgador de primer grado.

6. Puesta de ese modo la situación litigiosa, pertinente es hacer mención de los medios de convicción que continuación se relacionan, los cuales dan cuenta de los siguientes hechos.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-127/03.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-543/01.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Decisión de 8 de junio de 2011. Rad. 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP).

6.1. Informe rendido por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Roncesvalles el día 13 de marzo de 2.019, mediante el cual se enteró al señor alcalde sobre la pérdida de la suma de \$451'293.979,00, de los productos financieros del ente territorial, entre los días 7 y 13 de marzo del mencionado año, lo que también se corrobora con los extractos bancarios correspondientes a la aludida mensualidad y que fueron expedidos por el Banco Agrario, en relación con las cuentas de ahorro No 466473004649 y 466473004231.

6.2. Acta de posesión del señor José Manuel García Sánchez, como alcalde electo de Roncesvalles Tolima, para el período comprendido entre 1 de enero de 2.016 y el 31 de diciembre de 2.019.

6.3. Solicitud "*Cambio de información*", radicada el 19 de enero de 2.019, con la que Ingrid Julieth Lozano Chávez, en su calidad de secretaria de hacienda del municipio, petitionó que se realizaran "(...) *cambios de datos debido a que el señor Norberto Rodríguez Sánchez (...) ya no se encuentra vinculado como secretario de hacienda del Municipio de Roncesvalles, pero aún continúa recibiendo llamadas para verificar las transferencias realizadas. Solicitó que para realizar dicha verificación se ingresen los siguientes números telefónicos 3124578921- 3108871008*".

6.4. Reporte de servicio de aprovisionamiento IP y Navegación Sistema de seguridad usado por la Alcaldía Municipal de Roncesvalles Tolima en el que se describe como direccionamiento IP 181.60.61.132:3389 y puerta de enlace de internet 186.179.100.145.

6.5. Derecho de petición elevado el 20 de marzo de 2.019 por la actora, para la devolución de las sumas hurtadas, junto a su respectiva contestación.

6.6. Declaración juramentada extraprocesal rendida por Ingrid Julieth Lozano Chávez, quien manifestó, entre otras cosas, que "*ninguna de las transacciones fraudulentas realizadas entre el 7 y el 13 de marzo fueron informadas mediante el [correo electrónico hacienda@roncesvalles-tolima.gov.co] (...) dichas transacciones no consentidas tampoco contaron con la*

confirmación verbal que habitualmente realiza el Banco Agrario de Colombia mediante llamada telefónica a los números autorizados, que para este caso serían 3108871008 y 3124578921(...)".

6.7. Formato de inscripción y/o novedades de internet banca virtual adiado el 28 de febrero de 2.019, en el que José Manuel García Sánchez, representante legal del municipio de Roncesvalles, reportó como nuevo usuario administrador de la plataforma de la banca virtual al señor Norberto Rodríguez Sánchez, cuyo correo electrónico anotado fue hacienda@roncesvalles-tolima.gov.co, y abonado telefónico 312 457 89 21.

6.8. Informe de investigación regional fechado del 28 de mayo de 2.019, en el que se registraron los siguientes hallazgos:

6.8.1. De las 79 transacciones por valor de \$451'293.979,00, tres suman \$6'577.094,00, que fueron extraídas de la cuenta de ahorros No 466473004231, y las 76 restantes, por un monto de \$444'716.885,00, retiradas de la cuenta de ahorros No 466473004649.

6.8.2. Las 79 operaciones se realizaron por dos usuarios autorizados para transar por el canal virtual del municipio (INGRID17 como originadora y JOSEMANUEL17, como autorizador), utilizando la IP 186.179.000.145, la cual venía siendo usada desde el mes de octubre de 2.018.

6.8.3. El usuario "JOSEMANUEL17" con perfil de administrador desde el año 2.017, el día 7 de marzo de 2.019 a las 10:31:12 de la mañana, modificó el perfil del usuario INGRID17 de "consultor" a "originador".

6.8.4. Los mensajes de texto contentivos del código de ingreso, así como los de la realización de la transacción realizada, se hicieron al número de celular 310 887 10 08.

6.8.5. Varias de las llamadas de alertamiento de las transacciones desconocidas por la demandante se efectuaron a Norberto Rodríguez Rodríguez.

6.9. Documental contentivo de los *"TÉRMINOS Y CONDICIONES DE LOS SERVICIOS DE BANCA VIRTUAL, CONTACTO BANAGRARIO (TELÉFONO (IVR)) Y PAGOS ELECTRÓNICOS (PEB) (USO DE CANALES ELECTRÓNICOS) APLICA PARA PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS"*, en la que se dispone que *"la clave de acceso a LOS SERVICIOS, así como los demás dispositivos de autenticación, son de carácter confidencial, personal e intransferible. EL USUARIO será el único responsable del manejo y administración de las claves y demás mecanismos de autenticación suministrados por EL BANCO. En razón de ello, EL USUARIO se obliga de manera expresa e irrevocable a implementar los mecanismos de control idóneos que garanticen en debida forma los deberes de confidencialidad y reserva de las claves para hacer uso de LOS SERVICIOS."*

6.10. *"Log transaccional"* en el que se registran los movimientos de la banca virtual de la activante, identificándose el envío de los correos electrónicos a la dirección hacienda@roncesvalles-tolima.gov.co, mensajes de texto remitidos al abonado telefónico 57 310 887 10 08 con los que se informó el código de ingreso, el valor de la transferencia virtual efectuada, el usuario, nombre del autorizado, fecha de la transferencia, IP a través de la cual se llevaron a cabo las transacciones resistidas, y los movimientos de canal bancario del municipio impulsor desde el 2 de octubre de 2.018, en los que se observa como IP habitual la No 186.179.100.145.

7. Bajo el acopio de las piezas suasorias antes relacionadas, bien pronto se advierte que la entidad territorial demandante, en su condición de consumidora financiera, desató su deber de cuidado y de custodia que tenía sobre los elementos de autenticación requeridos para ingresar a la plataforma electrónica del Banco Agrario y efectuar operaciones financieras.

7.1. Para sustentar lo antes esgrimido, inicialmente huelga reparar en que el acceso a la sucursal virtual del ente financiero exige el conocimiento del número o nombre del usuario *"originador"*, clave secreta

y token para quien adelanta la transacción, y, además, para la persona que la aprueba, el usuario del perfil "autorizador", junto a su clave respectiva, información que estuvo en conocimiento del generador de las operaciones cuestionadas y que fue utilizada para llevarlas a cabo, conforme se desprende del "informe interno regional" y del "log transaccional", allegados por la pasiva, cuyo contenido no fue desvirtuado por el extremo actor.

7.2. Asimismo, del material persuasivo arriba reseñado se extrae que las transferencias base de esta acción fueron realizadas dentro de la esfera del control del municipio de Roncesvalles, a través del portal web empresarial del ente conminado, por medio del usuario originador y posteriormente confirmadas por el perfil autorizador, ambos inscritos para el manejo del memorado canal electrónico, y que los glosados movimientos aparecen efectuados desde la "IP 186.179.100.145", que venía siendo empleada por el ente territorial desde el año 2.018; numeración que si bien dista del direccionamiento IP citado en el reporte de servicio de aprovisionamiento IP y Navegación Sistema de Seguridad, adjuntado por la alcaldía, lo cierto es que aquél concuerda con el dígito de la puerta de enlace de internet allí señalado, lo que permite inferir que las transacciones se originaron por los canales de conexión manejados de tiempo atrás por la accionante.

7.3. Adicionalmente, se evidencia que de los 79 giros bancarios resistidos, solo 9 tuvieron una cuantía mayor a los \$2'000.000,00, acaecimiento del que no se atisba un comportamiento irregular, si se tiene en mente que, conforme al "log" de los meses de octubre de 2.018 a marzo de 2.019, aún los movimientos que superaron la cuantía arriba referida, no se avistan al margen del perfil transaccional del municipio, amén de que la mayoría de las transacciones no alcanza los \$50'000.000,00, pues solo 18 de 658 efectuadas en este período superaron esta cifra, y, pese a la frecuencia de los traslados, su pequeño monto casi homogéneo y cercanía temporal de los mismos, no hay prueba de que éstos estuvieran abrigados de inusualidad.

7.4. Y es que, sin duda, lo que aquí se otea es que los traspasos dinerarios fueron creados y aprobados por los usuarios "originador y autorizador" inscritos ante el banco por el cuentahabiente, y además notificados al municipio a través de los mecanismos de alerta dispuestos para ello, esto es, por correo electrónico y mensajes de texto, lo cual puede avistarse en los elementos de persuasión *ut supra* anotados; hecho que tiene la solidez necesaria para descartar un actuar desidioso por parte de la entidad financiera, ya que, se itera, la misma plataforma virtual exige tres autenticaciones por persona, y un mínimo de dos usuarios con perfiles distintos para su materialización, así como el registro previo de las cuentas destino por el originador, proceso que, para el caso en concreto, se halla acreditado para cada operación, pues, según el "log transaccional", los usuarios designados por el municipio impulsaron y avalaron los movimientos, éstos recibieron los tokens respectivos al abonado telefónico inscrito, y, posteriormente, el municipio fue enterado de las operaciones realizadas.

Sobre este punto, se duele el apelante de que los avisos emitidos por el banco no se realizaron al número de celular 312 457 89 21, y que su información no contiene el nombre del destinatario de los recursos, afirmación que a pesar de llegarse a tener por veraz, también lo es que el trámite de notificación se adelantó por el enjuiciado a la línea telefónica 310 887 10 08, también registrada por el ente territorial, tal y como se aprecia en la comunicación del 29 de enero de 2.019; de ahí que ninguna recriminación pueda hacerse al respecto.

7.5. Aunado a lo descrito en precedencia, llama la atención que a pesar de la naturaleza del titular de los productos bancarios y los recursos que éste maneja, no se logra avizorar que las cuentas objeto de afectación hubieren estado parametrizadas para el particular manejo de los recursos estatales, más allá de la personalización ofrecida por el banco para todos sus clientes en el documento visible en el derivado 6.1.14. del expediente electrónico; medidas que resultaban apenas mínimas y de adopción apremiante, a fin de resguardar efectivamente la hacienda de la municipalidad.

7.6. Y es que a decir verdad, al margen de que, en el evento de defraudación por transacciones electrónicas, el riesgo, en línea de principio, tendría que ser asumido por el ente financiero, al ser un supuesto inherente a la actividad bancaria, que es de carácter profesional, habitual y lucrativa, cuya realización requiere de altos estándares de diligencia, seguridad, control, confiabilidad y profesionalismo, su exoneración se abre paso si logra demostrarse que la irregular sustracción “(...) *ocurrió por culpa del cuentahabiente o de sus dependientes, que con su actuar dieron lugar al retiro de dinero de la cuenta, transferencias u otras operaciones que comprometieron sus recursos, pues amén de que es este quien tiene el control de mecanismo que le permiten hacer seguimiento informático a las operaciones a través de controles implantados en los software especializados con los que cuentan, la culpa incumbe demostrarla a quien la alegue (art. 835 C.Co.), pues se presume la buena fe ‘aún la exenta de culpa’*”;¹⁰ premisa jurisprudencial que aplicada al caso de marras, deja entrever que el palmario descuido del municipio de Roncesvalles en el manejo y custodia de las credenciales asignadas para operar en la banca virtual de la intimada, como en líneas precedentes quedó sentado, fueron las causas que determinarían la consumación de la defraudación sufrida.

7.7. En esas condiciones, se tiene que ninguna evidencia revela que el Banco Agrario de Colombia S.A. haya incumplido los deberes de conducta propios de un profesional dedicado a la actividad financiera, pues, como quedó demostrado, no le era exigible un actuar diferente, debido a que las operaciones censuradas, a criterio de esta Sala, además de realizarse desde la IP utilizada por el municipio desde el 2.018, accediendo a la sucursal virtual por medio del usuario originador y posteriormente confirmadas por el perfil autorizador, con clave secreta y token, ciertamente no resultaban inusuales al perfil transaccional de su cliente, quien administraba sus productos bancarios sin parametrización alguna, situación que pone de manifiesto la conducta culposa del consumidor demandante, lo cual, a no dudarlo, deshace el nexo causal necesario para estructurar la responsabilidad civil del ente crediticio convocado a las diligencias, pues sabido es que “(...) *frente a transacciones*

¹⁰ CSJ. Cas. Civil. Sentencia SC18614-2016 de 19 de diciembre de 2016. Rad. 05001-31-03-001-2008-00312-01

que repudie el cliente, el Banco que pretenda salirle al paso a la obligación indemnizatoria de manera absoluta tendrá que demostrar que hubo culpa de la víctima al haber permitido que terceros tuvieran acceso a la información necesaria para la realización de operaciones; pero, además, acreditar que dichas operaciones se adecuaban a los hábitos transaccionales del cliente, esto es, y sin pretensiones de exhaustividad: que se hicieron en los días que suele transar, a través de la dirección I.P. normalmente utilizada –cuando de transacciones por internet se trata-, dentro de unas horas más o menos establecidas, en frecuencias que se vuelven asimismo determinables y por unos montos máximos o mínimos que se vuelven de cierto modo usuales, sin perder de vista la naturaleza misma de la transacción que se realiza: retiros de dinero en efectivo, transferencias o pagos, y tratándose de estos últimos, de qué tipos: de servicios públicos, privados, impuestos, etc.”¹¹

8. Por último, no puede dejarse de lado que, a voces del Alto Tribunal de Casación Civil, “(...) de conformidad con el canon 177 del C. de. P. C., subrogado por el artículo 167 del C. G. del P.] '[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. –Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba” y, al tenor del artículo 1757 del Código Civil, “[i]ncumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”.

Según el entendimiento doctrinario, las citadas disposiciones consagran los principios básicos que orientan la solución al problema del Derecho Probatorio expresado en el interrogante de “¿quién prueba?”, los cuales según la tradición jurídica, son enunciados así: *onus probandi incumbit actori*: al “demandante” le corresponde probar los fundamentos fácticos de su “acción”; *reus, in excipiendo, fit actor*: el “demandado”, cuando excepciona funge de actor y le compete demostrar el sustento de su defensa y, *actore non probante, reus absolvitur*: el “demandado” debe ser absuelto de los cargos si el “demandante” no logra acreditar los hechos en que apoya su pretensión (...);¹² pensamiento jurisprudencial que aplicado al asunto bajo escrutinio, permite concluir que la parte demandante desatendió la carga de demostrar los supuestos de hecho por ella alegados, al no arrimar los elementos necesarios para traer credibilidad sobre la responsabilidad endilgada a la querellada;

¹¹ Tribuna Superior de Bogotá, Sala Civil. Sentencia de 27 de octubre de 2016. Exp. 1100 1319 9001 2015 00206 01. M.P. G.V.V.

¹² C.S.J., Cas. Civil, 7 oct. 2012, exp. 2001-00049-01.

desinterés que no solo se vislumbra de su falta de colaboración para la comparecencia de los testimonios decretados oficiosamente por la delegatura, la falta de aportación del informe juramentado que debía rendir su representante legal, sino, además, porque su enfoque impugnativo solo estuvo encaminado a aseverar que el deber probatorio recaía sobre su contraparte, sin controvertir con franco fundamento demostrativo y argumentativo el mérito evidencial de los distintos elementos de juicio que alcanzaron al recopilarse en el proceso.

9. Vistas así las cosas, la conclusión que se impone es que la responsabilidad achacada a la entidad demandada resultó desvirtuada, porque las pruebas obrantes en el plenario demostraron que no hubo falencia en la seguridad del banco, sino un proceder en abastanza despreocupado del consumidor financiero, al no manejar, de manera diligente, los dispositivos necesarios e información sensible para efectuar transacciones electrónicas a través del portal virtual de Banco Agrario de Colombia S. A., ocasionando con ello que se sustrajera una suma considerable de dinero depositada en sus cuentas de ahorros.

10. Todo lo previamente discurrido resulta suficiente para confirmar el fallo proferido por el funcionario de primera instancia, con la consecuente condena en costas a la apelante, conforme a lo previsto en la regla 1ª, del artículo 365 del C. G. del P.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida 9 de junio de 2.020, por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, en el asunto del epígrafe, conforme a lo esgrimido en el cuerpo considerativo de esta decisión.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte apelante. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de \$1'500.000,00. Tásense, en oportunidad, conforme lo establece el artículo 366 del C. G. del P.

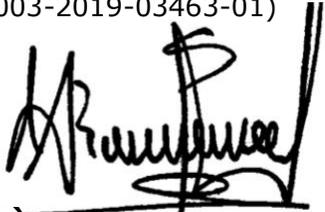
TERCERO.- En oportunidad, por Secretaría, ofíciase a la Delegatura de origen informándole sobre la presente decisión, y remítasele copia magnética de esta providencia, para que haga parte del respectivo expediente electrónico.

NOTIFÍQUESE,



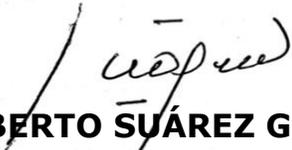
JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado
(003-2019-03463-01)



JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrado
(003-2019-03463-01)
(Con Salvamento de Voto)



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado
(003-2019-03463-01)

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



SALA CIVIL

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020).

RADICADO No. 11001 3103 004 2018 00117 02
DEMANDANTE: FINANCIERA JURISCOOP
DEMANDADO: LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES

1. ASUNTO A RESOLVER

Ingresa el expediente al despacho para resolver el recurso de reposición en lugar del de súplica que formuló el apoderado del extremo demandante, dado que este es el admisible frente a la decisión que declaró desierto la apelación.

2. ANTECEDENTES

- 2.1 El 13 de febrero de 2020, se asignó a este Despacho, el conocimiento del recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia adiada 16 de diciembre de 2019.
- 2.2 Mediante auto adiado 8 de junio pasado, se admitió el recurso de alzada, y se prorrogó en 6 meses el plazo para fallar, con fundamento en el cumulo de procesos en trámite que tiene el Despacho; decisión que se notificó en el Estado del día 9 de junio hogaño.

- 2.3 El 24 de junio de 2020, el apoderado del extremo actor, solicitó el decreto de algunas pruebas.
- 2.4 El 25 de junio siguiente, la Sala unitaria, resolvió negar por extemporánea las pruebas solicitadas, y declaró desierto el recurso de apelación, por cuanto el apelante no sustentó dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admitió el recurso vertical.
- 2.5 Inconforme con lo resuelto, la parte demandante interpuso recurso de súplica. Sostuvo que conforme al artículo 624 del Código General del Proceso, la norma aplicable al recurso de apelación, era la vigente para el momento de su interposición, por tanto, debía citarse a audiencia de sustentación y fallo.
- 2.6 Por su parte, la apoderada del extremo, adujo que el Decreto 806 de 2020, entró en vigencia a partir de su expedición; y que en virtud del artículo 3° de la Ley 153 de 1887, la ley especial posterior prevalece sobre una anterior; por ende, la norma aplicable al recurso era el artículo 14 del Decreto referido, razón por la que solicitó mantener incólume la decisión.

3. CONSIDERACIONES

Desplegado el control de legalidad que impone la actuación judicial, se advierte que en la providencia adiada 8 de junio de 2020, nada se dijo referente a que el trámite del proceso de la referencia se ajustaba a las disposiciones del Decreto 806 de 2020, más bien, se indicó *“ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la parte*

demandante (...) de conformidad con el artículo 327 del C.G.P.”; con lo cual, se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 6° del artículo 133 del Código General del Proceso, que señala **“Cuando se omite la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado”**; pues allí se indicó que se admitía de conformidad con la normatividad del Código General del Proceso sin hacerse alusión alguna al mentado Decreto; entonces, resulta evidente que la ambigüedad (norma aplicable en el tiempo vs. la norma que se citó), configura una omisión en la oportunidad para sustentar.

Ahora bien, señala el artículo 137 del Código General del Proceso, que: **“En cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. Cuando se originen en las causales 4, 6 y 7 del artículo 133 el auto se notificará al afectado de conformidad con las reglas generales previstas en los artículos 291 y 292. Si dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario el juez la declarará”.**

En este orden, se pondrá en conocimiento de las partes la configuración de la causal de invalidez contenida en el numeral 6° del artículo 133 del Código General del Proceso, quienes deberán proceder de conformidad con lo previsto en el artículo 137 ibídem.

Finalmente, la Sala unitaria se abstendrá en este momento de resolver el recurso de reposición, dado que la parte afectada (recurrente) podrá promover la nulidad contra la providencia adiada

8 de junio de 2020, y todas aquéllas que de ella dependan, entre las cuales se encuentra la que declaró desierto el recurso.

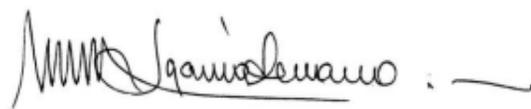
En mérito de lo expuesto, se,

RESUELVE:

PRIMERO: PONER EN CONOCIMIENTO de las partes la, eventual, nulidad del auto adiado 8 de junio de 2020, originada en la causal 6^a del artículo 133 del C.G.P., conforme lo dispone el artículo 137 del Código General del Proceso. **Advirtiéndoles que “Si dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación [de este auto] dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso”.** **Secretaría** controle los términos e ingrese el expediente al finalizar tal conteo.

SEGUNDO: COMUNICAR esta determinación a las partes, a los correos electrónicos cdbarrera@baa.com.co; pmquintero@baa.com.co; y scamargo@galvisyasociados.com; dejando las respectivas constancias.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Firmado Por:

**MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 009 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

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

Código de verificación:

**af03d9abd2549e932c4d3d1e2f10d54e03a38fa7961c465607c9d5
dae87bae38**

Documento generado en 07/10/2020 04:33:26 p.m.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil veinte (2020)

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente: **CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**

Radicación: 110013103008 2019 00719 01

Procedencia: Juzgado 8 Civil del Circuito

Demandante: Héctor Julián Granados Rivera

Demandados: Nubia Yanneth Ladino Ochoa y otro.

Proceso: Ejecutivo

Asunto: Apelación de auto

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se dirime el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 12 de noviembre de “2017”-entiéndase 2019-, proferido por el Juzgado 8 Civil del Circuito de Bogotá, D.C, dentro del proceso **EJECUTIVO** promovido por **HÉCTOR JULIÁN GRANADOS RIVERA** contra **NUBIA YANNETH LADINO OCHOA y/o NUBIA YANNETH LADINO DE CASTAÑEDA y GILBERTO CASTAÑEDA VÁSQUEZ.**

3. ANTECEDENTES

3.1. Mediante el proveído objeto de censura el *a quo* negó el mandamiento de pago, por cuanto el pagaré 04 no presta mérito, ya

que no “...es claro en señalar quién es el acreedor y tenedor legítimo...pues al inicio...se menciona que es el señor NIXON ORDUÑA...”, pero que en caso de mora debería ser pagado al demandante.

3.2. Inconforme con la determinación, la abogada del extremo ejecutante formuló recurso de reposición y en subsidio apelación. Negado el primero, se concedió la alzada en auto del 2 de marzo de 2020.

4. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

En síntesis, esgrime que en los hechos y pretensiones se advirtió que el tenedor dueño de los dineros que se prestaron “vendió”, “cedió” “endosó” todos los derechos de una letra de cambio y un pagaré al demandante, conforme da cuenta la documental aportada en copia, ya que los originales se encuentran en el proceso ejecutivo que se adelanta en el Juzgado 40 Civil del Circuito, lo cual fue avalado por la convocada, quien ha desplegado varias conductas en contra del actor.

Aunado, en el título se consignó que la obligada pagaría en forma incondicional al tenedor legítimo y al cedente. Impetró revocar la determinación, para en su lugar, librar la orden de apremio.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Es sabido que en juicios de esta naturaleza, debe acompañarse un documento que contenga una obligación clara, expresa y actualmente exigible al tenor del artículo 422 del Código General del Proceso. Adicionalmente, cuando se pregona su condición de título valor, debe satisfacer las exigencias generales y especiales contempladas en el Estatuto Cambiario, como en el caso *sub-examine* del pagaré que atañe al objeto de recaudo.

5.2. Pretende el demandante se libre mandamiento ejecutivo a su favor

por la suma de \$89'000.000.00, por concepto de capital incorporado en el pagaré 04, en cuyo texto expresa que la señora Nubia Yanneth Ladino Ochoa, en su calidad de representante legal de la empresa Coopamer, se obliga a pagar en forma incondicional a la orden de “...Nixon Orduña o a la persona natural o jurídica a quien el mencionado acreedor ceda o endose sus derechos..., la suma de...”. A continuación registra que “...en caso de mora pagaré a JULIAN GRANADOS R. o a la persona natural o jurídica a quien el mencionado acreedor ceda o endose sus derechos...”. Suscribe el instrumento la citada.

Al efecto, cumple relieves, que el señor Gilberto Castañeda Vásquez, no es obligado cambiario-, porque la acreencia no emana de él. De otro lado, es patente que la orden incondicional de pagar la suma de dinero está dada a favor de Nixon Orduña o a quien ceda o endose sus derechos.

Ahora bien, aduce la impugnante que el título valor fue objeto de transacción, cedido, endosado a favor del señor Granados Rivera conforme la prueba adjunta.

Sin embargo, aunque las tres figuras jurídicas a que hace alusión la censura resultan ser bien distintas y comportan efectos disimiles, lo cierto es que examinado el cuerpo del documento objeto del recaudo, no se atisba ningún endoso autorizado en el Estatuto Mercantil tratándose de títulos valores –artículo 654 y siguientes- como tampoco emerge en hoja adherida a él.

Sobre la transferencia del cartular por medio diverso al reseñado - artículo 652 *ibídem*-, debe decirse que los documentos vistos a folios 54 a 57 titulados como “...NOTIFICACIÓN DE CESIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS –ENDOSO LETRA DE CAMBIO (TITULO VALOR...)”, “...ACUERDO ÚNICO...” y “CONTRATO DE TRANSACCIÓN...”, claramente reflejan unas negociaciones entre el citado Nixon Orduña y Granados Rivera, pero relacionados con otro

título valor –letra de cambio-, sin que en ninguna parte de los textos exprese o consigne el pagaré que es objeto del cobro coercitivo. Es más, ni siquiera coincide el monto.

5.3. En esas condiciones, no erró la señora Juez de primer grado al desestimar las aspiraciones, al ser incontestable que el legajo venereo de la litis no contiene una obligación a favor del impulsor, por lo que se impone la confirmación del auto fustigado, sin que haya lugar a condena en costas por no haberse trabado la relación procesal.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., en Sala de Decisión civil,

RESUELVE:

6.1. CONFIRMAR el auto calendado 12 de noviembre de 2019, proferido por el Juzgado 8 Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

6.2. DETERMINAR que no hay condena en costas, por no haberse trabado la litis.

6.3. DEVOLVER las diligencias a su despacho judicial de origen, previas las constancias del caso. Ofíciense.

NOTIFIQUESE,


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020)

Rad. N° 110013103 013 2018 00463 01

De la documental proveniente del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá¹, se corre traslado a las partes por el término de tres (3) días, para lo que estimen pertinente.

Vencido el anterior término, ingrésese al Despacho el expediente para proveer.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE²,

Firmado Por:

**ADRIANA AYALA PULGARIN
MAGISTRADO**

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 017 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA
CIUDAD DE BOGOTÁ, D.C.-SANTAFE DE BOGOTÁ D.C.,**

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

Código de verificación: **1906c008805ba9869cfce29b9458c880f6bdb517da151356de1158fca07bdcab**
Documento generado en 07/10/2020 03:19:29 p.m.

¹ Cfr. carpeta "EXPEDIENTE 2015-00196"

² Para consultar expediente digital siga este link: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil-despacho-17/14>

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



SALA CIVIL

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020).

RADICADO No. 11001 3103 023 2018 00850 01
DEMANDANTE: JENNY ELSY DAVILA BARRIOS Y OTRO
DEMANDADO: ARMANDO ALVARADO RINCON

1. ASUNTO A RESOLVER

Ingresa el expediente al despacho para resolver la nulidad de los autos calendados 8, 11 y 25 de junio de 2020; deprecada por el apoderado del extremo actor.

2. ANTECEDENTES

- 2.1 El recurso de apelación formulado en el proceso de la referencia fue asignado a este Despacho el 21 de agosto de 2019; posteriormente, el 23 de agosto del mismo año, se admitió y se prorrogó en 6 meses el plazo para fallar, a partir del 21 de febrero de 2020.
- 2.2 El 8 de junio de 2020, se corrió traslado al recurrente para sustentar la apelación, y el 11 de junio hogaño, se corrigió la providencia anterior.
- 2.3 Mediante auto adiado 25 de junio de 2020, el despacho declaró desierto el recurso de alzada.
- 2.4 El apoderado del extremo actor, formuló nulidad de todo lo actuado a partir del auto adiado 8 de junio de 2020,

invocando como causales las contempladas en los numerales 3, 6 y 8 del Código general del Proceso.

- 2.5 El extremo demandado, describió el traslado, solicitando mantener las decisiones, comoquiera que *“en todo momento estuvo funcionando, las anotaciones que se hicieron en debida forma”*.

3. CONSIDERACIONES

El incidentante solicita *“ordenar la nulidad de todo lo actuado desde el auto del 8 de Junio de 2020, y los demás autos del 11 de junio y 25 de junio de 2020”*; desplegado el control de legalidad que impone la actuación judicial, se advierte que existe un yerro en el conteo del término de ejecutoria de las providencias adiadas 8 y 11 de junio pasado, pues si bien, la segunda simplemente corrigió la primera, lo cierto es que aquélla solo quedaba ejecutoriada cuando quedará en firme la segunda (ver artículo 285 C.G.P.); de tal suerte que sí el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, dispone que los cinco días se contabilizan a partir de la ejecutoria de la providencia que corre traslado, en este caso, durante los días 19, 23, 24, 25 y 26 de junio de 2020; es decir, para el momento en que se declaró desierto el recurso vertical, no había fenecido el traslado.

En este orden, y sin mayores disquisiciones se DECLARAN SIN VALOR NI EFECTO el auto adiado 25 de junio pasado que declaró desierto la apelación, en su lugar se dispondrá, nuevamente, CORRER TRASLADO al recurrente por el término de cinco (5) días para precaver eventuales nulidades, **advirtiéndole que no hacerlo en ese lapso se declarará desierto**, pues la sustentación debe hacer

ante el juez de segundo grado (art. 14 del Decreto 806 de 2020, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 327 del C.G.P.).

Vencido el plazo anterior, se correrá traslado a su contraparte por el mismo tiempo, para que ejerza su derecho de contradicción.

En este orden, se prescindirá de resolver la nulidad deprecada, por sustracción de materia; pues al evidenciarse que la decisión de declarar desierto el recurso de alzada fue prematura y truncó el derecho del censor, no queda otra vía que rehacerla, para garantizar el debido proceso.

Finalmente, se ordenará comunicar lo resuelto a los correos electrónicos suministrados por los sujetos procesales para tal fin; no obstante, que el Decreto aludido no modificó en modo alguno la forma de notificación.

En razón de lo anterior, se

RESUELVE:

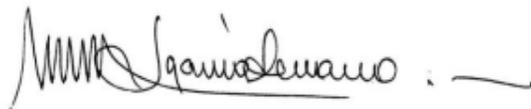
PRIMERO: DEJAR SIN VALOR NI EFECTO el auto adiado 25 de junio de 2020, que declaró desierto el recurso de apelación. Asimismo, abstenerse de resolver la nulidad deprecada; por las razones consignadas en este auto.

SEGUNDO: IMPARTIR a este asunto el trámite previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020; por ende, en firme esta decisión, **CORRER TRASLADO** al recurrente, por el término de cinco días (5) para que sustente los reparos concretos que señaló ante el *a quo*, **so pena de declarar desierto el recurso** (art. 14 D.806/20).

De la sustentación se correrá traslado por el mismo plazo a los no recurrentes.

TERCERO: COMUNICAR esta determinación a los correos electrónicos juridico2m@hotmail.com y juliofonseca2013@gmail.com; dejando las respectivas constancias.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**3628ef7509ffcf766da037b25799b7444f623dfd357366f9b5d8f85
863b81743**

Documento generado en 07/10/2020 04:34:28 p.m.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil veinte (2020)

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente:	CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA
Radicación:	110013103025 2019 00544 01
Procedencia:	Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá
Demandante:	María José Suárez Mora
Demandado:	Jaime Alberto Suárez Mora
Proceso:	Divisorio
Asunto:	Apelación de auto

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se dirime el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 17 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso **DIVISORIO** promovido por **MARÍA JOSÉ SUÁREZ MORA** contra **JAIME ALBERTO SUÁREZ MORA**.

3. ANTECEDENTES

3.1. Mediante el pronunciamiento materia de censura, el señor Juez de primer grado declaró terminado el proceso por desistimiento tácito, al considerar que están dados los supuestos establecidos en el artículo 317 del Código General del Proceso.

3.2. Inconforme con esta determinación, el apoderado de la actora

formuló recurso de apelación.

4. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Como sustento de su solicitud revocatoria, adujo el mandatario, en síntesis, que la primera instancia en auto que admitió la demanda lo requirió para que materializara la inscripción de la demanda y a renglón seguido, le ordenó que adelantara los actos de notificación del demandado, disposición que riñe con el ordenamiento, en tanto que no debía estar sujeta la intimación cuando estaba pendiente la consumación de medidas como en este caso, amén que el 12 y 17 de febrero postreros, intentó realizar tales actos con resultados negativos. Aunado, no trascurrió un hito considerable.

5. CONSIDERACIONES

5.1. En ejercicio de los poderes de que está investido como director del proceso, el Juez requerirá a las partes o intervinientes para que cumplan las cargas procesales o ejecuten el acto pertinente a efectos de proseguir el trámite de la demanda, la denuncia del pleito, llamamiento en garantía, incidente, o cualquier otra actuación que estas hubieren promovido, a lo cual deberán proceder dentro de los treinta días siguientes, so pena que quede sin efecto la demanda o solicitud, y se declare la terminación del proceso.

Sin duda, el desistimiento tácito consagrado en el artículo 317 del Código General del Proceso, se erige en un instrumento eficaz en orden a prevenir la paralización de los litigios civiles y su injustificada permanencia en el tiempo. Se trata pues de verificar si el litigante que ha sido requerido para que cumpla la carga procesal o ejecute el acto señalado lo ha hecho dentro del término establecido, para, de no ser así, proceder a finiquitar la causa con sus consecuentes efectos.

5.2. En el *sub-judice*, con prontitud se columbra que la determinación confutada debe revocarse, porque al tenor del inciso tercero del ordinal

primero del artículo 317 del Estatuto General del Proceso¹, no le era dable a la primera instancia que en el auto admisorio de la demanda, requiriera al litigante para que gestionara la notificación del extremo convocado, cuando en el mismo proveído decretó la inscripción de la demanda –folio 65 cuaderno 1-.

Bajo este norte, como apenas se iniciaba la impulsión del trámite para cristalizar las cautelas, solo una vez consumadas se abría la posibilidad para el Estrado de hacer uso de la facultad *sub-examine* para evitar el estancamiento de la causa.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, en **SALA DE DECISIÓN CIVIL**,

RESUELVE:

6.1. REVOCAR el auto del 17 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ORDENAR** al señor Juez continuar con el curso del proceso.

6.2. ABSTENERSE de condenar en costas.

6.3. DEVOLVER el expediente a su despacho judicial de origen, previas las constancias del caso. Ofíciase.

NOTIFÍQUESE,


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

¹ “...el juez no podrá ordenar el requerimiento previsto en este numeral, para que la parte demandante inicie las diligencias de notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, cuando estén pendientes actuaciones encaminadas a consumir las medidas cautelares previstas...”

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Ponente

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., siete (07) de octubre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO. PROCESO VERBAL (DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL) PROMOVIDO POR LA SOCIEDAD CODENSA S.A. ESP CONTRA LA SOCIEDAD TELTRONIC S.A.U. Y OTRA.

RAD. 030 2005 00040 03

Sentencia escrita de conformidad con lo autorizado por el Decreto 806 de 2020.

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron Codensa S.A. ESP y Teltronic Andina Ltda. contra la sentencia que profirió el Juzgado 30 Civil del Circuito de esta ciudad el 7 de noviembre de 2019, dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La sociedad CODENSA S.A. ESP formuló demanda de responsabilidad civil contractual contra las sociedades TELTRONIC S.A.U. y TELTRONIC ANDINA LTDA., para que se declare que incumplieron el Contrato de Prestación de Servicios de Radio Telefonía Móvil No. 4700020996 que celebraron las dos primeras el 20 de junio de 2002

En consecuencia, se declare “*la resolución*” de dicho convenio; se requiera a las demandadas a pagar la totalidad de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) sufridos por Codensa S.A. ESP, los que estimó en la suma de \$1.000´000.000, junto con los

intereses moratorios a la tasa máxima legal contados a partir del día en que entraron en mora y hasta cuando se verifique el pago; e igualmente para que asuman las costas del proceso.

2. Como sustento de lo pretendido adujo, en síntesis, que el día 20 de junio de 2002, celebró el Contrato de Prestación de Servicios de Telefonía Móvil No. 4700020996 con Teltronic S.A.U., en virtud del cual ésta se obligó a la instalación, montaje y funcionamiento de unos equipos de comunicación (adquiridos por Codensa S.A. ESP por recomendación de Teltronic S.A.U., que era su fabricante, mediante un Contrato de Arrendamiento Financiero Internacional o Leasing Internacional que celebró con Bancolombia Panamá S.A. el 30 de agosto de 2002) y a los servicios de administración, mantenimiento y operación de un sistema de radio telefonía móvil para el sistema *voting en la banda de VHF de 160 MHz*.

2.1. Que la infraestructura tecnológica básica estaría compuesta por un modo voting Wbp, instalado en Torca, Manjui, La Mesa, Boquerón de Chipaque y Saboya, y en tres sitios auxiliares tentativamente situados en subestaciones de Codensa S.A. ESP en los municipios de Fusagasugá, Zipaquirá y Simijaca, los cuales serían interconectados con las instalaciones de Codensa S.A. ESP en el edificio técnico.

2.2. Que la red de comunicaciones se dividiría en tres sub-redes, una para la zona Urbana-Sabana equipada con 4 canales, con ubicación en los sitios de WBP y Torca y dos para la zona rural, dimensionadas cada una con un canal. Las redes rurales se denominarían zona norte, compuesta por los sitios de Manjui y Saboya, y zona sur, por los sitios de La Mesa y Boquerón de Chipaque.

2.3. Que Teltronic S.A.U. debía entregar la instalación, el montaje de los equipos y la puesta en marcha de toda la infraestructura del sistema de radio telefonía móvil en un período máximo de cuatro meses contados a partir de que se hubieren cumplido dos condiciones: a) Que Teltronic S.A.U. hubiera cobrado el 15% del importe del suministro de los equipos del sistema de radio telefonía móvil, y b) Que el Ministerio de Comunicaciones hubiera otorgado a Codensa S.A. ESP el derecho de uso de las frecuencias en la banda VHF que se precisan para el funcionamiento del sistema de radio telefonía móvil.

2.4. Que el 3 de septiembre de 2002, mediante Resolución No. 1312 el Ministerio de Comunicaciones otorgó a Codensa S.A. ESP la respectiva licencia para desarrollar actividades de telecomunicaciones, autorización para el establecimiento de una red privada y permiso para el uso del espectro radioeléctrico hasta el 31 de diciembre de 2007.

2.5. Que el término de duración del contrato era de sesenta y cuatro meses y, si Codensa decidía renovarlo, esto se realizaría por mutuo acuerdo de las partes con una anticipación de noventa días a su vencimiento.

2.6. Que el precio total del contrato era el correspondiente a considerar una cuota mensual de US\$31.970 dólares más IVA que serían convertidos a pesos colombianos al momento de la firma del mismo, al cambio oficial publicado en Colombia, incrementados a partir del primer año de acuerdo al IPC acumulado de los últimos doce meses; cuota que se aplicaría durante los sesenta meses de duración del contrato una vez puesta en marcha el sistema, por tanto, el valor total correspondiente al servicio de administración, mantenimiento y operación ascendía a US\$1'918.200 dólares.

2.7. Que el 11 de septiembre de 2002, Teltronic S.A.U. cedió a Teltronic Andina Ltda. las obligaciones, derechos, acciones deberes y cargas contenidos en el contrato No. 0110705 (sic), donde se estableció que el cedente respondía solidariamente con el cesionario frente al cumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas del objeto del contrato cedido.

2.8. Que para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones contenidas en el contrato y la calidad del servicio Teltronic Andina Ltda., constituyó, con el Banco Santander, las garantías bancarias Nos. 56982584 y 56982585 por valor de por US\$95.910 y US\$287.730, respectivamente.

2.9. Que en noviembre de 2002 los equipos fueron entregados y se inició su respectiva instalación por Synapsis de Colombia, firma que había sido contratada por Teltronic *“finalizando dicha labor en enero de 2003, y comenzando operaciones definitivas el día 1 de febrero de 2003”*.

2.10. Que en los meses de enero y marzo de 2003 se hicieron las pruebas de cobertura y calidad que Codensa había exigido previamente

para dar cumplimiento del contrato “*pues el servicio estaba presentando fallas desde el inicio mismo de las operaciones, sobre todo en el campo de la red y su respectiva cobertura*”; pese a ello, Codensa aceptó pagar las correspondientes facturas que había presentado Teltronic, sin hacer efectiva la cláusula penal, mientras se ajustaban las fallas que presentaba el servicio y esperaba las conclusiones y evaluaciones finales del servicio prestado.

2.11. Que a pesar de todos los requerimientos que le hizo a Teltronic por las fallas presentadas en el servicio y en la operación de la red, esta no fue mejorada y, por el contrario, se siguieron presentando serias deficiencias en el servicio, pese a que de acuerdo con el numeral 1.1, penúltimo párrafo de la cláusula primera del contrato, en el evento de que no se cumpliera con la cobertura verificada y validada por Codensa después de la verificación práctica, Teltronic S.A.U. quedaba obligada a instalar a su costo los sitios voting o auxiliares que fueran precisos para solucionar dicha deficiencia.

2.12. Que ante los varios reclamos, Teltronic Andina Ltda. respondió que las mencionadas fallas se debían a la mala utilización de los equipos por parte de los operadores y se limitó únicamente a entregar en abril de 2003 un cronograma en el que indicaban las actividades de vistas a los respectivos sitios, la recolección de la información y las recomendaciones que Teltronic S.A.U. había hecho para la optimización de la red.

2.13. Que a pesar que el contrato se encontraba vigente con todos sus derechos y obligaciones, el 6 de agosto de 2003 Teltronic entregó a Condensa una propuesta para reconfigurar la respectiva red, con un costo de 274.546 euros en su nueva infraestructura y un costo adicional de 32.780 euros mensuales en mantenimiento, lo que modificaba el precio del contrato.

2.14. Que las pruebas de cobertura realizadas sobre la red de operaciones, hechas por Synapsis de Colombia, arrojaron, para sorpresa de todos, que el porcentaje de cobertura buena era del 48.4%, incluyendo como buena la cobertura de aquellas zonas en que no se pudo efectuar pruebas por problemas de orden público (27.8%), contra el 90% de la cobertura contratada.

2.15. Que el 7 de noviembre de 2003 Teltronic entregó a Codensa unos mapas de cobertura sobre la propuesta de movilización de los expansores y un plan de trabajo para llevar a cabo la nueva instalación, sin ningún tipo de soporte técnico; y una vez se determinara los sitios adecuados para reubicarlos debían ser reinstalados por cuenta de Teltronic y Codensa asumiría los costos de arriendo de los nuevos sitios en razón a que los originales se habían instalado en sub estaciones de Codensa para ahorrar costos de energía y arrendamiento.

2.16. Que a su vez, Synapsis de Colombia decidió suspender las labores de mantenimiento de la red Voting debido a los incumplimientos reiterados de Teltronic en la prestación del servicio, por lo cual esta asumió directamente el mantenimiento de la red y administración de los equipos y el inventario.

2.17. Que Codensa ante la imposibilidad de validar con sus propios recursos la información suministrada por Teltronic y ante la urgencia de atender las necesidades de operación con un sistema confiable de comunicaciones, contrató un estudio de propagación y análisis de cobertura que permitiera tomar las acciones necesarias para la optimización de la red con el fin de mejorar dicha cobertura; estudio que recomendó trasladar siete de los nueve sitios instalados por Teltronic.

2.18. Que debido a las fallas en la prestación del servicio y en la operación de la red, Codensa y Teltronic se vieron obligadas a estudiar planes de contingencia para enfrentar la situación a partir del 1 de enero de 2004, por lo cual decidió contratar con la compañía Avantel S.A. el servicio de comunicaciones y el alquiler de equipos por un término de dos meses contados a partir de esa fecha, con posibilidad de prorrogar por meses adicionales.

2.19. Que el 30 de diciembre de 2003 firmó el respectivo contrato con Avantel S.A. para el arrendamiento por dos meses de 155 equipos solicitados por el área operativa para atender sus actividades, pero sin el servicio de grabación de llamadas.

2.20. Que el 15 de enero de 2004 Teltronic informó a Codensa S.A. ESP de la terminación del contrato para el alquiler de los espacios para los repetidores con Internexa ubicados en los sitios de Saboya, Boquerón de Chipaque, Cazadores, La Mesa, Manjuí y WBP, a partir del 13 de

febrero de 2004, motivo por el cual ya no se haría responsable de los equipos instalados en dichos lugares.

2.21. Que las demandadas, a pesar de los requerimientos efectuados, se han negado a cumplir a cabalidad con los términos establecidos en el contrato.

3. Admitida la demanda¹, la sociedad demandada Teltronic Andina LTDA., se notificó por aviso y dentro de la oportunidad para contestarla guardó silencio (Cfr. fls. 49, 70 y 96 C. 1).

Por su parte, la sociedad Teltronic S.A.U., se notificó por conducto de curador *ad litem* (Cfr. fl. 299 C. 1), no obstante, contestó en tiempo la demanda por intermedio de apoderado que designó para tal efecto², oponiéndose a las pretensiones por vía de las defensas que denominó: “EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO”; “EXCEPCION DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR PARTE DE TELTRONIC ANDINA LTDA.”; “INEXISTENCIA DE CONDUCTA CULPOSA IMPUTABLE AL CONTRATISTA (TELTRONIC ANDINA LTDA. – TELTRONIC S.A.U.) Y CULPA EXCLUSIVA DE CODENSA EN LA CAUSACIÓN DEL DAÑO ALEGADO”; “INEXISTENCIA DE CERTEZA SOBRE EL DAÑO ALEGADO POR CODENSA”; “EXCEPCION DE PAGO” y “EXCEPCION GENÉRICA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 306 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL” (Cfr. fls. 359 a 388 C. 1).

4. De igual manera, Teltronic S.A.U. **presentó demanda de reconvención**, en la que solicitó por vía principal se declare que Codensa S.A. ESP incumplió el contrato No. 4700020996 que celebraron el 20 de junio de 2002, cuya posición contractual fue asumida por Teltronic Andina Ltda.

Y como consecuencia del incumplimiento contractual de Codensa S.A. ESP, se declare que ésta recibió en pago de lo no debido y por cuenta de Teltronic S.A.U. las sumas de USD\$95.910 y USD\$287.730, los cuales le debe sufragar a título de restitución en equivalencia a pesos colombianos liquidados a la tasa representativa del mercado colombiano del 28 de julio de 2005, más la corrección monetaria; que igualmente se encuentra obligada a indemnizar los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) que por dicha causa le fueron y le son

¹ Por auto del 8 de febrero de 2005 visto a folio 22 C. 1

² Cfr. fl. 489 C. 1 A Continuación

irrogados a Teltronic S.A.U.; se le condene al pago de los perjuicios que pruebe como derivados del declarado incumplimiento contractual de Codensa S.A. ESP y en el monto fijado por el perito designado para el efecto; y por las costas del proceso.

4.1. Como sustento fáctico de lo pretendido adujo, en síntesis, que con ocasión a la petición de ofertas No. 067-C-01-T03 formulada por Diprel Colombia para la prestación de servicios de telefonía móvil para Codensa S.A. ESP, el 29 de noviembre de 2001 presentó una oferta que modificó posteriormente para recomendar a la segunda recurrir a una solución básica de siete sitios y considerar ya en fase de proyecto la posibilidad del octavo sitio, con lo cual sería posible obtener un nivel de cobertura de 90% para Cundinamarca, oferta que fue aceptada por Codensa según comunicación de fecha 29 de abril de 2002.

Agregó que el 20 de junio de 2002, celebró con Codensa S.A. ESP el contrato No. 4700020996, comprometiéndose a ejecutar la instalación, montaje y puesta en marcha de los equipos adquiridos por Codensa al contratista a través de una compañía de leasing y los servicios de administración, mantenimiento y operación de un sistema de radio telefonía móvil, el cual cedió a Teltronic Andina Ltda. el 11 de septiembre de 2002.

Refirió que en desarrollo de lo propuesto en la oferta presentada por Teltronic subcontrató a Internexa, Synapsis y Cadena Melodía para dar cumplimiento a las obligaciones del contrato, incurriendo en gastos y costos directamente derivados de sus obligaciones contractuales, con la aceptación de Codensa; que el 25 de octubre de 2002 constituyó en el Banco Santander en favor de Codensa S.A. ESP sendas garantías bancarias con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato; que en el mes de febrero de 2003 dio cumplimiento a la obligación de instalación, montaje y puesta en marcha de los mentados equipos; y que en el mes de marzo de ese año se reportaron problemas en el uso de los equipos por falta de capacitación de los operadores y mal manejo de los equipos terminales, por lo cual se hicieron mediciones de cobertura todas con resultados superiores a los obligados en el contrato.

Indicó que el 2 de mayo de 2003 Codensa descontó de manera unilateral y arbitrariamente de la factura de Teltronic correspondiente al mes de marzo de 2003 la suma de \$8'197.181 por concepto de uso de celulares de su personal en la zona norte; que el porcentaje real de

cobertura que informó Synapsis a Codensa ascendió a 50.4155%, desatendiendo lo dispuesto en la recomendación UIT-R P.524-4 de la Unión Internacional de Comunicaciones sobre mediciones de campo y cálculos de cobertura; que el 7 de julio de 2003 Codensa informó a Teltronic que el valor de \$8´197.181 descontado por concepto de telefonía sería abonado al pago de la siguiente factura; y que Codensa efectuó el pago de las facturas de los meses febrero a julio de 2003 sin descuento alguno por concepto de cobertura *“como quiera que el descuento indebido e ilegal a la factura correspondiente al mes de marzo por concepto distinto, luego fue reembolsado”*.

Manifestó que tales pagos le dieron a entender que debía continuar con la ejecución del contrato y que Codensa venía interpretando el contrato celebrado en lealtad con lo ofertado por Teltronic S.A.U. en materia de cobertura; que la cobertura lograda no disminuyó después del mes de julio de 2003; que desde el mes de agosto de 2003 Codensa se abstuvo de efectuar los pagos a que estaba obligado incumpliendo gravemente el contrato, bajo la justificación de exigencia sistemática de niveles de cobertura a los cuales Teltronic no se obligó; que el 14 de octubre de ese año le exigió a Codensa el pronto pago de la factura No. 000017 y le informó sobre las consecuencias del no pago oportuno de la facturación; que el 5 de abril de 2004 Codensa le comunicó su decisión unilateral, anticipada e injustificada de dar terminación al contrato, con fundamento en las mediciones de cobertura contratada con terceros, sin su autorización ni de Teltronic S.A.U.; y que con ocasión de requerimiento efectuado por Codensa, el 28 de julio de 2005 el Banco Santander de Colombia S.A. le desembolsó a Codensa las sumas de USD\$95.910 y USD\$287.730 con fundamento en las contragarantías Nos. 0049 1824 41 205 001693-0 y 0049 1824 41 285 001692-1.

Frente a la demanda de reconvención Codensa S.A. E.S.P. se opuso a las pretensiones bajo las excepciones que denominó: “contrato no cumplido”, “cumplimiento de Codensa del contrato 470002096” e “inexistencia del perjuicio” (folio 315 y ss. C.2)

5. Agotado el trámite de la instancia la Juez *a quo* le puso fin con la sentencia que hoy es objeto de impugnación, en la que declaró la resolución del contrato de prestación de servicios No. 4700020996, así como probada la excepción de pago, por lo cual denegó la condena en perjuicios solicitada; declaró infundados los restantes medios de defensa

propuestos; negó las pretensiones de la demanda de reconvención; y condenó en costas a ambas partes.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A vuelta de reseñar los antecedentes del caso y verificar los presupuestos de la responsabilidad civil, la juzgadora de primer grado refirió que al revisar el contrato No. 4700020996, suscrito entre Codensa S.A. ESP como contratante y Teltronic S.A.U. en calidad de contratista, en la cláusula 1° se determinó el "*ALCANCE DEL CONTRATO*" y se especificó que el mismo se sujetaría a "*...los mismos términos y condiciones redactados en la oferta de TELTRONIC, de referencia 01-07-93-0 de noviembre de 2001, las aclaraciones posteriores recogidas en las cartas de fecha 7 de febrero (revisión 8 de febrero), 11 de febrero y 21 de febrero de 2002, a las condiciones técnicas del pliego de condiciones de la Licitación que se encuentran detalladas en el Anexo N°2 'especificaciones técnicas', en el Anexo N° 3 'Mapas de cobertura requerida', las condiciones particulares en las cuales se exigió y presentó la oferta, las Condiciones Generales de contratación y todos los demás documentos que se originaron durante el proceso de la licitación número 067-C-01-T03, que quedan resumidas en el alcance de suministro de equipamiento objeto de leasing en la oferta de referencia 02-0202-1, de junio de 2002.*"

Seguido, precisó que las obligaciones a cargo del contratista no sólo figuraban en el aludido contrato, sino además en los otros documentos enunciados en dicha cláusula, por lo tanto, valoradas las pruebas, observó que en la "*Petición de Ofertas No. 067-C-01-T03*" las partes previeron unas condiciones particulares; y, en torno a la ejecución del contrato, expresó que el sistema estaría debidamente interconectado, formando una red que permitiera lo necesario en cuanto a comunicación radio tanto local a nivel de grupo, como de despacho, lo cual debía permitir formar estructuras celulares autónomas en términos de servicio, además, detalló que por cobertura se entendería "*la zona en la cual se asegurara que al menos en el 90% de las ubicaciones se cubría y, en el 90% del tiempo*".

Destacó que Teltronic S.A.U., al participar en la licitación no contravirtió esa cobertura y sostuvo haber "*analizado cuidadosamente los criterios de intensidad de campo que se requieren en el pliego y el estudio de cobertura se ha realizado conforme a ello*"; que las comunicaciones del 30 de enero de 2002, así como las del 7 y 11 de

febrero del mismo año, tampoco detallan que se hubiera discutido por Teltronic tal cobertura, por lo cual consideró, por una parte, que desde el inicio Codensa S.A. ESP requirió y exigió a los oferentes la presentación de propuestas que abarcaran un 90% de cobertura y, por otra, que dicha obligación no se cumplió por el contratista, pues al analizar en particular las planillas de comprobación de cobertura obrantes a folio 389 y siguientes del cuaderno principal, como los testimonios recaudados, ello resulta evidente.

Resaltó que en otro proceso promovido por Teltronic Andina Ltda. y Jairo Gómez Gómez contra Codensa S.A. E.S.P., los jueces de instancia establecieron el incumplimiento al contrato No. 4700020996 suscrito el 20 de junio de 2002, no por parte de Codensa S.A. E.S.P., sino de los demandantes y, por ello, negaron las pretensiones que formularon.

Adujo que detallado el incumplimiento del contrato estudiado, la excepción denominada '*cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Teltronic Andina LTDA*' resulta infundada; y frente a la '*excepción de contrato no cumplido*', indicó que si bien se observa que Codensa S.A. E.S.P. no canceló en su integridad el valor pactado, como lo reconoció en contestación a la demanda de reconvención, lo cierto es que esto sucedió en razón a las deficiencias que tempranamente se evidenciaron en la cobertura de la red de telefonía móvil instalada por Teltronic, según extracta de las pruebas; además, advirtió que las obligaciones derivadas del contrato no eran de ejecución instantánea para ambas partes, pues la contratista debía realizar la labor encomendada en diversas fases y, a su turno, Codensa S.A. ESP iría efectuando pagos mensuales conforme avanzaran las etapas de la negociación, tal como se deriva de las cláusulas 4.1 a 5.3 del contrato; que las obligaciones contraídas por las partes eran de tracto sucesivo, situación que es relevante para indicar que Codensa S.A. ESP no incumplió el contrato; y respecto a los demás componentes de la excepción, precisó que en el expediente no obran elementos de convicción que muestren con nitidez la veracidad de tales afirmaciones.

En cuanto a las excepciones de '*Inexistencia de certeza sobre el daño alegado por Codensa*' y/o '*Inexistencia de conducta culposa imputable a Teltronic Andina LTDA y culpa de Codensa S.A.S ESP*', indicó que la contratista no observó una conducta diligente y cuidadosa en la presentación de su oferta, ni en la ejecución del contrato, como tampoco adoptó las previsiones de rigor a la hora de plantear su propuesta frente

a los términos de cobertura exigidos por la contratante en la licitación; y desestimó la excepción de “*inexistencia del daño*”, porque era evidente el incumplimiento del contrato, lo cual generó traumatismos en la operación a la red de comunicación al punto que Codensa S.A. E.S.P. contrató con Avantel para que realizara la gestión que en principio había confiado a Teltronic S.A.U.

Sin embargo, en cuanto a la “*excepción de pago*” estimó que debe prosperar, pues le asiste razón a la demandada en alegar que los perjuicios ya fueron resarcidos, al haberse hecho efectivas las garantías bancarias otorgadas a favor de Codensa S.A. E.S.P. por las sumas de US\$283.730 y US\$95.910, como lo reconoció el apoderado judicial de Codensa S.A. E.S.P.; por ende, como ya fueron resarcidas, no existe justificación alguna para condenar a las demandadas al pago de la suma pretendida.

Por último, consideró que las pretensiones de la demanda de reconvencción no pueden encontrar acogida, en atención a que de acuerdo a lo previsto en el artículo 1546 del Código Civil se requiere que se trate de un contrato bilateral, en el cual el demandado hubiera incumplido las obligaciones a su cargo y el demandante las hubiere cumplido o se allanare a cumplirlas, lo cual no sucede en el caso, por cuanto está probado el incumplimiento de Teltronic y el cumplimiento de Codensa frente a las obligaciones del contrato No. 4700020996, suscrito el 20 de junio de 2002.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión, Teltronic Andina Ltda. y Codensa S.A. ESP la apelaron, cada una, solicitando que se revoque parcialmente, con sustento en los siguientes reparos concretos:

De Teltronic Andina Ltda.

Alegó que el Despacho omitió en la valoración de las pruebas: **i)** “*aquellas que dan cuenta del no pago de las facturas presentadas en cumplimiento de las condiciones pactadas en virtud de la modificación del contrato inicial (hechos Nos. 11, 41, 42, 43, 44 y 45 de la demanda de reconvencción)*”; **ii)** “*aquellas con las que se evidenció que Codensa S.A. ESP continuó usando los equipos a pesar de la supuesta falta de cobertura,*

y sin embargo, no efectuó pago a Teltronic de las facturas presentadas oportunamente”; **iii)** “aquellas con las que se demostró que Codensa S.A. ESP decidió terminar unilateralmente el contrato, apoyado en validaciones de medición efectuadas por terceros sin contar con la autorización de Teltronic (hechos Nos. 46, 47 y 48 de la demanda de reconvención)”; y **iv)** “aquellas que dan cuenta que el pago de las garantías bancarias se efectuó en favor de Codensa, sin perjuicio del incumplimiento de sus obligaciones contractuales (hechos Nos. 49 y 50 de la demanda de reconvención)”.

De Codensa S.A. ESP

No le asiste razón al Despacho en cuanto a estimar que ya fue resarcida por los perjuicios irrogados tras el incumplimiento del contrato, en razón a que el valor de las garantías al momento de hacerse el pago no correspondía a lo pactado contractualmente, por cuanto se pagaron en dólares el 28 de julio de 2005, pese a que conforme al artículo 79 de la Resolución Externa No. 8 de 2000 del Banco de la República "*Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas...*".

Por ende, estima que como se constituyeron el 25 de octubre de 2002, debían pagarse en la tasa representativa del mercado de esa fecha, esto es, a \$2.747,07 por dólar, que equivaldría a \$1.053'850.934,80; pero solo recibió USD383.640 que liquidados a la fecha de pago equivalen a \$887'681.578,60, con base en la tasa representativa del mercado al 28 de julio de 2005, que era de \$2.313,84 por dólar; por lo tanto, dejó de recibir \$166'204.356,20, valor insoluto que debe pagarse con sus respectivos intereses de mora liquidados a la máxima tasa legal permitida en materia comercial, que equivalen aproximadamente a \$668'714.000 "*es decir, a título de daño emergente y lucro cesante, la indemnización de perjuicios a la fecha de presentación de este escrito, correspondería a \$834'918.356,20 aproximadamente*".

IV. CONSIDERACIONES

1. Se encuentran presentes la capacidad de las partes para acudir al proceso, la demanda en forma y la competencia del juez para tramitar y decidir la instancia, se tiene que al plenario confluyen los denominados presupuestos procesales, lo que, aunado a la ausencia de vicio con idoneidad anulatoria, permite proferir la decisión que de esta Sala se reclama, atendiendo los puntuales aspectos de inconformidad, si se tiene en cuenta que no todas las partes apelaron.

Tarea que se inicia con unas precisiones iniciales, en razón a que la juez de primera instancia abordó el análisis de las defensas propuestas por Teltronic Andina Ltda., pese a que la actuación da cuenta que dicha entidad guardó silencio frente a la demanda principal; y, además, acogió la pretensión resolutoria sin advertir que el contrato cuestionado es de tracto sucesivo.

En efecto, véase que en la sentencia de primer grado la juzgadora indicó que Teltronic Andina Ltda. contestó la demanda y formuló excepciones de mérito según escrito visto a folios 350 a 372 del cuaderno No. 4, que corresponde al No. 2 que contiene la demanda de reconvencción, sin advertir que en auto del 7 de marzo de 2006 se indicó lo siguiente: *“Téngase en cuenta que la demandada Teltronic Andina Ltda. se notificó por aviso del auto admisorio y guardó silencio”* (Cfr. fl. 96 C. 1).

Además, aparece que el escrito de excepciones fue presentado simultáneamente con un incidente de nulidad que no encontró acogida, según consta en auto del 24 de julio de 2009 (Cfr. fls. 30 a 33 C. 3 Incidente de Nulidad), decisión que confirmó esta sede en providencia del 3 de junio de 2010 (Ver folios 20 a 25 C. 4).

Dicha solicitud se soportó en la causal de nulidad causal prevista en el numeral 8° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época en que se promovió, referida a cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda; por lo tanto, como no encontró prosperidad, la contestación y proposición de excepciones no debió ser considerada porque de esa forma se convalidaría una actuación no presentada oportunamente.

El otro aspecto, es la imprecisión jurídica que la sentencia contiene, toda vez que se acogió la pretensión resolutoria frente a un

contrato de tracto sucesivo, en tanto que su duración quedó diferida a 64 meses de ejecución; de ahí que no se pueda hablar de resolución, sino de terminación, pues de antaño la jurisprudencia tiene dicho que “*en contratos de la naturaleza del presente destinado a producir una serie de efectos escalonados y llamados por eso de tracto sucesivo, lo jurídico no sería declarar la resolución que produce efectos hacia el futuro y hacia el pasado, sino hablar de terminación, denominación que ha aceptado la doctrina, considerando que en estos casos los efectos de la declaración judicial sólo pueden operar hacia el futuro*”³.

Con todo, como la Corte ha prohijado la labor interpretativa que en relación con la demanda tienen los juzgadores, en el evento de ser avaladas las demás consideraciones de la sentencia impugnada, y solo en caso de que los reproches formulados contra ella no encuentren cabida, se deberá necesariamente modificar en ese aspecto la providencia en orden a corregir ese yerro conceptual.

2. Ya para resolver los reparos que a la sentencia se le hicieron, recuerda el Tribunal que de conformidad con los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, en concordancia con los artículos 870 y 871 del Código de Comercio, los contratos válidamente celebrados son ley para las partes contratantes, quienes deben ejecutarlos de buena fe, obligándose por consiguiente no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por ley o costumbre pertenecen a ella, lo que justifica que su incumplimiento, bien sea por inejecución o por ejecución tardía o defectuosa, sin causa justificada, sea sancionado por el ordenamiento jurídico y que dicho comportamiento, faculte al contratante cumplido para solicitar a la jurisdicción ya sea el cumplimiento forzado de la prestación o prestaciones debidas, la terminación o la resolución del vínculo negocial, mediando la posibilidad de reclamar el valor de los perjuicios que la infracción contractual le haya ocasionado.

Disposiciones estas que emergen como fundamento normativo de la acción incoada por vía principal, al consagrar la incorporación de la condición resolutoria en los contratos bilaterales, para cuya viabilidad la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que, en principio, es indispensable acreditar: **a)** la existencia de un contrato bilateral válido; **b)** incumplimiento del demandado, total o parcialmente, de las

³ Corte Suprema de Justicia - Sala de Negocios Generales – Bogotá junio 4 de 1952. M.P. Dr. Luis A. Flórez

obligaciones a su cargo; y **c)** que por su parte, el demandante haya cumplido las suyas o se haya allanado a cumplirlas en la forma y tiempo estipulados.

2.1. En cuanto a la existencia de un contrato bilateral válido, se acompañó con la demanda de reconvención documento privado, visible a folios 207 a 234 del Cuaderno No. 2, suscrito el día 20 de junio de 2002 por la sociedad Codensa S.A. ESP y la sociedad Teltronic S.A.U., demandante en reconvención, a través de su representante legal, contenido del Contrato No. 4700020996 en el que llegaron a un acuerdo para la prestación “*DE LOS SERVICIOS DE RADIO TELEFONÍA MOVIL PARA CODENSA S.A. ESP*”, con el que es posible tener por configurado el primero de los citados presupuestos (Cfr. fls. 2 y 3 con 360, hecho 1 y su contestación, en lo que atañe a la aceptación por las partes frente a la celebración de ese convenio).

2.2. En lo que tiene que ver con la conducta contractual de la sociedad demandada, para establecer si incumplió con las obligaciones a su cargo, se tiene que en la cláusula 1 del convenio celebrado entre Codensa S.A. ESP y Teltronic S.A.U., las partes pactaron a título de “*ALCANCE DEL CONTRATO*” lo siguiente:

“Por el presente contrato, el CONTRATISTA se compromete a ejecutar para CODENSA S.A. ESP, LA INSTALACIÓN, MONTAJE Y PUESTA EN MARCHA DE LOS EQUIPOS ADQUIRIDOS POR CODENSA AL CONTRATISTA A TRAVÉS DE UNA COMPAÑÍA DE LEASING Y LOS SERVICIOS DE ADMINISTRACIÓN, MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN DE UN SISTEMA DE RADIO TELEFONÍA MOVIL para las áreas operativas de Distribución, Comerciales, Proyecto de Pérdidas y Administrativas; con un cubrimiento en las Zonas Urbana y Rural de Bogotá D.C., y el Departamento de Cundinamarca, mediante tecnología voting de forma tal que permita el manejo de los volúmenes de conversaciones con la flexibilidad necesaria para apoyar el crecimiento y la evolución de CODENSA S.A. ESP; En los mismos términos y condiciones en los que fueron redactados en la oferta de TELTRONIC, de referencia 01-0793-0 de noviembre de 2001, las aclaraciones posteriores recogidas en las cartas de fechas 7 de febrero (revisión de 8 de febrero), 11 de febrero y 21 de febrero de 2002, las condiciones técnicas del pliego de condiciones de la Licitación que se encuentran detalladas en el Anexo No. 2 “Especificaciones técnicas”, en el anexo No. 3 “Mapas de cobertura requerida”, las condiciones particulares en las cuales se exigió y presentó la oferta, las Condiciones Generales de contratación y todos los demás documentos que se originaron durante el proceso de la Licitación 067-C-01-T03, que quedan resumidas en el alcance de suministro de equipamiento objeto de leasing en la oferta de referencia 02-0202-1, de junio del 2002” (Cfr. fl. 208 C. 2).

Conforme al hecho No. 18 de la demanda principal Codensa S.A. ESP adujo que en noviembre del año 2002 los equipos fueron entregados

y se inició su respectiva instalación por parte de SYNAPSIS DE COLOMBIA, firma que había sido contratada por TELTRONIC, finalizando dicha labor en enero de 2003 y comenzando operaciones definitivas el día 2 de febrero de 2003, hecho que fue aceptado en la contestación de la demanda (Cfr. fl. 362 ib.).

A su turno, Teltronic S.A.U. aceptó el hecho 19 de la demanda, en cuanto a que entre los meses de enero y marzo de 2003 se hicieron las pruebas de cobertura y de calidad, con la aclaración de que fueron ejecutadas los días 11, 12, 13, 14, 17, 18, 21 y 25 de marzo de 2003 (*ibídem*); e igualmente, el hecho 20 de acuerdo con el cual Codensa pagó las correspondientes facturas que había presentado Teltronic, sin hacer efectiva la cláusula penal de apremio, al indicar que Codensa “*procedió a efectuar el pago de las facturas presentadas por TELTRONIC correspondientes a las primeras seis (6) mensualidades correspondientes al servicio y en la forma señaladas en la contestación del hecho anterior*” (Cfr. fl. 363 ib.), aun cuando bajo la manifestación de que no es cierto en cuanto infiere que esos pagos se efectuaron sin descuento ni aplicación de penalidad alguna, en tanto se registraron no obstante la existencia de fallas imputables a TELTRONIC y mientras se ajustaban “*pues lo cierto fue que se dio inicio a la ejecución de los actos propios de la naturaleza del contrato, uno de ellos la verificación y adecuación de la cobertura teórica*” (ib.).

Ahora bien, no se puede pasar por alto que Teltronic S.A.U. propuso las defensas de contrato no cumplido, fundada en el descuento injustificado y arbitrario de la factura No. 000009 y mora en el pago de la factura 000012 expedidas ambas por concepto de los servicios de administración, mantenimiento y operación del sistema de radio telefonía móvil; en que Codensa toleró el uso indebido de los equipos de comunicación por parte de sus funcionarios y no garantizó la debida capacitación de los mismos, no obstante las indicaciones y recomendaciones de Teltronic; que Codensa incumplió su obligación de concurrir a la elaboración conjunta de los mapas de cobertura; en que incumplió la obligación de no suministrar información contractual a terceros sin el consentimiento de Teltronic; en que desconoció el alcance del contrato y le dio una equivocada interpretación a sus cláusulas, exigiendo a Teltronic el cumplimiento de cargas y obligaciones no previstas en dicho contrato, en la oferta, sus aclaraciones ni en los demás documentos contractuales; en el no pago de las facturas Nos. 000017, 000018, 000019, 000022 y 000023 correspondientes a los servicios de

administración, mantenimiento y operación del sistema de radiotelefonía móvil ejecutados durante los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre; y en la sobreviniente inejecución del contrato por parte de Teltronic Andina Ltda., como consecuencia de los incumplimientos contractuales en que incurrió Codensa.

Teniendo en cuenta que cada uno de los contratantes le enrostra incumplimiento al otro, es necesario establecer cuál de ellos lo hizo primero.

En esa labor, se aprecia que las partes coinciden en que en el mes de noviembre del año 2002 los equipos fueron entregados y se inició su respectiva instalación por un tercero (Synapsis de Colombia) labor que finalizó en enero de 2003; que las operaciones definitivas comenzaron el 2 de febrero de 2003; que a mediados de marzo de 2003 se hicieron las pruebas de cobertura y calidad; y, particularmente, que Codensa pagó las seis primeras facturas, correspondientes a las mensualidades del servicio de febrero a julio de 2003, incluyendo en la del mes de marzo un descuento, con el que en sentir de Teltronic S.A.U., Codensa incurrió en el incumplimiento del contrato.

Sobre ese aspecto, en el Comprobante de Egreso TP-1100007389 está relacionado un concepto de “Comunicaciones” por valor de \$8.197.181 (Cfr. fl. 304 C. 2), que coincide con el que según correo electrónico enviado por Mabel Rocío Romero Torres desde la cuenta mromero@codensa.com.co a teltronicandina@teltronicandina.com.co de fecha 7 de julio de 2003, referido a que: “*El presente tiene como fin informarles que el valor de \$8.197.181 descontado por concepto de telefonía, será abonado en el pago de la siguiente factura*” (Cfr. fl. 309 C. 2); y con base en ellos, no es posible desconocer que en efecto Codensa realizó el descuento a que alude Teltronic Andina Ltda., porque así se desprende del citado comprobante de egreso.

No obstante, no se puede perder de vista que a esa data y desde el 11 de septiembre de 2002 Teltronic Andina Ltda., en su condición de cesionaria de “*las obligaciones, derechos, acciones, deberes y cargas que se desprenden del contrato cedido*”, aceptada por Codensa, era la encargada de la ejecución del contrato; que el aludido descuento sería reembolsado en la siguiente factura; y que esa fue una circunstancia superada y aceptada por Teltronic Andina Ltda., tanto así que continuó con el desarrollo y ejecución del contrato.

También advierte la Sala, que al contestar el hecho 19 de la demanda principal, en el que Codensa alegó que “*el servicio estaba presentando fallas desde el inicio mismo de las operaciones, sobre todo en el campo de la red y su respectiva cobertura*”, Teltronic S.A.U. adujo que el resultado de dichas pruebas de cobertura fueron favorables a Codensa “*como quiera que los porcentajes de cobertura establecidos fueron superiores a los pactados como obligatorios de conformidad con el referido contrato No. 4700020996 (...) situación ésta que se evidencia en las actas suscritas en dicha oportunidad por los representantes de las partes, cuya copia se acompaña al presente escrito como pruebas documentales [Anexos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9]*”, cuando lo cierto es que estas actas no demuestran, en manera alguna, el sustento de hecho en que está edificada la excepción, por cuanto al examinar su contenido (Cfr. fls. 389 a 406 C. 1), no se observa que estuviere satisfecha la cobertura acordada.

Al respecto, véase que en el numeral “3.1.1. *ESPECIFICACIONES*” de la PETICIÓN DE OFERTAS No. 067-C-01-T03 quedó consignado que:

“El sistema estará formado por equipos y sistemas debidamente interconectados formando una red que permita las facilidades necesarias de comunicación radio, tanto locales a nivel de grupo, como de despacho. Los enlaces se especificarán según las posibilidades (distancia, visibilidad, saturación del espectro, capacidad, etc.), estos permitirán formar estructuras celulares autónomas en términos de servicio, acordes con la organización del usuario.

La red a ofertar se compondrá de varios emplazamientos Repetidores, de modo que se ofrezca la oportuna cobertura a cada zona contando con los canales radio suficientes para cursar el tráfico necesario.

Se entiende por Cobertura: la zona en la cual se asegura que al menos en el 90% de las ubicaciones a cubrir y en el 90% del tiempo, el nivel de campo es igual o superior al nivel de “activo” de un terminal portátil que se determina en 56 dBu⁴.

Es decir, aun cuando Teltronic Andina Ltda. insiste en sede de alzada en que fue Codensa la que incumplió el contrato, lo cierto es que las pruebas convergen en acreditar lo contrario, esto es, que en su momento fue Teltronic S.A.U. la que incumplió primero sus obligaciones, en tanto no satisfizo la cobertura a que aluden los documentos que hacen parte del contrato.

⁴ Cfr. fls. 76-77 C. 2

Y en ese aspecto, el Tribunal comparte la consideración que realizó la funcionaria de primer grado en torno a que en la propuesta que presentó Teltronic S.A.U., previo análisis de los criterios de intensidad de campo que en el pliego se requerían y que el estudio de cobertura se realizó conforme a ello; allí no se controvertió la cobertura del 90% exigida por la contratante (Cfr. fl. 130 C. 2); que en la comunicación del 30 de enero de 2012, Teltronic S.A.U. recomendó *“recurrir a la solución básica de 7 sitios, y considerar ya en fase de proyecto la posibilidad del octavo sitio, tal como se indica en las ofertas técnica y económica. Esta solución consideramos que es la que realmente va a satisfacer las necesidades de CODENSA, con lo cual se obtendrá un nivel de un 90% de cobertura en Cundinamarca, a un coste real muy reducido, gracias al planteamiento de opción de compra anteriormente expuesto. No obstante, TELTRONIC también cotiza y propone, indicando cuales serían las limitaciones, las opciones de 6 y 5 sitios”* (Cfr. fl. 196 C. 2); y que en las comunicaciones del 7 y 11 de febrero de 2002, tampoco se discute el porcentaje de cobertura (Cfr. fls. 197 a 201 C. 2).

Adicionalmente nótese que en la sentencia se precisó, seguido, que con el dictamen pericial se allegó copia del correo electrónico enviado el 4 de febrero de 2002 por el señor José Manuel Martín, con el que indicó a las señoras Luz Stella López (Codensa) y Jaqueline Novoa (CAM), e igualmente al señor Eduardo Ruiz (Synapsis) lo siguiente:

“Hemos investigado la posibilidad de utilizar las subestaciones de Codensa para instalar sitios de repetición en Cundinamarca, y el resultado es el siguiente:

** Partimos de la base de que CODENSA no nos cobrará nada por el espacio utilizado ni por la energía consumida en cualquiera de sus subestaciones.*

** TELTRONIC instalará en dichos puntos (subestaciones) un conjunto formado por un móvil fijo + una repetidora + sistemas radiantes (duplexores) + 1 mástil de 20 metros de altura + 1 antena yagi de alta ganancia + 1 antena colineal omnidireccional + 1 sistema de baterías recargables que proporciona 5 horas de autonomía en caso de falla de alimentación principal, y se responsabilizará de todo el cableado y mantenimiento preventivo y correctivo (siempre que tengamos asegurado el acceso a las ubicaciones).*

** Dentro del precio cotizado para 7 sitios, TELTRONIC puede instalar 6 sitios principales (wbp, torca, manjui, la mesa, boqueron de Chipaque y saboyá) más tres sitios en subestaciones de CODENSA, en las condiciones arriba descritas, totalizando 9 sitios, ya que los costes descienden al disponer de un espacio y energía gratuitos. **De este modo, se alcanzará una cobertura de más del 90% del territorio.** (...)”⁵.*

⁵ Ver folios 839 y 840 C. 1 B Continuación

Y aun cuando no fue objeto de censura, lo cierto es que los testimonios de los señores Robert Arthur Prada Barrera y Jaime Gallo Rodríguez convergen en demostrar que existieron algunas deficiencias o falencias en algunas zonas de Cundinamarca donde el servicio no ofrecía el cubrimiento que esperaban, según el primero de ellos, para la época de instalación.

Adicional a lo expuesto, y pese a que no fue invocado como prueba por las partes, principalmente por Codensa, la Sala no puede pasar por desapercibido que el 18 de febrero de 2005, la sociedad Teltronic Andina Ltda. y el Señor Jairo Gómez Gómez, promovieron demanda contra Codesa cuya pretensión principal fue la declaratoria de la existencia del contrato 4700020996 del 20 de junio de 2002, para la instalación montaje, puesta en marcha de lo equipos adquiridos por Codensa S.A. E.S.P. que conformarían el sistema de radio telefonía móvil, mismo que acá se discute, y así también se pidió se declarara que ese contrato fue incumplido por Codensa, pidiendo su condena en perjuicios.

Ese litigio, que fue el que motivó que los demás integrantes de la Sala se declararan impedidos, y que el mismo se aceptara, culminó declarando la existencia de ese contrato, empero no accedió a las restantes pretensiones al considerar que la sociedad demandante no cumplió con la cobertura del 90% contratada (ver folio 868-918 del cuaderno 1B)

En esta oportunidad, la decisión no puede ser diferente en razón a que de las pruebas de las que hizo mención, aflora que desde el inicio del contrato la sociedad Teltronic S.A.U. no satisfizo la obligación de cobertura pactada (en el 90%), con lo que se evidencia que fue la que incumplió primero el contrato No. 4700020996 del 22 de junio de 2002.

De esta forma, queda satisfecho el segundo de los requisitos enunciados.

2.3. En cuanto al último de los reseñados elementos, que corresponde a la demostración de la calidad de contratante cumplido por parte del demandante, como ya se advirtió, la confrontación de las pruebas con los hechos de las demandas principal y de reconvención, así como de sus respectivas contestaciones, permite colegir que existió un incumplimiento inicial por parte de Teltronic Andina Ltda., materializado en la deficiencia de cobertura convenida (del 90%).

Ello explica y justifica por qué Codensa no efectuó el pago de las facturas desde el mes de agosto de 2003, pues en términos de la Corte Suprema de Justicia: “(...) **“En los contratos bilaterales en que las recíprocas obligaciones deben efectuarse sucesivamente, esto es, primero las de uno de los contratantes y luego las del otro, el que no recibe el pago que debía hacersele previamente sólo puede demandar el cumplimiento dentro del contrato si él cumplió o se allanó a cumplir conforme a lo pactado, pero puede demandar la resolución si no ha cumplido ni se allana a hacerlo con fundamento en que la otra parte incumplió con anterioridad”**”⁶.(Destaca el Tribunal).

Posición que reiteró en pronunciamiento del año 2003, en el que adujo: “...**si el demandado fue quien determinó, con su hecho, el incumplimiento del contrato del que surge la acción resolutoria, puede ejercitarla legítimamente el otro contratante, sin que para ello obste que a su vez haya dejado de cumplir después con sus obligaciones, esto porque la culpa del primero es la que motiva el derecho del segundo e invariablemente ha puntualizado la doctrina jurisprudencial que no es inejecución antijurídica, impedimento para entablar con éxito dicha acción, la que está autorizada, justificada si se quiere, por el primer incumplimiento”**”⁷.

Por consiguiente, se observa que está demostrado el tercero de los elementos concerniente a que la promotora de la acción principal fue contratante cumplido.

3. Lo expuesto en precedencia sirve para colegir que los planteamientos de la alzada formulados por Teltronic Andina Ltda. no tienen vocación de prosperidad por cuanto no existe medio de convicción que acredite sus argumentos dirigidos a que Codensa continuó usando los equipos a pesar de la falta de cobertura; que no garantizó la debida capacitación de sus operadores; que incumplió la obligación de concurrir a la elaboración conjunta de los mapas de cobertura, así como la de no

⁶ C.S.J. Cas. Civ. Sent. Sept.4/2000, M. P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez exp. 5420.

⁷ C.S.J. Cas. Civ. Sent. Ago.12/2003, M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 7325; posición recientemente reiterada en sentencia de junio3 de 2014, en la que la alta corporación señaló:

“En esa línea, resulta bien claro, un demandante que en el tiempo incumplió primero obligaciones correlativas, carece de legitimación para solicitar la resolución o la ejecución de un contrato bilateral válido. Y esa conducta, por supuesto, no otra cosa comporta que neutralizar el incumplimiento posterior del otro contratante, pues aparte de que nadie está obligado a cumplir a quien previamente ha incumplido, la vida de las obligaciones subsiguientes se condiciona a la ejecución de las anteriores”. (Negrillas fuera de texto). (C.S.J. Cas. Civ. Sent. Jun.3/2014 SC6906-2014, exp. 11001-31-03-030-2001-00307-01).

suministrar información contractual a terceros sin el consentimiento de Teltronic; y que desconoció el alcance del contrato y le dio una equivocada interpretación a sus cláusulas, exigiendo a Teltronic el cumplimiento de cargas y obligaciones no previstas en dicho contrato, en la oferta, sus aclaraciones ni en los demás documentos contractuales.

Ello, en la medida que las probanzas dan cuenta del incumplimiento primigenio de Teltronic Andina Ltda., concretamente, en cuanto a la cobertura respecta, lo cual permite sellar la suerte adversa de la censura formulada con miras a hacer valer que Codensa S.A. ESP decidió terminar unilateralmente el contrato y que el pago de las garantías bancarias se efectuó en favor de Codensa, sin perjuicio del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, pues de acuerdo con la excepción que formuló, no estaba obligada a continuar con el cumplimiento del contrato si la contratista, directamente o por medio de los subcontratistas que designó, no cumplió con sus obligaciones en la forma y términos estipulados.

Y como ese incumplimiento fue anterior al no pago de las facturas *presentadas en cumplimiento de las condiciones pactadas en virtud de la modificación del contrato inicial*, en aplicación de la doctrina jurisprudencial antes reseñada no es posible avalar los argumentos de la impugnación formulada por Teltronic Andina Ltda.

De manera que no es que la juzgadora de primera instancia hubiere omitido valorar las pruebas que dan cuenta del no pago de las facturas presentadas por Teltronic Andina Ltda. a Codensa S.A. ESP, con las que, en sentir de la primera, se demostró que la segunda decidió terminar unilateralmente el contrato apoyada en validaciones de terceros no autorizados, y las que dan cuenta del pago de las garantías; sino que precisamente en ese ejercicio de apreciación probatoria advirtió que Teltronic Andina Ltda. incumplió primero con sus obligaciones y ello le impedía promover con éxito la acción “resolutoria”, como en efecto aconteció en proceso que promovió el señor Jairo Gómez y Teltronic Andina Ltda. contra Codensa, al que ya se hizo alusión.

Entonces, la falta de acreditación del incumplimiento de Codensa le impedía a Teltronic S.A.U., promover con éxito la demanda de reconvencción y, a la aquí apelante, obtener decisión favorable en contravía de lo ya resuelto en el proceso que promovió contra Codensa

con miras a obtener la declaratoria de incumplimiento del citado convenio.

4. Solo resta emitir pronunciamiento frente al reparo formulado por Codensa, el cual está dirigido a enervar la posición de la sentenciadora de primer grado en cuanto estimó que ya fue resarcida de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, con el pago de las garantías bancarias que se constituyeron precisamente para garantizar el cumplimiento de dicho convenio.

Para ello, conviene tener en cuenta que de conformidad con el artículo 1627 del Código Civil “*El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes.*” En esa línea, el artículo 874 del Código de Comercio, consagra que:

“Cuando no se exprese otra cosa, las cantidades que se estipulen en los negocios jurídicos serán en moneda legal colombiana. La moneda nacional que tenga poder liberatorio al momento de hacer el pago se tendrá como equivalente de la pactada, cuando ésta no se halle en circulación al tiempo del pago.

Las obligaciones que se contraigan en monedas o divisas extranjeras, se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario, se cubrirán en moneda nacional colombiana, conforme a las prescripciones legales vigentes al momento de hacer el pago (Resalta la Sala).

A su turno, la Resolución Externa No. 8 de 2000 “*Por la cual se compendia el régimen de cambios internacionales*” dispone en su artículo 7, numeral 6° que los “**Avales y garantías en moneda extranjera**”, constituyen una operación de cambio que debe ser canalizada obligatoriamente a través del mercado cambiario.

A su turno, el canon 79 de la misma normatividad preceptúa, en lo que interesa para el presente asunto, lo siguiente:

*“Artículo 79. OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA. Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera **y no correspondan a operaciones de cambio** serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta.*

Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y correspondan a operaciones de cambio, se pagarán en la divisa estipulada.

Parágrafo 1. Para efectos judiciales que requieran la liquidación en moneda legal colombiana de obligaciones pactadas en moneda extranjera, que correspondan a operaciones de cambio, se aplicará la tasa de cambio representativa del mercado de la fecha de pago.

(...)”.

De acuerdo con lo establecido en las normas precitadas, es claro que los avales y garantías en moneda extranjera están consagradas como operaciones de cambio; y que, para el caso, tras auscultar el contenido de las garantías bancarias que figuran a folios 241 a 249 (C. 2 RECONVENCION) se observa que, las mencionadas en el recurso de apelación, fueron constituidas por Teltronic Andina Ltda., en favor de Codensa S.A. ESP como beneficiario, por USD95.910 y USD287.730, esto es, en moneda extranjera.

Por consiguiente, no es posible acoger el sustento de la censura orientado a hacer valer que existe una diferencia en favor de Codensa S.A. ESP con fundamento en que las mentadas garantías se constituyeron el 25 de octubre de 2002, y por ello, debían pagarse en la tasa representativa del mercado de esa fecha.

Lo anterior, porque según la última norma citada: *“Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y correspondan a operaciones de cambio, se pagarán en la divisa estipulada”*, como en efecto sucedió, según lo indicó la recurrente, el 28 de julio de 2005; por ende, efectuado el pago de las aludidas cuantías por la entidad bancaria que las emitió, atendiendo el monto pactado en moneda extranjera y que se trata de una operación de las contempladas como de cambio, mal puede esperar dicha sociedad obtener el reconocimiento de la diferencia que reclama, ahora, en sede de alzada; por lo tanto, el reparo formulado por Codensa S.A. ESP tampoco tiene la virtualidad de mutar la decisión de primera instancia.

6. Analizado como está que confluyen los elementos que estructuran la responsabilidad reclamada en la demanda principal por incumplimiento de la sociedad Teltronic S.A.U. y, por virtud de la cesión antes referida, de la sociedad Teltronic Andina Ltda., se confirmará la sentencia apelada; no obstante, ante la inviabilidad de los argumentos que formularon las sociedades apelantes, no se impondrá condena en

costas en esta instancia, conforme lo establecido en el artículo 365 del C.G.P.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia que profirió el Juzgado Treinta Civil del Circuito de Bogotá el 7 de noviembre de 2019 en este asunto, en el sentido de **DECLARAR LA TERMINACIÓN** del contrato No. 4700020996 de fecha 20 de junio de 2002 por incumplimiento de las sociedades demandadas, conforme lo decantado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de fecha y procedencia pre anotadas.

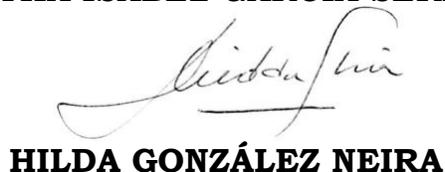
TERCERO. Sin condena en costas en esta instancia, en razón a la inviabilidad de los recursos de apelación instaurados.

NOTIFÍQUESE,

Los Magistrados,


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada


MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO


HILDA GONZÁLEZ NEIRA

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá D.C., siete (07) de octubre de dos mil veinte (2.020)

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001 31 030 32 2018 00153 01**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **JHOANY ALBERTO ACOSTA ZULUAGA**
DEMANDADO : **FIDUCIARIA COLMENA S. A. E**
INDETERMINADOS
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

De conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 4 de junio de 2.020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2.019, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

A través de la presente acción, Jhoany Alberto Acosta Zuluaga acudió a la jurisdicción civil para que se declare, a su favor, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio sobre los locales comerciales 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208 y 209, ubicados en el segundo piso del conjunto residencial Parque de los Cipreses P. H., tras manifestar haber adquirido el "*derecho real de posesión*" del segundo piso del edificio ubicado en el Calle 66 No 58-07, mediante la escritura pública No 00619 de fecha 27 de marzo de 2.018, por enajenación que le realizó el señor Pablo Emilio Rojas Berrío.

Asimismo, indicó que el demandante ha iniciado reparaciones locativas y adecuaciones, ejerciendo actos de dominio, pública, pacífica e ininterrumpidamente, por lo que solicita la suma de posesiones de que trata el artículo 778 y 2.521 de la ley sustantiva civil.

Enterada de la demanda, la parte encartada se opuso a las pretensiones del reclamante, formulando como excepciones las que denominó "*Inexistencia de hechos posesorios ejecutados por los señores Pablo Emilio Rojas Berrío y Jhoany Alberto Acosta Zuluaga, respecto de los inmuebles objeto de la declaración de pertenencia solicitada*"; "*Temeridad y Mala Fe*"; "*Ejercicio de la posesión y tenencia por parte de la Fiduciaria Colmena S.A., como vocera del patrimonio autónomo beneficencia de Cundinamarca, respecto de los inmuebles objeto de la declaración de pertenencia solicitada, durante todo el tiempo que la parte actora afirma haber ejercido posesión respecto de los mismos*" (fls. 496 a 509, cdno 1°).

En su oportunidad, el curador *ad litem* de las personas indeterminadas contestó el libelo, proponiendo como medios de enervación frente a las reclamaciones del activante la intitulada "*Falta de integración del contradictorio*" (fls. 560 y 561, cdno ppal).

II. LA SENTENCIA APELADA

Agotado el trámite de rigor, el juzgador *a quo* denegó la acción de pertenencia impetrada, tras no encontrar probado el ánimo de señorío del señor Pablo Emilio Rojas Berrío, quien enajenó al actor los derechos posesorios sobre los locales en disputa.

Sobre el particular enfatizó que, a pesar de que el accionante ostenta actualmente la posesión de los locales pretendidos, al analizar la acreditación del señorío de facto del antecesor del demandante, destacó no haberse demostrado la realización de actos positivos que corroboraren la relación posesoria de Pablo Emilio Rojas Berrío. Por el contrario, llamó la atención en la precaria condición económica del señor Rojas Berrío, así como en la confesión del propio pretensor frente al estado de los predios cuando

los recibió, esto es, en “ruinas”, manifestaciones que concordaron con los dichos de su ingeniero, quien adujo que los inmuebles estaban “abandonados”, lo que lo llevó a ultimar la falta de probanza sobre el ánimo posesorio de aquél.

Asimismo, expresó que la detentación material de los bienes por el predecesor del aquí interesado no es posible tenerla en cuenta para el propósito de esta acción, dado que sus actos adolecen de clandestinidad al no permitir el ingreso de nadie, y, además, que éste fue contratado por la fiduciaria como conserje.

Respecto de la sentencia arrojada a las diligencias, señaló que ésta resulta insuficiente para llegar a tal inferencia posesoria.

Finalmente, en lo atañedor al tiempo posesorio de Jhoany Alberto Acosta Zuluaga, que logró corroborarse en el legajo, destacó ser exiguo para acceder al *petitum* impetrado.

III. LA APELACIÓN

1. Inconforme con tal determinación, el actor discrepó de la sentencia pronunciada por el juez de cognición, arguyendo que se valoraron erradamente los diferentes medios probatorios, en relación con la calidad de poseedor de Pablo Emilio Rojas Berrío, especialmente, la providencia emitida por el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, las testimoniales recepcionadas en el proceso, la inspección judicial practicada y las distintas documentales adosadas al plenario, tras no analizarse conjuntamente.

Sobre este punto, censuró que en el expediente está plenamente acreditado que Pablo Emilio Rojas Berrío ocupó el inmueble desde el año 2.006.

A su vez, recriminó la denegatoria y práctica de varias de las pruebas peticionadas oportunamente, lo que, a su parecer, impidió la viabilidad de las pretensiones elevadas.

Para cerrar, anotó que en el fallo apelado se cometieron errores fácticos, procedimentales, interpretativos y valorativos, amén de que se omitió la práctica de varios elementos de convicción, desconociendo el principio de la sana crítica.

2. En el término de que trata el artículo 14 del Decreto 806 de 2.020, la parte demandante desarrolló las argumentaciones expuestas al momento de interponer la alzada, ahondado, *grosso modo*, en: **i)** la indebida valoración probatoria de los diferentes elementos de juicio que componen el proceso; **ii)** la incongruencia del fallo por falta de valoración de los hechos; y **iii)** el reconocimiento judicial de la calidad posesoria, así como la continuidad de los actos de dominio del predecesor del accionante; recabando en que Pablo Emilio Rojas Berrío no solo habitó los locales báculo del litigio, sino que los explotó, les cambió su destinación y, posteriormente, dispuso de éstos, tras enajenarlos, actos que aparecen reflejados en las distintas pruebas arrojadas al expediente.

3. En su oportunidad, la sociedad convocada se refirió, *in extenso*, sobre cada uno de los motivos de inconformidad de su opositor, solicitando la no revocatoria de la sentencia apelada, y, en su defecto, se confirme la sentencia de primera instancia, proferida al interior de la acción de la referencia, ante la ausencia demostrativa de la calidad de poseedor del antecesor del querellante.

IV. CONSIDERACIONES

1. Encontrándose presentes los presupuestos procesales necesarios para adoptar una decisión de fondo, y al no haber vicio con la entidad para invalidar lo rituado, esta Sala de Decisión, con el propósito de dar solución a la alzada interpuesta, se circunscribirá a examinar, exclusivamente, los motivos de desacuerdo demarcados por la parte opugnadora, acatando los lineamientos del inciso 1º del canon 320 del Código General del Proceso.

2. Frente a ello, viene bien memorar que la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, según los artículos 762 a 769, 2.512 a 2.532 del Código Civil, y la jurisprudencia vernácula emitida en cuanto al tema, exigen, para su estructuración, la presencia de los siguientes presupuestos: **i)** que se trate de un bien prescriptible, **ii)** que el interesado en la adquisición demuestre que lo ha poseído de manera inequívoca, pacífica, pública e ininterrumpida, y **iii)** que el ánimo de señorío lo haya ejercido durante el tiempo requerido por la ley, que, tratándose de inmuebles, dicho lapso debe ser de diez (10), conforme a la modificación introducida por los cánones 6 y 10 de la Ley 791 de 2.002.¹

3. En lo atañero a la posesión, debe decirse que ésta es una figura disciplinada por artículo 762 del Código Civil, estructurada en dos elementos esenciales, esto es, el **animus y el corpus**. El primero es la convicción que tiene el presunto poseedor, de ser el propietario del bien, desconociendo dominio ajeno; el cual pese a ser de índole subjetivo, dado que es un estado mental, debe exteriorizarse a través de la ejecución de actos típicos de dueño, verbigracia, explotar económicamente el bien, con hechos como levantar construcciones, arrendarlo, habitarlo, entre otros. El segundo, de carácter objetivo, no es más que la tenencia de la cosa, es decir, el poder de hecho que se ejerce materialmente sobre ella; los que, en todo caso, deben estar demostrados de forma fehaciente.

4. En relación con la suma de posesiones, la Corte Suprema de Justicia tiene decantado que "(...) es una 'fórmula benéfica de proyección del poder de hecho de las personas sobre las cosas', cuyo fin es 'lograr, entre otros fundamentos, la propiedad mediante la prescripción adquisitiva', permitiendo acumular al tiempo posesorio propio el de uno o varios poseedores anteriores, bajo la concurrencia de las siguientes condiciones: **a) título idóneo que sirva de puente o vínculo sustancial entre antecesor y sucesor; b) posesiones de antecesor y sucesor contiguas e ininterrumpidas; y c) entrega del bien, lo cual descarta la situación derivada de la usurpación o el despojo.**

¹ CSJ Sentencia del 22 de noviembre de 2011. Exp. 01 2008 00199 01 M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Para sumar con éxito las posesiones, la carga probatoria que pesa sobre el prescribiente no es tan simple como parece, sino que debe ser contundente en punto de evidenciar tres cosas, a saber: **Que aquéllos señalados como antecesores tuvieron efectivamente la posesión en concepto de dueño pública e ininterrumpida durante cada período; que entre ellos existe el vínculo de causahabencia necesario; y por último, que las posesiones que se suman son sucesivas y también ininterrumpidas desde el punto de vista cronológico**".² (Negrillas fuera del texto glosado).

5. Arribando al caso puesto bajo la cognición del Tribunal, se observa que el *a quo*, en esencia, cimentó la desestimación de declaratoria de prescripción adquisitiva implorada en la falta de acreditación de los actos posesorios de quien el demandante ambiciona sumar su señorío de facto, conclusión resistida por el convocante, tras argüir que el cardumen demostrativo no fue valorado correctamente, por cuanto, a su juicio, el ejercicio dominical echado de menos por el juzgador sí aparece comprobado en las diligencias con las pruebas acercadas al informativo.

6. Delimitada de este modo la médula impugnativa, desde el pórtico de la discusión este Tribunal es del criterio de que, a pesar de encontrarse acreditado el negocio traslativo de los derechos posesorios en favor del actor y la detentación de hecho ejercida por el demandante a partir del mes de marzo de 2018³ -supuestos factuales de los cuales no emerge discusión alguna, ya que las pruebas recaudadas en la actuación de marras podrían llegar a ratificarlo-, lo que aquí se advierte es que la parte interesada no atendió la carga de demostrar, fehacientemente, que el señor Pablo Emilio Rojas Berrío, antecesor del impulsor de esta contienda, hubiere poseído los locales pretendidos, durante el período alegado para acceder a la pertenencia deprecada, como a continuación pasa a exponerse:

6.1. Liminarmente, se impone acotar que en el *sub judice* se echan de menos los elementos probatorios de los cuales pueda

² CSJ. Cas. Civil. Sentencia SC16993-2014.

³ Folio 61 al 99, del cuaderno 1.

desprenderse la actividad posesoria del señor Rojas Berrío, predecesor del promotor de este juicio, entre los años 2.012 y el 2.018.

Para respaldar lo antes anotado, importa recordar la versión de los hechos rendida por la declarante Rosalba Ruth Caldamil Morales, quien manifestó tener dos locales en el centro comercial objeto de demanda; que Pablo Emilio Rojas vivía en el segundo piso; que él tenía su alcoba, como un comedor, la cocina y hacía lo que quería en el segundo piso; y que ella sabía que el señor Rojas vivía allí.

Contó la testigo que desde el 2.010 ella está en el centro comercial y nunca oyó que Rojas Berrío fuera el conserje, o que en, esa calidad, se le hubiere contratado; que sabía que él era el dueño. Expresó no saber nada sobre los pagos realizados a Pablo Emilio a través de la fiduciaria por el servicio de celaduría. Relató que ella oía que Rojas dejaba guardar cosas en los locales y que, en una ocasión, permitió a la declarante almacenar una ventana grande que habían quitado del bien de su propiedad, favor que, también, les hacía a otros vecinos.

Igualmente, al preguntarle si conocía que Pablo Emilio hubiere realizado mejoras, contestó que “no”; que antes de que el promotor llegara al centro comercial, el segundo piso se encontraba en “*una situación de abandono terrible*”, y comentó no haber sabido nada sobre la demanda de pertenencia que cursó en el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá.⁴

Partiendo de este escenario probativo, tras examinarse esta versión de los hechos bajo la égida de la sana crítica, si bien podría llegar a predicarse una detentación material de la porción predial reclamada en este proceso, por parte de Rojas Berrío, ya que revela que éste moraba allí, y, en cierta manera, llegó a disponer del lugar, al no permitir el ingreso de nadie al mismo, y autorizarlo cuando lo deseaba, también sus dichos permiten entrever una incertidumbre frente a su ánimo posesorio, puesto que aparte de esa situación equívoca -pues la puede realizar tanto el

⁴ Minuto 05:09:53 a 05:44:05, audiencia celebrada el 24 de septiembre de 2019.

cuidandero tenedor como un poseedor-, la testigo no refirió ningún acto positivo de señorío que respaldara la calidad alegada, en especial, entre los años 2.012 y 2.018, decurso temporal acaecido con posterioridad al proferimiento de la sentencia por el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá.

Por el contrario, sus aseveraciones dejan al descubierto que el fragmento inmobiliario demandado se encontraba abandonado antes de que llegara el promotor de esta disputa judicial, lo que contradice el predicamento de un efectivo ánimo de dominio ejercido por Rojas Berrío; tan es así que esta testigo, quien dijo ser dueña y ocupante de uno de los locales del primer piso desde el 2.010, aseguró no haber oído sobre las aspiraciones prescriptivas de aquél, lo cual deja en entredicho que el hecho posesorio haya sido público, no clandestino, inclusive, con anterioridad al año 2.012, data en la que se le reconoció como poseedor al interior del proceso de usucapión antes citado.

En cuanto al deterioro en que se encontraban los locales cuando éstos estaban en poder de Pablo Emilio Rojas Berrío, no solo el querellante Acosta Zuluaga así lo ratificó, sino también el ingeniero Jhon Alexis Padilla Quiroga,⁵ quien, a la pregunta de cuál era su estado la primera vez que los visitó, respondió que había una construcción abandonada, no tenía redes, agua, luz, gas, con escombros y basura. Agregó que observó dentro del predio algo de desorden (cosas); le pareció como un inmueble destinado al bodegaje, vio unos colchones ahí, en dos locales. Dijo que ningún local estaba ocupado. Explicó que el segundo piso compartía el suministro de agua con los del primero; que los servicios públicos estaban cortados, e inclusive había una deuda por aseo como de \$68'000.000,00, que fue cubierta por el demandante, quien también puso vigilancia al momento de su ingreso; que su trabajo consistió en demoler la sección de pisos de áreas comunes. Expuso que los locales no tenían ni siquiera el relleno; que instaló la batería de los baños, las redes internas de alcantarillado, electricidad y desagüe desde el sótano hasta el segundo piso, cambio puertas, vidrios, lo cual fue costado, en su totalidad, por el aquí solicitante, y que empezó la

⁵ Minuto 03:57:35 a 04:20:40, *ídem*.

obra en el mes de mayo de 2.018; aseveraciones que apreciadas conjuntamente con la deponencia de Rosalba Ruth Caldamil Morales, resultan exiguas para inferir una actividad posesoria genuina por parte del predecesor del aquí reclamante, en razón a que no dan cuenta de actos inequívocos de señorío y útiles para los fines de la usucapión, por el contrario, se avizora una actitud indiferente hacia el bien raíz que no es propia de un indiscutible poseedor.

Y es que no puede ser de poca monta la comprobada dejadez de los locales para la época en que el antecesor del accionante los ocupaba, por cuanto esta situación no traduce otra cosa que su inacción posesoria, lo cual se contrapone a los fines del juicio de pertenencia, dado que, al no avistarse prueba contundente sobre la realización de actos positivos y concretos que exterioricen su ánimo de dominio, como lo enseña el artículo 981 del C. C., difícilmente puede pregonarse un ejercicio posesorio fidedigno y continuo, que sirva para agregarse a las intenciones prescriptivas del actor.

Ahora, si se analizan los dichos de Gerardo Botero Giraldo - testimonio petitionado por el extremo demandante-⁶ éste afirmó que Pablo Emilio Rojas Berrío residía en el segundo piso del centro comercial, en "*algo como con latas (...) como mal presentado*"; refirió que éste le dijo que estaba vendiendo la posesión de eso; que Pablo Emilio vivía del depósito de carritos que vendían bombones; sin embargo, también señaló que no sabía sobre cuál porción terrenal recaía la posesión, toda vez que nunca entró, y que no tenía conocimiento en qué calidad lo detentaba; aseveraciones de las cuales no es posible inferir una posesión auténtica, si en mente se tiene que el deponente basó el señorío de Rojas Berrío sobre el predio, en la estadía y uso del mismo, comportamientos que, *per se*, no implican, de suyo, una detentación material útil para el propósito de la prescripción adquisitiva de dominio instaurada, ya que estos actos, además de que no fueron identificados temporalmente, pueden corresponder a una simple tenencia, tras carecer de *animus domini*.⁷

⁶ Minuto 02:32:24 a 02:50:54, *ibidem*.

⁷ CSJ SC del 27 de octubre de 1945. G.J. T LIX, Pag 733.

De cara al escrutinio de la narrativa efectuada por Olga Rivera Cabrera,⁸ se tiene que ella sostuvo ser dueña de local 101 del centro comercial en ciernes; que conoció a Jhoany Alberto Acosta Zuluaga desde el mes marzo de 2.018, de quien decían ser el dueño del segundo piso, porque lo había comprado. Informó que, para el Domingo de Ramos del año 2018, su esposo le iba a llevar comida a don Pablo Emilio Rojas Berrío, “*porque él era el vigilante*” y le dijeron que había sacado sus cosas y se había ido.

Reseñó que la constructora comentó no haber cambiado a Pablo Emilio, el vigilante; que conoce a Rojas Berrío desde el 2.007 cuando adquirieron un local en el primer piso, persona que inicialmente se ocupaba como auxiliar de construcción y posteriormente como guardia del centro comercial, quien había sido contratado por la empresa edificadora.

Asimismo, destacó que el señor Rojas vivió en el segundo piso del centro comercial; que para el 2.014, 2.015, aproximadamente, llevó cosas para allá, porque no tenía para pagar arriendo. A la pregunta de si Pablo Emilio se anunciaba como dueño del segundo piso, la testigo contestó que “*jamás, como él tenía su contrato como vigilante, jamás, nunca*”. Anotó haberle escuchado decir a Don Pablo Emilio, varias veces, que no le habían pagado en la constructora cuando fue a cobrar su salario.

Anotó haber oído que Rojas Berrío le había vendido la posesión al demandante, situación que le impactó, puesto que no le cabía en la cabeza que un vigilante se hubiere apropiado de los locales, y escuchó que varias personas de los locales de la primera planta le dieron cosas a guardar en el memorado segundo piso del centro comercial.

En esa misma dirección, se advierten las declaraciones de Yamile Rosario Durán Pineda⁹ y Patricia Maldonado Acevedo,¹⁰ cuya coherencia expositiva contribuye a tener por veraces sus manifestaciones,

⁸ Minuto 02:53:20 a 03:55:30, audiencia celebrada el 24 de septiembre de 2019.

⁹ Minuto 01:56:52 a 02:31:01, *ídem*.

¹⁰ Minuto 04:22:50 a 05:07:10, *cit*.

a pesar de haber sido tachadas de sospechosas por la parte actora, pues concuerdan en que Pablo Emilio Rojas Berrío dormía en uno de los locales del segundo piso, que se desempeñaba como ayudante de construcción, y, en el 2.011, ocupó el cargo de conserje del centro comercial, suceso que, de igual forma, se revalida con lo advertido en las documentales militantes a folios 450 a 455 del legajo, las cuales dan cuenta del *"contrato de prestación de servicios independientes"*, suscrito el día 21 de enero de 2.011 por Jorge David Arévalo Pérez, en representación de la sociedad Portal Cipres Ltda., en su calidad de contratante, y el señor Rojas Berrio como contratista, cuyo objeto fue la prestación de *"servicios de conserje y portería en el Centro Comercial Portal Plaza, ubicado en la calle 66 58-07 de la ciudad de Bogotá"*, y, como contraprestación a tal labor, la suma de \$800.000,00, mensuales; apareciendo cancelada la remuneración atinente a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2.014, abril, mayo y junio de 2.015, a través de sendos comprobantes de egreso, así como una relación de pagos mediante cheque a nombre de éste, correspondiente a los meses de setiembre de 2.007 a octubre de 2.016, emitida por la coordinadora de negocios fiduciarios de la pasiva, elementos de convicción que no aparecen desvirtuados eficazmente con el restante acervo probatorio.

Sobre este tópico, huelga descollar la no correspondencia con la realidad objetiva evidenciada en las diligencias, extraer confesado por la pasiva la falta de vinculación de Pablo Emilio Rojas Berrío a la fiduciaria, pues, como se constata en la propia documental contentiva del contrato de prestación de servicios, ésta relación surgió entre Portal Cipres Ltda. y aquél; pieza suasoria que, dicho sea de paso, no pierde su alcance demostrativo por el simple hecho de que no aparezca suscrita por la entidad convocada, pues lo que ello demuestra es que en la mente del detentador obraba reconocimiento de dominio ajeno, no conduciéndose como auténtico poseedor, sin que, por demás, milite prueba en el informativo que desmienta lo allí instrumentado, y, si se analiza esta particular situación en la órbita negocial que encierra el desarrollo de las actividades empresariales, entre ellas, la construcción inmobiliaria, no es desconocido que terceras personas puedan tener a su cargo la contratación de personal para apoyar

la labor de vigilancia de la edificación, amén de que este servicio no constituye el objeto propio de una fiduciaria.

Estas evidencias, apreciadas individual y conjuntamente con los medios de persuasión *ut supra* relacionados, no indican otra cosa que en el *sub examine* no logró acreditarse la vocación posesoria del ocupante que antecedió al activante, especialmente entre el año 2.012 y el 2.018, debido a que dichos elementos de convicción, además de poner de relieve su grado de subordinación con la constructora, toda vez que le pagaban por cuidar dichos inmuebles, y explicar el porqué de su estadía en la porción terrenal litigada, de tales expresiones no es dable desgajar una conducta de señorío sólida, continua y en abierta rebeldía del propietario inmobiliario que pueda respaldar el reconocimiento posesorio realizado por el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá en el cuerpo considerativo de la decisión del 28 de febrero de 2.012; deficiencia persuasiva no susceptible de tenerse por suplida con la supuesta instalación de los servicios públicos por parte de Rojas Berrío - comportamiento que puede realizar un simple tenedor-, ni menos con la aplicación del canon 780 del C. C., en virtud de que no asoma acreditado nítidamente que su detentación posesoria se haya mantenido con posterioridad al mentado pronunciamiento judicial; pasividad que, contrario a las aspiraciones del pretensor usucapiente, pone de manifiesto que dicha presunción se encuentra desvirtuada.

6.2. En este punto, huelga acotar que uno de los reparos cardinales elevados por la parte confutante, frente al fallo de primer grado, fue la indebida estimación de la documental contentiva de la sentencia emitida el 28 de febrero de 2.012 por la Juez Diecinueve Civil del Circuito de esta ciudad, al interior de la acción de pertenencia promovida por Pablo Emilio Rojas Berrío contra la Fiduciaria Colmena S. A., vocera y administradora del Fideicomiso de Beneficencia de Cundinamarca en la que, no obstante tenerlo como poseedor de la heredad antes aludida, las pretensiones le fueron denegadas por no completar el término previsto en la ley.

Ante tal inconformidad, la irregular valoración probatoria denunciada no se advierte patentizada, comoquiera que dicho medio de convicción resulta insuficiente para traer certeza sobre el ánimo de señorío de Pablo Emilio Rojas Berrío, después del anotado fallo, pues, aún, si se tuvieran en cuenta las disertaciones motivacionales de la Juez Diecinueve Civil del Circuito -con las que pese a tenersele como poseedor, sus pretensiones fueron desestimadas, reconocimiento que, a voces de las jurisprudencia patria, configuraría un "*juzgamiento implícito que aparejaría la cosa juzgada implícita*"-,¹¹ tampoco podría prosperar el embate izado por el apelante, porque, como aparece demostrado en párrafos precedentes, no fue posible determinar irrefragablemente la continuación del *animus domini* de Rojas Berrío entre los años 2.012 y 2.018 -es decir, luego de la emisión del referido fallo-, con las pruebas incorporadas en este proceso, las que, ciertamente, dicen cosa muy distinta a las advertidas en la actuación de la aludida juzgadora; condición detentatoria de la que es menester precisar que por ser exteriorizada a través de hechos positivos, resulta ser una situación susceptible de alteraciones que puede llegar a generar la variación del ánimo y la tenencia, emergiendo así una nueva relación entre el individuo y la cosa.

Y es que mirándose sosegadamente las cosas, al margen de la libertad probatoria con la que cuentan las partes para acreditar los supuestos factuales invocados, si la intención del aquí demandante era demostrar, a cabalidad, cada uno de los hechos narrados en la demanda, entre esos, la posesión de Pablo Emilio Rojas Berrío, aun considerando las conclusiones relativas a su condición posesoria a las que se llegó en el pronunciamiento judicial adosado al expediente, lo cierto es que los elementos suasorios recaudados en este proceso no dan cuenta de la prolongación de tal circunstancia, siendo necesario que sobre este punto no exista dubitación alguna, pues "**(...) toda incertidumbre o vacilación en los medios de convicción para demostrar [la prescripción adquisitiva peticionada] torna despreciable su declaración [ya que la] posesión que debe ser demostrada sin hesitación de ninguna especie, y por ello 'desde este punto de vista la exclusividad que a toda posesión caracteriza sube**

¹¹ CSJ. SC del 26 de febrero de 2.001. Exp. C-5591; reiterada en sentencia SC 21824-2.017

de punto (...); así, debe comportar, sin ningún género de duda, signos evidentes de tal trascendencia que no quede resquicio alguno por donde pueda colarse la ambigüedad o la equivocidad' (cas. civ. 2 de mayo de 1990 sin publicar, reiterada en cas. civ. 29 de octubre de 2001, Exp. 5800)'''.¹²

6.3. En lo que dice relación con la estimación de los restantes elementos de convicción, tales como las documentales y la inspección judicial practicada al interior de esta controversia, no obstante versar sobre la posesión de Jhoany Alberto Acosta Zuluaga, la que, en principio, no podría llegar a considerarse sólidamente como pacífica, y, por ende, viciada a voces de artículo 773 del C. C., lo que de suyo la tornaría inútil para usucapir, si en mente se tiene que, al momento de la presentación de la demanda, se encontraba cursando el trámite policivo de amparo posesorio en su contra, como puede corroborarse a folios 439 a 449, del cuaderno principal; diligencias de las que, si bien se desconoce su resolución definitiva, dejan entrever, *ab initio*, que el ejercicio posesorio invocado por el actor viene siendo discutido, poniendo en entre dicho, al menos para la fecha de radicación del libelo genitor, su carácter de tranquila.

6.4. Por lo demás, en lo atinente a la supuesta denegatoria y práctica de varios de los elementos de juicio peticionados por el extremo actor, lo que, en su opinión, imposibilitó la prosperidad de las pretensiones incoadas, basta con apuntalar que tal reproche se endereza a reabrir el debate sobre un aspecto procesal cuya discusión se ventiló y clausuró debidamente en primera instancia, no siendo posible aprovechar la apelación del fallo de fondo para insistir en censurar lo zanjado, respecto de fases del litigio ya consolidadas. Esto en virtud del principio de preclusión, consagrado en el artículo 117 del Código General del Proceso, que a voces de la Sala de Casación Civil, opera también "(...) cuando dentro de la oportunidad señalada el litigante ejercita válidamente la facultad de que se trata, pues es apenas obvio pensar que si el derecho se ejerció anteriormente, la decisión judicial correspondiente deba producir como consecuencia la clausura de la respectiva etapa del proceso, impidiendo que la misma pretensión pueda ventilarse

¹² CSJ. Civil. aparte jurisprudencial extractado de la sentencia SC 19903 de 2017, en la que reitera la sentencia 273 de 4 de noviembre de 2005, Rad. 7665.

nuevamente en el mismo (...).¹³

7. Todas estas comprobaciones restan certitud al ejercicio posesorio alegado por el convocante, puesto que el reflejo persuasivo de los elementos probatorios arriba escrutados conspira, en franca holgura, contra la detentación material requerida para adquirir por prescripción, ya que no pudo acreditarse que la posesión del antecesor del aquí solicitante se hubiere mantenido hasta el momento de la enajenación y que pide se le adicione a la suya, defecto que, a no dudarlo, trunca la estimación de sus aspiraciones.

8. De todo lo hasta aquí esgrimido, se colige que la carga de la prueba impuesta por el canon 167 del C. G. del P., no fue atendida por el extremo demandante, en especial, los actos posesorios de forma pública, pacífica, ininterrumpida de su predecesor, señor Pablo Emilio Rojas Berrío, por el término aducido, lo que resulta suficiente para ratificar el fallo pronunciado por el juzgador de primera instancia, con la consecuente condena en costas a la parte vencida conforme a lo previsto en la regla 1ª, del artículo 365 del C. G. P.

V. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2.019, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Civil del Circuito de Bogotá, en el *sub judice*, conforme a lo esgrimido en el cuerpo considerativo de esta decisión.

¹³ C.S.J. Cas. Civil. 10 may. 1979.

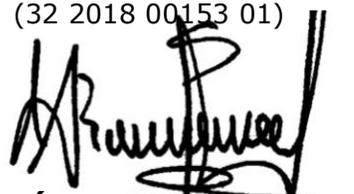
SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a la parte demandante. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma equivalente a un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente. Tásense conforme lo establece el artículo 366 del C. G. del P.

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

NOTIFÍQUESE



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado
(32 2018 00153 01)



JULIÁN SOSA ROMERO
Magistrado
(32 2018 00153 01)



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado
(32 2018 00153 01)

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



SALA CIVIL

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020).

RADICADO No. 11001 3103 004 2018 00117 02
DEMANDANTE: FINANCIERA JURISCOOP
DEMANDADO: LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES

1. ASUNTO A RESOLVER

Ingresa el expediente al despacho para resolver la *ilegalidad del auto calendarado 30 de junio de 2020, y de no encontrar procedente esta petición se declare la nulidad del mismo*” deprecada por el apoderado de Consorcio Express S.A.

2. ANTECEDENTES

- 2.1 El 13 de febrero de 2020, se asignó a este Despacho, el conocimiento del recurso de apelación formulado por los apoderados del extremo actor, del Consorcio Express S.A. y de Seguros del Estado contra la sentencia proferida en la audiencia celebrada el 30 de enero de 2020.
- 2.2 Mediante auto adiado 8 de junio pasado, se admitió el recurso de alzada, y se prorrogó en 6 meses el plazo para fallar, con fundamento en el cumulo de procesos en

trámite que tiene el Despacho; decisión que se notificó en el Estado del día 9 de junio hogaño.

- 2.3 El 30 de junio siguiente, esta Sala unitaria, declaró desierto el recurso de apelación, por cuanto los apelantes no sustentaron dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admitió el recurso vertical.
- 2.4 Inconforme con lo resuelto, la parte demandante interpuso recurso de reposición, el que se resolvió de forma desfavorable, mediante auto calendado 30 de julio pasado.
- 2.5 Asimismo, el apoderado de Consorcio Express S.A., solicito declarar la ilegalidad del auto que declaró desierto el recurso de alzada, petición de la que se corrió traslado a los demás sujetos procesales.

3. CONSIDERACIONES

El artículo 135 del Código General del Proceso, señala que ***“La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer. (...) El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o las que se propongan después de saneada o por quien carezca de legitimación”***

En el sub examine el incidentante soportó su petición en la configuración de la causal 6ª del artículo 133 del Código General del Proceso, esto es: “**Cuando se omite la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado**”; de cara a resolver, encuentra la Sala unitaria que en efecto, en la providencia adiada 8 de junio de 2020 (y no 30 de julio como indicó el incidentante), nada se dijo referente a que el trámite del proceso de la referencia se ajustaba a las disposiciones del Decreto 806 de 2020, más bien, se indicó “**ADMITIR el recurso de apelación interpuesto (...) de conformidad con el artículo 327 del C.G.P.**”; con lo cual, se incurrió en la causal de nulidad aludida; pues allí se indicó que se admitía de conformidad con la normatividad del Código General del Proceso sin hacerse alusión alguna al mentado Decreto y mucho menos se precisó que contaba con el término de 5 días para sustentar; entonces, resulta evidente que la ambigüedad (norma aplicable en el tiempo vs. la norma que se citó), configura una omisión en la oportunidad procesal para sustentar los reparos concretos.

En este orden, se declarará la nulidad de todo lo actuado a partir del auto adiado 8 de junio de 2020, y de las demás providencias proferidas en esta instancia con posterioridad, es decir, las adias 30 de junio y 30 de julio, ambas de 2020; en su lugar se dispondrá que el presente proceso se ajuste al trámite contemplado en el Decreto 806 de 2020, por lo tanto se, ADMITIRA el recurso de apelación, y se CORRERÁ TRASLADO a todos recurrentes (demandante y demandados) por el término de cinco (5) días para sustentar el recurso de apelación, advirtiéndole que no hacerlo en ese lapso se declarará desierto, pues la sustentación debe hacer ante el juez de segundo grado (art. 14 del Decreto 806 de 2020, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 327 del C.G.P.).

Vencido el plazo anterior, se correrá traslado a sus contrapartes por el mismo tiempo, para que ejerza su derecho de contradicción.

Finalmente, se ordenará comunicar lo resuelto a los correos electrónicos suministrados por los sujetos procesales para tal fin; no obstante, que el Decreto aludido no modificó en modo alguno la forma de notificación.

En mérito de lo expuesto, se,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado a partir del auto adiado 8 de junio de 2020, inclusive; en su lugar, **ADMITIR** el recurso de apelación formulado por los apoderados del extremo demandante, Consorcio Express y Seguros del Estado.

SEGUNDO: IMPARTIR a este asunto el trámite previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020; por lo tanto, en firme esta decisión, **CORRER TRASLADO** a todos los recurrentes, por el término de cinco días (5) para que sustente los reparos concretos que señalaron ante el *a quo*, **so pena de declarar desierto el recurso**. De la sustentación se correrá traslado por el mismo plazo a los no recurrentes.

TERCERO: COMUNICAR esta determinación a las partes, a los correos electrónicos cristian.contreras@sercoas.com;

lilianadiaz@sercoas.com;

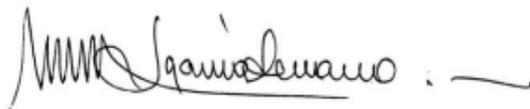
coljuridicas@yahoo.es;

lda.consultoreslegales@gmail.com;

indemnicemos@gmail.com;

oscarsuarez01@hotmail.com; dejando las respectivas constancias.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**4af38fa0f7f5868378fcac052a80a5148b8edffb82c8e6043056b27
640db3b21**

Documento generado en 07/10/2020 04:32:43 p.m.

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

Magistrado Ponente
OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Bogotá D.C., siete de octubre de dos mil veinte
(discutido en varias salas virtuales de agosto y septiembre de 2020, aprobada el 23 de
este último mes)

Ref. 11001 3103 027 2017 00490 01

Decídese la apelación que formuló la parte demandada contra la sentencia que el 6 de agosto de 2019 profirió el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso verbal seguido por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE, contra Arca Arquitectura e Ingeniería S.A.¹ y Diconsultoria S.A. (integrantes de la Unión Temporal R&D Cundinamarca) y Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. Pidió el libelista que (1) se declare a Arca Arquitectura e Ingeniería S.A. y Diconsultoria S.A. responsables patrimonialmente, por incumplimiento del contrato No. 2121689 del 12 de junio de 2012; (2) que, en consecuencia se condene a estas y a la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa a pagar \$87'552.067,20 con cargo a la póliza No. 430-45-994000003202; (3) que, se ordene el pago de \$58'368.044 a título de cláusula penal “como perjuicios parciales y no definitivos”; (4) que, se declare que para cumplir con el Convenio 211041 del 19 de diciembre de 2011 fue forzoso contratar con terceros las obras que en principio le fueron encomendadas a la Unión Temporal; (5) que, se ordene el pago de los “perjuicios económicos” al “haber tenido que contratar nuevamente las obras” y (6) que de estas “sumas canceladas por FONADE se indexen (...) al momento de la sentencia”.

Planteó de manera subsidiaria, en caso de que las pretensiones 1 y 2 “no se otorguen”, que, (1) se declare a Arca Arquitectura e Ingeniería S.A. y Diconsultoria S.A. responsables del incumplimiento del contrato No. 2121689 del 12 de junio de 2012; y (2) que, se condene a pagar a estas dos sociedades \$87.552.067,20, en razón del “desembolso efectuado por concepto del primer pago del contrato No. 2121689”.

¹ Antes Rio Arquitectura e Ingeniería S.A.

Sostuvo el demandante que, mediante Convenio No. 211041 del 19 de diciembre de 2011, FONADE se comprometió con el Departamento para la Prosperidad Social “a adelantar la gerencia integral de los proyectos entregados por este”; que, el 24 de abril de 2011 FONADE publicó en su portal de internet y en el periódico El Tiempo “aviso de convocatoria pública OCC-031-2012” para el proceso de selección de “Consultoría de Estudios Técnicos y diseños de infraestructura social comunitaria y polideportivos en diferentes departamentos del país – Zona Centro (Boyacá - Cundinamarca)”.

Que, el 25 de mayo de 2012 el Comité Evaluador “recomendó aceptar la oferta” por valor de \$291'840.224 de la Unión Temporal integrada por las sociedades demandadas; que, el 29 de mayo de 2012 mediante Comunicación No. 20125100125291, FONADE informó a los oferentes la aceptación de la oferta; que, el 12 de junio de 2012 FONADE y la Unión Temporal R&D Cundinamarca suscribieron Contrato No. 2121689 por dos meses, en el que se pactó en la Cláusula Decima Primera como “cláusula penal” por “los perjuicios parciales no definitivos” el 20% del valor total del contrato (\$58.368.044); y que, como garantía se expidió la Póliza No. 430-45-994000003202 el 13 de junio de 2012.

Señaló que, el 13 de junio de 2012 le fue comunicado a la arquitecta Nubia Xilena Jara Ortiz su designación como supervisora del contrato, pues, “la empresa interventora para esa fecha no había aceptado ni se había posesionado en el cargo”; que, el 3 de julio de 2012 se suscribió Acta de Inicio; que, el 25 de julio de 2012 el Contratista remitió a FONADE, Oficio No. 2012-430-041221-2 “haciendo entrega de la matriz de diagnóstico de los proyectos a ejecutar, detallando el estado de cada uno de los proyectos objeto del contrato”; que, el 28 de junio de 2012 FONADE firmó contrato de interventoría con Civing Ingenieros Contratistas S. en C.

Que, el 28 de agosto de 2012 entre FONADE, la interventoría y el contratista, se suscribió Acta No. 01 por la cual “se suspendió el contrato por 10 días hábiles a partir de la citada fecha”; que, el 6 de septiembre de 2012 se le pagó a la Unión Temporal \$87.552.067, correspondiente al 30% del valor del contrato; que, el 10 de septiembre de 2012 se suscribió “Acta de Prórroga a la Suspensión” por “27 días calendario a partir de esa fecha”; y que, el 8 de octubre de 2012 se firmó “Acta de Prórroga a la Suspensión No. 2” por 25 días calendario contados a partir de esa fecha.

Que en diferentes oportunidades la Unión Temporal realizó entregas parciales del objeto contratado, frente a las cuales la interventoría efectuó observaciones, que se encuentran condesadas en Oficio No. IF-2121824-144 del 16 de abril de 2013 (Informe Final); que, con radicado No. 2013-430-002044-2 del 12 de diciembre de 2012, el Contratista “solicitó la liquidación bilateral del contrato al supuestamente FONADE no cumplir sus obligaciones”; que, mediante Acta del 9 de marzo de 2013 se dispuso la “terminación total del contrato”, determinado por el incumplimiento del contratista; que,

con radicado No. 20132320056841 del 14 de marzo de 2013, FONADE “notificó la ocurrencia del siniestro” a la Aseguradora, y el 2 de abril de 2013, esta última, “objetó la afectación a la póliza al no haber acreditado la existencia, naturaleza y cuantificación de los perjuicios”, decisión que ratificó el 31 de julio de 2013.

Agregó que, por el incumplimiento de las demandadas, FONADE tuvo que contratar con terceros, para no infringir su obligación con el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

Por último, afirmó que, el Contratista en la Cláusula Décima Cuarta del Contrato manifestó que “previo a la firma del contrato, hizo sus propias averiguaciones, estudios y proyecciones y analizó las condiciones técnicas, sociales, de orden público, climatológicas, ambientales y las demás circunstancias relevantes bajo las cuales se iba adelantar la ejecución del contrato”; y que, FONADE cumplió con la responsabilidad prevista para el asegurado evitando “la ocurrencia, extensión, propagación y dar aviso del siniestro”.

2. LAS OPOSICIONES. Las demandadas presentaron las siguientes excepciones:

2.1. Por Arca Arquitectura e Ingeniería S.A.: **i)** “*Pleito pendiente entre las mismas partes y por los mismos hechos*”; **ii)** “*Nadie puede alegar a su favor su propia culpa*”; **iii)** “*Contrato no cumplido*”; **iv)** “*Inexistencia del siniestro*”; **v)** “*Excepción genérica*”.

2.2. Por Diconsultoria S.A.: **i)** “*Pleito pendiente*”; **ii)** “*No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios*”; **iii)** “*Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada*”; **iv)** “*Contrato no cumplido*”; **v)** “*Omisión de normas constitutivas de orden público violación del principio de planeación*”; **vi)** “*Indebida solicitud de pretensiones*”; **vii)** “*Innominada*”.

2.3. Por Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa: **i)** “*Pleito pendiente por los mismos hechos y con las mismas pretensiones*”; **ii)** “*La acción derivada de la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades particulares 430-45-994000003202 está prescrita*”; **iii)** “*La acción contractual ha caducado*”; **iv)** “*La demandante desconoció principios de la contratación estatal*”; **v)** “*Contrato no cumplido*”; **vi)** “*Nadie puede alegar su propia culpa*”; **vii)** “*Ausencia de cobertura de los amparos otorgados mediante la póliza seguro cumplimiento en favor de entidades particulares 430-45-994000003202*”; **viii)** “*La demandante no ha acreditado la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida*”; **ix)** “*Ausencia de perjuicio*”; **x)** “*inexistencia de obligación indemnizatoria de parte de solidaria*”; **xi)** “*Solidaria objetó en forma seria y fundada la solicitud de indemnización*”; **xii)** “*Exclusiones convencionalmente pactadas en el condicionado general de la póliza seguro cumplimiento en favor de entidades particulares*”.

430-45-994000003202”; **xiii)** “La eventual obligación de Solidaria no puede exceder el límite del valor asegurado”.

3. EL FALLO APELADO. La juez *a quo* declaró probada la excepción de prescripción extintiva propuesta por la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa.

Además, declaró no probadas las excepciones propuestas por Arca Arquitectura e Ingeniería S.A. y Diconsultoria S.A., y declaró a estas civil y contractualmente responsables del “contrato civil de obra”, y las condenó a pagar, por concepto de cláusula penal a favor de FONADE la suma de \$58’368.044, a la primera, \$35’020.826,40 correspondientes al 60% de participación en la Unión Temporal, y, a la segunda, \$23’347.217,60 equivalentes al 40% de participación en la misma.

Denegó, también, la condena al daño emergente, “por falta de demostración”; y, la condena, a la actora, según lo había pedido su contraparte, de la multa “establecida en el artículo 206 del C.G.P.” (juramento estimatorio).

En sustento de lo anterior, la juez *a quo* aseveró que, el caso particular “se trata de un contrato de obra” regulado en los artículos 2053 a 2056 del Código Civil, y que, dicho contrato “consiste básicamente en el acto jurídico en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración y sin mediar subrogación ni representación”. De esta manera, indicó que, la celebración de un contrato de esta naturaleza, atiende los elementos de la responsabilidad contractual, así: **en primer lugar**, el incumplimiento de la obligación contractual, **en segundo lugar**, “el daño entendido como la lesión o detrimento que sufrió el actor en su patrimonio”, y **en tercer lugar**, el nexo de causalidad entre los dos anteriores.

Señaló que, en el párrafo de la Cláusula Quinta del Contrato No. 2121689 de fecha 12 de junio de 2012, se estipularon las obligaciones del contratista; que, los diferentes oficios por los cuales la interventoría requirió y presentó observaciones a la Unión Temporal, “no fueron tachados ni redargüidos de falso” por lo que “constituyen plena prueba de lo que en ellos se contiene”, y por tanto, a través de dicha documental “se demuestra que las sociedades demandadas no cumplieron con la totalidad de las obligaciones contractuales que estaban a su cargo”.

También refirió que, incluso al contestar la demanda, en la admisión sobre el hecho 23, “se acepta no haberse ejecutado el contrato en forma cabal”; y que, mediante “Acta de Terminación de Contrato” del 9 de marzo de 2013 “firmada por el interventor”, FONADE “estableció el incumplimiento del contratista”, el cual “constituye plena prueba de lo que en él se contiene sin que fuera desvirtuado”.

En torno al daño, mencionó la juez *a quo*, que los contratos y “convenios interadministrativos” que suscribió FONADE con particulares y entes territoriales, respectivamente, dan cuenta del mismo, “puesto que fueron terceros con los cuales se culminó lo que correspondía a la aquí Unión Temporal”.

De igual manera, la relación de causalidad entre los dos elementos anteriores, la estableció la juez a partir de los contratos y convenios con terceros, los cuales “fueron el resultante del incumplimiento contractual de las demandadas”.

Por último, en razón de haberse acreditado el incumplimiento en cabeza de Arca Arquitectura e Ingeniería S.A. y Diconsultoria S.A., condenó a estas al pago de la pena convenida, “ello en virtud a que esta cláusula penal es la manera anticipada de establecer los perjuicios”.

Frente a tal proveído, FONADE presentó solicitud de adición, como quiera que la juez en su sentencia “no había hecho mención alguna” frente a la pretensión subsidiaria No. 2 (devolución del dinero del primer pago entregado a las demandadas); solicitud que fue denegada, dado que, en criterio de la falladora, “las pretensiones principales se resolvieron” a favor de FONADE”, y en razón de esto, “el juzgador está relevado de decidir sobre las pretensiones subsidiarias”.

4. LA APELACIÓN. Al sustentar su apelación en la oportunidad que consagra el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, los inconformes dejaron de lado algunos de los reparos efectuados al formular su recurso y retomaron los demás.

En esa labor de sustentación, y en cuanto coincidió con sus reparos, Arca Arquitectura e Ingeniería S.A. y Diconsultoria S.A. orientaron su recurso vertical con dos propósitos fácilmente diferenciables: uno, en procura de una absolución total, y el otro, para que le fuera reducida la condena que se les impuso a título de cláusula penal.

4.1. En primer lugar, refirieron que al contrato objeto del litigio se le dio un tratamiento equivocado en cuanto a su naturaleza, pues la sentenciadora sostuvo que se trataba de un contrato de obra, pese a que correspondía a un contrato de consultoría, por lo que “el análisis jurídico realizado difiere abiertamente en cuanto a la ejecución y así la exigibilidad de su cumplimiento”, pues, recordó, que estos dos tipos de contratos, así como la generalidad de contratos estatales, se encuentran regulados de forma independiente el uno del otro en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición con base en la cual, afirmó que para adelantar un contrato de consultoría “se requiere una documentación inicial mínima que sirva para presentar una oferta”.

Recalaron que “conforme se probó durante el proceso”, Arca Arquitectura e Ingeniería S.A. y Diconsultoria S.A. “en virtud del principio de buena fe precontractual” que consagra el artículo 863 del Código de Comercio, presentaron su propuesta sobre la

base de que la información reportada en el proceso de selección sobre los estudios y diseños de cada proyecto era correcta, verdadera y completa”, pero “la realidad desvirtuó esa confianza y buena fe”, pues, “la real situación de la información era tal que, incluso la entidad y la interventoría, reconocieron en diversas comunicaciones y reuniones, que las condiciones iniciales del contrato no se ajustaban a la realidad de su ejecución”.

Las ahora apelantes atribuyeron incumplimiento contractual de FONADE, no solo con motivo de la desinformación de la fase precontractual ya aludida, sino también por no haber respondido, ni tampoco accedido a las múltiples solicitudes que le hicieron las integrantes de la unión temporal, con miras a que -para restablecer el consabido equilibrio contractual-, se estudiara, definiera y solemnizara la modificación del contrato en aspectos tales como su adición, prórroga y forma de pago, entre otros.

Por lo anterior, “esta circunstancia debidamente probada”, debe dar pie “para condenar a FONADE en el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, en tanto que omitió (...) la suscripción del Otro Si”, pues, señalaron que, de conformidad con la conmutatividad de los contratos, las obligaciones deben ser “recíprocas para cada una de las partes”, y por tanto, “el equilibrio fue desbordado, sin que el mismo hubiera sido asignado o tipificado como riesgos previsibles a cargo del contratista”.

Añadieron que “durante el primer mes de ejecución del contrato, el consultor no contó con interventoría”, etapa que “es determinante del rumbo del contrato, máxime si se tiene en cuenta la precariedad de la información suministrada por la entidad”, y recordó, que “conforme se estableció en el manual de interventoría”, las obligaciones del interventor previas al inicio del contrato vigilado, parten de la verificación de la existencia de la documentación y “demás consideraciones técnicas que estime necesarias para suscribir el acta de iniciación”.

Agregaron que el juez hubiera acogido las excepciones de “contrato no cumplido”, y por lo tanto, denegado las pretensiones, de no haber incurrido en esos yerros, y en otros adicionales esto es, por cuanto dejó de lado que, por el comportamiento contractual de la unión temporal, FONADE no inició ningún proceso sancionatorio; que la demandante de alguna manera encontró aceptables algunos de los reclamos de la Unión Temporal, al punto que se optó por una suspensión temporal, con el fin de estudiar y definir “el alcance de los diseños” y la suerte de la solicitud de adición y prórroga del contrato y modificación de la forma de pago, y que la Unión Temporal solo recibió el 30% de la remuneración convenida, pese a que tuvo de disponer de personal administrativo y profesional adicional para atender los requerimientos contractuales de su contraparte.

4.2. Por último, “frente a la cláusula penal”, los apelantes solicitaron la condena de esta “de manera parcial en proporción a lo dejado de ejecutar, en atención que FONADE recibió a satisfacción el 41% del objeto contratado”, esto con apoyo en lo

dispuesto en el artículo 867 del Código de Comercio, y, “teniendo en cuenta que el contrato permite que la misma llegue a hacerse efectiva hasta el 20%”.

CONSIDERACIONES

1. Reunidos los presupuestos de orden procesal y ante la ausencia de irregularidades que comprometan lo actuado, se decidirá de fondo el presente asunto.

2. Cabe señalar, que por efectos del artículo 320 del Código General del Proceso, “el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados** por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”, en concordancia con el artículo 328 de la misma codificación, que demarca la competencia del superior en este asunto.

Al sustentar su apelación en la oportunidad que consagra el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, los inconformes dejaron de lado algunos de los reparos efectuados al formular su recurso y retomaron los demás, estos últimos, sobre los cuales este Tribunal realizara el examen.

En síntesis, Arca Arquitectura e Ingeniería S.A. y Diconsultoria S.A. perfilaron su recurso vertical con dos propósitos marcadamente diferenciables: uno, en procura de una absolución total, y el otro, para que le fuera reducida la condena que se les impuso a título de cláusula penal.

3. Como ciertamente acusan las recurrentes, la juez de primera instancia erró en la identificación y tratamiento del contrato objeto del litigio, al señalar que, el mismo correspondía a un contrato de obra, cuando por su naturaleza, y por amoldarse a las previsiones del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, lo mismo que a las reglas de participación, concernía a un contrato de consultoría.

Sin embargo, dicho error no alcanza la entidad suficiente para dar al traste con lo decidido en primera instancia, como quiera que las bases que sirvieron a la juez *a quo* para deducir la responsabilidad contractual de las recurrentes, partieron de la estructuración de los elementos axiológicos de rigor, los cuales son comunes a todo tipo de contrato sin consideración a la naturaleza de estos. Además, por cuanto del artículo 32 *eiusdem*, no se infiere ni se logra estructurar que, para adelantar el contrato de consultoría, de forma particular, “se requiera una documentación inicial mínima que sirva para presentar una oferta”, como sin haber lugar a ello lo afirmaron las apelantes, pues una cosa es la naturaleza del contrato a realizar y otra lo atinente al proceso o modalidad de selección del contratista.

4. ACERCA DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL:

Advierte el artículo 1602 del Código Civil, que “**todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes**, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Conviene añadir que la Cláusula Primera del Contrato No. 2121689 del 12 de junio de 2012 (fol. 411; Cdn. 1), sobre cuyo contenido y alcance no se presentó reparo alguno, demarca el objeto de la relación contractual puesta bajo escrutinio, en los siguientes términos:

“CLAUSULA PRIMERA. – OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete a realizar la CONSULTORIA DE ESTUDIOS TECNICOS Y DISEÑOS DE INFRAESTRUCTURA SOCIAL COMUNITARIA Y POLIDEPORTIVOS EN DIFERENTES DEPARTAMENTOS DEL PAIS – ZONA CENTRO (BOYACA - CUNDINAMARCA)”.

De igual forma, según el párrafo de la Cláusula Quinta del Contrato de marras (fol. 412; Cdn. 1), dentro de las obligaciones convenidas a cargo de las recurrentes integrantes de la Unión Temporal, se estipuló:

“PARAGRAFO: El contratista deberá tener en cuenta que algunos de los proyectos cuentan con los Estudios y Diseños o parte de ellos, los cuales fueron elaborados por los Municipios o Departamentos, por lo tanto, deberá realizar una revisión y verificación de los mismos, y en caso de que se requiera, deberá proceder con la actualización o complementación de los mismos. (...) En aquellos proyectos que no cuenten con ningún tipo de información, el contratista deberá elaborar la totalidad de estudios técnicos y diseños que se requieran. Los estudios elaborados por el Consultor deberán contener en detalle todas las obras necesarias requeridas para garantizar la estabilidad total de los proyectos, de acuerdo con la sensibilidad de éstos, a las condiciones Topográficas, Geotécnicas, Hidráulicas y Ambientales, particulares para cada uno de ellos. El consultor deberá tener en cuenta las diferentes características topográficas, geomorfológicas, geotécnicas, pluviosidad y climáticas de los municipios en los que se van a desarrollar los proyectos para la ejecución de los diseños”.

En este punto, conviene memorar que en diferentes apartes del recurso que acá se estudia, las recurrentes en su intento de endilgar el incumplimiento contractual en cabeza de FONADE, se contentaron con acudir, de manera algo difusa, a expresiones tales como: que “conforme se probó durante el proceso” o “esta circunstancia debidamente probada”, u otros semejantes, sin hacer cita puntual de elemento de prueba alguno. Tampoco el Tribunal observa, de los medios cognoscitivos recaudados el incumplimiento por parte de FONADE.

De esta forma, encuentra la Sala que, para efectos del incumplimiento de las obligaciones contractuales señaladas en el párrafo anterior, resulta suficiente traer a

cuento lo manifestado por los representantes legales de las sociedades demandadas al absolver sus respectivos interrogatorios de parte:

Así, se tiene como el representante legal de Arca Arquitectura e Ingeniería S.A. frente a la pregunta: “**sobre un porcentaje de la ejecución del 100% que se debió ejecutar, ¿cuánto se ejecutó?**”, este aseveró que “**nosotros ejecutamos lo que pudimos ejecutar** con base en los aspectos (inaudible) que teníamos, **yo diría que más de un 85% - 90%** (...)”²; por su parte, el representante legal de Diconsultoria S.A., ante la misma pregunta, respondió: “nuestra cifra, como consultores, difiere de la que esta anotado en la contestación de la demanda, **y la nuestra está, como ya dijo el (...) representante legal de Arca, cerca del 85%**”³, respuesta que reiteró, este último, cuando señaló que “**¿de la ejecución?**, a ver, **nosotros estamos por el 85% del producto final entregado**”⁴.

Ya se dijo en los antecedentes de esta providencia que tanto en el escrito de reparos, como al sustentar sus recursos y en su intento de obtener una disminución de la cláusula penal, las sociedades recurrentes, afirmaron que alcanzaron a atender un 41% de sus obligaciones principales, lo cual, visto de otra manera implica que, por igual, aceptaron que desatendieron la proporción restante (59%).

De lo anterior, emana claro e inequívoco el reconocimiento por parte de las demandadas sobre el incumplimiento de las obligaciones que les concernía con la suscripción del Contrato No. 2121689 del 12 de junio de 2020.

No olvida el Tribunal que las apelantes manifestaron que, esa desatención contractual devino por cuanto “en virtud del principio de buena fe precontractual” que consagra el artículo 863 del Código de Comercio, “presentaron su propuesta sobre la base de que la información reportada en el proceso de selección sobre los estudios y diseños de cada proyecto era correcta, verdadera y completa”, pero que “la realidad desvirtuó esa confianza y buena fe”, pues, “la real situación de la información era tal que, incluso la entidad y la interventoría, reconocieron en diversas comunicaciones y reuniones, que las condiciones iniciales del contrato no se ajustaban a la realidad de su ejecución”, y que por tanto, “**esta circunstancia debidamente probada**”, **debía dar pie “para condenar a FONADE en el incumplimiento de las obligaciones a su cargo”**.

Sin embargo, ha de precisarse, en primer orden, que las acá demandadas no formularon demanda de reconvención, por manera que no es de recibo ahora examinar si es viable condenar a FONADE por el “incumplimiento de las obligaciones a su cargo”.

² AUDIENCIA INICIAL (ART. 372; C.G.P.). Folio 1615; Cdo. 3. Minuto: 25:47.

³ *Ibidem*. Minuto: 51:22.

⁴ *Ibidem*. Minuto: 57:25

Tampoco ha de pasar inadvertido por este Tribunal, que de acuerdo con el numeral 3.1.2 del Capítulo Tercero de las Reglas de Participación (fol. 457; Cdno. 1) que rigieron la etapa precontractual en este asunto (las cuales hacen parte integral del contrato según la Cláusula Primera de este mismo), correspondía a las sociedades demandadas, bajo su propia cuenta y riesgo, la elaboración de la oferta respectiva, y para ello debían adelantar previamente a su presentación, inspecciones a los lugares en donde se llevarían a cabo los proyectos objeto del contrato, así:

“3.1.2. Responsabilidad en la elaboración de la oferta.

Los oferentes deberán elaborar por su cuenta y riesgo la oferta de acuerdo con lo solicitado en estas reglas de participación, las cuales harán parte integral del contrato. Se consideran como documentos oficiales del proceso de selección, las reglas de participación y sus anexos, publicados en la página web de FONADE.

La presentación de la oferta lleva implícitos el conocimiento y la aceptación, por parte de[l] oferente, de todas las condiciones conforme a las cuales se ejecutará el contrato, incluyendo las propias del sitio de trabajo, tales como la información social, cultural, técnica, hidrológica, geológica, geomorfológica y sísmológica, geotécnica, tipográfica y cartográfica, estudios de impacto ambiental, las leyes y normas que rigen para la región, entre otras, de tal manera que la oferta presentada deberá reflejar la totalidad de los costos en que se incurrirá para alcanzar la realización del objeto del contrato derivado de este proceso de selección. **Así mismo, deberá tener en cuenta la movilización y permanencia en el sitio de los trabajos, tanto del personal como de los insumos, la situación de orden público, el factor climático y ambiental, así como los demás aspectos que puedan incidir en la ejecución del contrato. Por lo anterior es obligación del interesado, para elaborar su oferta, realizar las inspecciones necesarias al sitio donde se adelantará la consultoría, y conocer las condiciones de suministro de materiales, mano de obra, transporte de personal y materiales, condiciones técnicas del sitio específico y sus alrededores, aspectos sociales, de orden público, climáticos, ambientales”**.

Al respecto, en su declaración de parte, el representante legal de Arca Arquitectura e Ingeniería S.A., manifestó que, “**pasó de un 25%** de esos 14 proyectos que eran supuestamente nuevos, **pasó a más de un 50% de proyectos nuevos** que tuvo que ejecutar; o sea si eran 14 proyectos y el 25% eran más o menos 3 o 4 proyectos, pasó a más de 5 proyectos nuevos que tuvo que ejecutar nuestro Consorcio”⁵; y que, “nosotros en la propuesta, dentro del alcance de la propuesta era entregar un diagnóstico precontractual de la información que nos suministraba FONADE, **una vez firmado del contrato**, la información que entregó FONADE en los estudios previos **correspondía** a lo que decía textualmente los pliegos, o sea para nosotros como consultores es imposible que nos pongan a realizar una preconsultoría a un proyecto que vamos a presentar, o sea eso **es gastar nuestros recursos en revisar la información que después nos llega en el proyecto, para eso está el proyecto que dice ‘revisión de estudios e información que entrega FONADE’**, si lo que se quería era que revisáramos antes de

⁵ Ibídem. Minuto: 26:50

la entrega de una propuesta, todos los documentos, que por cierto FONADE nos entregó en varias carpetas una vez firmamos el contrato, **pues sería ilógico**⁶.

De lo anterior, en el criterio del Tribunal, es ostensible que el representante legal de Arca Arquitectura e Ingeniería S.A. reconoció el incumplimiento respecto de la obligación pre-contractual, relacionada con visitas *in situ*, de lo cual aflora la falta de contraste entre lo que podían observar o hallar en la realidad y lo relacionado en los documentos propios de cada proyecto a adelantar, y por tanto, la ausencia de conocimiento en las demandadas “de todas las condiciones conforme a las cuales se ejecutaría el contrato”, de donde refulge la sorpresa de estas últimas cuando fueron a adelantar el primer diagnóstico, una vez firmado el contrato con FONADE.

En ese escenario no es factible aceptar que, so pretexto del “principio de buena fe precontractual consagrado en el artículo 863 del Código de Comercio”, y bajo el cual las demandadas omitieron la práctica de visitas a los lugares en donde debían adelantarse los proyectos, así como la confrontación de estos con sus respectivos documentos, se soslaye el cumplimiento de las obligaciones contractuales, las cuales se itera, son ley para las partes.

Aseveraron las recurrentes que “durante el primer mes de ejecución del contrato, el consultor no contó con interventoría”, etapa que calificaron de “determinante del rumbo del contrato”, sin embargo, esta afirmación no emana de lo probado, pues si bien el Contrato No. 2121689 (entre FONADE y las demandadas) se firmó el 12 de junio de 2012, y el contrato de interventoría el 28 de junio de 2012, también es cierto que el 3 de julio de 2012 se suscribió el Acta de Inicio del contrato bajo estudio, a partir de la cual principia el término del mismo, momento en el que como podrá observarse, ya existía la sociedad encargada de realizar la auditoría.

Ahora en torno a que, según “se estableció en el Manual de Interventoría” las obligaciones del interventor previas al inicio del contrato vigilado, parten de la verificación de la existencia de la documentación y “demás consideraciones técnicas que estime necesarias para suscribir el acta de iniciación”, si bien de ello da cuenta el subnumeral 1° del numeral 6.1.3.1 del Manual de Interventoría de FONADE⁷, adoptado mediante Resolución No. 150 de 2011 (fol. 483; Cdno. 1), también es cierto, que del **Acta de Inicio de fecha 3 de julio de 2012** (fol. 395; Cdno. 1), no aflora que la Unión Temporal integrada por las sociedades acá demandadas, hubieran suscrito la misma con algún tipo de salvedad u observación, en punto a la falta de verificación de documentos “y demás consideraciones técnicas necesarias” por parte del interventor, ni

⁶ Ibídem. Minuto: 37:22

⁷ **6.1.3. Obligaciones Técnicas**

6.1.3.1. Previas al inicio del contrato objeto de interventoría

1. **Verificar la existencia de** planos, diseños, licencias, autorizaciones, estudios, cálculos, especificaciones y demás consideraciones técnicas que estime necesarias **para suscribir el acta de iniciación** y la ejecución del objeto pactado.

al por qué, en lugar de ser suscrita por este, que dicho sea de paso **desde el 28 de junio de 2012** se había contratado a Civing Ingenieros Contratistas S. en C. para dichos efectos, lo hacia la supervisora Nubia Xilena Jara Ortiz.

Las ahora apelantes atribuyeron incumplimiento contractual a FONADE, no solo con motivo de la desinformación de la fase precontractual ya aludida, sino también por no haber respondido, ni tampoco accedido a las múltiples solicitudes que le hicieron las integrantes de la unión temporal, con miras a que -para restablecer el consabido equilibrio contractual-, se estudiara, definiera y solemnizara la modificación del contrato en aspectos tales como su adición, prórroga y forma de pago, entre otros.

Las sociedades recurrentes, bueno es expresarlo, participaron, con éxito, en el concurso de rigor con soporte en las pautas vigentes para ese momento, entre ellas lo alusivo al contenido material del contrato de consultoría, vale decir, a qué se obligó cada uno de los extremos de ese negocio jurídico, así como lo atinente a duración y forma de pago.

Así las cosas, con motivo de los efectos inherentes al ejercicio de la voluntad, no es factible tomar como incumplimiento la actitud silente de FONADE, ni su renuencia a estudiar, y menos de aceptar, cualquier propuesta de modificación de los términos contractuales inicialmente acordados, so pretexto del ejercicio inadecuado de la carga de información que expresamente la Unión Temporal se obligó a agotar antes de la solemnización del contrato de consultoría.

Tampoco se olvide que en este tipo de situaciones está en juego la suerte de dineros y recursos públicos, que ciertamente no se verían favorecidos, si acogiendo la tesis de los apelantes, se dedujera incumplimiento de FONADE, por no acceder a las propuestas de cambio que -por lo menos en este litigio-, hubieran involucrado costos mayores para el contratante.

No en vano prevé el artículo 3° del Estatuto de Contratación del Fondo Financiero De Proyectos De Desarrollo (en armonía con los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993 y 13 y 15 de la 1150 de 2007) que “los contratos que celebre FONADE en calidad de parte Contratante estarán regidos por las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables a las entidades financieras de carácter estatal (...), es decir, **están sujetos a los principios previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política sobre la función pública y la gestión fiscal** (...) y demás normas legales o reglamentarias que le sean aplicables en su condición de Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero”.

En ese escenario, tampoco está de más traer a colación lo anotado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, corporación que, en sentencia del 19 de octubre de 2011 (Rad. 18.082.), frente a un asunto algo similar al que aquí se decide y con una

orientación que, en el fondo, recoge los principios aplicables también al régimen privado de contratación (contenido, entre otros, en los arts. 1602 y ss. del Código Civil), precisó que:

“el actor justificó la ejecución de estos trabajos en la razón técnica de que se trataba de ‘obras indispensables’ para el desarrollo del contrato. Sin embargo, **la Sala debe recordar que el principio con el cual se cumplen las obligaciones de un negocio jurídico es aquél que dispone que las partes quedan forzadas a cumplir los acuerdos en los términos en que fueron establecidos, y que nadie está forzado a ejecutar una prestación distinta, de la misma manera que no es posible exigir más de lo acordado, ni entregar menos de lo pactado, porque esto se convierte en ley para las partes.** Esta circunstancia no tiene por qué alterarse con la interpretación que una parte haga de sus obligaciones (...), en aquellos casos en que considera que lo acordado es insuficiente para dar cumplimiento a sus obligaciones. **No cabe duda que para hacerlo se necesita llegar a un nuevo acuerdo de voluntades, que autorice exigir de la otra parte el cumplimiento de nuevas prestaciones (...). Así, entonces, cuando el alcance de lo acordado parece insuficiente -en criterio de la parte que debe ejecutarlo-, y considera que de verdad se necesita adicionar las obligaciones iniciales, en todo caso debe lograr un nuevo acuerdo, para que surja la obligación que considera indispensable para el cumplimiento efectivo de la obligación inicial.** Si la parte no actúa de este modo, y en su lugar ejecuta, unilateralmente, las prestaciones adicionales, con la esperanza de que le sean retribuidas, incurre en el error de creer que su conducta crea obligaciones para los demás, por bien intencionadas y útiles que sean las prestaciones que realizó. El tema es de teoría fundamental de las obligaciones: en los contratos se requiere el acuerdo de voluntades para comprometerse y adquirir obligaciones exigibles de los demás”.

Ante la contundencia de lo que recién se argumentó, resultan inocuas las otras alegaciones que adujeron los recurrentes, esto es, que en la sentencia que impugnaron se dejó de lado que, por el comportamiento contractual de la unión temporal, FONADE no inició ningún proceso sancionatorio; que la demandante de alguna manera encontró aceptables algunos de los reclamos de la Unión Temporal, al punto que se optó por una suspensión temporal, con el fin de estudiar y definir “el alcance de los diseños” y la suerte de la solicitud de adición y prórroga del contrato y modificación de la forma de pago, y que la Unión Temporal solo recibió el 30% de la remuneración convenida, pese a que tuvo de disponer de personal administrativo y profesional adicional para atender los requerimientos contractuales de su contraparte.

La Sala observa que ninguna de esas vicisitudes, así se aceptara su demostración, involucraría incumplimiento de FONADE en los términos en que se convino el contrato de consultoría. Además, como lo admitió la parte opositora,

finalmente dicho negocio jurídico no sufrió modificación alguna, por manera que los contratantes debieron ajustar su comportamiento al clausulado original.

Por estas razones, no son atendibles las argumentaciones que las apelantes invocaron en su intento de alcanzar una absolución total.

5. CLAUSULA PENAL:

Solicitaron las recurrentes que “en caso de despachar desfavorablemente la revocatoria de la sentencia que declara el incumplimiento del contrato por parte de las demandadas”, se condene “de manera parcial en proporción a lo dejado de ejecutar, en atención que FONADE recibió a satisfacción el 41% del objeto contratado”, ello con apoyo en lo dispuesto en el artículo 867 del Código de Comercio. Al respecto ha de precisarse lo siguiente:

Según la Cláusula Decima Primera del Contrato No. 2121689 del 12 de junio de 2012, la pena se pactó en los siguientes términos:

“DECIMA PRIMERA - CLAUSULA PENAL PECUNIARIA. En caso de incumplimiento parcial o definitivo en la ejecución oportuna del contrato o de las obligaciones a cargo de **EL CONTRATISTA durante el plazo de ejecución del contrato, **FONADE podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, a título de pena, por un monto equivalente hasta por el veinte por ciento (20%)** del valor total del mismo. El pago del valor acá señalado a título de cláusula penal pecuniaria se considera como indemnización parcial y no definitiva de los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, razón por la cual, **FONADE** tendrá derecho a obtener de **EL CONTRATISTA** y/o de su garante el pago de la indemnización correspondiente a los demás perjuicios que con dicho incumplimiento se les hayan irrogado. **EL CONTRATISTA** autoriza a **FONADE** a descontar y compensar de los saldos presentes o futuros a su favor, los valores correspondientes a la pena pecuniaria aquí estipulada. De no existir tales deudas o de no resultar suficientes para cubrir la totalidad de su valor, **FONADE** podrá obtener el pago de la pena pecuniaria mediante el ejercicio de las acciones legales a que haya lugar. Esta cláusula presta merito ejecutivo de conformidad con el artículo 488 del C.P.C. sin necesidad de efectuar requerimientos o constituciones en mora, por cuanto se renuncia expresamente a ellas. El valor de la pena pecuniaria pactada se calculará sobre el valor total del contrato, incluidas las modificaciones al valor del mismo”.**

De lo que se expresó en dicha cláusula, lo cual es ley para las partes, de entrada, emana el despacho desfavorable frente a la reducción implorada por las apelantes, por las siguientes razones:

Se advierte que de consuno, se pactó a título de pena **“hasta por el 20%”** el **“incumplimiento parcial o definitivo”** contractual por parte del contratista, dicho con otra palabras, se comprendió dentro de esta sanción cualquier tipo de incumplimiento de las demandadas, y sin que se entienda **“hasta por el 20%”**, como un marco de referencia dentro del cual podía moverse a fin de aplicar la respectiva penalidad, sino más bien, como el tope convenido por ambas partes en el contrato, pues de haber sido

aquella la intención que se le quería dar a la misma, se hubiera expresamente convenido en ese sentido.

De igual forma, prevé la cláusula de marras, que “en caso de incumplimiento” FONADE “**podrá** hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, a título de pena, por un monto equivalente hasta por el 20%”, haciendo evidente el ámbito meramente potestativo en cabeza de FONADE de reclamar o no en dicha proporción el incumplimiento de su contraparte, lo que en efecto se dio en el caso *sub judice*. Obsérvese que, con en su pretensión tercera, la actora reclama de las demandadas el pago de \$58'368.044, que corresponde al 20% del valor fijado para el contrato.

De tal suerte que, pese a que como lo advirtieron las recurrentes, el artículo 867 del Código de Comercio contemple que “...**podrá el juez** reducir equitativamente la pena (...) cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”, a su turno, según lo dispone el artículo 4 del mismo estatuto, “**las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles**”.

Tampoco, entonces, es atendible el recurso en cuanto con él se quiso simplemente reducir el monto de la condena.

6. ADICION DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Resta añadir que no es de recibo la solicitud de adición de la sentencia de primer grado, que hizo FONADE en su réplica a la sustentación del recurso vertical que acá se estudia, en el sentido de pronunciarse esta instancia sobre las pretensiones subsidiarias de la demanda, puntualmente, en relación con la devolución del “desembolso efectuado por concepto del primer pago del contrato No. 2121689”.

La misma solicitud de adición, dicho extremo la formuló ante la juez *a quo* el 6 de agosto de 2019 en la audiencia de la que trata el artículo 373 del C.G.P. (fol. 1814; Cdo. 3), pedimento que en esa data fue despachado de manera adversa.

Tampoco el Tribunal podría disponer esa adición ahora, como quiera que, si bien FONADE apeló la sentencia de primer grado, tal recurso finalmente fue declarado desierto, debiéndose agregar que, de acuerdo con el artículo 287 del Estatuto Procesal, “el juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior **siempre que** la parte perjudicada con la **omisión haya apelado**”.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Séptima de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA**, en su integridad, la sentencia de fecha 6 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá y se abstiene de adicionar ese fallo según lo reclamara FONADE en su escrito de réplica a la sustentación de los recursos interpuestos por su contraparte.

Costas de esta instancia a cargo de la recurrente. Liquidense por el juez *a quo*, quien incluirá, como agencias de derecho de la alzada, \$2'000.000, cifra que para el efecto estima el Magistrado Ponente.

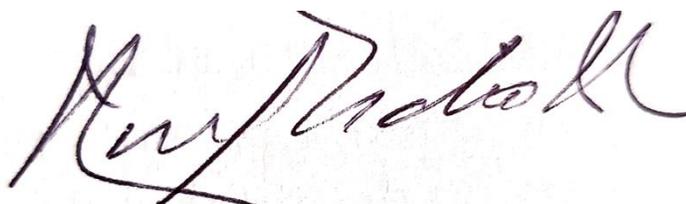
Devuélvase la actuación al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase

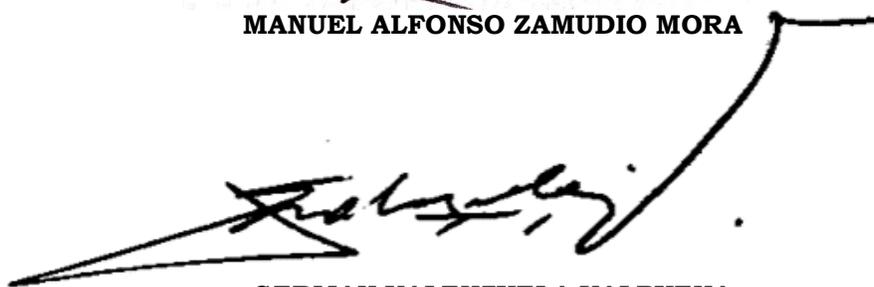
Los Magistrados,



OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA



MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA



GERMAN VALENZUELA VALBUENA