

Armenia (Quindío), 15 de diciembre de 2020

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

Att. Iván Darío Zuluaga Cardona

Magistrado ponente

Bogotá D.C.

Ref.

Asunto: Recurso de reposición

Proceso: Recurso de anulación

Demandante: Club Deportivo Estudiantil

Demandada: Bogotá Fútbol Club S.A.

Radicado: 00-2020-01388-00

CÉSAR AUGUSTO PINZÓN CARDONA, identificado como aparece al pie de mi firma, por medio del presente, estando en término, me permito interponer recurso de reposición en contra del auto del 2 de diciembre de 2020, notificado por estado el día 10 del mismo mes y año, que declara inadmisibile el recurso extraordinario de anulación interpuesto previamente por esta parte, con base en los siguientes argumentos:

Aduce el honorable magistrado en el mencionado auto, que se declara la inadmisibilidad del recurso de anulación pues *“atendiendo que no advierte satisfecho el citado requisito de procedibilidad para la admisión del recurso de anulación cimentado en la referida causal”*, ya que según su argumento *“el recurso fue planteado oportunamente; se invocó la causal prevista en el numeral 1) del artículo 1563 de 2012, esto es – la inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral-; y se expusieron los argumentos que a juicio del interesado sustentan su estructuración. **No obstante, no se advierte satisfecho el requisito de procedibilidad que lo habilitaba para invocar esa causal de anulación, los motivos constitutivos de ella no los hizo valer mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.”***

Sin embargo, si bien de la “revisión del expediente” se deduce que no se encuentra recurso de reposición, si se hace un estudio de la sustentación dada al recurso de anulación, entenderá que tal recurso como requisito de procedibilidad, en el caso en mención, fue imposible de interponer dadas las circunstancias que rodean todo el asunto, las cuales expondré brevemente, con el fin de ilustrar y hacer la debida aplicación normativa:

En primer lugar, la Cámara Nacional de Resolución de Disputas (tribunal arbitral ad-hoc) de la Federación Colombiana de Fútbol, dentro de su reglamento estableció un compromiso (pacto) arbitral modelo, sobre el cual debía llevarse todo procedimiento ante la misma, sin sufrir adiciones, modificaciones y/o supresiones, salvo las concernientes a los hechos y partes, so pena de que la Federación Colombiana de Fútbol no corriera con los gastos de instalación del tribunal ad-hoc (artículos 3 y 7, Resolución 3775 de 2018 de la Federación Colombiana de Fútbol, que obra en los anexos del recurso de anulación).

Siguiendo los lineamientos de tal reglamento, se suscribió el compromiso modelo tal cual se debía hacer y se envió al club demandado (convocado, en esa época) Bogotá Fútbol Club S.A., quienes hicieron caso omiso a tal requerimiento, por lo que se tuvo que acudir a la Comisión Disciplinaria de la Federación Colombiana de Fútbol, para que los instara a firmar el mismo, so pena de sanciones disciplinarias, situación que finalmente ocurrió, salvo que esa parte sí le realizó modificaciones y adiciones al compromiso (pacto) arbitral previo a firmarlo su representante legal.

Ni la Comisión Disciplinaria ni la Cámara Nacional de Resolución de Disputas (tribunal arbitral) de la Federación Colombiana de Fútbol nos comunicó o nos trasladó la modificación o adulteración que realizó el representante legal de Bogotá FC S.A. al pacto arbitral suscrito, entendiéndose así que el mismo se encontraba tal cual el modelo, pues el procedimiento siguió su curso y la FCF asumió los gastos de instalación del tribunal, pues recuérdese que, así lo dispone la norma cuando no se presenta alteración o modificación alguna. Sin embargo, al omitir este hecho, no nos dio la oportunidad para rebatirlo o pronunciarnos, dado que ello podría incidir en la decisión final, como finalmente sucedió; e inclusive el mismo Tribunal guardó silencio frente al cuestionamiento que se le hizo, referente a la alteración del compromiso, cuando resolvió la solicitud de aclaración y/o corrección del laudo, elevada por esta parte.

Con la modificación realizada al compromiso (pacto) arbitral por parte de Bogotá FC S.A., sin el consentimiento de esta parte, y adicionalmente sin ponernos en conocimiento tal situación la FCF, el pacto arbitral está viciado de nulidad relativa por vicios en el consentimiento por error, lo que lo hace inválido, tal como se expone en el cuerpo del recurso de anulación, y adicionalmente, al no tener conocimiento de la modificación, en el momento procesal oportuno, para interponer el recurso correspondiente, lo hace inoponible, por lo que no puede producir efectos jurídicos ni favorables ni desfavorables.

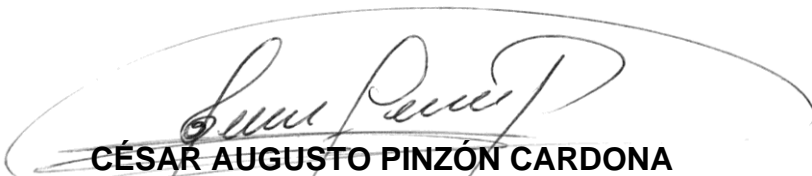
Teniendo en cuenta lo aquí señalado, y con el respeto a los principios generales del derecho y a su función social, no le asiste la razón al honorable magistrado, en tanto la norma que se cita, debe ser aplicada e interpretada armónicamente, con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que rodean cada caso en particular, para no incurrir en una interpretación aislada y arbitraria de la misma.

De igual manera, se eleva este recurso, con el fin de evitar la configuración de un defecto fáctico en el presente asunto y con ello vulnerar derechos fundamentales, como lo son el debido proceso y el derecho a la defensa, situación que surge según lo ha sostenido la Corte Constitucional en la Sentencia T-055 de 2014: “El defecto en comento adquiere la dimensión negativa cuando el administrador de justicia niega la práctica del medio probatorio solicitado, no ordena el que debía recaudar de oficio u omite la valoración de elementos de juicio determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge. Tal caso puede presentarse frente a la decisión del Tribunal, adoptada sin respaldo probatorio o desconociendo el existente.” (Líneas fuera del texto original)

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, me permito solicitarle, respetuosamente, se sirva reponer el auto dictado el 2 de diciembre de 2020, notificado por estado el día 10 del mismo mes y año, y, en su lugar, admitir el recurso de anulación interpuesto por esta parte, por cumplir a cabalidad con los requisitos de procedibilidad del mismo, teniendo en cuenta los argumentos y sustentos presentados en el escrito inicial.

Agradeciendo de antemano la atención prestada,

Cordialmente,



CÉSAR AUGUSTO PINZÓN CARDONA
C.C. No. 7'545.100 expedida en Armenia (Q.)
T.P. No. 90.632 del C. S. de la Judicatura
Apoderado parte demandante

Honorable

**MAGISTRADO TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTA SALA CIVIL.**

E. S. D.

Ref.: EJECUTIVO 110013103-040-2019-00343-01

Demandante: BANCO DAVIVIENDA

Demandado: GENERAL FIRE CONTROL S.A.

Obrando como apoderada de la sociedad **GENERAL FIRE CONTROL S.A.** demandada en el proceso de la referencia, encontrándome dentro del término concedido, mediante auto de fecha 1 de diciembre de 2020, procedo a sustentar la apelación interpuesta ante el despacho 40 civil del circuito de Bogotá.

Motivo mi recurso para que la sentencia proferida el día 9 de septiembre de 2020 por el despacho 40 civil del circuito de Bogotá, sea modificada y se aplique el pago realizado por el Fondo Nacional de Garantías por un valor de **CIENTO NOVENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$191.792.728.00)** a la obligación objeto de la litis tal y como manifestó la representante legal de la entidad bancaria, razón por la que el despacho debe proferir sentencia es por el saldo insoluto de la deuda, no como equivocadamente se profirió, pues en ella se desconoció por parte del adquo el pago realizado por el Fondo Nacional de Garantías y que fue reconocido por el representante legal de la demandante y su apoderado.

Teniendo en cuenta que el Fondo Nacional De Garantías es un ente el cual garantiza de manera parcial y subsidiariamente el pago de los saldos insolutos de créditos otorgados al deudor en este caso **GENERAL FIRE CONTROL S.A.S.**, limitando su responsabilidad a un porcentaje de la cobertura otorgado en cada obligación garantizada, en este caso el **FONDO NACIONAL DE GARANTIAS** realizo un pago a la entidad **BANCARIA**



DAVIVIENDA pago que debe tenerse en cuenta en la liquidación de crédito y de esta manera la demandada solo deberá cancelara el saldo insoluto del título valor pagare N°8600485324, es de aclarar que, la demandante al momento de instaurar la demanda en sus pretensiones no tuvo en cuenta el pago realizado por el **FONDO NACIONAL DE GARANTIAS**, pues en ese momento no se había realizado, pago que se efectuó dentro del transcurso del proceso por valor de **CIENTO NOVENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$191.792.728.00)** y así lo reconoce la representante legal de la demandante y su apoderado y que caprichosamente y sin razón el Juez de primera instancia, no se lo aplica deduciéndolo al valor de las pretensiones.

De esta manera el juez de primera instancia emitió una sentencia contraria a derecho, pues si bien es cierto que la demanda ejecutiva busca el pago total de un título valor **PAGARE N°8600485324** que cumple con todos los requisitos legales establecido por el código de comercio, también es cierto que existe un pago sobre la deuda por el **FONDO NACIONAL DE GARANTIAS** el cual debió ser tenido en cuenta al momento de dictar sentencia, pues la representante legal de la entidad bancaria DAVIVIENDA y su apoderado en audiencia del 9 de septiembre de 2020 confeso que el **FONDO NACIONAL DE GARANTIAS** realizo un pago por **CIENTO NOVENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS OCHO PESOS M/CTE (\$191.792.728.00)** sobre la obligación adquirida por el deudor **GENERAL FIRE CONTROL S.A.**, el cual fue ratificado por el apoderado de la parte demandante al solicitarle a la Señora Juez tenerlo en cuenta al momento de la liquidación de crédito, petición que fue negada.

Se hace evidente la confesión por parte de la demandante frente al ~~reconociendo el pago del monto antes descrito sobre la deuda adquirida~~



por mi representado, confesión que es definida por el maestro Hernando Echandia de la siguiente manera *“medio probatorio que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento, expresa, terminante y seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyan la voluntariedad del acto, por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre los hechos personales o sobre el conocimiento de otros hechos perjudiciales a quien la hace o a su representado según el caso o simplemente favorables a su contraparte en ese proceso”*

Las Altas cortes han definido que *“la Confesión que es el medio de prueba y acto de voluntad, consiste en la manifestación que hace una parte sobre hechos que pueden producirle consecuencias jurídicas adversas o que favorezcan a la parte contraria, confesar, pues, es reconocer como verdadero un hecho o un acto de índole suficiente para producir contra el que lo admite consecuencias jurídicas, certeza que puede predicarse tanto de los hechos trasuntados como fundamento de la demanda o como basamento de las excepciones propuestas”*.

Así mismo el Consejo De Estado hace referencia frente a la confesión, teniendo una triple dimensión:

- i) Determinar si existe confesión valida y si es judicial o extrajudicial
- ii) Determinar el contenido de la confesión.
- iii) Asignarle el merito probatorio como instrumento de convicción respecto de la existencia o inexistencia de tales hechos.

Es decir, que lo confeso por la representante legal de la entidad bancaria DAVIVIENDA y el apoderado de esta trae consigo una consecuencia jurídica que favorece a mi representada, en el hecho que el pago realizado por el Fondo Nacional De Garantías debe ser descontado del capital soluto adeudado por mi representado, es decir, se debe emitir una sentencia por

el saldo insoluto de la deuda.



Argumentos que la Juez no tuvo en cuenta a sabiendas que la confesión es un medio de prueba judicial que consiste en la declaración de conocimiento expresa, terminante y seria, hecha de manera consientes sin coacciones que destruyan la voluntariedad del acto por quien hace parte del proceso en que ocurre, en este caso durante el interrogatorio de parte la representante legal de la entidad bancaria DAVIVIENDA parte demandante realiza un reconocimiento de pago por parte del Fondo Nacional De Garantías sobre la obligación adquirida por mi representado, por lo tanto, dicho abono ha debido tenerse en cuenta al momento de la sentencia proferida, pues está a debido versar sobre el saldo insoluto de la obligación pretendida, es clara la entidad demandante a través de su representante al reconocer el abono realizado por el FONDO NACIONAL DE GARANTIAS a la obligación primigenia que se pretendía, luego del valor de las pretensiones ha debido descontarse el abono por dicha entidad realizado.

La demandada jamás fue notificada por parte del FONDO NACIONAL DE GARANTIAS del pago realizado a dicha obligación, ni la demandante notifico de haber denunciado el siniestro ante dicha entidad ni mucho menos del pago por esta recibido, sino hasta que fue reconocido en interrogatorio de parte a la representante legal de DAVIVIENDA, por tanto en la contestación de la demanda, no se excepciono pago parcial, pero esto no es óbice para que el juez de primera instancia desconozca un pago que es reconocido por el dueño del crédito DAVIVIENDA., profiriendo una sentencia por una suma contraria a la realidad procesal.

por las razones anteriormente expuestas solicito al Honorable Tribunal, se modifique la sentencia emitida por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, ya que existe un pago parcial sobre la obligación por parte del

FONDO NACIONAL DE GARANTIAS el cual respalda la deuda de mi

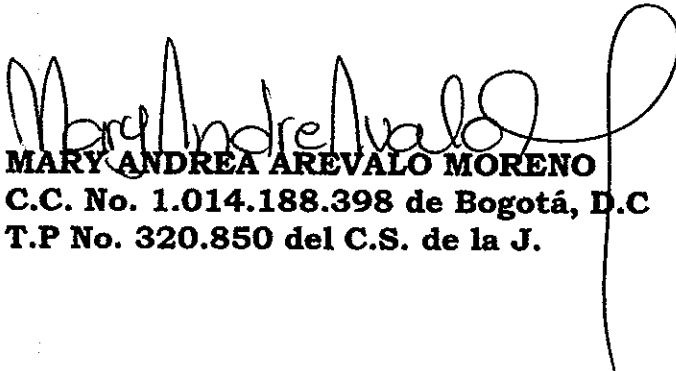
Carrera 15 No. 85 - 47 Piso 4 • Tel: 618 12 54 - 236 29 53 - 531 13 40 - 531 13 60 • Fax: 691 80 17

info@djeltda.co • www.djeltda.co



representada y en su defecto decretar probada la excepción propuesta en la contestación de la demanda **COBRO DE LO NO DEBIDO** y continuar la ejecución de la obligación por el saldo insoluto.

Del señor Juez,


MARY ANDREA AREVALO MORENO
C.C. No. 1.014.188.398 de Bogotá, D.C
T.P No. 320.850 del C.S. de la J.



Bogotá D.C.,

Señores:

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

Magistrado: IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA

secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

Referencia: **Proceso No. 11001310302920170033403**

Demandante: Banco Colpatría Multibanca Colpatría S.A.

Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A.
E.S.P.

Asunto: **Sustentación - Recurso de apelación contra la sentencia proferida en audiencia el día 17 de septiembre de 2020.**

Señores Magistrados:

SIMÓN RODRÍGUEZ SERNA, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.020.729.357 de Bogotá D.C, con tarjeta profesional de abogado No. 210.669 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en nombre y representación de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, de conformidad con el poder que obra en el expediente, me dirijo a su despacho con el fin de sustentar el recurso de apelación **interpuesto en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, en audiencia del 17 de septiembre de 2020**, en los términos del Artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, y el Artículo 327 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012). Lo anterior, conforme a las siguientes consideraciones:

I. OPORTUNIDAD:

De conformidad con el Artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apelante debe sustentar el recurso, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admite el recurso. El 01 de diciembre de 2020 el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil de Decisión, profirió auto mediante el cual admitió en efecto suspensivo, los recursos de apelación interpuestos por el Banco Colpatría Multibanca Colpatría S.A. y la Empresa de Telecomunicaciones

de Bogotá S.A. E.S.P. contra la sentencia de 17 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá.

En consecuencia, el recurso interpuesto, se sustenta por mi representada a través de este escrito, de forma oportuna.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA.

El 17 de septiembre de 2020 el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, profirió sentencia en la cual condenó al Banco Colpatria al pago de **CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL QUINIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$4.695.693.519)**. Igualmente condenó a la parte incidentada al pago de costas y agencias en derecho.

El fundamento de la decisión se puede resumir en los siguientes puntos:

- 2.1. La condena preceptiva no implica una presunción de daño. Al igual que cualquier otro evento en el que se pretenda la declaratoria de responsabilidad por haber causado un daño, se requiere, probar la existencia del hecho dañino, el daño, el elemento subjetivo, el nexo causal y el perjuicio producido.
- 2.2. El daño se encuentra acreditado, como quiera que la privación del dinero de que fue objeto ETB S.A. E.S.P., mediante la medida cautelar de embargo y secuestro de sumas de dinero, le produjo una mengua, al no haber tenido la posibilidad de disponer del mismo.
- 2.3. ETB no probó suficientemente la tasa de interés solicitada, para calcular el perjuicio sufrido.
- 2.4. En virtud del principio de reparación integral, se debe aplicar el interés legal establecido en el Artículo 884 del Código de Comercio.
- 2.5. Teniendo en cuenta que al aplicar el interés Bancario Corriente a la suma dineraria retenida se obtiene un valor superior al solicitado por ETB S.A.E.S.P., en virtud del principio de congruencia, se condena a Colpatria por el valor solicitado.

III. MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN.

En el caso que nos ocupa, ETB S.A. E.S.P. considera que en la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2020, el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá realizó una valoración probatoria que no puede compartirse, pues concluyó que mi representada no probó la tasa de interés, con base en la cual pretendía acreditarse la cuantía del daño sufrido por la empresa, como consecuencia de la medida cautelar solicitada por el Banco Colpatría. La referida conclusión desconoce el valor que debió dársele al Dictamen Pericial practicado por el profesor Julio Villarreal y aportado por mi representada.

A continuación, se presentan los argumentos según los cuales, cada uno de los elementos del daño fueron acreditados en el curso del incidente, incluida la tasa de interés que permite identificar el valor del daño sufrido.

3.1. ETB S.A. E.S.P. probó suficientemente el daño, el nexo causal y el perjuicio sufrido como consecuencia de la medida cautelar practicada.

En el fallo que se recurre, el despacho realizó la siguiente valoración de las pruebas presentadas por mi representada:

“(…) la aproximación a la tasa de interés por la probabilidad de explotación o generación de utilidad en las sumas de dinero cauteladas resulta insuficiente en lo que demostró ETB, porque ni sus dictámenes o sus testigos fueron capaces de articular razonadamente las fuentes de implementación de tasas de interés como que si quiera aportó un estudio de las utilidades operacionales (...) indicada en cada línea de negocio y su aplicación a la masa monetaria equivalente \$21.252.609.462, que fue el valor retenido, y menos aún demostraron la incidencia del débito bancario en las fechas señaladas. Luego, como dijo el perito de ETB en su dictamen, comprobar la pérdida de oportunidad o WACC en este caso es asunto que resulta improbable, aunque no imposible” (Subrayas fuera del texto)

En primer lugar, es necesario advertir que ni en el texto del dictamen pericial aportado, ni en la respuesta al interrogatorio practicado al perito Julio Villarreal, se encuentra la afirmación indicada por el despacho.

3.1.1. Prueba del daño y nexo causal.

En el dictamen pericial aportado por ETB S.A. E.S.P. el profesor Julio Villareal respondió lo siguiente en relación con la ocurrencia del daño, el nexo causal y la forma de establecer el valor del perjuicio:

“El embargo aplicado por solicitud de Colpatria por valor de \$21.252.609.462, en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. tuvo como consecuencia que el dinero embargado permaneciera en esa medida hasta la fecha actual, por lo que durante ese tiempo la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. no ha podido disponer de dichos recursos dentro del giro ordinario de sus negocios. Ahora bien, el 15 de febrero de 2019 quedó en firme la decisión que inició el trámite judicial para devolver los recursos a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, situación que a la fecha no ha ocurrido.

Bajo la premisa anterior, es necesario reconocer a título de lucro cesante, el daño asociado con la rentabilidad, renta o beneficio económico dejado de percibir. Este daño puede razonablemente ser estimado de acuerdo a la práctica, comúnmente aceptada en las finanzas, como el pago de intereses sobre la suma de dinero embargada, desde el momento en que se realizó el embargo, hasta el momento en que dicho embargo fue levantado, como reconocimiento al costo de oportunidad de no poder hacer uso de esa cifra de dinero en el negocio propio de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Este cálculo de los intereses debe hacerse con la rentabilidad esperada y justa que hubiera podido obtener el agente económico en caso de haber dispuesto libremente de dichos recursos para el giro normal de su actividad económica. Deberá entonces ser claro que la metodología de estimación del lucro cesante como daño termina entonces, en la práctica, en la estimación de los beneficios no percibidos, estimados a partir de una tasa de interés que reconozca la rentabilidad que se “perdió” por no haber podido contar con los recursos congelados o no disponibles. Este concepto es el denominado Costo de Oportunidad. (Subraya y negrilla fuera del texto)

En el interrogatorio practicado al perito, el profesor Villareal fue claro en indicar que cuando un agente económico es privado de una suma de dinero, se le impide poner a

producir ese capital en los proyectos, inversiones o productos propios del giro ordinario del negocio, en consecuencia, no obtiene la rentabilidad que hubiera alcanzado sino se hubiera inmovilizado el capital.

Igualmente indicó, en forma consecuente, invariable e inequívoca, que los vestigios de ese lucro cesante no podían buscarse en la contabilidad, por cuanto en ella solo se registran los hechos económicos que ocurrieron fácticamente. Un lucro cesante, por definición no es un hecho económico que fenomenológicamente tenga existencia, sino que consiste precisamente en que no se produce un ingreso.

Teniendo en cuenta lo anterior, el perito concluyó que la única forma de establecer el valor del lucro cesante padecido por la empresa, como consecuencia de la inmovilización de su dinero en efectivo, es realizar una estimación económica que incluyera dos conceptos:

- a) El reconocimiento de la pérdida de valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo.
- b) El reconocimiento de una prima de riesgo que reconozca la rentabilidad mínima que potencialmente puede haber obtenido el agente económico, por invertir los recursos en el giro ordinario de su actividad.

Expresamente manifestó el profesor Villarreal en su informe:

“Ahora bien, el valor esperado del retorno de un activo se conoce en finanzas como Costo de Capital, o Costo de Oportunidad, que, conceptualmente hablando, se compone de reconocer el Valor del Dinero en el Tiempo (VDT) y una prima por riesgo al que está sujeto el inversionista, es decir, en reconocer una rentabilidad que no solo compensa por la pérdida de la capacidad adquisitiva del dinero (VDT), sino que igualmente compensa por la rentabilidad que potencialmente se puede obtener por un inversionista al invertir sus recursos en el giro normal de su actividad económica”

Con base en ese entendimiento el perito procedió a identificar la tasa de interés que consideró más adecuada para representar el perjuicio consistente en esos dos factores, se reitera, la pérdida del valor adquisitivo del dinero y una prima de riesgo que reconociera la rentabilidad potencial que hubiera obtenido el agente económico

si hubiera invertido el dinero en el giro ordinario de sus negocios. Con base en su experticia, consideró que esa tasa de interés estaba representada en el WACC y procedió a calcularla como se indica a continuación.

Es pertinente anotar que la tasa de interés calculada permite estimar el **mínimo** de rentabilidad que hubiera obtenido ETB S.A. E.S.P. si hubiera tenido a su disposición el dinero. Tan adecuado resultó la elección de dicha tasa, que su resultado es inferior al interés bancario corriente. Lo que demuestra que mi representada no está buscando que se le resarza nada más que el perjuicio efectivamente padecido.

En el mismo sentido, el Testigo Técnico Juan Pablo Rojas Villarreal, indicó claramente que en la evaluación económica de cualquier proyecto que desarrolle ETB S.A. E.S.P., el criterio con el cual se determina la viabilidad es que produzca una utilidad superior al WACC. Si los proyectos, en su análisis económico no tienen la capacidad de producir una rentabilidad superior o igual a esa tasa de interés, son considerados inviables.

Ahora bien, en la Sentencia proferida por la Juez 29 Civil del Circuito, se echa de menos que no se presentó o analizó el Ebitda de ETB, lo que no resulta ajustado a la realidad, si se tiene en cuenta que en el documento por medio del cual se solicitaron la pruebas, se adjuntaron los estados financieros de los años 2017 y 2018, y fueron decretados como prueba documental, donde claramente se consagran esos indicadores y estaban a disposición del despacho.

A pesar de lo anterior, el Juzgado 29 Civil del Circuito le restó total valor probatorio al dictamen pericial emitido por el profesor Julio Villarreal y la declaración del testigo técnico Juan Pablo Rojas Villarreal. Por el contrario, el despacho consideró los planteamientos expuestos por los peritos presentados por el Banco Colpatria, quienes afirmaron que el perjuicio alegado por ETB S.A. E.S.P. no se encuentra reflejado en los estados financieros, lo que necesariamente implicaba que el calculo de la tasa de interés utilizada en el juramento estimatorio resultaba errada.

Frente a este punto el Profesor Villarreal fue contundente en explicar, en su informe pericial, lo siguiente:

*“(...) ahora bien, como se definió en la pregunta anterior, el lucro cesante es el dinero, ganancia, beneficio económico o renta que el agente afectado **deja de percibir** debido a un perjuicio generado por otro agente. En ese orden de ideas, debido a que esa cifra de dinero no se ha percibido, no es posible realizar registro contable alguno para verlo reflejado en los Estados Financieros. Esto es así porque la contabilidad a nivel de los beneficios o resultados financieros que se reflejan en*

el Estado de Resultados muestra solamente los ingresos, costos y gastos causados con base en hechos históricos, y que quedan registrados en los respectivos registros contables.”

Adicional a lo anterior, debe tenerse presente que los peritos de la firma Jega Accounting House LTDA, expresamente manifestaron no tener experiencia en la utilización de la tasa de interés WACC para calcular el lucro cesante producido por el embargo de dinero de efectivo. Igualmente sostuvieron que la información que tuvieron disponible para realizar su experticia, no les permitió establecer la cuantía del perjuicio ETB S.A. E.S.P., pero que a pesar de esa situación no vieron necesario solicitar alguna información a la empresa, con el fin de producir su informe experto.

Deben tener en cuenta los señores Magistrados, que en ningún aparte del informe pericial rendido por los señores Jorge Alberto Ariza Suarez y Antonio Diaz Cleves, o en las declaraciones que hicieron ante el Juzgado 29 Civil del Circuito, indicaron que la tasa de interés obtenida a través de la metodología WAAC (Costo Promedio Ponderado de Capital), resultara impertinente o inconducente para calcular el lucro cesante sufrido por mi representada.

A pesar de todo lo anterior la sentencia del Juzgado 29 Civil del Circuito, considero que ETB no probó suficientemente la tasa de interés solicitada, para calcular el perjuicio sufrido. Esa conclusión, con se ha expuesto no corresponde con el acerbo probatorio allegado al incidente que se encuentra puesto a consideración del Tribunal, por cuanto mi representada probó, mediante dictamen pericial, ampliamente acreditado y debidamente sustentado, la existencia de todos los elementos del daño y la cuantía del perjuicio sufrido, como consecuencia de la privación de la disponibilidad de la suma de dinero varias veces referida.

1.1.1. Prueba de la cuantía del perjuicio.

La cuantía del perjuicio fue determinada por el perito en la siguiente forma:

“Finalmente, teniendo en cuenta las respuestas anteriores se calculó el perjuicio por concepto de lucro cesante que representa el impacto financiero del dinero no percibido para la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. en los años objeto de discusión. Cabe aclarar que para realizar este cálculo se plantearon dos escenarios, el primero donde se toma como el periodo de estudio el tiempo transcurrido entre el día del embargo hasta el 15 de febrero

de 2019, fecha de ejecutoria del auto de obdecimiento del fallo de segunda instancia, y el segundo, donde este periodo se toma como el transcurrido entre el día del embargo hasta la fecha actual. Lo anterior, porque hasta hoy la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. no ha recibido este dinero. Los dos escenarios anteriormente descritos se calcularon para cada una de las aproximaciones de cálculo de costo de oportunidad.

Los resultados obtenidos para cada uno de los escenarios se muestran a continuación.

Aproximación 1: WACC calculado teniendo en cuenta las Tasas Impositivas Vigentes en Colombia para el periodo en cuestión

Escenario 1 (Desde fecha de embargo hasta 15 de febrero de 2019)

Tabla 7. Capital. Capital actualizado y lucro cesante por cada uno de los embargos desde la fecha del embargo hasta el 15 de febrero de 2019 y con un WACC en el que se tiene en cuenta las Tasas Impositivas Vigentes en Colombia para el periodo en cuestión.

Embargo	Valor	Actualizado	Lucro Cesante
Banco Itaú	\$ 20,687,737,320	\$ 24,096,283,733	\$ 3,408,546,413
Banco Citibank	\$ 561,170,000	\$ 653,629,314	\$ 92,459,314
Banco Agrario	\$ 3,702,143	\$ 4,303,561	\$ 601,418
TOTAL	\$ 21,252,609,463	\$ 24,754,216,608	\$ 3,501,607,145

Escenario 2 (Desde fecha de embargo hasta 24 de febrero de 2020)

Tabla 8. Capital. Capital actualizado y lucro cesante por cada uno de los embargos desde la fecha del embargo hasta el 24 de febrero de 2020 y con un WACC en el que se tiene en cuenta las Tasas Impositivas Vigentes en Colombia para el periodo en cuestión.

Embargo	Valor	Actualizado	Lucro Cesante
Banco Itaú	\$ 20,687,737,320	\$ 26,341,213,674	\$ 5,653,476,354
Banco Citibank	\$ 561,170,000	\$ 714,524,679	\$ 153,354,679
Banco Agrario	\$ 3,702,143	\$ 4,704,502	\$ 1,002,359
TOTAL	\$ 21,252,609,463	\$ 27,060,442,856	\$ 5,807,833,393

Aproximación 2: WACC calculado con el supuesto de una Tasa Impositiva del cero por ciento (0%)

Escenario 1 (Desde fecha de embargo hasta 15 de febrero de 2019)

Tabla 9. Capital, Capital actualizado y lucro cesante por cada uno de los embargos desde la fecha del embargo hasta el 15 de febrero de 2019 y con un WACC en el que se tiene en cuenta una Tasa Impositiva del cero por ciento (0%) para el periodo en cuestión.

Embargo	Valor	Actualizado	Lucro Cesante
Banco Itaú	\$ 20,687,737,320	\$ 24,839,615,477	\$ 4,151,878,157
Banco Citibank	\$ 561,170,000	\$ 673,792,731	\$ 112,622,731
Banco Agrario	\$ 3,702,143	\$ 4,434,591	\$ 732,448
TOTAL	\$ 21,252,609,463	\$ 25,517,842,799	\$ 4,265,233,336

Escenario 2 (Desde fecha de embargo hasta 24 de febrero de 2020)

Tabla 10. Capital, Capital actualizado y lucro cesante por cada uno de los embargos desde la fecha del embargo hasta el 24 de febrero de 2020 y con un WACC en el que se tiene en cuenta una Tasa Impositiva del cero por ciento (0%) para el periodo en cuestión.

Embargo	Valor	Actualizado	Lucro Cesante
Banco Itaú	\$ 20,687,737,320	\$ 27,599,585,369	\$ 6,911,848,049
Banco Citibank	\$ 561,170,000	\$ 748,656,932	\$ 187,486,932
Banco Agrario	\$ 3,702,143	\$ 4,927,326	\$ 1,225,183
TOTAL	\$ 21,252,609,463	\$ 28,353,171,627	\$ 7,100,562,164

Al ser consultado el perito, respecto de cual de esos escenarios consideraba que representaba el perjuicio sufrido por ETB S.A. E.S.P. como consecuencia de la inmovilización de su capital, fue claro en indicar que sería el escenario 2 de la aproximación 2, toda vez que comprobó la existencia del contrato de estabilidad jurídica suscrito por el Estado Colombiano y ETB S.A. E.S.P. y sus consecuencias respecto de la tasa impositiva.

Debe tener en cuenta el honorable Tribunal, que el mencionado contrato de Estabilidad jurídica constituye un anexo al dictamen pericial realizado por el profesor Julio Villareal, al igual que las declaraciones del impuesto de renta de ETB S.A. E.S.P. para los años gravables 2016, 2017 y 2018.

Por otra parte, la existencia del mencionado contrato de estabilidad jurídica y sus consecuencias desde el punto de vista impositivo, se encuentra informado en los estados financieros aportados por la empresa y decretaros como prueba documental por el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá. Advertirán los señores Magistrados que en la pagina 48 de los mencionados estados financieros, se encuentra la siguiente anotación:

“Contrato de estabilidad jurídica ETB – El Comité de Estabilidad Jurídica, conformado por los Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Comunicaciones, Hacienda y el Departamento Nacional de Planeación, aprobaron la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, por el término de 20 años a partir del 4 de marzo de 2009 quedando la actividad de la Empresa protegida frente a los cambios adversos que se presenten en materia tributaria.

Con fundamento en lo estipulado en el artículo 5 de la Ley 963 de 2005, que indica que los inversionistas que suscriban los contratos de estabilidad jurídica deberán pagar, a favor del a Nación, una prima tasada como el 0,5% del valor de las inversiones realizadas en periodo improductivo y el 1% en la etapa de operación, la Empresa efectuó dos pagos durante el año 2018 y dos en el año 2017 relacionados con la prima del contrato de estabilidad jurídica.

(...)”

Adicionalmente, conforme se indicó en el documento mediante el cual se solicitó la apertura de incidente, en el dictamen pericial efectuado por el Profesor Julio Villarreal y como advertirán los señores Magistrados en el expediente, a la fecha ETB S.A. E.S.P. continúa privada de la disponibilidad del dinero embargado.

En esas condiciones, tal como expresamente lo explicó el perito en la sustentación del dictamen, el escenario planteado en la experticia que refleja el perjuicio sufrido por ETB derivado del embargo, es el establecido en el escenario 2 de la aproximación 2, conforme al cual, a la fecha de presentación del informe pericial, la cuantía del daño ascendía a **SIETE MIL CIENTO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y DOS MIL CIENTO SESENTA Y CUATRO PESOS (\$7.100.562.164).**

A pesar de las conclusiones del perito presentado por ETB S.A. E.S.P. y que fueron ampliamente sustentadas en la audiencia del incidente, el despacho no tuvo en cuenta esa situación, por cuanto no le dio valor al dictamen pericial aportado por mi representada, ni al testigo técnico que declaro en la audiencia.

1.2. Ausencia de pronunciamiento en relación con el periodo comprendido entre el auto de obediencia y la fecha en la cual se retornó el dinero embargado a ETB S.A. E.S.P.

Debe advertirse que en el documento mediante el cual se solicitó la apertura del incidente, se le solicitó al despacho lo siguiente:

“TERCERO: Que se CONDENE al Banco Colpatría, Multibanca Colpatría o a quien lo suceda procesalmente, al pago, a favor de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. de la suma correspondiente, desde el 15 de marzo de 2019, hasta que mi representada tenga nuevamente la disponibilidad jurídica de los recursos embargados.”

Esta solicitud fue reiterada en los alegatos de conclusión indicando que a la fecha ETB S.A. E.S.P. no cuenta con los recursos que le fueron embargados por solicitud de Colpatría.

A través del presente documento se le pone de presente a los señores Magistrados que a la fecha ETB S.A. E.S.P. no cuenta con los recursos que le fueron embargados por solicitud de Colpatría.

A pesar de lo anterior, el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá no hizo ningún pronunciamiento en relación con la pretensión transcrita y únicamente reconoció perjuicios hasta la fecha de sentencia de segunda instancia del proceso ejecutivo que dio origen al incidente. Sin embargo, no se explicó en la sentencia el motivo por el cual no se reconocieron los perjuicios sufridos por mi representada hasta la fecha, bajo el entendido que incluso hoy la empresa continúa sin la disponibilidad del dinero.

IV. RAZONAMIENTO DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA QUE SE COMPARTE.

Ahora bien, sin perjuicio de los argumentos que acaban de exponerse, por los cuales no estamos de acuerdo con el fallo recurrido, es pertinente advertir, que se comparte plenamente la justificación planteada en la sentencia, en el sentido de reconocer que en aquellos eventos en los cuales, se embargan y secuestran sumas de dinero, sustrayéndolas de cuentas bancarias del demandado y posteriormente prosperan integralmente las excepciones planteadas por el deudor; se hace necesario reconocer la existencia de un perjuicio consistente en el lucro cesante equivalente a los réditos

sobre las sumas retenidas. Lo anterior bajo el entendido de que el dinero, por naturaleza, esta destinado a rendir utilidades.

El planteamiento de la sentencia encuentra soporte no solo en los Artículos 6 y 8 de la Ley 31 de 1992, sino particularmente, en el Artículos 717 del Código Civil, según el cual:

“Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.

Los frutos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos desde que se cobran.” (Subrayas fuera del texto)

Ahora bien, el entendimiento de que el dinero, por naturaleza está destinado a producir réditos y utilidades, tiene como consecuencia, que, en la legislación civil y comercial, se exonere, a quien lo alega, de su demostración. La mencionada regla se encuentra establecida, en el Artículo 1617 del Código Civil, según el cual:

“Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.” (Subrayas fuera del texto)

Esta disposición resulta correspondiente con lo establecido en el Artículo 884 del Código de Comercio, en el cual el legislador determinó lo siguiente:

“Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria.”

Con base en lo anterior, se debe concluir que la fundamentación legal de la decisión, esta perfectamente ajustada a derecho.

Adicionalmente debe advertirse que la señora juez indicó que, desde su punto de vista, era su deber establecer una solución para el caso puesto a su consideración, que cumpliera con los postulados del principio de reparación integral consagrado en el Artículo 16 de la Ley 446 de 1998, según el cual:

“Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.” (Subrayas fuera del texto)

Dicho postulado, fue reproducido en la Ley 1564 de 2012, en el Artículo 283, el cual regula precisamente el trámite que nos ocupa, y establece lo siguiente:

“En los casos en que este código autoriza la condena en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, estimada bajo juramento, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia respectiva o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior. Dicho incidente se resolverá mediante sentencia. Vencido el término señalado sin promoverse el incidente se extinguirá el derecho.

En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”
(Subrayas fuera del texto)

La interpretación jurídica de la sentencia, en cuanto a la aplicación las disposiciones transcritas, ha sido avalada por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, quien ha entendido que la posición que defendió y aplicó la juez en el presente asunto, es jurídicamente válida y razonable.

Sobre el particular, conviene citar la Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 1 de agosto de 2019, dentro del radicado 11001020300020190230300 y ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, en la cual consideró:

“En lo atinente a la censura propuesta por la presunta falta de prueba del monto de los daños producidos, el colegiado atacado resaltó que el a quo se limitó a reconocer como tal el lucro cesante equivalente a los réditos sobre las sumas retenidas en aplicación de la legislación civil, postura compartida por aquella autoridad, pues, conforme explicó, de acuerdo con el numeral 2° del artículo 1617 del Código Civil y la jurisprudencia referida ,

“(…) cuando el acreedor de una obligación cuyo objeto consiste en pagar una cantidad de dinero se limita a cobrar intereses, no tiene necesidad de probar perjuicios, aserto jurisprudencial replicado por este Tribunal al sostener que, en casos como el que nos ocupa, ‘el legislador colombiano, tanto en materia civil como mercantil, presume que tratándose de dinero, la indemnización de perjuicios se traduce en intereses. (...) Así lo ha precisado una y otra vez la (...) la Corte Suprema de Justicia, (...) [cuando] advierte que el daño debe ser probado, salvo que se presuma (...)”.

Con lo anterior, según sostuvo, se atendió a los principios de reparación integral y equidad, pues los jueces, conforme adujo, deben poner al sujeto perjudicado en una situación asimilable a aquélla en la cual se encontrarían de no haber sucedido el daño; por tanto, reiteró, como en otros casos, que cuando lo afectado es el patrimonio de la víctima, ya sea porque a raíz de esa circunstancia su capital se redujo o perdió utilidades, beneficios o dividendos habituales, quien genera esos perjuicios “(...) tiene el deber jurídico de

repararlos en toda su extensión, esto es, restableciendo el patrimonio del damnificado en lo que fue disminuido o en lo dejado de percibir (...).”

3. *Así las cosas, se insiste, no se extrae irregularidad en la gestión criticada, pues con apoyo en la normatividad aplicable, la jurisprudencia pertinente y los soportes adosados, se estableció la legitimación de la incidentante para cobrar los perjuicios y el lucro cesante dejado de percibir por la retención de los dineros de las cuentas de ésta, rubro sustentado en la legislación civil.”*

En el mismo sentido, en la Sentencia de 9 de diciembre de 2015, con ponencia del Magistrado Fernando Giraldo Gutierrez, dentro del radicado 11001020300020150288600, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, consideró lo siguiente:

“Precisó seguidamente, que cuando el menoscabo resulte exclusivamente del <<desembargo del dinero>> que permaneció ocioso por virtud de la medida que se levanta, es el único caso en el que en virtud del artículo 1617 del Código Civil, es viable presumirlo, para lo cual simplemente y por tratarse de un <<embargo de cuentas corrientes>> como consecuencia de un proceso ejecutivo que se derivó de una póliza de seguros (negocio de connotación comercial), debe considerarse el <<interés bancario corriente>>.

Dicha tesis la sustentó con un argumento de autoridad, destacando como esta Sala, en sentencia que por ser fundadora de línea jurisprudencial en la materia y dada su importancia, ha sido motivo de cita obligada en varias ocasiones por la misma Corte y por la Constitucional, en acciones de tutela, señaló

(...) 2.1. Al respecto, reitera la Sala la posibilidad que tienen los acreedores de incurrir en responsabilidad por los perjuicios que ocasione la consumación de las medidas cautelares, en los casos de los artículos 510, literal d y 517 inciso final, Código de Procedimiento Civil (...). De allí que tenga por sentado la jurisprudencia de esta corporación

que cuando el actor, “pudiendo, no destraba los bienes que ninguna garantía prestan para la efectividad de la obligación perseguida”, incurre en un abuso del derecho, generador de una responsabilidad civil y, por consiguiente, en tal caso, habrá de indemnizar al deudor así perjudicado, tal cual lo ha dicho esta corporación, entre otras en sentencia de 11 de octubre de 1973 (G.J. t. CXLVII, Nos. 2372 a 2377, págs. 81 y 82).

(...) En efecto, en el numeral 2º, literal d del texto actual del artículo 510 del Código de Procedimiento Civil, se dispone que cuando la sentencia de excepciones fuere “totalmente favorable” al demandado, “pone fin al proceso”, caso en el cual, en la misma “se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquél haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso”. Sin embargo, esta condena es preceptiva, al paso que la procedente en el proceso ordinario ha de ser establecida conforme a las reglas generales, tal como pasa a verse en seguida (...).

2.2.2. Ahora bien, los perjuicios que puedan ocasionarse con este tipo de medidas cautelares y que, desde luego, deben ser objeto de indemnización, son aquellos que de manera real, directa y cierta constituyen el daño emergente, como cuando en virtud o con ocasión de tales medidas perece total o parcialmente el derecho o bien que fuera objeto de la correspondiente medida de embargo y secuestro contraria a derecho por haber prosperado la excepción de mérito arriba mencionada; y el lucro cesante, como cuando por causa o por ocasión de la citada medida cautelar que, después hubo de levantarse por ese motivo (art. 510, num. 2º, lit. d, CPC), se dejaren de percibir o de reportar ganancias o provechos económicos (art. 1614 C.C.). Este lucro cesante puede, según el caso, encontrarse representado en la pérdida de beneficios efectiva y realmente dejados de obtener por habersele impedido con dicha medida una determinada y especial explotación o rentabilidad del bien objeto de la misma, que, de acuerdo con la

actividad ordinaria y la destinación del bien, se hubiese injustificadamente frustrado; o bien puede estimarse representado en la rentabilidad que deja de percibirse por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación dineraria debida, que, tratándose de responsabilidad civil extracontractual, dicha rentabilidad frustrada es, de acuerdo con la regla general (C.C., art. 1617) y por no tratarse de un negocio mercantil, del 6% anual (sentencia 042 del 15 de febrero de 1991).

(...) Sin embargo, reitera la Corte que mientras el lucro cesante especial debe aparecer plenamente acreditado, por el contrario, tratándose de obligaciones dinerarias, originadas o derivadas por la ordinaria actividad mercantil como la antes mencionada, dicho lucro se presume porque “el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo” (SC. 2 ago. 1995, rad. 4159). Resalta el Tribunal.

Tras dicho preámbulo jurisprudencial, resolvió acoger en el presente asunto, el <<interés bancario corriente>> (IBC), sin que se estime mora alguna, sino simplemente la <<ociosidad del dinero>> que debió producir réditos mercantiles, por lo que al aplicarlo

(...) ahí mismo va envuelta la indexación de la moneda, lo que resulta más justo y equitativo de cara a la indemnización de perjuicios (...).

Si no siempre el trámite incidental es para demostrar el monto, ergo, es porque hay casos en que se impone su presunción, sin que pueda haber un objeto distinto a aquél en el cual se trata de obligaciones en dinero, por lo que si aquí debido a que la sentencia de excepciones fue favorable a los intereses de la entidad demandada, lo que conllevó de manera oficiosa el levantamiento de las medidas cautelares que no eran otras que el desembargo de unos dineros depositados en una cuenta corriente, entonces, de antemano y a manera de

presunción se tiene por ocurrido el perjuicio, además que eso funciona como un principio económico que se impone en las economías del mercado.

(...)

Sin necesidad de que la Corte entre a establecer si acoge o no los anteriores fundamentos, lo cierto es que no se les puede atribuir defecto alguno, toda vez que, como se dijo, son el reflejo de una interpretación respetable; con apoyo en el precedente de esta Corporación, labor en la que no es viable interferir, en virtud de la autonomía propia de los jueces.

(...)

b.-) También se acusa el proveído del ad quem de no acoger la sentencia T 901-2002 de la Corte Constitucional, en la que, según la querellante, estableció pauta encaminadas a determinar que la responsabilidad derivada de las cautelares dentro de un juicio coercitivo en el cual se estiman las defensas del deudor, se deben probar en el pleito, y que el artículo 1617 del Código de Comercio, no es predicable en dicho caso, los cuales no fueron acatados en el auto opugnado.

El problema jurídico que en aquella ocasión enfrentó la citada Corporación, era el de establecer <<si constituye vía de hecho el criterio judicial según el cual no es dable aplicar el numeral 2º ibídem, cuando se está solicitando indemnización de perjuicios por el embargo de cuentas bancarias como medidas cautelares dentro de un proceso ejecutivo en el cual prosperan las excepciones del ejecutante>>.

Pero, lo observado por la Sala, tal como lo advirtió el Tribunal de Medellín, es que el fallo de la referencia contempló que la decisión de negar <<perjuicios>> se había basado en una <<interpretación>> que no era arbitraria, igualmente abrió la posibilidad de que esa lectura no fuera la única de cara a una solución unívoca e irrefutable.” (Subrayas fuera del texto)

En consecuencia, resulta evidente que la posición jurídica aplicada por la Juez en la sentencia que se recurre resulta no solo ajustada a la legislación vigente y aplicable al caso, sino adicionalmente a la jurisprudencia, que ha calificado decisiones con la misma fundamentación, como razonables y ajustadas a derecho.

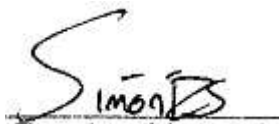
Sin perjuicio de lo anterior, conforme a los razonamientos expuestos en el numeral III del presente documento, la discusión en torno a la presunción del daño en eventos en los cuales se embargaron sumas de dinero en efectivo resulta innecesaria en el presente asunto, pues se insiste, el hecho dañino, el daño, el nexo causal y la Cuatía del perjuicio, se encuentran plenamente acreditados por medio de prueba pericial y documental.

V. SOLICITUD.

Se solicita respetuosamente a los señores Magistrados que revoquen la sentencia por medio de la cual el Juzgado 29 Civil del Circuito resolvió el incidente de regulación de perjuicios y en su lugar, condenen al Banco Colpatria Multibanca Colpatria al pago, a favor de ETB S.A. E.S.P. de los perjuicios demostrados en el curso del incidente, en cuantía de **SIETE MIL CIEN MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y DOS MIL CIENTO SESENTA Y CUATRO PESOS (\$7.100.562.164)**, más el valor correspondiente a la suma desde el 24 de febrero de 2020 (fecha de entrega del dictamen pericial), hasta que mi representada tenga nuevamente la disponibilidad jurídica de los recursos embargados.

En forma subsidiaria, si su despacho considera que existió alguna deficiencia en la labor probatoria a cargo de mi representada, o que los argumentos expuestos en este memorial no son de recibo, se solicita que confirme en su totalidad la sentencia de primera instancia.

Agradezco su atención.



Simón Rodríguez Serna

C.C. No. 1.020.729.357 de Bogotá D.C.

T.P. No. 210.669 del C. S. de la J.

Ulises Castellanos García
Abogado

H. Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
Mag. Pte. Dra. CLARA INES MARQUEZ BULLA
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

PROCESO:

Radicación No.: 11001310300920090057203
Demandante: GRACIELA ALONSO ANDRADE Y OTROS
Demandad: PEDRO ANTONIO MORENO VARGAS

Asunto: Sustentación del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia

ULISES CASTELLANOS GARCÍA, en calidad de apoderado judicial de la parte demandante en el proceso de la referencia, con el acostumbrado respeto y en obediencia de la providencia de 04 de diciembre de 2020, notificada en estado de 07 de la misma anualidad, en forma oportuna, mediante el presente escrito sustentó el recurso interpuesto contra la sentencia de primera instancia, proferida el 30 de septiembre de 2020, mediante la cual la a quo desecha las pretensiones invocadas y declara prósperas las excepciones de transacción, falta de causa y existencia de escritura pública de constitución de la sociedad en comandita simple entre Pedro Antonio Moreno y Graciela Andrade viuda de Delgado, negando en consecuencia, las pretensiones propuestas, para que se revoque la sentencia proferida y en su lugar se acepten las pretensiones invocadas, una vez se advierta, por parte de esta Colegiatura, que la decisión tomada carece del apoyo probatorio suficiente con el que se aplicó el supuesto legal en que la juzgadora sustentó su decisión, al haber dejado de valorar el interrogatorio de parte absuelto por los demandantes, lo mismo que los testimonios rendidos, la desestimación de pruebas documentales obrantes al proceso, que no se tuvo en cuenta que la señora Graciela Andrade durante los 50 años que compartió su vida con el demandado, además de su trabajo personal como ama de casa, realizó aportes a la sociedad que se conformó antes de iniciarse su relación afectiva, colaborando en su desarrollo y prosperidad, de lo cual se deriva la afecto societatis; igualmente, porque la juzgadora le dio un significado o connotación distinto a la intención que tuvieron los socios al constituir, en el año 2002, la sociedad comercial en comandita simple.

**DE LOS REPAROS QUE SE HACEN CONTRA LA SENTENCIA
Y LAS RAZONES DE INCONFORMIDAD**

1. Omisión en la valoración de los interrogatorios rendidos por los demandantes.

El Tratadista y Magistrado Marco Antonio Álvarez Gómez, en referencia a la declaración de parte prevista en el CGP, anota, *"le permite a las partes rendir su versión de los hechos, con dos características*

centrales: la primera, que la declaración puede ser pedida por ella misma y para beneficio propio, y la segunda, que debe ser valorada como cualquiera otro medio probatorio"; pero así como existe el derecho de la parte a ser oído en el proceso, en el mismo sentido y en cumplimiento del debido proceso, correlativamente su dicho también deberá ser tenido en cuenta y valorado en la decisión que le ponga fin. Sin embargo, la señora Juez 46 en la sentencia recurrida incurrió en defecto fáctico al omitir la valoración de los interrogatorios absueltos por los demandantes **Blanca Aurora Andrade, Graciela Alonso Andrade y Jorge Alonso Andrade**, que en audiencia les formuló la señora Juez Noveno Civil del Circuito y el apoderado del demandado, con el objeto de obtener su versión sobre los hechos que tuvieron oportunidad de percibir relacionados con el proceso, tal como lo describen en sus exposiciones, veamos:

1.1. **Blanca Aurora Andrade** (Fls. 112 a 118, C. 1, T. 3). Hace un recuento de cómo conoció al señor Pedro Moreno, siendo muy niña, de la iniciación de la relación comercial que convinieron su madre y el señor Pedro A. Moreno, a la que después de un año se agregó la convivencia; describe el tipo de negocios que recuerda tuvo su madre con el señor Moreno Vargas, empezando con la lavandería, el negocio del tomate, la relación comercial con Flota Magdalena, la adquisición de tracto mulas; de la casa que le compró a él, pagándole primero la mitad y luego la otra mitad, con el producto de las utilidades que percibía en su actividad comercial, inmueble que se convirtió no solo en la residencia de la familia, sino en la sede de su actividad comercial, narra que su madre ayudaba a los choferes en todo lo que necesitaran, incluso cuando le pedían les "prestara plata"; atendía la correspondencia, los bancos, todo lo que tenía que ver con la empresa. Afirma que todo el tiempo su madre permanecía en ese trabajo. Informa que el dinero que recibían se invertía en vehículos; aclara que el capital que hicieron y los bienes que adquirieron desde el comienzo su madre no aparecía pues se hacía a nombre de don Pedro, teniendo en cuenta que se vendían y compraban; hace mención al negocio de la comercialización del tomate, el cual era almacenado en la casa que habitaban en el barrio el Restrepo; aclara que su madre no realizaba funciones de lavado y planchado de ropa, preparación y alimentos, pues siempre hubo personas que ayudaron en la casa, siempre hubo quien hiciera eso, además, ellas eran tres mujeres, aún su hermano Jorge también ayudaba en los oficios de la casa. Finalmente, al referirse a la sociedad en comandita que por escritura pública se constituyó en el año 2002, entre la señora Graciela Andrade y el señor Pedro Moreno, manifiesta que no sabía de su existencia; reitera que toda la gestión comercial de la sociedad de hecho se efectuaba en la oficina que funcionaba en la casa donde vivían. Respecto al acuerdo que realizaron con el demandado afirma que desconocía de la existencia de los bienes de que eran propietarios el demandado y la señora Graciela Andrade y que el demandado les ocultó esa información.

1.2. **Graciela Alonso Andrade**: (Fls. 193 a 197, C.1. T.3). Responde que siendo muy niña recuerda cuando su madre y don Pedro Antonio Moreno se conocieron, él llegó a su casa a solicitar se le diera en arrendamiento una habitación; relata que la relación comercial que ellos convinieron comenzó con la lavandería, luego el negocio del tomate cuando residían en el barrio el Restrepo, su comercialización inicial con Conservas San Jorge, luego Carulla y como les estaba yendo bien incursionaron en el transporte afiliándose a la Flota Magdalena, contando con la ayuda que les prestó el señor Fruto

Mejía, Gerente de esta compañía y más tarde cuando la empresa empezó a decaer él les aconsejó vender, lo que efectivamente hicieron e invirtieron en el negocio del transporte de carga con tractomulas y que con la colaboración del señor Rafael Gutierrez, gerente de Transportes Alex, realizaron un convenio para contratar con la empresa SHELL, afirma que la negociación con el señor Gutierrez se hizo en la casa donde tenían su oficina. En relación con el acuerdo de transacción narra que don Pedro A. Moreno los presionó con sus abogados para su aceptación, porque en el no estaba comprendido todo el capital que tenía la sociedad conformada entre don Pedro Moreno y su madre. Manifiesta desconocer que su madre hubiera constituido la sociedad en comandita en el año 2002. En relación a las funciones que realizaba la señora Graciela Andrade como socia comercial del demandado, la interrogada explica en detalle las actividades de oficina, contestar teléfono, manejar bancos, atender a los choferes de los vehículos que poseían, revisar planillas del transporte de los vehículos; informa que si se repartía utilidades y las que la señora Graciela Andrade recibía, una parte las ahorran para comprar bienes, otra era para los gastos de la casa y también con parte de ellas le compró a don Pedro la casa en que habitaban y donde desarrollaban su negocio comercial.

1.3. **Jorge Alonso Andrade:** (Fls. 197 a 200, C. 1. T. 3). Al dar respuesta a las preguntas formuladas por el apoderado del demandado, informa que en el acuerdo o la transacción realizada con don Pedro Moreno este no incluyó la totalidad de bienes que hacían parte de la sociedad conformada entre su madre y este desde el año 1956, aproximadamente, incluida la constituida en el año 2002, informa que tanto su madre como don Pedro A. Moreno desde la época en que se asociaron comenzaron con una lavandería, luego la comercialización del tomate y la relación con Carulla, para más tarde incursionar en el negocio del transporte, con Flota Magdalena, empresa en la que logran una buena relación con el gerente, Fruto Eleuterio Mejía Baron, quien más tarde les aconseja vender los vehículos y las acciones y una vez que venden empiezan a comprar tractomulas para el transporte de carga, más tarde, con la intervención de la empresa Transportes Alex se ven en la necesidad de constituir la sociedad en comandita en el año 2002, para contratar, en convenio con esta, con la empresa Shell de Colombia. Igualmente, el interrogado en su versión detalla la clase de bienes que adquirieron los socios durante el desarrollo de su actividad comercial, bodegas en Bogotá e inmuebles en la Mesa, Anapoima y Chia; finalmente, anexa en 70 folios los documentos soporte de su dicho (FIS. 123 a 192, c.1, T.3)

H. Magistrados, de las respuestas dadas por los interrogados se puede inferir su consistencia, espontaneidad y coherencia, sustentadas en el conocimiento de los hechos expuestos; así lo indica la exactitud y precisión de la información que brindaron, como por ejemplo, que la relación comercial entre la señora Graciela Andrade y don Pedro Antonio Moreno Vargas se inició desde el año 1957, antes de la relación afectiva que los unió, que el primer bien que aportó ella a la sociedad fue la lavandería, luego tuvieron la comercialización del tomate, para seguir con la adquisición de vehículos intermunicipales y su afiliación a la Flota Magdalena, la buena relación que existió entre ellos y su gerente, señor Fruto Mejía; que luego se vincularon al negocio del transporte de carga adquiriendo tracto mulas con el cual, como lo explica Jorge Alonso Andrade en su exposición, comenzaron a transportar crudo con varias empresas y luego, por intermedio del señor Rafael Gutierrez B. (Transportes Alex), prestaban servicios indirectos a Shell de Colombia, pero más tarde y para poder contratar directamente con esta empresa

debieron constituir la sociedad "Pedro Antonio Moreno Vargas S. en C." en el mes de mayo de 2002, y, así en convenio con Transportes Alex suscribieron el contrato en el mes de agosto de 2002 con la compañía Shell de Colombia, que luego lo cedió a Petrobras. Igualmente, el mismo interrogado informa en detalle y ubicación los bienes inmuebles que "sus padres" (Graciela y Pedro) adquirieron en desarrollo de la actividad comercial, y al final hace mención, al igual que sus hermanas, al acuerdo de transacción o conciliación que celebraron con don Pedro bajo la asesoría de los abogados de éste.

La doctrina y la jurisprudencia han previsto que el interrogatorio o declaración de parte tiene por objeto obtener de los demandantes o demandados la versión sobre los hechos relacionados con el proceso, pues a través de esta, suministran la certeza al juez sobre la verdad de los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda o de las excepciones propuestas.

En los ensayos sobre el Código General del Proceso, el Magistrado y tratadista Dr. Marco Antonio Álvarez Gómez, refiriéndose a esta clase de prueba dice "... *nada obsta para que se emita una sentencia respaldada probatoriamente en la declaración de la parte que triunfa. Usualmente habrá otras pruebas: cuando menos, un indicio, así sea de conducta procesal. Pero si no lo hay, y la versión lo vale, que el fallo sea estimatorio del derecho*" (Vol. III. Edición especial, Instituto Colombiano de Derecho Procesal)

Del contenido de los testimonios rendidos por los demandantes, no se entiende la razón que tuvo la juzgadora para desestimarlos, desconociendo garantías constitucionales relacionadas con el debido proceso, deficiencia que tuvo la capacidad de incidir en el sentido de la decisión, pues si la a quo las hubiera valorado, junto con las pruebas documentales recaudadas, tales como el certificado de constitución y Gerencia de la sociedad "**Pedro Antonio Moreno Vargas S. en C.**" habría detectado que la dirección que colocaron los socios para "**notificaciones judiciales de la empresa y Dirección Comercial**", es la misma de su residencia, donde se afirma que operaba la sociedad comercial de hecho, calle 6 No. 53-35 (C. 1. T. 3. fol. 134), verificando que efectivamente todas las actividades que se relacionaban con la administración de dicha sociedad se realizaban en su casa y que la señora Andrade sí adelantaba las gestiones a que se refiere la prueba documental y testimonial.

1.4. Pero si coherentes, consistentes y espontáneos fueron las declaraciones de parte de los demandantes interrogados, **el interrogatorio absuelto por el demandado Pedro Antonio Moreno Vargas** (FLS. 108 a 111, C. 1, T. 3), fue reticente, sus respuestas ambiguas, evasivas e inconcluyentes, pues eludía responder en forma directa la pregunta que se le formulaba, la información que dio fue sesgada, evitando comprometerse; sin embargo, su comportamiento no fue objeto de valoración por parte de la a quo, dándole credibilidad a su dicho, poniendo incluso en su boca una respuesta que no dio, relacionada con el negocio del tomate, al afirmar erradamente que el señor Pedro Moreno en su interrogatorio expresa que tanto la lavandería como la venta de tomate eran negocios de la señora Graciela Andrade cuando lo verdaderamente cierto fue que el demandado en respuesta a pregunta relacionada con su actividad como transportador de si "*tuvo negocio de distribución o venta de tomate*", respondió, "**sí eso fue lo que me paró, con quien no me acuerdo**". ("El resaltado y subraya no es del texto)

2. Deficiente valoración de la prueba testimonial.

La a quo, en su decisión, supone que los testimonios vertidos en este caso, la mayoría fueron de oídas, sin precisar cuales no lo fueron, motivo por el cual, en forma contraria a lo señalado en el artículo 221 del CGP y al empeño que tuvo la señora Juez 9º Civil del Circuito que recepcionó los testimonios, para que estos fueran exactos y completos, como lo dispone la norma procesal, los desestima al momento de proferir la sentencia, bajo el concepto que los testigos no habían informado lo suficiente sobre la existencia de la sociedad de hecho y el reparto de utilidades, por lo que las conclusiones probatorias respecto de la no acreditación de los elementos que conforman la existencia de la sociedad de hecho estuvieron completamente desprovistos de la fundamentación que se requiere para una correcta apreciación individual y en conjunto de las pruebas, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Pues contrario a lo sostenido por la Juzgadora y al tenor de las normas procesales que informan la prueba testimonial y su relación con los hechos del proceso, los testigos citados por los demandantes expusieron, cada uno, los hechos sobre los que tenían conocimiento, tal como se cita a continuación:

2.1. La señora **Myriam Toro Camargo**, (Fls 55 a 60, C.1. T. 3) informa que vivió en la casa de la señora Graciela y estando ahí generalmente todos los fines de semana, escuchaba hablar con la hija de los negocios, manifiesta que cuando se encontraba presente en la casa escuchaba que la llamaban los conductores por problemas con los carros y la solicitud de repuestos, también se dio cuenta de la entrega de repuestos a los conductores, que escuchaba las conversaciones de los dos sobre el negocio que tenían, no le consta haber visto documentos, es decir, la juzgadora no analizó la individualidad del testimonio, al no hacer la más mínima alusión a su contenido, de manera que su conclusión de ese testimonio fue absolutamente infundado.

Es decir, que a pesar de la coherencia del dicho, la a quo lo califica de oídas, en razón a que la testigo dice que escuchó a Graciela hablar de la sociedad, pero no vio papeles que acreditaran lo que observó, ni explicó de que clase eran los repuestos que pedían los conductores a la señora Graciela, desatendiendo en su conjunto lo afirmado por la deponente.

2.2. Respecto al testimonio de **Marina R. Pacheco de Cruz** (Fls. 48 a 53. C.1. T.3), la a quo se refiere a ella como la suegra del demandante Jorge Alonso Andrade, la califica de oídas y no le da ningún valor probatorio, desatendiendo lo informado por la testigo de haber conocido a Graciela Andrade y a don Pedro Moreno en el año 1977, en el barrio Colon, suministrando al Despacho la información de que era portadora, por ser de la familia y sobre los hechos que le constan, pues en esa época *"cuando yo los conocí ellos estaban afiliados a la Flota Magdalena, con varios buses, posteriormente supe que compraron unas mulas. "Ella (Graciela) como socia era la que atendía todo en su oficina que tenía en la casa"*. En relación al reparto de utilidades informa que las ganancias no las repartían pues las invertían, sostiene que ellos no tenían empleados de oficina, salvo el personal del servicio doméstico. Concluye manifestando que la correspondencia de esa empresa llegaba toda a la casa

donde vivían, “*allí tenían todo*”, aseveraciones que para la a quo carecen de significación probatoria y las desecha, como antes se anotó.

2.3. Frente al testimonio del señor **Miguel Antonio Guerrero Carvajal** (Fis. 212 a 216. C.1. T.4), la a quo se limitó a decir que trabajó en dos épocas, que no vio documentos o tarjetas de operación de los vehículos, ni a quien pertenecían, que les entregaba dinero en su casa, desconociendo el real contenido de la versión del testigo, que es clara y concisa, al sostener que trabajó para la señora Graciela Andrade y don Pedro Antonio Moreno **por más de 18 años**, que inició con ellos cuando tenían dos buses hasta completar 8 o 9 “*uno de esos lo manejé yo*”, detalla que en el año 1975 empezaron a vender los buses y pasaron al transporte de carga con tractomulas, informa la marca y donde las compraron, que trabajó con ellos hasta el año 1985. Su versión es explícita y coherente respecto a como funcionaba la relación con sus patronos, la manera de pagar los gastos operacionales, durante los viajes de los vehículos, de su mantenimiento y la afiliación a la empresa Unigas, de la forma que tenían de contratar y de qué manera intervenía la señora Graciela Andrade en la gestión del negocio del transporte con su socio, de las veces en que les entregó dinero del producido, dinero que entregaba en la casa y que ambos contaban y anotaban en un cuaderno; explica la forma en que la señora Andrade suministraba los repuestos para los vehículos y las ocasiones en que hacía favores a los conductores.

En fin, la información que suministra el testigo es detallada y precisa, acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio su relación contractual con los señores Moreno-Andrade, lo que toma su testimonio verídico y completo, como lo exige la ley; sin embargo, la a quo lo desestima aduciendo que al testigo no le consta a quien se giraban los cheques que recibía o a quien se le hacían los pagos, al igual que no revisaba las tarjetas de propiedad de los vehículos, conclusión ostensiblemente equivocada, pues ninguna contradicción o incoherencia se presentó en el testigo respecto del relato que realizó sobre los hechos que le constan y que fue partícipe durante el tiempo que estuvo al servicio de sus empleadores, máxime que en el trámite del proceso no se desvirtuó su versión respecto a que los vehículos a que hace mención no pertenecían al señor Pedro Moreno y a la señora Graciela Andrade.

2.4. **Gladys Torres de Molina (217 a 220. C. 1. T.4)**, siguiendo el mismo criterio de los anteriores testigos, para la a quo no tiene ninguna validez probatoria la versión que da la testigo de haber conocido a la señora GRACIELA y a don PEDRO en el barrio Restrepo, lugar donde funcionaba una lavandería y venta de tomate, tampoco que posteriormente la vio en su casa del barrio Colon contestando un teléfono y contando dinero; relación que, por el contrario, es coherente, ya que informa que luego de haber vivido en el Restrepo, se trasladaron al barrio Colón donde visitó muchas veces a su amiga Graciela y veía a su mamá en una oficina que tenían al final de una escalera, contando dinero, atendiendo teléfono; “*es decir haciendo las veces de atender su negocio; sabía que ella estaba muy pendiente de los choferes, auxiliándolos, pendientes de sus cuentas*”. Del conocimiento que tiene de la actividad comercial de los socios en el barrio Restrepo explica que ella atendía la lavandería y en el patio empacaban el tomate, “*los encarraban ahí y ellos los distribuían a los almacenes Carulla, para mí*

en ese momento entiendo que funcionaban como una distribuidora y quien estaba al frente de eso era la sra. Graciela, porque al señor lo veía de vez en cuando". Así que, contrario a la hipótesis infundada de la a quo, no hay ninguna razón para que se desestimara, ni restarle credibilidad al testimonio, pues la razón de su dicho está ajustada a las demás versiones.

2.5. En cuanto hace relación al testigo **JORGE LUIS ALONSO CASTRO** (Fls. 202 a 211. C.1. T.4), padre de Graciela y Jorge, demandantes en este proceso, afirma la a quo que su declaración es de oídas porque cuando supo que Graciela andaba con don Pedro se marchó y tiempo después de haber cogido sus cosas ("chiritos") supo que estaba muy bien; apreciación simplista de la a quo, que le resta el mérito probatorio a la declaración, al no valorar el real sentido de lo dicho por el testigo, esto es, que tuvo con la señora Graciela Andrade una relación sentimental, que ella era la encargada de arrendar la casa que habitaban y cobraba los arriendos, relata que conoció al señor Pedro Moreno cuando llegó una mañana a que la Sra. Graciela le arrendara un cuarto; supo que ellos habían entablado una relación de amistad y comercial, pues aquel le propuso que fueran socios, comenzando con la lavandería y que posteriormente, al darse cuenta que además de los negocios existía entre ellos relación sentimental, se marchó; narra que tiempo después, por comentarios de un hermano suyo, supo que la finca que este tenía en Anapoima se la había vendido a Graciela.

De la versión emanada del testigo se desprende claramente **que antes de su relación afectiva se inició**

entre Graciela Andrade y Pedro Antonio Moreno Vargas la sociedad comercial que él le planteó, como lo sostiene el deponente y los hijos de ella, de tal manera que su testimonio no puede ser calificado de oídas.

Entonces, los testimonios antes reseñados, coinciden que entre la señora Graciela Andrade y el señor Pedro Antonio Moreno Vargas existió una sociedad, sin que pudieran determinarla, pero que su comportamiento y la manera en que realizaban sus actividades les indicaban que los negocios los realizaban de común acuerdo.

En relación con los testigos mencionados por el demandado, vale decir, sin pretender restarle el valor probatorio que pudieran arrojar a la percepción del juzgador, salvo lo dicho por el señor SALVADOR ENRIQUE CHACÓN VALENZUELA, quien informa haber sido testigo del acuerdo celebrado por los hijos de la señora Graciela Andrade, después de su fallecimiento, de la oferta que les hizo del 30% sobre los bienes que supuestamente tenía y de la forma como se logró el acuerdo y la manera en que se realizó el pago de la suma acordada, lo que los demás testigos manifiestan con énfasis es que la señora Graciela era ama de casa y que en la casa donde vivía no había empresa ni oficinas de ninguna clase, así lo sostienen las señoras Rosa María Ariza de Plata y Melva Cristina Montoya Díaz y en similar versión son las atestaciones de los señores Orlando Antonio Camelo Bombita, Andrés Felipe Medina y Gabriel Mancera Orjuela, declaraciones que para efectos procesales no podrían tener mayor significación probatoria.

3. De los aportes.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, los define diciendo que son *"elemento vital para la consolidación de cualquier tipo societario, porque apalanca el capital social, integrado no solo por dinero, sino también colmado por la industriosisidad o el trabajo"*; en este proceso se encuentra demostrado, con suficiente prueba testimonial, como la del señor Jorge Luis Alfonso Castro, los hijos de la señora Graciela Andrade y demandantes en este proceso, que **son coincidentes en que el señor Pedro A. Moreno carecía de bienes en el momento en que le propuso a la señora Graciela Andrade se asociaran, ella tenía en su haber una lavandería, cuya existencia el demandado reconoce, la cual aportó a la sociedad que se había formado junto con el trabajo personal de él.** Posteriormente los socios Moreno - Andrade trasladaron su vivienda y la lavandería al barrio Restrepo, lugar donde agregaron a la actividad comercial el negocio de comercialización de tomate y la fuerza de su trabajo, hechos que también informa la testigo Gladys Torres de Molina.

Cuando se trasladaron del barrio Restrepo al Colon, lugar donde establecieron su vivienda y su centro de operaciones (oficina), la señora Graciela además de incorporar la fuerza de su trabajo en casa ordenando los quehaceres de la persona que atendía los servicios domésticos, también desarrolló actividades administrativas, atendía bancos, correspondencia, revisaba planillas de los vehículos, atendía las necesidades de los conductores, suministraba repuestos, recibía dinero de los conductores, tal como lo corrobora también el testigo Miguel A. Guerrero; **actos que realizaban los socios en un plano de igualdad y de consenso, de los cuales se deriva el ánimo societario en el desarrollo y estructura del proyecto económico que adelantaban.**

Todo lo anterior, la juzgadora lo echó de menos al momento de fundamentar la decisión impugnada, no obstante que la prueba de los objetivos económicos estaba inmersa en la comunidad de vida de los señores Andrade- Moreno Vargas.

De otra parte, vale hacer mención a que, en consonancia con la doctrina actual de la Corte, (Sentencia SC8225-2016, de 22 de junio de 2016. Radicación No. 68755-31-03-002-2008-00129-01), el trabajo doméstico y las actividades del hogar de uno o de ambos concubinos o socios, la cooperación y ayuda recíproca dirigida a facilitar la proyección que conlleva una relación de esa naturaleza en los demás ámbitos (personal, familiar y social), **son demostración inequívoca de un régimen singular de bienes sociales.**

Así que, además de esa convivencia, los medios de convicción precedentes reflejan que la señora Graciela Andrade y el señor Pedro A. Moreno Vargas **tenían como propósito la mutua colaboración en una empresa común, la explotación de la actividad comercial,** últimamente relacionado con el negocio del transporte, en el que los dos unieron esfuerzos para desarrollarlos; actividades encaminadas a la obtención de utilidades e inversiones en vehículos y bienes inmuebles.

Pero la a quo, en su labor de interpretación y contrario a lo que consta en el expediente, erradamente afirma que el señor Pedro Moreno en su interrogatorio expresa que tanto la lavandería como la venta de tomate eran negocios que independientemente realizaba la señora Graciela Andrade, para darle alimento a sus hijos, cuando lo cierto es que aquel, en respuesta a pregunta relacionada con su actividad como transportador de si: **“tuvo negocio de distribución o venta de tomate”**, respondió, **“sí eso fue lo que me paró, con quien no me acuerdo”**; tampoco la a quo valoró el comportamiento del demandado al atender el interrogatorio que se le formuló, el cual fue evasivo e inconcluyente en sus respuestas, como se desprende del contenido del mismo. (“El resaltado no es del texto”)

4. El concubinatio como realidad social.

En la actualidad las uniones concubinarias son fuente de un vínculo económico, sujeto a los requisitos de una verdadera sociedad de hecho, pues en este tipo de sociedades *“basta con la unión de esfuerzos de los dos concubinos con miras a la obtención de un lucro o ganancia común, para dar por cumplido el elemento de ánimo de asociarse o affectio societatis, esto es el consentimiento tácito de asociarse con el propósito de obtener utilidades y repartírselas, para lo cual los dos hacen aportes de capital o de industria”*, lo cual está demostrado en el proceso y desatendido en la sentencia recurrida.

Como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, la sociedad de hecho entre concubinos puede configurarse *“aún dentro de la vigencia de la Ley 54 de 1990”, sin que haya desaparecido del marco jurídico por la derogatoria de los artículos 2079 a 2141 del Código Civil, en este tipo de sociedades «basta con la unión de esfuerzos de los dos concubinos con miras a la obtención de un lucro o ganancia común, para dar por cumplido el elemento de ánimo de asociarse o affectio societatis; es por esto que tanto A como B “estuvieron unidos en relación concubinaria por largos años”, durante los cuales participaron constantemente en distintas actividades conjuntamente logrando a través de los años una ganancia o lucro”, sin que quede duda “de que allí existió una verdadera sociedad” (sentencia citada)*

Demostrado está, que toda la gestión de negocios que tenían Graciela Andrade y Pedro A. Moreno se realizaba en la residencia de los consocios, calle 6 N. 53-65, barrio Colón y que, según lo afirman los interrogados y los testigos citados por la parte demandante, la administración estaba en cabeza de la señora GRACIELA ANDRADE, aspectos todos estos que la a quo desconoció.

En concreto, que la socia ejecutó con esmero las labores domésticas, disponiendo la organización propia de la casa, colaboró económicamente en el hogar, desplegó sus habilidades conjuntamente con el consocio en el desarrollo de los negocios que emprendieron, lavandería, comercialización de tomate, inversión en transporte intermunicipal, transporte de carga y adquisición de inmuebles como inversión, renta y descanso, hechos de los que se deriva, sin duda alguna, **el ánimo societario y los resultados económicos que junto con su socio se propusieron, aún antes de formar vida en común.**

De otra parte, vale hacer mención a que, en consonancia con la doctrina actual de la Corte, (Sentencia SC8225-2016, de 22 de junio de 2016. Radicación No. 68755-31-03-002-2008-00129-01), el trabajo doméstico y las actividades del hogar de uno o de ambos concubinos o socios, la cooperación y ayuda recíproca dirigida a facilitar la proyección que conlleva una relación de esa naturaleza en los demás ámbitos (personal, familiar y social), son demostración inequívoca de un régimen singular de bienes sociales.

De suerte que los reparos enunciados en contra de la decisión recurrida se encuentran estructurados en la omisión de la a quo al no haber avisado que los requisitos y elementos de la sociedad de hecho estaban inmersos en su comunidad de vida, como acertadamente lo ha reseñado la moderna doctrina de la Corte Suprema de Justicia.

5. La voluntad de asociarse o afecto societatis.

La intención y el ánimo de asociarse fue manifestado por el señor Pedro A. Moreno a la señora Graciela Andrade, según dicen los testigos desde el año 1957, aportando ella la lavandería que tenía en la casa donde también arrendaba habitaciones, aportando él su fuerza de trabajo, actividad que en conjunto empezaron a desarrollar, lo que permitió que a dicha relación comercial se sumara más tarde la afectiva, como lo reseñan las versiones de los hijos de esta y el testimonio del señor Jorge Luis Alonso Castro, testimonios que señalan la actividad que en conjunto adelantaban los consocios, lo que les permitió, además de un mejor modo de vida, el incremento de su patrimonio.

Entonces, la sociedad comercial de hecho surgió entre los señores Moreno- Andrade por la propuesta que éste le hiciera a aquella de asociarse con la finalidad de obtener un provecho económico común, aportando fundamentalmente el trabajo, el esfuerzo personal y la colaboración mutua; fue así como surgió la sociedad comercial de hecho que la a quo interpreta como inexistente, desatendiendo el causal probatorio obrante al proceso y la jurisprudencia que ampara este tipo de relación, al tenor de lo consagrado en la Constitución Política y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, marco jurídico que no se consideró en la sentencia recurrida.

La afecto societatis, que echa de menos la juzgadora, está plasmada en el presente caso a través de las actividades comerciales que desarrollaron los consocios en su largo recorrido societario, desde 1957, empezando con el servicio de lavandería y luego la comercialización de tomate, labores que fueron reseñadas por los interrogados, el señor Jorge Luis Alonso Castro y la señora Gladys Torres de Molina; actividades que después se trasmataron al negocio del transporte intermunicipal de pasajeros y finalmente al transporte de carga; adicionalmente, la adquisición de bienes inmuebles.

Las ganancias o beneficios que se obtuvieron de la explotación económica de las distintas actividades comerciales que desarrollaron los consocios en 50 años, se concretó en la toma de decisiones económicas, administración del patrimonio social, disponiendo y adquiriendo activos que les permitieran acrecentar el patrimonio, distribución de utilidades en forma mesurada, demostrada con la prueba documental y testimonial que revelan la compra, por parte de la señora Graciela Andrade de la casa

ubicada en la calle 6 A No. 53-35 a su socio Pedro A. Moreno Vargas en dos tiempos, el 50% por escritura Publica No. 0721 de 03 de marzo de 1972 y el 50% restante por escritura Publica No. 9369 de 19 de diciembre de 1981, ambas de la Notaria Novena de Bogotá, aspectos estos que la a quo también dejó de valorar, muy por el contrario lo supone como donación, inobservando los requisitos y presupuestos establecidos en la ley, artículos 1443 y ss del C.C.

Según se ha reseñado, la sociedad de hecho tiene como elementos axiológicos el *ánimus contrahendi societatis* o *affectio societatis*, los aportes que pueden ser en capital o industria, y asimismo, el reparto de utilidades. Conforme al material probatorio que obra en el expediente, subyacen suficientes medios probatorios conducentes, pertinentes y útiles para demostrarlos, abriendo paso a la petición de revocatoria.

6. De la sociedad en comandita, constituida por los socios Pedro A. Moreno y Graciela Andrade.

En los hechos de la demanda (32) se dijo que con el fin de facilitar el tráfico jurídico de la sociedad de hecho y para poder contratar con la empresa Shell de Colombia, pues así lo exigía esta, en convenio o unión temporal con Transportes Alex, de Rafael Gutiérrez, los socios decidieron constituir la sociedad en comandita simple PEDRO ANTONIO MORENO VARGAS S. en C., según la escritura pública número 1821 de fecha 3 de Mayo de 2002, otorgada ante la Notaria 21 de Bogotá, siendo socio gestor el señor PEDRO ANTONIO MORENO VARGAS y la señora GRACIELA ANDRADE V. DE DELGADO socia comanditaria.

Según la manifestación del demandado, la exigencia de Shell para constituir la sociedad era meramente formal, para poder contratar, así se desprende de la respuesta dada en el interrogatorio, señalando que le dijo a su abogado "que necesitaba una cámara de comercio, entonces, me dijo que él la sacaba, entonces se hizo una notaría y listo, me dijo que pongamos a su mujer como socia de esa compañía pero no se utilizó...". (fl.111. C.1. T.3)

Lo aseverado por el demandado tiene asidero en el hecho que efectivamente la sociedad en comandita si bien se constituyó y contrató, en convenio con Transportes ALEX, no realizó ningún movimiento contable ni operacional con respecto a los contratos que celebró, pues en el proceso no obra prueba en ese sentido y por el contrario sí consta que los fletes los recibía el señor Pedro A. Moreno como persona natural y no a nombre de la sociedad, así consta en al certificaciones de Transportes ALEX y la Compañía COLTANQUES de fechas 28 de agosto de 2009 y 19 de octubre de 2010, obrantes en el expediente. En el mismo sentido, los vehículos vinculados a esos contratos nunca pertenecieron a la sociedad en comandita, pues siguieron en cabeza del señor Pedro A. Moreno Vargas, y como tal dispuso de ellos cuando dio por terminado el contrato con la compañía COLTANQUES.

Por lo anterior, erradamente la a quo supone que no se advierte la intención de los concubinos de conformar la sociedad de hecho antes del 2002 y que solo a partir de la constitución de la sociedad en comandita simple existe la sociedad entre los consocios.

El demandado, entre las excepciones de mérito propuso la de "EXISTENCIA DE ESCRITURA PÚBLICA DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD COMERCIAL ENTRE PEDRO ANTONIO MORENO Y GRACIELA ANDRADE" argumentando que para que la sociedad de hecho exista se requiere que no se constituya por escritura pública y como antes se advirtió, no acreditó que efectivamente dicha sociedad tuviera los registros contables de sus operaciones, los comprobantes fiscales de los pagos por los fletes que recibía por la prestación del servicio de transporte contratado por parte de SHELL Y PETROBRAS, ni que los vehículos vinculados a tal servicio fueran propiedad de la compañía.

H. Magistrados, el demandado no podía demostrar o acreditar que la sociedad Inversiones Pedro A. Moreno S. en C. recibiera pago alguno por parte de SHELL o PETROBRAS, porque los pagos se hacían directamente a PEDRO ANTONIO MORENO VARGAS, conforme se prueba con la certificación de la empresa Transportes ALEX de 28 de agosto de 2009, tal como se desprende de los siguientes documentos, que la juzgadora no apreció:

En el mes de Agosto del año 2002, los socios iniciaron un convenio o unión temporal con la Compañía TRANSPORTES ALEX LTDA., para transporte de combustible y carga líquida, mediante el cual TRANSPORTES ALEX LTDA y el señor PEDRO ANTONIO MORENO VARGAS, representando a la sociedad de hecho y/o la sociedad INVERSIONES PEDRO ANTONIO MORENO VARGAS S. en C., se comprometían a prestar el servicio de transporte en los camiones de propiedad de aquella sociedad y de los socios de hecho, pues la sociedad en comandita nunca fue propietaria de los vehículos vinculados al contrato que el 25 de Septiembre de 2002 suscribieron con la empresa SHELL COLOMBIA S.A, el cual tenía efectos a partir del 1º de Agosto de 2002.

i) Con fecha 28 de agosto de 2009, el gerente de la empresa **Transportes Alex** emite certificación en la que hace una relación de los "**PAGOS EFECTUADOS A PEDRO MORENO AÑO 2002 AL 2008**". Allí se describen el valor de los fletes pagados año por año, entre 2002 y 2008.

"Estos valores fueron cancelados por viajes en los vehículos:

- SND 355 - SUC 168 - SQL 510 - SQL 509 - SWK 620 - SWO 386 T.M.
- SYU 453 - SWM 718 - SWO 467 DTQ
- SWL 249; SND 080 CTQ"

ii) La empresa **COLTANQUES** (Folio 325, Anexo No. 4) con fecha 19 de octubre de 2010, expidió el siguiente

"CERTIFICADO DE INGRESOS

NOMBRE : MORENO VARGAS PEDRO ANTONIO

PLACA: SWM 718- SYU453 – SWO467 – SQL510 – SWO386 – SGL894-
SWK 620 – SWL249 – SQL509 – SWO468 – SPT445.
NIT: 123115

PERIODO: Enero a Agosto de 2010

INGRESO TOTAL: \$536.289.781.00

PROMEDIO: \$67.036.222.63

MESES PROMEDIO: 8

CONCEPTO: Pagos Fletes:

FECHA DE EXPEDICIÓN: 19 de octubre de 2010

Las anteriores certificaciones se anexan a este escrito, pero obran al expediente.

Nótese que algunos de los vehículos vinculados inicialmente al contrato no aparecen relacionados, pero en el certificado todos aparecen a nombre de Pedro A. Moreno Vargas; que el pago de los fletes se hace a su favor y no a la sociedad en comandita, lo que indica, como se ha afirmado en este proceso, que los vehículos afectos al contrato de transporte de líquido nunca pertenecieron a la sociedad en comandita, como lo supone erradamente la a quo, es decir, que esta sociedad se constituyó únicamente para cumplir la formalidad de contratar, luego entonces y como una continuación de la sociedad de hecho, tanto la propiedad de éstos como los ingresos provenientes del contrato que, se repite, fueron pagados directamente a PEDRO MORENO, **pertenecen a la sociedad comercial de hecho**; razón más que suficiente para insistir en que la sociedad en comandita que se constituyó por los socios en el año 2002 es prueba de la existencia de la de hecho y que aquella es un apéndice de esta y que no puede escindirse, a no ser por manifestación expresa de los socios, lo que en este caso no se probó por el excepcionante, tal como antes se anotó.

Lo anteriormente descrito lo confirma también el perito Mauricio Alejandro López Bernal en el dictamen obrante a fls. 440 a 447 del C. 1, T.4, en el que hace mención a la certificación de ingresos proferida por TRANSPORTES ALEX, sobre los pagos realizados durante los periodos 2002 hasta 2008 al señor PEDRO ANTONIO MORENO VARGAS y no a la sociedad INVERSIONES PEDRO ANTONIO MORENO VARGAS S. en C.

En conclusión, ni los dineros provenientes del referido contrato, ni los vehículos vinculados al mismo, antes o después de constituida la sociedad en comandita, le pertenecieron a ésta, como se desprende de lo anteriormente reseñado, es más, el apoderado del demandado, en el curso del proceso, no hizo ninguna manifestación en relación a que los vehículos pertenecieran a la sociedad en comandita, por el contrario, en escritos obrantes al proceso, relacionados con la venta de los vehículos por parte del se-

ñor Pedro A. Moreno, expuso como argumento que al no estar afectados de medida cautelar este los podía vender, sin hacer alusión a que pertenecieran a la sociedad en comandita, como, se repite, en supuesto equivocado lo interpreta la a quo.

7. Del contrato de transacción.

La señora Juez en su exposición de motivos deduce que lo habido entre el señor Moreno Vargas y la señora Graciela Andrade fue una relación concubinaría sin fines societarios y que los bienes que hicieron parte del acuerdo de transacción fueron los que pertenecían a la unión marital, pero, salvo la finca de Anapoima que estaba destinada al esparcimiento y recreo de la familia, los demás bienes los adquirieron los consocios con ánimo de inversión y como productores de renta, tal es el caso de las bodegas ubicadas en la Carrera 71 N° 19 – 69 y 19 – 75 de Bogotá, al igual que la bodega ubicada en la Calle 5 C N° 22 – 28 de Bogotá, ambas relacionadas en los hechos de la demanda y que en el momento de su presentación eran generadoras de renta, como el canon de arrendamiento que pagaba la empresa KEENWORTH DE LA MONTAÑA sobre las bodegas de la Carrera 71 No19-69/71 y el producido por los fletes de los vehículos vinculados a los contratos con SHELL, Petrobras y con COLTANQUES, vehículos que estaban en cabeza de Pedro Moreno, hasta cuando fueron vendidos por éste, como consta en el proceso..

Para efectos de promover el acuerdo de transacción, el demandado, valiéndose de la circunstancia que BLANCA AURORA y KATERINE residían en el exterior desde hacía un tiempo y que JORGE ALONSO ANDRADE tenía su residencia en Pereira, por lo tanto desconocían parte de la existencia de estos bienes, solamente relacionó los que aparecen relacionados allí, sin incluir los vehículos y las bodegas, lo que conllevó que al darse cuenta que en el acuerdo celebrado no estaba comprendida la liquidación de la sociedad que había existido entre la señora GRACIELA ANDRADE y PEDRO ANTONIO MORENO, decidieron reclamarle, pero al no ser atendidos, iniciar la acción correspondiente a su reconocimiento, derecho legítimo que no puede serle desconocido por el acuerdo de transacción que se celebró, el cual, se le dio la connotación de bienes que pertenecían a la unión marital, pero en realidad todos hacían parte de la masa de la sociedad comercial de hecho.

Se aclara que posterior a la presentación de la demanda los demandantes relacionaron una bodega más, que el demandado omitió relacionar en el inventario que les presentó para el mencionado acuerdo de transacción, esto es, la bodega de la carrera 71 No. 22-91 de Bogotá, adquirida por escritura pública No. 0142 de fecha 18 de enero de 2001, otorgada ante la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, matrícula inmobiliaria No. 50C – 953305; igualmente, se informó al Despacho que mediante Contrato de Promesa de Compraventa celebrado el por el señor Pedro A. Moreno el 30 de enero de 2015 con los señores CLAUDIA GOMEZ MORALES y RAUL ALFONSO SERNA LAIGNELET, prometió comprar el lote de terreno ubicado en la calle 221 No. 53-28 (Dirección Catastral), con Matrícula Inmobiliaria No. 50N-270402, cuyos linderos, dice el documento, aparecen en la escritura No.176 del 5 de junio de 1975 de la Notaría 18 del Circuito de Bogotá, con la particularidad que como parte del precio entrega 3 de los vehículos que hacían parte de los contratos de transporte y que fueran valuados por los peritos:

TRACTOCAMION MARCA MACK, MODELO 2006, COLOR BLANCO, MOTOR 5P27565552M51979837, CHASIS 1M2AG11Y76M043581, SERVICIO PUBLICO, PLACA SWK 620 DE MOSQUERA, CON SU TANQUE EN ACERO DEL AÑO 2014, PLACA R 70340; 2-. CAMION DOBLE TROQUE MARCA MACK MODELO 2005, COLOR BLANCO, MOTOR 5E169255522M50492445, CHASIS 1M2AG11C25M034421, TIPO TANQUE, SERVICIO PUBLICO, PLACA SYU 453 DE MOSQUERA.

Lo anterior desvirtúa la apreciación de la juzgadora de instancia respecto a que por tratarse de los mismos bienes que fueron objeto de la transacción la excepción propuesta por el demandado prospera.

De otra parte, resulta del caso precisar que, así como el señor Pedro Antonio Moreno ocultó bienes a los herederos de la señora Graciela Andrade al momento de la celebración del acuerdo de transacción, también lo hacía con el Fisco, como se desprende de las declaraciones de renta y complementarios que aparecen en el expediente por los años 2007, 2008, 2009 y 2010, (fls. 38,39,40 y 41), en las que no aparece reflejados el monto de los ingresos, ni el patrimonio; por lo demás, tampoco la mencionada sociedad comercial en comandita simple declaró renta, pues no se acreditó.

8. A manera de conclusión.

El recorrido verificado, con la prueba legalmente aportada y recabada en el curso del proceso, contrario a las apreciaciones y supuestos de la primera instancia, permite advertir que entre la señora Graciela Andrade y el señor Pedro Antonio Moreno Vargas existió una sociedad comercial de hecho desde el año 1957 hasta el 7 de noviembre de 2007, fecha en que aquella falleció, tiempo durante el cual además del aporte efectuado se dedicó con esmero y afecto a las labores del hogar, cooperación y ayuda en las labores del consocio y compañero, constituyendo un aporte apreciable y susceptible de ser valorado, demostración inequívoca del ánimo societatis y de la comunidad singular de bienes, con la intención de repartirse las ganancias producto de su trabajo.

Entonces, conforme a lo ya reseñado y a lo probado en el proceso, subyacen suficientes medios probatorios que lo demuestran, para que las pretensiones invocadas tengan prosperidad, razón por la que en sede del recurso de apelación ante el H. Tribunal, comedidamente se solicita la revocatoria de la decisión de instancia y en su lugar acceder a las súplicas que se demandan.

Con el acostumbrado respeto y la debida consideración,



ULISES CASTELLANOS GARCIA
C.C. No. 17.175.537 de Bogotá
T.P. No. 18065 del C.S. de la J.

anexo N° 14

324



**CERTIFICADO DE
INGRESOS**

NOMBRE: Moreno Vargas Pedro Anton

PLACA: SWN718-SYU453-SWO467-SQL510-SWO386-
SGL894-SWK620-SWL249-SQL509-SWO468-
SPT445

NIT: 123115

PERIODO: Enero a Agosto de 2010

INGRESO TOTAL: \$536,289,781.00


PROMEDIO \$67,036,222.63

MESES PROMEDIO 8

CONCEPTO: Pago de Fletes

FECHA DE EXPEDICION: 19 de octubre de 2010

Cordialmente,


JAIME CASTIBLANCO PATIÑO
Departamento de Contabilidad

Carrera 88 No. 17B-40
PBX: (571) 422 2333
FAX: (571) 422 2350
Bogotá, D.C. - Colombia
www.coltanques.com.co

Bogotá DC., agosto 28 de 2009.

Señor:
ULISES CASTELLANOS GARCIA
Ciudad

Cordial saludo.

De acuerdo a solicitud escrita realizada por usted en representación de los señores Delgado Andrade, sobre las relaciones comerciales con el Señor Pedro Antonio Moreno y la empresa que represento; adjunto la relación de pagos realizados por prestación de servicios de transporte en nuestra operación:

PAGOS EFECTUADOS A PEDRO MORENO AÑO 2002 AL 2008

AÑO	CONCEPTO	VR. BRUTO	RETENCIONES	VR. NETO
2002	FLETES	150.130.972	2.004.732	148.126.240
2003	FLETES	368.896.438	5.216.196	363.680.242
2004	FLETES	555.845.797	7.859.660	547.986.137
2005	FLETES	589.824.298	8.340.115	581.484.182
2006	FLETES	560.534.274	7.925.955	552.608.319
2007	FLETES	814.696.803	11.519.813	803.176.990
2008	FLETES	774.211.527	10.947.351	763.264.176

Estos valores fueron cancelados por viajes en los vehículos:

- SND 355 – SUC 168 – SQL 510 – SQL 509 – SWK 620 – SWO 386 T.M.
- SYU 453 – SWM 718 – SWO 467 DTQ.
- SWL 249 – SND 080 CTQ.

Cordialmente,
TRANSPORTES ALEXITDA
Ing. RAFAEL GUTIERREZ B.
GERENTE
ING. RAFAEL GUTIERREZ B
GERENTE

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL
Atn. Dr. Iván Darío Zuluaga Cardona
Ciudad

TIPO PROCESO: EJECUTIVO – INCIDENTE LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS
DEMANDANTE: SCOTIABANK COLPATRIA S.A.
DEMANDADO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.
PROCESO No. 110013103029-2017-00334-03

ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO APELACIÓN

ALONSO DE LA PAVA VÉLEZ, en mi condición de apoderado judicial de SCOTIABANK COLPATRIA S.A. (en adelante el “BANCO”), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 321 y siguientes del C.G.P, de manera respetuosa y oportuna me permito sustentar el RECURSO DE APELACIÓN en contra de la Sentencia proferida por el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá el 17 de septiembre de 2020, en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD PARA SUSTENTAR EL RECURSO

1. El fallo en el trámite de la referencia fue dictado por el Juzgado 29 Civil del Circuito de forma oral en audiencia del 17 de septiembre de 2020.
2. En la misma audiencia, el suscrito anunció la interposición del recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el H. Juzgado 29 Civil del Circuito y expuso de forma somera los argumentos que se desarrollarán en el presente documento.
3. El recurso de apelación fue admitido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá mediante auto del 1 de diciembre de 2020, el cual fue notificado por estado electrónico el día 2 de diciembre de 2020. Del mismo se corrió traslado por el término de cinco (5) días, siendo el último día el día 10 de diciembre de 2020.
4. Por lo anterior, el presente memorial se presenta en término.

5. Valga resaltar que, a la fecha de presentación de este memorial, la Secretaría del Tribunal no había enviado correo electrónico de notificación de la providencia de 1 de diciembre de 2020, a pesar de que así había sido ordenado por el H. Despacho. Igualmente, tampoco se ha tenido acceso al expediente virtual ni a las grabaciones de las audiencias de los días 16 y 17 de septiembre de 2020 sostenidas ante el Juzgado 29 Civil del Circuito, a pesar de que tales grabaciones fueron solicitadas expresamente en esa fecha ante el mencionado Juzgado.

II. SOLICITUD ESPECIAL DE AUDIENCIA

1. De forma respetuosa, se solicita al H. Tribunal fijar fecha de audiencia para presentar la sustentación del recurso y los alegatos de segunda instancia, de forma tal que se permita a las Partes ser escuchadas en audiencia al tenor de lo dispuesto en el artículo 227 del C.G.P. y previo a decidir sobre las apelaciones formuladas.

2. Sobre la importancia de realizar una audiencia oral en el marco del trámite judicial, resulta relevante resaltar lo dicho por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-543 de 2011:

“Con ocasión de la revisión de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que se convirtió en la ley 1285 de 2009 -modificatoria de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia-, esta Corporación se pronunció en la sentencia C-713 de 2008 acerca del principio de oralidad en los procesos judiciales, el cual, en virtud de la reforma, quedó incorporado en el artículo 4 de esta última ley.

(...)

Indicó así mismo que *“la implementación de la oralidad constituye un mecanismo razonablemente encaminado al logro de la pretendida celeridad en la administración de justicia, favoreciendo la inmediación, acercando el juez a las partes y generando condiciones que propicien la simplificación de los procedimientos, razones todas estas que avalan la constitucionalidad de la reforma en este aspecto puntual”*

En esta decisión la Corte expresó que *“la instauración de la oralidad (...) es un escenario de satisfacción de derechos constitucionales. Ello en el entendido que la audiencia oral está precedida de garantías que, si bien tienen raigambre procesal, son parte integrante de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Estas garantías refieren a la inmediación, la concentración y la publicidad (...)”* (Subrayas fuera de texto).

3. Dada la importancia del presente asunto y su complejidad, estimamos que una audiencia para sustentar el recurso de apelación permitiría garantizar la mejor sustentación del recurso y de paso la inmediatez necesaria para efectos de la decisión judicial que debe tomar el H. Tribunal. Por ello la reiteración de solicitud para que este H. Tribunal fije una fecha de audiencia para escuchar a las partes.

III. EL FALLO OBJETO DE RECURSO

1. En Sentencia de 17 de septiembre de 2020 (la “Sentencia” o el “Fallo”), el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá tomó la siguiente decisión:

“DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, RESUELVE:

PRIMERO: *Condenar a Banco Colpatría al pago de \$4.695.693.519 como perjuicios derivados de la consumación de las medidas cautelares de embargo y retención consumados en el curso del proceso ejecutivo, de la siguiente manera:*

La suma retenida por banco Corpbanca Colombia S.A. en cuantía de \$20.687.737.320 desde el 23 de junio de 2017; Citibank, \$561.170.000 desde el 28 de junio de 2017; y Banco Agrario de Colombia, la suma de \$3.702.142 desde el 30 de junio de 2017, para un total de \$21.252.609.462

SEGUNDO: *Condenar en costas del presente incidente al Banco Colpatría. Liquidense por Secretaría, teniendo como agencias en derecho la suma de \$6.500.000.”*

2. Como sustento del Fallo, el Juzgado de primera instancia expuso los siguientes argumentos que se resumen y exponen de forma general:

“Verificadas ambas visiones de la indemnización del daño, para esta Sede Judicial, la aproximación a la tasa de interés por la probabilidad de explotación o generación de utilidad en las sumas de dinero cauteladas resulta insuficiente en lo que demostró ETB, porque ni sus dictámenes o sus testigos fueron capaces de articular razonadamente las fuentes de implementación de tasas de interés como que si quiera aportó un estudio de las utilidades operacionales (...) indicada en cada línea de negocio y su aplicación a la masa monetaria equivalente \$21.252.609.462, que fue el valor retenido, y menos aun demostraron la incidencia del débito bancario en las fechas señaladas. Luego, como dijo el perito de ETB en su dictamen, comprobar la pérdida de oportunidad o WACC en este caso es asunto que resulta improbable aunque no imposible.

No obstante, como se dijo desde el inicio de estas consideraciones los artículos 6° y 8° de la ley 31 de 1992, y la naturaleza jurídica el dinero aparejada a la integración de sus productos legales, puede traer una solución al caso que

permite cumplir con el postulado de reparación integral vertido en el artículo 16 de la Ley 446/1998. Al efecto, veamos lo que ha sostenido la jurisprudencia nacional en este punto, particularmente en la sentencia de Casación Civil del 24 enero de 1990, donde señaló (29:23): (...)

Así entonces, con la simple aplicación del interés bancario corriente sobre la suma retenida, no solo existe la presunción de indemnizar el coste total del empleo del dinero, sino que se concierne su indexación y de suyo permite una clara aplicación de las presunciones legales sobre la generación de riqueza del dinero en tanto sea este el bien sobre cual recae una forma cautelar que lo limite o restrinja con ocasión de cautelas judiciales solicitadas por una de las partes. Por tanto, es dable asegurar que ETB debe recibir intereses corrientes sobre los valores monetarios cautelados de la siguiente manera:

- *A la tasa de interés bancario corriente efectivo anual para créditos ordinarios sobre la suma de \$20.687.737.320 desde el 23 de junio de 2017 al 12 de febrero de 2019.*
- *A la tasa de interés bancario corriente efectivo anual para créditos ordinarios sobre la suma de \$561.170.000 desde el 28 de junio de 2017 al 12 de febrero de 2019.*
- *A la tasa de interés bancario corriente efectivo anual para créditos ordinarios sobre la suma de \$3.702.142 desde el 30 de junio de 2017 al 12 de febrero de 2019.”¹ (Subrayas y negrillas ajenas al texto)*

3. Como ya se advirtió, el Fallo fue dictado y notificado en audiencia de 17 de septiembre de 2020, misma fecha en la que se anunció y expuso el recurso de apelación que acá se sustenta.

IV. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD – ARGUMENTOS DEL RECURSO

A continuación se exponen los motivos de inconformidad con el Fallo de primera instancia objeto del presente recurso.

1. Desconocimiento de lo previsto en el artículo 128 del C.G.P.

1.1. El artículo 128 del C.G.P. sobre los incidentes señala lo siguiente:

“El incidente deberá proponerse con base en todos los motivos existentes al tiempo de su iniciación, y no se admitirá luego incidente similar, a menos que se trate de hechos ocurridos con posterioridad.”

¹ La transcripción del fallo no es oficial, por cuanto no se recibió del Juzgado 29 Civil del Circuito un documento escrito con el fallo, ni los audios o videos de la audiencia de 17 de septiembre de 2020, a pesar de haber sido solicitados en la misma.

1.2. De la norma transcrita se desprende claramente que la solicitud de apertura al trámite incidental constituye el marco de decisión del Juez encargado de resolverlo, pues en dicho escrito se deben señalar todos los “motivos existentes” para su iniciación.

1.3. En el caso que nos ocupa, en el incidente promovido ETB únicamente solicitó los presuntos perjuicios derivados de la supuesta “(...) la rentabilidad mínima que se hubiera obtenido mediante la inversión del dinero embargado, en los proyectos propios del giro ordinario de la compañía”, tal como se desprende del escrito introductorio al trámite incidental.

1.4. La ETB no solicitó nada diferente. Dentro de los “motivos existentes” al momento de formular la solicitud de apertura al trámite incidental, la ETB no consideró que su daño estuviera basado en el simple uso del dinero como activo productivo, ni solicitó que sobre el mismo se aplicasen intereses civiles, ni mucho menos comerciales, así como tampoco solicitó la indexación, ni la corrección monetaria de las sumas embargadas. Incluso, la ETB no solicitó la aplicación del artículo 884 del Código de Comercio, como tampoco la de ninguna otra norma.

1.5. Más aún, la ETB no solicitó, ni tampoco probó, que los presuntos perjuicios sufridos se derivasen del abuso del derecho a litigar, siendo esta la causa que ha imperado en la jurisprudencia de la Corte Suprema al momento de decidir sobre los perjuicios que pudiera causar una medida cautelar.

1.6. No. Lo que la ETB consideró como los únicos “motivos existentes” al momento de iniciar el incidente, fueron esos supuestos proyectos y actividades del “giro ordinario” de sus negocios que presuntamente se habrían visto frustrados por el ejercicio de la medida cautelar, echando de menos que debió haber probado el nexo de causalidad existente entre el supuesto daño causado y el perjuicio alegado.

1.7. Por lo tanto, el fallo del *a quo* se debió limitar a la revisión de esos motivos expuestos y no de ningún otro que no hubiere sido solicitado ni incluido por el incidentante como lo exige la ley.

1.8. Sobre este particular resulta importante traer a colación un fallo del H. Corte Suprema:

“La ética del proceso impone deberes a las partes, en especial, permitir que todos los argumentos sean debatidos a plenitud a lo largo del juicio. La exposición cabal posibilita la actividad dialógica en el juicio, como herramienta invaluable en el afán de verdad necesario a los sistemas de pensamiento. Por lo mismo, una de las partes no puede

irrumper de manera súbita con argumentos estratégicamente callados en las instancias, para sacar de ello ventaja a expensas del desconocimiento de su contendiente.

De esta necesidad de corrección en la actividad de las partes hay trazas en el Código de Procedimiento Civil; así, en la sentencia sólo se pueden recoger hechos sobrevinientes a la demanda (art. 305), pues los que pudo plantear el demandante en el momento oportuno quedan fuera del debate. Del mismo modo, los incidentes deben comprender todos los motivos existentes al tiempo de su iniciación (art. 136), y se descarta que estratégicamente y a conveniencia sean planteados a cuentagotas. (...)” (Ref.: Exp. No. 11001-31-10-001-1999-00013-01. Magistrado Ponente EDGARDO VILLAMIL PORTILLA)

1.9. Este pronunciamiento de la Corte es diáfano y aplicable al caso concreto así: No le asistía al Juzgado de primera instancia el derecho ni la competencia de entrar a suplir los defectos fácticos y probatorios en los que incurrió la ETB, so pena de incurrir en violación al principio de igualdad en la aplicación de los preceptos de una justicia completamente rogada como la nuestra.

1.10. Lo anterior en concordancia con lo preceptuado en el artículo 13 del Código General del Proceso en virtud del cual es claro que “Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley”.

1.11. El Juzgado de primera instancia al haber hecho lo contrario, es decir, al haberse pronunciado sobre lo no solicitado, lo no debatido y lo no probado, claramente desconoció lo señalado en el artículo 128 del C.G.P. y excedió su competencia fáctica y normativa, por lo que el Fallo dictado debe ser revocado en su integridad, so pena de generar un favorecimiento indebido a la ETB.

2. El fallo de primera instancia desconoce abiertamente el principio de congruencia y, por ende, deviene en un fallo *extra - petita*

2.1. El artículo 281 del Código General del Proceso establece lo siguiente:

“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.”

2.2. Por su parte, la Sala de Casación Civil, en Auto de 15 de mayo de 2019² señaló:

² Providencia AC1764-2019, Expediente 76520-31-03-005-2010-00029-01, MP. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

“Como es sabido el «interés para recurrir» corresponde al valor actual del agravio que la determinación confutada irroga al opugnador, para lo cual debe tomarse en cuenta lo expresamente pedido en el libelo, las manifestaciones de los contradictores y las demás circunstancias que conlleven a su delimitación, así como las decisiones definitivas. Eso quiere decir que si desde un comienzo se determinó un monto tope a reconocer, sin extender los reclamos al establecimiento de sumas superiores por el fallador, se restringe la posibilidad de superar tales expectativas en virtud del principio de congruencia establecido en el artículo 281 del Código General del Proceso, según el cual [l]a sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.”

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

(...)

*Respecto al postulado en mención en CSJ SC 13 ago. 2001, rad. 5993, con invocación del Código de Procedimiento Civil pero que conserva relevancia en vigencia del Código General del Proceso por mantenerse incólume en su esencia, se anotó como (...) la congruencia de los fallos judiciales, constituye principio rector del ordenamiento procesal civil (art. 305 C.P.C.), en virtud del cual se le imponen diáfanas fronteras a la función jurisdiccional, por definición “reglada y por contera, limitada, no sólo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes,.... artífices señeros del marco dentro del cual, a posteriori, deberá el fallador inscribir su resolución” (cas. civ. de 4 de septiembre de 2000; exp: 5602), motivo por el cual se ha considerado que dicho postulado “es el reverso del principio de idoneidad” predicable de las peticiones de los contendientes, que de ser aptas para provocar un fallo estimatorio, imponen –de paso- que este sea acorde con el alcance de tales súplicas. (...) Es esta una regla vinculada a la causa jurídica de la sentencia, a “la reclamación que ha engendrado el proceso en el que la sentencia se dicta”, lo que explica que, de antaño, para preservar ese nexo con el thema decidendum, la legislación procesal haya establecido que “No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta” (art. 305C.P.C.), norma ésta que recoge la antiquísima regla que así se enuncia: *ne aet iudex ultra, extra o citra petita partium.*” (Subrayas ajenas al texto).*

2.3. Evidentemente, al consagrar el artículo 281 del Código General del Proceso que la sentencia “deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”, reconoce, en salvaguarda del debido proceso, el principio de la congruencia de los fallos, de conformidad con el cual éstos deben dictarse únicamente con apoyo en lo pedido por la parte demandante y en consonancia con los hechos invocados, así como de conformidad con las excepciones propuestas.

2.4. En este preciso sentido expuso la H. Corte lo siguiente:

“(...) En particular, la consagración legislativa de la congruencia fáctica de los fallos aparece como una exigencia tendente a garantizar que éstos guarden la debida simetría con los supuestos de hecho sobre los cuales fueron apuntaladas las pretensiones, de manera que la actividad del juzgador no sólo esté orientada por la acción que plantea la parte

interesada, sino que consulte igualmente las circunstancias y condiciones concretas que ella adujo en orden a brindarle soporte, constituyéndose así los extremos que, a su turno, trazarán el marco y ámbito del desempeño de la labor judicial, por lo que el éxito de la gestión respectiva estará atado a la cabal demostración de los motivos o situaciones puntuales que se integraron a la causa para pedir y que, en su momento, fueron conocidos por el demandado, concediéndole la oportunidad para controvertirlos o desvirtuarlos, sin que, por lo mismo, el sentenciador pueda resolver la controversia por fuera de ellos, pues una cosa semejante aparejaría una afrenta y desconocimiento del derecho de defensa, en la medida en que aquél sería sorpresivamente llamado a responder por unos hechos totalmente diferentes de aquellos que tuvo como marco de referencia para montar su oposición.

“Evidentemente, como lo ha señalado esta Corporación, se trata de una ‘... regla de conducta para el juez, a quien, en consecuencia, se le veda sustentar su decisión en hechos distintos de los consignados por el actor en su demanda. Si el juez rebasa esta regla, o sea, si, prescindiendo del esquema factual trazado en el escrito incoativo del proceso, hace descansar su resolución en una causa petendi, diferente, aún a pretexto de ser ésta la que aparece probada, incurre en incongruencia, la cual, como se sabe, constituye un vicio de actividad, pues aquél habrá desatendido una de las pautas que la ley señala para el proferimiento de la sentencia’ (G.J. t. CCXXV, Pág. 246)”. (Sentencia de 24 de octubre de 2006, Exp. No. 66682-31-03-001-2002-00058-01; se subraya).

2.5. En sentencia posterior, la Corte, con la misma claridad, expuso lo siguiente:

“La falta de congruencia se presenta cuando el juzgador desconoce la simetría, correlación o correspondencia objetiva entre lo planteado por las partes y su decisión, bien por exceso al conceder más de lo pedido (ultra petita partium) o pronunciarse sobre peticiones no incoadas (extra petita partium), ora por no resolver las pretensiones o excepciones formuladas o aquellas que debe declarar ex officio (citra o minima petita partium), bien por omitir los hechos de la demanda al margen de su interpretación (CLXXXVIII, p. 64 y 163) y no cuando sus decisiones se basan en argumentaciones jurídicas o incurre en un yerro fáctico, o se censura la simple divergencia con sus consideraciones.”

“Justamente, el principio de congruencia constituye un verdadero límite de competencia para la función decisoria del juez, al propender porque cuando se desate un conflicto, el fallo definitorio no se pronuncie sobre más (ultra petita), menos (minima petita) o algo diferente (extra petita) de lo que fue reclamado por las partes, en tanto ello además de representar un proceder inconsulto y desmedido, podría aparejar la vulneración del derecho a la defensa de los demandados, quienes a pesar de avenirse a los derroteros que demarca la discusión dialéctica ventilada en el juicio, se hallarían ante un decisión definitoria sorpresiva que, por su mismo carácter subitáneo e intempestivo, no pudieron controvertir. En otros términos, por mandato del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”, precepto que impone al juez, según la jurisprudencia de la Corte, “una actividad de conducta al decidir el proceso que, en síntesis, puede expresarse diciendo, que el fallo con que se finiquite un conflicto judicial, de un lado, debe comprender y desatar la totalidad de los extremos que integran la litis y, de otro, no puede superar en nada los límites que de esos mismos extremos se desprendan” (Sentencia de Casación (18) de junio de dos mil nueve (2009). REF: 11001-3103-014-1997-04420-01. M.P. WILLIAM NAMÉN VARGAS)

2.6. Por consiguiente, trazado por los litigantes el cuadro de instancia, únicamente dentro del mismo es como puede ejercer su poder el juzgador; vale decir, su pronunciamiento sólo

podrá versar en torno del objeto pedido y por la causa expuesta, determinada esta por la narración de hechos que se pretende hacer valer.

2.7. Desde luego que si en la demanda se encuentra la pretensión del actor, consecuentemente, la sentencia debe estar en correspondencia con aquella, pues la resolución que se tome ha de apoyarse solamente en las pretensiones señaladas y en los hechos aducidos oportunamente, por cuanto unas y otros configuran la causa jurídica de la que debe emanar el derecho en la extensión que el interesado logre pobrar.

2.8. En síntesis, lo dicho en precedencia viene a ser el desarrollo del principio de la congruencia de las sentencias *-sententia debet esse conformis libello-*, según el cual éstas deben atenerse a las súplicas planteadas y a los hechos señalados en la demanda, sin que puedan considerarse otras súplicas o supuestos fácticos, so pena de incurrir el juzgador, por yerro *in procedendo*, en providencias inconsonantes por fallar por fuera de lo pedido *-extra petita-*, o por conceder algo distinto de lo solicitado *-ultra petita-*.

2.9. Es claro que la exacta reclamación ha de deducirse de los hechos y de las peticiones expuestas en la solicitud de incidente, pues este preciso marco es el que vincula al fallador, limitando su campo de acción, de manera que, valga repetirlo, la sentencia está limitada a declarar y reconocer las consecuencias jurídicas con base en el objeto pretendido y la causa petendi.

2.10. Al respecto, ha expresado la Corte:

“Con todo, debe tenerse en cuenta que esa labor no puede ser arbitraria e indiscriminada, sino que tiene lindes infranqueables, habida cuenta que el intérprete no está facultado para extractar del libelo algo diferente de lo verdaderamente resultante de un análisis lógico e integral, de modo que le estará vedado ‘moverse ad libitum o en forma ilimitada hasta el punto de corregir desaciertos de fondo, o de resolver sobre pretensiones no propuestas, o decidir sobre hechos no invocados’. Porque en tal labor de hermenéutica no le es permitido descender hasta recrear una causa petendi o un petitum, pues de lo contrario se cercenaría el derecho de defensa de la contraparte, y, por demás, el fallo resultaría incongruente”. (G.J. t. CCXVI, Pág. 520; en similar sentido, sentencias de 26 de junio de 1986, 28 de febrero de 1992, 23 de septiembre de 2004).

2.11. Ciertamente, si como lo expresamos, las peticiones y los hechos contenidos en la solicitud de incidente enmarcaban el ámbito exacto dentro del cual podía moverse el Juzgado de primera instancia, inane resultaría cualquier esfuerzo que se intentara con el propósito de entender aquéllas y éstos de otro modo, de manera que, frente a tal claridad, no le era dable al *a quo* venir a reemplazar o sustituir a la parte actora en la definición del proceso, con grave quebranto del derecho de defensa de mi representada.

2.12. En el caso concreto, en virtud de principio de congruencia resaltado, le correspondía al Juzgado de primera instancia resolver el incidente iniciado por la ETB con dos parámetros:

- (i) El monto expresamente solicitado, es decir, la suma máxima de \$4.695'693.519; que corresponde a la aplicación de las tasas de 11,34% para 2017 y 12,37% para 2018 sobre las sumas embargadas; y
- (ii) La causa invocada y/o el objeto pretendido por la ETB; esto es, la supuesta “rentabilidad mínima” que habría dejado de obtener la ETB por las “inversiones” y/o “negocios” propios de su giro ordinario y presuntamente dejados de realizar como consecuencia de la medida cautelar de embargo.

2.13. Además, la ETB debía probar satisfactoriamente el daño como elemento esencial e indispensable para determinar la responsabilidad civil de un sujeto, máxime cuando la medida de la reparación del daño no puede ser otra distinta al daño mismo. Es decir, que el resarcimiento del daño está limitado a la extensión de este último y nada más.

2.14. No obstante, es claro que el Juzgado sustentó el fallo en hechos no relatados en lo solicitado por la ETB, como quiera que:

- (i) La ETB NO solicitó el reconocimiento de intereses civiles;
- (ii) La ETB tampoco solicitó el reconocimiento de intereses comerciales sobre la suma de dinero embargada;
- (iii) Mucho menos pidió la actualización de las sumas de dinero, ni su corrección monetaria;
- (iv) La ETB tampoco invocó como causa de su petición el hecho de que las sumas embargadas podrían haber generado un interés cercano al interés bancario corriente; interés que tampoco se probó en el curso del trámite incidental, sino que se supuso aplicable por el *a quo*.
- (v) La ETB tampoco solicitó el reconocimiento de otro tipo de perjuicio económico;

- (vi) Ni mucho menos solicitó la aplicación de tasas o intereses por la sumas embargadas diferentes ni superiores a las tasas del “costo de oportunidad” indicadas en el escrito inicial, esto es, de 11,34% para 2017 y 12,37% para 2018.

2.15. A pesar de lo anterior, el Juzgado de primera instancia concedió tasas de interés no solicitadas, sobre causas o fundamentos fácticos no pedidos, y sustentó su fallo en circunstancias no probadas, con lo que extralimitó su función como operador judicial.

2.16. Y es que si la ETB, en su condición de comerciante experto, consideró que sus únicos perjuicios correspondían a la presunta “rentabilidad mínima” dejada de percibir por no poder desarrollar inversiones y/o negocios con el dinero embargado, era sobre ese marco que el Juzgado se debía pronunciar. Y si en ese marco se encontraba, como en efecto se encontró, que la ETB no había podido demostrar el daño y el perjuicio sufrido en los términos por dicha entidad indicados, entonces nada distinto podía haber hecho el a-quo que denegar las peticiones.

2.17. En el caso que nos ocupa es evidente que el Fallo cuestionado se pronunció sobre asuntos y supuestos de hecho no alegados en el escrito de solicitud de apertura el incidente, por lo que el mismo se define como “*extra-petita*”.

2.18. Lo anterior, como ya se dijo, constituye una desviación frente a la normatividad procesal que establece la imposibilidad que le asiste al juez para apartarse del texto progenitor del incidente, en este caso el promovido por parte de la ETB, para generar una condena al pago de perjuicios cuando el hecho supuestamente lesivo y alegado por el incidentante no generó ningún daño ni perjuicio a la ETB, como el mismo *a quo* no halló probado.

2.19. Por ende, es claro que la sentencia de 17 de septiembre de 2020 constituye un fallo incongruente, pues superó el marco de lo solicitado por la ETB y se volcó a conceder perjuicios no reclamados y que tampoco fueron demostrados, generando así un fallo evidentemente por fuera de lo pedido que debe ser revocado para que, en su lugar, se decrete la absolución del Banco incidentado.

3. El fallo de primera instancia también es *ultra -petita*

3.1. Sobre los efectos de los fallos tiene dicho lo siguiente la Corte:

“(…) Es bien sabido que el principio de la congruencia que debe informar a la sentencia, se infringe ‘cuando hay falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, en cualquiera de estas formas: 1) ultra petita: si provee sobre más de lo pedido; 2) extra petita: si provee sobre pretensiones o excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas y, 3) mínima petita: cuando omite decidir sobre todo lo pedido (sent. 107 de julio 21 de 1993, exp. 4383, reiterada en mayo 16 de 2000, exp. 6295).” (Sentencia de 7 de marzo de 2017 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia – MP. Álvaro Fernando García. SC3085-2017. Radicación 2007 – 00233-01)

3.2. En el caso que nos ocupa el Fallo también debe ser considerado “ultra-petita”, esto es, que concedió más allá de lo pedido, pues la condena al pago de intereses comerciales contenida en la sentencia de primera instancia, no sólo no había sido solicitada por la ETB, sino que además en la práctica superaba con creces lo solicitado por dicha entidad.

3.3. Esto, pues los porcentajes de supuesta “rentabilidad mínima” definidos por la ETB como el “costo de oportunidad” de no haber podido contar con los recursos reclamados, oscilaban entre el 11,34% para 2017 y el 12,37% para 2018, que son muy inferiores a las tasas del interés bancario corriente según las cifras de la Superintendencia Financiera de Colombia.

3.4. Por lo anterior, a pesar de que la sentencia de primera instancia recortó el cálculo del perjuicio para hacerla coincidir con lo pedido en el escrito de apertura al trámite incidental, es claro que la condena impuesta en términos de aplicación del interés bancario corriente constituyó un fallo ultra-petita que urge ser revocado, por las razones hasta acá expuestas.

4. Desconocimiento del debido proceso y del derecho de defensa del Banco

4.1. El derecho fundamental al debido proceso se encuentran estrechamente relacionado con el principio de congruencia, sobre el cual la Corte Constitucional dijo lo siguiente en sentencia T-455 de 2016:

“24.1. El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso. Esto, además, garantiza el derecho a la defensa de las partes, puesto durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados.”

4.2. No cabe duda que con el Fallo se quebranta gravemente el derecho al debido proceso en perjuicio del Banco, por cuanto se vio intempestivamente sorprendido por una decisión *extra-petita* y *ultra-petita*, fundamentada en motivos que no tuvo oportunidad de replicar, en la medida de que los mismos no fueron alegados por parte de ETB, ni siquiera mencionados en la promoción del incidente realizada.

4.3. En el presente evento, como ya se dijo, la ETB planteó un marco concreto sobre el que pretendía sustentar su reclamo de perjuicios. Sobre el particular, tal y como lo reconoció el propio fallo de primera instancia, la ETB no probó ni demostró los supuestos de su petición basada en la supuesta “rentabilidad mínima” dejada de percibir, y sustentada en el “costo de oportunidad” calculado como la tasa WACC. Y precisamente fue sobre esos aspectos concretos que giró el debate fáctico, jurídico y probatorio.

4.4. No obstante, en el fallo de primera instancia simplemente se involucraron aspectos y situaciones sobre las que el Banco no había tenido la oportunidad de defenderse y ni siquiera pronunciarse, como lo es la aplicación de intereses civiles o comerciales, o el hecho de que se supusiera como tal la existencia de un perjuicio sin necesidad de prueba del mismo.

4.5. Y es que cabe recordar que fue la misma ETB la que acudió al operador judicial para reclamar la condena de unos perjuicios concretos y determinados, sobre las bases que según el conocimiento del supuesto daño tuvo a bien exigir vía incidente (art. 128 C.G.P.), por lo que mal podía el *a quo* adicionar la petición objeto de litigio y pronunciarse sobre aspectos no pedidos, no discutidos y no valorados.

4.6. Así, el fallo de primera instancia genera una vulneración del derecho de defensa del Banco y, por ende, del debido proceso, lo que afecta la legalidad del fallo de 17 de septiembre de 2020 y obliga a su revocatoria.

5. El fallo de primera instancia presume la existencia de daño

5.1. En relación con el daño, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho lo siguiente:

“Pero cuando no hay daño emergente, porque no exista demostración de la pérdida de la cosa o la prestación debida, el lucro cesante puede estimarse constituido por la pérdida o la falta de ganancia frustrada y no percibida por el bien indebidamente embargado y secuestrado calculada sobre el valor que habría de tener la cosa en caso de perecimiento. De

allí que el lucro cesante por medidas cautelares abusivas pueda estar igualmente representado en la rentabilidad que habría de producir sin haberse percibido el valor del precio que tiene o tendría la cosa embargada y secuestrada en las condiciones antes mencionadas, cuando precisamente estando ella destinada a venderse por efecto de dicha medida cautelar no se puede hacer oportunamente la negociación correspondiente, lo que, consecuentemente, al impedir la obtención del precio de su venta, tampoco puede percibirse la rentabilidad que debió producir la suma de dinero de dicho precio. Por esa razón el referido lucro cesante puede estimarse como la rentabilidad que debió producir el valor de la cosa abusivamente embargada y secuestrada que estaba a la venta.

Sin embargo, reitera la Corte que mientras lucro cesante especial debe aparecer plenamente acreditado, por el contrario, tratándose de obligaciones dinerarias, originarias o derivadas por la ordinaria actividad mercantil como la antes mencionada, dicho lucro se presume porque "el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo" (...). (Art. 1617, regla 2a., C.C.). (Sentencia del 2 de agosto de 1995 MP. Dr. Pedro Lafont Piannetta. Expediente No. 4159).

5.2. En consonancia se ha pronunciado la Corte Constitucional. Por ejemplo, en la sentencia T-901 de 2020, mencionada por el *a quo*, se estableció lo siguiente:

"3. La condena preceptiva consagrada en el artículo 510 del C.P.C. no exime al incidentante de la carga de la prueba del daño causado

(...)

La Corte Suprema de Justicia ha sido clara y reiterativa en afirmar que no se presumen los perjuicios por interposición de medidas cautelares dentro de un proceso ejecutivo cuando prosperan las excepciones del ejecutado. Será necesario en consecuencia demostrar que de la interposición de las medidas se derivaron perjuicios para el demandado en el proceso ejecutivo." (Subrayas fuera de texto).

5.3. Se desprende de las providencias citadas que *"el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses"*, de lo que se concluye, sin esfuerzo, que si el acreedor está solicitando algo diferente o adicional, debe probarlo.

5.4. De hecho, los mismos fallos citados señalan con claridad ese deber de probar el presunto perjuicio derivado del embargo de un bien. La sentencia de 2 de agosto de 1995 destaca que existe perjuicio *"(...) cuando precisamente estando ella destinada a venderse por efecto de dicha medida cautelar no se puede hacer oportunamente la negociación correspondiente (...)"*, lo que muestra con claridad que es necesario que se pruebe que la cosa embargada estaba "destinada a venderse" o usarse, y que dicha "venta" se vio frustrada por la medida cautelar.

5.5. En el caso que nos ocupa, la ETB señaló que el dinero embargado sería utilizado en inversiones y proyectos propios del "giro ordinario" de sus negocios, sin demostración alguna de ello. Esto no obsta para indicar, como ya se dijo, que la ETB NO solicitó el

reconocimiento de intereses, sino el pago de una “rentabilidad mínima” dejada de obtener de esos negocios frustrados o dejados de ejecutar.

5.6. Por lo tanto, al no haberse solicitado intereses, le correspondía a la ETB probar y demostrar el presunto daño sufrido y, al *a quo*, no le era dable simplemente presumir el daño ni el consecuente perjuicio, ni asumir que lo que se debía entonces conceder eran intereses, mucho menos comerciales.

5.7. Vale la pena, en este punto, mencionar otro pronunciamiento de la Corte Suprema, en el que señaló:

“Al respecto, el juzgador sin menoscabo de sus deberes y facultades en los asuntos oficiosos, está obligado a fallar conforme a lo alegado y probado (iuxta allegata et probata iudicare debet), y ‘toda ‘decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso’, sujetas a su valoración racional e integral ‘de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos’ (artículos 174 y 187 C. de P.C.), correspondiendo al demandante y no al juez la carga probatoria (actori incumbit probatio) con elementos probatorios idóneos, y sujetos a contradicción y, en contrapartida, al demandado demostrar in contrario (reus in excipiendo fit acto), pues, al tenor del artículo 177 del C. de P.C. ‘incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen’, cuestión que en la autorizada opinión de Francisco Carnelutti ‘se desarrolla en procura de demostrar los supuestos fácticos que sustentan su proposición.’ (cas. civ. sentencia de 25 de enero de 2008, [SC-002-2008], exp. 00373).” (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 28 de abril de 2011. Magistrado ponente WILLIAM NAMÉN VARGAS. Referencia: 41001-3103-004-2005-00054-01),

5.8. En el caso bajo examen el *a quo* se extralimitó en sus funciones y reconoció unos intereses no solicitados ni probados, asumiendo que el dinero embargado por sí solo generaba una utilidad, cuando, por el contrario, los Estados Financieros de la ETB indicaban un creciente efectivo en caja, bancos y corporaciones sin uso o destinación aparente, que de suyo demostraban la inexistencia de ese uso y, por ende, la inexistencia del daño que el Juzgado de primera instancia decidió presumir.

5.9. Por lo tanto, resulta necesaria la revocatoria del Fallo de 17 de septiembre de 2020, por cuanto el Juzgado de primera instancia partió de la base de supuestos fácticos no solicitados y no probados, que le llevaron a presumir la existencia de un daño no solicitado y mucho menos probado, pues, como ya se dijo, la ETB no solicitó simplemente el pago de intereses, sino que utilizó un sustento fáctico diferente que no se probó con la presentación del incidente y que tampoco se logró probar durante el trámite.

6. El Fallo de primera instancia parte del supuesto de que la parte derrotada en el proceso ejecutivo está obligada a resarcir perjuicios por esa sola condición

6.1. En sentencia del 28 de abril de 2011 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia analizó una reclamación formulada con el fin de estimar los daños causados con la práctica de una medida cautelar en el curso de un proceso ejecutivo, caso en el cual concluyó:

“(...) la referida pretensión está llamada a fracasar, pues la entidad demandada ‘...tuvo motivos legítimos para promover el frustrado proceso Ejecutivo’, ya que estaba dotada de un título ejecutivo que legitimaba su pretensión frente a la demandada. No hizo uso de su derecho con desmesura ni ligereza ‘...solo procedió como lo haría cualquier acreedor ante la evidencia de una obligación insoluta’. El triunfo de los demandados no les deriva, por sí solo, consecuencias adversas, pues aún hoy es discutible” (sent. cas. civ. de 25 de febrero de 2002, Exp. No. 5925)” (cas.civ. sentencia de 14 de febrero de 2005, exp. 12073).³ (Subrayas fuera del texto original).

6.2. Aterrizado lo anterior al presente caso, es claro que el Banco ejerció su derecho de acceder a la justicia para litigar su causa, contando también con un título valor contentivo de una obligación clara, expresa y exigible que legitimó la acción ejecutiva promovida en contra de la ETB, tal y como lo hubiera hecho cualquier otro acreedor en la misma posición del Banco.

6.3. Es más, la posición del Banco, totalmente ajena a la relación contractual subyacente y que había dado origen al título valor (factura) con el que se inició el proceso ejecutivo de la referencia, fue refrendada y reiterada por el Consejo de Estado en Auto de 22 de agosto de 2017, en el que dijo:

“Además, se advierte que, su permanencia dentro del proceso no resulta necesaria para resolver las demás pretensiones contractuales de las que sigue conociendo esta jurisdicción, como quiera que la entidad financiera endosataria del título valor es, por completo, extraña al contrato.”

6.4. No obstante, sobre esa consideración el *a quo* no se pronunció, ni dijo nada sobre el hecho de que la actuación del Banco en el proceso ejecutivo había sido adelantada dentro de la buena fe procesal.

6.5. Sobre este particular tiene dicho lo siguiente el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, en sentencia de 8 de octubre de 2019:

³ Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Civil. Sentencia del 28 de abril de 2011. MP WILLIAM NAME VARGAS. Radicado 41001-3103-004-2005-00054-01

“Es por eso que, en este específico asunto, considerando cada una de las características factuales que rodearon la situación surgida entre los aquí enfrentados, no es dable predicar que la entidad ejecutante haya actuado desprovista de una justa causa litigandi en detrimento de los intereses de la entidad incidentante, como quiera que – evocando reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Civil para aplicarlos al presente asunto, mutatis mutandi- “(..) la referida pretensión está llamada a fracasar, pues la entidad demandada [aquí incidentada]’... tuvo motivos legítimos para promover el frustrado proceso Ejecutivo’; ya que estaba dotada de un título ejecutivo que legitimaba su pretensión frente a la demandada. No hizo uso de su derecho con desmesura ni ligereza’ ... solo procedió como lo haría cualquier acreedor ante la evidencia de una obligación insoluta’ El triunfo de los demandados no les deriva, por sí solo, consecuencias adversas, pues aún hoy es discutible’ (Sent. Cas. Civ. De 25 de febrero de 2002, Exp. No. 5925) (cas. Civ. Sentencia de 14 de febrero de 2005, exp. 12073)”

6.6. Por el contrario, la Sentencia de 17 de septiembre de 2020 partió del supuesto de que el Banco, por el solo hecho de haber sido derrotado en el proceso ejecutivo, estaba llamado a resarcir unos presuntos daños y perjuicios a la ETB, sin que esta tuviera el deber de demostrarlos y como si la actuación del Banco por sí sola hubiera sido contraria a la buena procesal.

6.7. En este orden, es claro que el fallo atenta también contra el criterio de la “causalidad adecuada”, el cual es ampliamente utilizado por la jurisprudencia nacional en fallos de responsabilidad civil. Sobre el particular la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil ha dicho:

“En el derecho, como no se analizan fenómenos en masa sino acontecimientos particulares, únicos e irrepetibles, la construcción de enunciados probatorios no precisa de estudios de probabilidad estadística sino de métodos de formulación de hipótesis que toman como base criterios normativos que permiten considerar los datos que se aportan al proceso como hechos con relevancia jurídica.

Una interpretación causal sobre los datos que interesan al proceso (enunciados) significa que los hechos probados (referencia) son comprendidos con adecuación a un sentido jurídico (significado). «La ciencia del derecho –explicaba Kelsen– crea su objeto en tanto y en cuanto lo comprende como un todo significativo». El acaecer adecuado a un sentido jurídico (causalidad adecuada) quiere decir que los hechos de la experiencia deben estar jurídicamente orientados u ordenados para que sean comprensibles para los efectos que interesan al proceso. Si falta la adecuación de sentido nos encontraremos ante una mera probabilidad estadística no susceptible de comprensión o interés para el derecho, por mucho que la regularidad del desarrollo del hecho se conozca con precisión cuantitativa. La causalidad que interesa al derecho es, entonces, la causalidad jurídica, es decir la causalidad adecuada a un sentido jurídico, que es lo mismo que una causalidad orientada por criterios normativos o de imputación: «...la causalidad adecuada que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia como explicación para la atribución de un daño a la conducta de un agente, debe ser entendida en términos de ‘causa jurídica’ o imputación, y no simplemente como un nexo de causalidad natural»⁴

⁴ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Radicación n° 11001-31-03-027-2010-00578-01 del 12 de enero de 2018, MP ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

6.8. En el caso que nos ocupa, como se viene diciendo, es claro que el *a quo* se apartó completamente de las referencias del proceso (hechos probados), aterrizando en un fallo condenatorio con base en un nexo de causalidad meramente “natural”. Esto implica que el juez de primera instancia no falló con base en un criterio normativo de imputación basado en los hechos del proceso, por lo que incurrió en un yerro al apartarse de los postulados de la responsabilidad civil y los límites del proceso que fueron establecidos por el mismo incidentante, pues condenó al pago de un daño que en su mismo fallo establece no se probó, por lo que incurrió en craso error al justificar la razón de su fallo en hechos que resultan ser irrelevantes para el derecho.

6.9. Por estos motivos, resulta necesario que el H. Tribunal revoque en su integralidad el Fallo de 17 de septiembre de 2020 y, en su lugar, absuelva al Banco del pago de cualquier suma de dinero a la ETB.

7. No se puede presumir que un embargo de dinero, por sí solo, ocasiona un daño

7.1. El daño es el elemento indispensable para poder endilgar la responsabilidad de un hecho lesivo susceptible de resarcimiento. Al respecto tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“La indemnización de perjuicios materiales o patrimoniales, comprende las compensaciones relativas a la pérdida, destrucción o deterioro real y efectiva del patrimonio económico, la erogación o gasto necesario para su recuperación o restablecimiento (damnum emergens) y a la privación de la utilidad, beneficio, aumento o provecho que deja de percibirse por la lesión y sin la cual se hubiera percibido (lucrum cessans), o en otros términos, alcanza todo el daño causado, cierto, actual o futuro, mas no eventual ni hipotético (artículo 16 de la Ley 446 de 1998)”. Sentencia del 09 de julio de 2010. Expediente 11001-3103-035-1999-02191-01. MP. Dr. William Namen Vargas.

7.2. Se desprende de la citada providencia que el daño, para ser indemnizado, no puede ser eventual ni hipotético, sino que tiene que ser cierto, concreto, serio y directo.

7.3. En forma particular, sobre el daño que se puede desprender de la práctica de medidas cautelares, han sido varios los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil que han establecido que no se presumen los daños ni los perjuicios

por la práctica de medidas cautelares y por tanto no basta con alegarlos, sino que quien reclama está obligado a probarlos. Veamos:

"Como especie particular de culpa aquiliana, el empleo abusivo de las vías de derecho sólo puede ser fuente de indemnización, cuando, simultáneamente con la demostración de la temeridad o mala fe con que actúa quien se vale de su ejercicio, el ofendido acredita plenamente el daño que ha sufrido y su relación causal con aquéllas. De manera que ésta sigue la regla general predicable en materia de responsabilidad civil extracontractual, esto es, que el perjuicio sólo es indemnizable en la medida de su comprobación."⁵ (Subrayas fuera del texto original)

7.4. Lo anterior, lejos de haber sido un pronunciamiento aislado de la Sala de Casación Civil, fue reiterado en fallo posterior, así:

"1.2.2. Con todo, la Sala reitera su jurisprudencia en el sentido de que se trata de alternativas procesales de un tipo especial de responsabilidad civil extracontractual. En efecto, en sentencia del 12 de julio de 1993 (Cas. En proceso de Guillermo A. Salazar contra la Soc. Cial. Franco Hermanos Ltda., aún sin publicar) dijo esta Corporación: "Nada distinto a lo ya expuesto emerge de la condena preceptiva al pago de perjuicios contemplada en el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil, pues si bien es verdad que su imposición otorga a la parte favorecida con la misma el privilegio de no tener que acudir a proceso diferente para obtener su indemnización, no por eso debe entenderse ella liberada de demostrar los requisitos comunes a esta especie de responsabilidad, por cuanto no es admisible colegir que con la consagración legal de esa condena el legislador se propuso establecer una presunción del daño."⁶

7.5. En el mismo sentido, dijo lo siguiente la Sala de Casación Civil en Sentencia del 9 de marzo de 2012, la cual reza:

"(...) el daño es uno de los presupuestos estructurales imprescindibles de la responsabilidad, sin cuya existencia y plena probanza en el proceso, es evanescente e ilusoria, a punto de resultar innecesaria la verificación y análisis de sus restantes elementos, desde luego que, ante su ausencia no surge ninguna obligación indemnizatoria.

"En efecto, la Corte de antiguo, destaca esta exigencia por cuanto 'dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se de responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria' (cas. civ. sentencia de 4 de abril de 1968, CXXIV, 62), naturalmente que, este requisito 'mutatis mutandis, se erige en la columna vertebral de la responsabilidad civil, en concreto de la obligación resarcitoria a cargo de su agente (victimario), sin el cual, de consiguiente, resulta vano, a fuer de impreciso y también basta especulativo, hablar de reparación, de resarcimiento o de indemnización de perjuicios, ora en la esfera contractual, ora en la extracontractual' (cas. civ. sentencia de 4 de abril de 2001, [S-056-2001], exp. 5502)".

⁵ CSJ, sent. jul. 12/93. M.P. Nicolás Bechara Simancas

⁶ Sentencia de casación del 2 de diciembre 1993. Expediente 4159. MP Pedro Lafont Pianetta.

7.6. De este recuento jurisprudencial se desprende de manera diáfana que al juzgador no le está dado presumir los perjuicios que eventualmente se puedan causar en la aplicación de una medida cautelar y, por parte del ejecutado, que no le basta con alegar el perjuicio porque necesariamente debe probarlo so pena de no cumplir con los requisitos comunes a cualquier evento de responsabilidad civil que pretende el resarcimiento de un daño.

7.7. En el caso que nos ocupa el Fallo de 17 de septiembre de 2020 partió de la suposición de que el solo hecho de la privación del dinero generó, *per se* y de forma automática, un menoscabo patrimonial (y por ende un daño) a la ETB. Así, en el Fallo que se apela, el *a quo* erradamente presumió que el embargo *per se* había constituido un daño resarcible a favor de la ETB.

7.8. El Juzgado de primera instancia olvidó que lo que había aducido la ETB como motivos y causa del incidente, era que la medida cautelar de embargo practicada dentro del proceso ejecutivo promovido por el Banco le había causado un supuesto daño (y su consecuente perjuicio) por el hecho de no haber podido disponer del dinero retenido durante el periodo en el que estuvo vigente la medida, lo que le frustró, supuestamente, la posibilidad de llevar a cabo los proyectos de inversión propios del giro ordinario de sus negocios.

7.9. No obstante, en el curso del incidente el mismo *a quo* reconoció la ausencia del daño alegado por la ETB, en la medida de que esta última no probó su ocurrencia. Así aparece dicho en la Sentencia objeto de este recurso:

“(...) la aproximación a la tasa de interés por la probabilidad de explotación o generación de utilidad en las sumas de dinero cauteladas resulta insuficiente en lo que demostró ETB, porque ni sus dictámenes o sus testigos fueron capaces de articular razonadamente las fuentes de implementación de tasas de interés como que si quiera aportó un estudio de las utilidades operacionales (...) indicada en cada línea de negocio y su aplicación a la masa monetaria equivalente \$21.252.609.462, que fue el valor retenido, y menos aun demostraron la incidencia del débito bancario en las fechas señaladas. Luego, como dijo el perito de ETB en su dictamen, comprobar la pérdida de oportunidad o WACC en este caso es asunto que resulta improbable aunque no imposible.”

7.10. Así las cosas, el hecho de que el proceso ejecutivo se hubiera resuelto en contra de los intereses del Banco no implica que la práctica del embargo por si misma tenga la virtualidad de haber generado un daño susceptible de reparación, asunto frente al cual la ETB tuvo la oportunidad procesal de acreditar la existencia del daño a través de todos los medios de convicción que tuvo a su disposición pero aún así no lo logró, pues tal daño no

ocurrió. Por tal razón, el *a quo* incurrió en un error al asimilar, al menos indirectamente, el embargo al daño y así condenar al pago perjuicios.

7.11. Lo que en este caso sí quedó acreditado fue que el supuesto hecho lesivo no generó un resultado nocivo y por ende no existe responsabilidad alguna que se le deba endilgar al Banco y mucho menos procede la indemnización, en la medida de que no existe perjuicio que deba ser resarcido.

7.12. Así las cosas, en el presente incidente quedó plenamente establecido que el supuesto daño imputable al Banco no se logró probar, por lo cual queda completamente descartada la obligación de indemnizar, que no podía sustentarse en presunciones, como ocurrió en la Sentencia discutida.

7.13. Es por esta razón, además de las otras que se exponen en este recurso al Honorable Tribunal, que el Fallo de 17 de septiembre de 2020 debe ser revocado integralmente.

8. No se probó que el dinero embargado fuera a tener uso determinado alguno

8.1. En consonancia con lo señalado en el acápite anterior, es claro que el fallo de 17 de septiembre de 2020 parte del supuesto de que el dinero embargado a la ETB iba a ser usado.

8.2. No obstante, dentro del trámite incidental no obra ninguna prueba sobre la forma de uso del dinero por parte de la ETB:

- (i) La ETB no trajo al pleito explicaciones ni demostraciones sobre sus negocios, proyectos o inversiones.
- (ii) La ETB no trajo al pleito explicaciones ni demostraciones sobre los certificados de disponibilidad presupuestal o registros presupuestales en los que amparase la ejecución de proyectos.

8.3. El Fallo de primera instancia parte del supuesto de que la ETB iba a poner el dinero a buen uso. Más aún, parte del supuesto de que la ETB lo iba a usar en operaciones comerciales y/o negocios mercantiles, basado en la simple manifestación de esa entidad, sin que existiera prueba de ello.

8.4. Lo cierto es que nada de ello fue soportado o demostrado por la ETB y, por ende, se parte de una presunción de uso del dinero que no tiene asidero fáctico ni jurídico, y que se redujo a una simple manifestación.

8.5. Por lo anterior, se solicita nuevamente que se revoque el fallo, pues la ETB debía probar que daría uso particular y determinado al dinero, máxime cuando eso fue precisamente lo que señaló como daño irrogado al formular el incidente resuelto por la sentencia de 17 de septiembre de 2020.

9. La ETB no tuvo un daño cierto y directo en los términos indicados en el escrito de apertura al incidente

9.1. Por daño debe entenderse la lesión al interés jurídico tutelado. Es decir, la afectación concreta, material y cierta a un derecho. Por perjuicio, se entiende la materialización económica de esa lesión. Al respecto, menciona la Corte Suprema de Justicia:

“Como elemento estructural de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, el daño es “todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad”. Además, es el requisito “más importante (...), al punto que sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna” (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01).

1.2. Para que sea “susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’” (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad n.º 6879).

1.3. La condición de ser directo exige, en el caso de la primera de las dos clases de responsabilidad atrás mencionada – contractual-, que él sea resultado de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno.

En el fallo atrás citado, la Corte añadió que “cuando se pretende judicialmente el pago de perjuicios, al actor le corresponde demostrar, salvo los casos de presunción de daño, como ocurre con la cláusula penal y el caso del numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil, la lesión o menoscabo en su patrimonio, bien por su pérdida real y efectiva, ora de una ventaja o ganancia, ocasionado por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del dendor. Significa esto que el daño susceptible de reparación deber ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’” (CSJ, SC ib; se subraya).

1.4. El otro requisito se refiere a la real existencia y veracidad del daño, temática respecto de la cual esta Corporación, entre muchos otros pronunciamientos, ha puntualizado:

No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia- como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener un resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia (v.gr.: intereses moratorios). (...).

Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, ‘ repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyen y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración’ (LVIII, pág. 113) (CSJ, SC del 25 de febrero de 2002, Rad. n.º 6623,”. (Negrillas y subrayas propias) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2016. SC 16690-2016 M.P. ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.)

9.2. En el caso que nos ocupa, vale recordar que lo que la ETB adujo como daño fue la presunta imposibilidad de realizar inversiones propias del giro ordinario de sus negocios, a raíz de una medida cautelar de embargo, y que derivan en una supuesta “(...) *rentabilidad mínima que se hubiera obtenido mediante la inversión del dinero embargado, en los proyectos propios del giro ordinario de la compañía (...)*”. Como perjuicio reclama entonces la suma de \$4.695’693.519, correspondiente a dicha “rentabilidad”.

9.3. La ETB no demostró en ningún momento como la inmovilización de los recursos constituyó un daño cierto y directo para dicha entidad, mucho menos en los términos solicitados.

9.4. Se tiene ya dicho que:

- (i) La ETB no explicó ni siquiera cuales inversiones habría realizado de no haberse generado el embargo en suma de \$21.252.609.462, pues al expediente no se allegó ni un solo documento que de certeza de la existencia de un proyecto de inversión alguno.
- (ii) La ETB mucho menos demostró que existieran proyectos de inversión que fueren a ser financiados única y exclusivamente con los \$21.252.609.462 embargados. Es más, se reitera que dentro del plenario no obra ni un solo

documento que evidencie que dichos recursos eran un partida de destinación específica que fuera a ser utilizada para el desarrollo de un proyecto en particular.

- (iii) Mucho menos se probó que hubiera habido algún proyecto o inversión que se hubiera visto frustrado materialmente por la medida cautelar de embargo, a pesar de que eso es lo que exigen probatoriamente la ley y la jurisprudencia.
- (iv) En resumen, no existe ninguna prueba, siquiera sumaria, que evidencie, pruebe o demuestre como un hecho cierto e indiscutible la realización de los proyectos de inversión citados como fundamento de sus pretensiones indemnizatorias o la eventual “rentabilidad” que se iba a obtener con la realización del supuesto proyecto.

9.5. Por el contrario, quedó demostrado que:

- (i) Según los estados financieros de los años 2017 y 2018, la ETB contaba con liquidez en caja y bancos de \$226 mil millones y \$377 mil millones para los años 2017 y 2018⁷ respectivamente, sumas que le permitían a dicha entidad realizar las inversiones y/o mantener la operación del giro ordinario de sus negocios sin ningún tipo de afectación, pero que aduce no haber podido desarrollar como resultado de la medida cautelar de embargo.

En relación a lo expresado anteriormente, es importante señalar que la suma embargada era inferior al 10% de los activos disponibles con que contaba dicha compañía para el cierre del año 2017, e inferior al 5% para el cierre del año 2018, por lo cual resultaba improbable que en realidad se hubiera afectado el giro ordinario de sus negocios y, como se evidenció en el curso del incidente, esa improbabilidad se tradujo en el hecho de que la ETB no hubiera logrado probar el supuesto daño por el hecho lesivo alegado (circunstancia reconocida por el propio *a quo*), lo que de suyo lleva a concluir que no existe perjuicio que debiera ser indemnizado.

- (ii) Que de forma concomitante con el embargo ordenado en el marco del proceso ejecutivo, la ETB tenía deudas fiscales con la DIAN por valor de \$48.207'391.000 a julio de 2017, y por más de \$12 mil millones de pesos a mayo de 2019, que permiten concluir que aún si hubiera contado con los recursos

⁷ Corresponde a las cifras de efectivo sin restricciones de uso según los Estados Financieros de la ETB.

embargados, habría tenido que disponer de ellos para el pago de otras deudas relevantes y no para realizar inversiones en proyectos, como lo alega la ETB.

9.6. De esta manera resulta incuestionable que si bien existió el embargo, no se constituyó en un daño cierto, material ni directo, mucho menos uno que afectase el ejercicio del giro ordinario de los negocios de esta empresa, puesto que la ETB siempre contó con el flujo de caja suficiente para efectuar cualquier proyecto, o cuando menos contó con recursos en cuantía 10 veces superior a lo embargado⁸.

9.7. En cualquier caso, si hubiera existido un daño, este NO se probó, pues, como ya se dijo, la ETB simplemente partió del supuesto de su existencia y pasó simplemente a tratar de cuantificarlo; sin éxito, además.

9.8. Así las cosas, al no haber demostrado la ETB la existencia de un daño cierto, real y directo, no podía el *a quo* simplemente presumirlo, por lo que el fallo de 17 de septiembre de 2020 debía denegar las pretensiones del incidente de reparación de perjuicios.

10. Inexistencia del daño reclamado en la forma de lucro cesante consolidado

10.1. Teniendo en cuenta que lo solicitado por la ETB correspondía a la supuesta utilidad y/o “rentabilidad mínima” dejada de percibir por no haber podido disponer de los recursos embargados y que dichos beneficios corresponden según la ETB al “costo de oportunidad”, se puede entender que dicha petición se enmarca dentro del concepto de *lucro cesante consolidado*.

10.2. Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que el lucro cesante corresponde a “(...) la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico o, incluso, la privación de una ganancia que con una alta probabilidad objetiva se iba a obtener circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales utilidades porque las mismas son concretas, es decir, que en verdad se obtenían o podían llegar a conseguirse con evidente cercanía a la realidad.”⁹

10.3. En consonancia, en sentencia de 31 de agosto de 2015, la Corte señaló:

⁸ La situación económica de la ETB quedó demostrado con los estados financieros que fueron agregados al expediente como anexos del dictamen pericial de parte aportado por SCOTIABANK COLPATRIA al momento de contestar el incidente.

⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia 2000-01141 de 24 de junio de 2010. MP. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

*«en su modalidad de lucro cesante y más aún, tratándose del calificado como «futuro», se reitera, resulta viable en **cuanto el expediente registre prueba concluyente y demostrativa de la verdadera entidad y extensión cuantitativa del mismo**. En caso contrario, se impone «rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido».¹⁰ (Subrayas y negrillas fuera de texto).*

10.4. De la jurisprudencia citada se desprende que para que el lucro cesante pueda ser reconocido se deben cumplir los siguientes requisitos:

- (i) Que exista un grado de probabilidad objetiva en la obtención de la utilidad/rentabilidad dejada de percibir.
- (ii) Que las utilidades dejadas de percibir sean concretas, es decir, que exista certeza de que las mismas se iban a lograr en algún momento específico o concreto.
- (iii) Que no se trate de “simples esperanzas” fundadas en cálculos teóricos, sino que exista prueba concluyente y demostrativa de la entidad y extensión del daño.

10.5. Para que esto sea posible, es necesario que la utilidad o beneficio que se echa de menos sea concreto y tangible, que sea perfectamente demostrable y que no se trate simplemente de una expectativa o esperanza.

10.6. Es decir, que en el caso de interés, resultaba necesario para la ETB (i) **probar** la existencia del negocio o inversión frustrada; (ii) probar que esa frustración se desprende directamente del embargo; (iii) demostrar la forma como dicho negocio iba a generar una determinada utilidad; y (iv) probar además las altas probabilidades de materialización de dicha utilidad o rentabilidad.

10.7. La ETB, sin embargo, se limitó a afirmar y suponer que si no se hubieran embargado los recursos, estos se habrían invertido en proyectos de la entidad, los cuales habrían generado un lucro. No obstante, la ETB ni siquiera demostró la existencia de los supuestos proyectos o inversiones a realizar y que derivarían en esa pretendida “rentabilidad”. Por el contrario, se debe reiterar lo siguiente:

- (i) Que la ETB no explicó ni siquiera cuáles inversiones habría realizado de no haberse generado el embargo en la suma de \$21.252.609.462, pues al expediente

¹⁰ Corte Suprema de Justicia SC11575-2015, Sentencia de fecha 31 Agosto de 2015. Rad. 2006-00514-01.

no se allegó ni un solo documento que de certeza de la existencia de un proyecto de inversión alguno.

- (ii) La ETB mucho menos demostró que existieran proyectos de inversión que fueren a ser financiados única y exclusivamente con los \$21.252.609.462 embargados. Es más, se reitera que dentro del plenario no obra ni un solo documento que evidencie que dichos recursos eran un partida de destinación específica que fuera a ser utilizada para el desarrollo de un proyecto en particular.

El propio perito de la ETB lo reconoció expresamente cuando manifestó en su dictamen y en el interrogatorio que esos recursos embargados no tenían ninguna destinación específica definida.

- (iii) Mucho menos se probó que hubiera habido algún proyecto o inversión que se viera frustrado materialmente por la medida cautelar de embargo.

Sobre el particular es importante anotar que por la naturaleza misma de la ETB y los recursos públicos que maneja, todo proyecto de inversión debe cumplir con el principio de planeación; esto quiere decir que si en realidad existiera el supuesto proyecto no supondría ningún problema para la ETB probar el supuesto daño alegado.

- (iv) En resumen, no existe ninguna prueba, siquiera sumaria, que evidencie, pruebe o demuestre el haberse frustrado la realización de los proyectos de inversión referidos de manera general y abstracta como fundamento de sus pretensiones indemnizatorias o la eventual “rentabilidad” que se iba a obtener con la realización del supuesto proyecto.

10.8. Contrario a lo anterior, la ETB se limitó a afirmar que había tenido inversiones y/o negocios frustrados, de los cuales habría podido extraer una rentabilidad determinada. No obstante, no lo demostró y la consecuencia de esta omisión de su deber como incidentante no puede ser otra que la desestimación de su pretensión.

10.9. En definitiva, **no existe prueba** que demuestre el grado de probabilidad objetiva en la obtención de la supuesta “rentabilidad” dejada de percibir, ni mucho menos lo concreto o cierto de esos beneficios presuntamente frustrados. Es más, ni siquiera existe una prueba

pertinente y conducente, o siquiera sumaria, de que haya existido una inversión o negocio que efectivamente se hubiese frustrado como consecuencia del embargo objeto de censura.

10.10. En resumen, se puede concluir que no existe prueba alguna del presunto daño en la forma de lucro cesante consolidado y, por ende, mucho menos existe prueba del perjuicio, lo que obligaba al Juzgado de primera instancia a fallar en contra de los intereses de la ETB y exonerar al Banco incidentado.

10.11. Por lo anterior se pone de presente al H. Tribunal que no se puede concluir cosa distinta a que el fallo de 17 de septiembre de 2020 debe ser revocado para que, en su lugar, se absuelva al Banco por la falta de prueba del lucro cesante en los términos solicitados por la ETB.

11. Lo reclamado por la ETB no deja de ser un “sueño de ganancia”

11.1. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado el concepto de “sueños de ganancia”, así:

“Por último están todos aquellos “sueños de ganancia”, como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables.”¹¹

11.2. Es claro: Las meras expectativas, “sueños de ganancia”, u oportunidades indeterminadas e inciertas, no pueden ser objeto de reparación.

11.3. Como ya se dijo, la ETB no demostró cuál o cuáles fueron las oportunidades perdidas o proyectos que no se realizaron como consecuencia del embargo. Tampoco existe una prueba de los supuestos perjuicios causados y mucho menos existe prueba de la relación de causalidad que necesariamente debe existir entre el hecho dañoso o conducta del demandado y el supuesto perjuicio padecido.

11.4. Por lo tanto, resulta claro que estamos ante un “sueño de ganancia” que, como lo resalta la H. Corte, no resultaba indemnizable.

¹¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia 2000-01141 de 24 de junio de 2010. MP. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

12. Sin prueba de daño NO puede haber perjuicio

12.1. Sea lo primero recordar que una cosa es la prueba del daño y otra la del perjuicio. Al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, así.

“1.5. Cabe añadir que, en ningún caso, es dable confundir el daño mismo y su comprobación, con la indemnización y la prueba de su quantum.”

Acaecida la vulneración del derecho o del interés protegido de la víctima y acreditada la ocurrencia del tal quebranto, imperioso es reconocer la presencia del daño y, por ende, la satisfacción de este elemento estructural de la responsabilidad, independientemente de que igualmente aparezca o no demostrada su magnitud económica.

Al respecto, se ha expuesto:

Sin embargo; una es la prueba del daño, o sea la de la lesión o menoscabo del interés jurídicamente tutelada, y otra, la prueba de su intensidad, del quantum del perjuicio. De ahí que la doctrina haga alusión al contenido patrimonial del daño para referirse a su intensidad, es decir, a su valor en moneda legal (dinero)” (Negrillas y subrayas propia) (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2016. SC16690-2016 M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.)

12.2. De todo lo anterior resulta dable concluir, que si no existe prueba alguna del daño material, cierto y directo alegado por la ETB, en ninguna de las categorías estudiadas, entonces es claro que tampoco existe un perjuicio indemnizable, por lo que las pretensiones de la ETB se limitan a lo que la jurisprudencia denomina “sueños de ganancia”.

12.3. En el presente caso, particularmente, porque la suma de \$4.695'693.519 corresponde precisamente y según la ETB a esa “rentabilidad dejada de percibir”, en razón a la supuesta frustración de las inversiones y negocios propios de la ETB que nunca se trajeron al incidente para probar su veracidad y certeza.

12.4. En la medida que no existe prueba alguna de las inversiones y/o negocios que se habrían dejado de realizar a título de daño generado por el embargo, es claro que no existe un perjuicio material debidamente probado conforme lo exigen el régimen de responsabilidad civil en Colombia. Dicho de otra forma, si no existe claridad sobre la inversión dejada de realizar, su origen, su cuantía o sus características, no es posible entonces determinar la existencia de la supuesta “rentabilidad” dejada de obtener, es decir, la generación de un perjuicio.

12.5. Así las cosas, no es posible simplemente tomar una suma de dinero, multiplicarla por un porcentaje y decir que ese es el valor que se habría obtenido de haber contado con

ese dinero. Se debe recordar que para acreditar un daño no basta solo con alegarlo, sino que la misma normativa procesal le impone al interesado la carga de entrar a probarlo bajo requisitos específicos (cierto, directo y personal), que no fueron atendidos por parte de ETB y por ello no le asiste el derecho a recibir la indemnización pretendida.

12.6. En un caso similar, la Corte Constitucional encontró precisamente que la falta de prueba del perjuicio constituye una razón de peso para negar la indemnización en el trámite incidental y, el fallo que sin prueba emita una condena, vulnera el debido proceso. Esto dijo la H. Corte:

“En el presente caso, la Sala encuentra, tal y como lo hizo el Tribunal al resolver la segunda instancia del trámite de la tutela, que al decidir sobre el incidente de perjuicios, el juzgado accionado incurrió en evidentes errores fácticos de valoración probatoria, pues extrajo la certeza de ocurrencia de perjuicios, en cuantías precisas, sin que en el expediente existiera fundamento probatorio alguno para llegar a esos montos, por demás exorbitantes. En los términos que ha usado la Corte, el auto que resolvió el incidente de regulación de perjuicios, en la valoración del elemento probatorio, “se sale de los cauces racionales”: la determinación de la cuantía de los perjuicios morales, en suma cercana a los cien millones de pesos, no encuentra fundamento alguno en las pruebas obrantes en el expediente; la inclusión del valor adeudado por el ejecutado a otra entidad crediticia en la cuantificación de los perjuicios no responde a ningún criterio racional, especialmente teniendo en cuenta que no hay prueba alguna del nexo existente entre el otorgamiento de dicho crédito, y el embargo supuestamente generador de los perjuicios; y, finalmente, tampoco se encuentra fundamento, en las pruebas obrantes en el expediente, de la decisión tomada por el despacho accionado en el sentido de considerar como parte de la cantidad a ser resarcida, el valor comercial del inmueble embargado, con base en una supuesta venta frustrada del mismo, cuya existencia, aunque fuera cierta –lo cual es debatible-, no conduce, por ningún camino racional, al monto definido por el juez.” (Subrayas fuera de texto).

12.7. Lo cierto es que la ausencia de prueba sobre la existencia de negocios o inversiones, consecuentemente y en un sentido apenas lógico deriva en la ausencia de prueba de su posible “rentabilidad” y, por ende, estamos ante un perjuicio inexistente que de suyo implica la inexistencia de la obligación de indemnizar, por lo que el fallo de 17 de septiembre de 2020 debe ser revocado integralmente.

13. El fallo de primera instancia partió de una presunción del perjuicio contraria a las reglas legales y jurisprudenciales

13.1. Sumado a lo anterior, debe recordarse que tratándose de un reclamo de daños y perjuicios, no le es dable, en este caso, al Juez de primera instancia, hacer supuestos ni aplicar presunciones sobre la existencia del daño.

13.2. Sobre el tema se ha referido la H. Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia reciente:

“El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del “(...) perjuicio que el daño ocasionó (...)”.

*Este último para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, “(...) cierto y no puramente conjetural, [por cuanto] (...) no basta afirmarlo, puesto que **es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario** (...)” (se destaca)*

(...)

Ya bien lo dijo esta Corte en los albores del siglo XX, al afirmar que “(...) la existencia de perjuicios no se presume en ningún caso; [pues] no hay disposición legal que establezca tal presunción (...)”. Sin embargo, tratándose de perjuicios inmateriales, se presumen, por tanto, su indemnización es oficiosa por virtud del principio de reparación integral; por supuesto, ayudado de los elementos de convicción que obren en el juicio, atendiendo la naturaleza del derecho afectado y la prudencia racional del juez.” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Magistrado Ponente: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA. Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-31-03-032-2011-00736-01).

13.3. Es claro, de la jurisprudencia citada, que los daños y los perjuicios materiales no pueden ser objeto de ningún tipo de presunción. Por el contrario, tienen que ser probados de forma contundente, como cualquier otro derecho, en los términos del artículo 167 del C.G.P. y demás normas concordantes.

13.4. En el presente caso, en el fallo de 17 de septiembre de 2020 dictado por el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, se parte no solo de una presunción del daño y de una presunción de uso del dinero, sino que además del hecho de que el embargo frustró el uso del dinero generando un perjuicio y que no resulta necesaria su comprobación ni su cuantificación, al punto que es el Juzgado el que decide hacer de forma unilateral, y más allá de lo solicitado, la determinación de su monto.

13.5. Lo cierto es que la ETB no probó ningún perjuicio generado como consecuencia de la medida cautelar que se le practicó y se limitó a afirmar su existencia; base de la que partió el Juzgado de primera instancia para hacer la aplicación de intereses sobre la suma embargada, sin que se hubiera probado la existencia del daño o el perjuicio, por lo que el fundamento del *a quo* para condenar al Banco partió claramente de una suposición basada en hechos que no fueron alegados en ninguna medida por parte de ETB.

13.6. Razones estas de peso, por la indebida aplicación de una norma procesal, para que el Fallo de primera instancia sea revocado por el H. Tribunal.

14. Indebida aplicación de la jurisprudencia en materia de condena preceptiva

14.1. En el fallo de primera instancia se citó, *in extenso*, la sentencia de 12 de julio de 1993 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia para justificar la condena al Banco.

14.2. Al respecto, se estima que en la sentencia apelada se hizo una incorrecta aplicación del fallo de la H. Corte, que contrario a lo expuesto por el a-quo, sustentaría la absolución integral y absoluta del Banco en el presente trámite.

14.3. Veamos lo que dice ese fallo de 12 de julio de 1993:

“(…) Dicho de modo diverso, el hecho de imponer la ley una condena preceptiva como la consagrada en el artículo 510 del C. de P.C., no implica para el beneficiario de la misma un tratamiento favorable en materia probatoria, que lo libere del deber de acreditar los elementos configurativos de la responsabilidad aquiliana.

Fluye de lo expuesto que la condena preceptiva de que se habla no es tampoco de aplicación rígida ni automática, sino que está sujeta a la comprobación, por parte del interesado, de los elementos que la estructura. Empero, es de ver que aún si se admitiera en gracia de discusión que la imposición de dicha condena es forzosa, al presumir la ley la ocurrencia de perjuicios delante de los supuestos fácticos contemplados por el artículo 510 del C. de P.C., inclusive frente a esa consideración, se repite, sería pertinente ver que si bien es verdad ello implicaría el otorgamiento de un tratamiento más benigno en materia probatoria ejecutado, no lo es menos que lo así hipotéticamente consagrado sería predicable a lo sumo del proceso ejecutivo, pero en manera alguna del proceso ordinario, ante el cual hubiese tenido que acudir aquél para obtener la correspondiente indemnización, por cuanto, como bien vale la pena destacarlo, habría total autonomía entre uno y otro de esos procesos. Desde luego, así tuvieran que entenderse presumidos los perjuicios aludidos en el art. 510 del C. de P.C., esa presunción devendría intrascendente en el proceso ordinario, como quiera que en éste sería forzoso acreditar la existencia de los mismos para que pudieran entrar en el concepto de daño indemnizable.

Dígase, pues, una vez más que la condena preceptiva consagrada en el artículo 510 del C. de P.C. no sólo no está exenta de la carga de demostrar el daño, sino que aún cuando lo fuera, cual lo plantea el recurrente, ese criterio no podría arguirse con idéntico propósito dentro del ámbito del proceso ordinario adelantado por el ejecutado con miras a obtener la indemnización que cree merecer y de la que se vió privado por el comportamiento omisivo del juez de la ejecución, pues aún, bajo ese supuesto tendría que someterse el actor al amplio debate probatorio propio de aquel proceso.”
(MAGISTRADO PONENTE: NICOLAS BECHARA SIMANCAS Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de julio de mil novecientos noventa y tres (12/07/1993))

14.4. Lo anterior ha sido aplicado en diferentes momentos por los operadores jurídicos civiles nacionales y, por ejemplo, por la propia Corte Suprema, que en un caso en el que una aseguradora se negaba al pago de presuntos perjuicios derivados de la imposición de una medida cautelar, la Corte señaló:

“Es precisamente lo que sucede en el caso de este proceso, en el que la aseguradora demandada asumió sin restricción alguna, como riesgo asegurable, responder por los perjuicios resultantes de una medida cautelar por lo cual otorgó la correspondiente caución; y, como en efecto, se probaron al interior del proceso esos perjuicios, es apenas congruente deducir que ella está llamada a responder, como con acierto lo dedujo el Tribunal, que por tanto no incurrió en el error jurídico que le enrostra la censura. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACION CIVIL Magistrado Ponente: NICOLAS BECHARA SIMANCAS. Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil (2000). Ref: Expediente No. 5738”

14.5. Es claro, del fallo citado, que el presupuesto del que se parte para condenar a la aseguradora demandada era el de comprobación del perjuicio al interior del trámite. Resulta relevante este caso, pues a pesar de tratarse de perjuicios derivados de la imposición de una medida cautelar, la Corte exigió que los mismos estuvieran plenamente demostrados; contrario a lo que ha sucedido en el caso objeto de este recurso.

14.6. En otro caso similar, el H. Tribunal Superior de Bogotá denegó la condena en perjuicios en el marco de un trámite incidental, precisamente porque halló que no se habían demostrado los mismos. Esto fue lo que dijo en sentencia de 19 de julio de 2019:

“2. Preciado ello, comporta resaltar que para la prosperidad de la pretensión resarcitoria es necesario demostrar la causación del perjuicio, su cuantía y la relación causal, perjuicios que a la voz del artículo 1614 pueden estar constituidos por el daño emergente y el lucro cesante, referido este a las ganancias o provecho económico que dejó de ingresar al patrimonio del actor, los que para el caso concreto se estimaron en la suma de doscientos treinta y seis millones de pesos.

3. Arguyó el incidentante que la causación del perjuicio se dio como producto de la radicación de una demanda ejecutiva “infundada” secundada de otras acciones tanto civiles como penales que lo obligaron a acceder en diferentes ocasiones a consignar a favor del demandante diferentes sumas de dinero con el fin de que no se solicitaran medidas preventivas sobre sus bienes, a lo que agregó que producto de toda la persecución a la que fue sometido tuvo que contratar dos profesionales del derecho para su defensa; perdió la posibilidad de negociar con el Estado; los bancos redujeron sus créditos; fue relegado de sus labores habituales de la empresa Formas de Ingeniería y en general “ha tenido que invertir su patrimonio en el trámite desconsiderado de múltiples procesos en su contra”.

4. Bajo este orden de ideas, delantadamente se advierte la improsperidad de la censura, de conformidad con las siguientes reflexiones:

4.1. En lo que dice relación con los perjuicios derivados por el sufrimiento, angustia y zozobra a la que se le sometió al señor Fabio Orlando Rodríguez al iniciarse en su contra un proceso ejecutivo en el que se cobraba una obligación que

“[...] no reunía las características de ser clara, expresa y exigible y por ende el endoso realizado con los títulos valores fue inane y contrario a la ley”, pierde de vista el censor que en el plenario no obra prueba de tal afectación, laborío que resultaba necesario pues “[...] quien pretenda el resarcimiento de un daño deberá, entonces, aportar al proceso los elementos de prueba suficientes que permitan al juez ponderarlo, medir su magnitud, y apreciar sus consecuencias y manifestaciones; de suerte que en el arbitrio del sentenciador se asiente la convicción de que de no haber mediado el daño, la víctima se habría hallado en una mejor situación” . (Pie de página. Corte Suprema de Justicia, Sentencia Rad. 2002-101-01 del 9 de julio de 2012 Mag.: Ariel Salazar Ramírez.)

4.2. Ahora bien, en lo tocante con la ejecución “artera” que desencadenó el emprendimiento de acciones civiles, penales y la publicación en un periódico de alta circulación las cuales “afectaron el buen nombre y vivir” del incidentante, destaca la Sala que tampoco obra material demostrativo con el poder persuasivo suficiente para acreditar de un lado, que con un actuar temerario se hubiere radicado la demanda ejecutiva y, del otro, que a partir de la ejecución se desencadenaran las consecuencias que indicó.

(...)

5. Así las cosas al no existir prueba de la entidad del perjuicio ni de su cuantía, se impone la confirmación de la decisión atacada pues el “[...] daño irrogado a una persona, por tanto, no puede ser de cualquier estirpe, sino que es preciso que su existencia se encuentre debidamente acreditada, esto es que sea cierto; por oposición a aquél otro que sencillamente está basado en suposiciones, conjeturas, o meras expectativas. Claro está que esa certeza no debe ser entendida como aquella que se acerca a la noción de verdad científica, sino que se halla enmarcada en el ámbito de lo razonable, de lo altamente probable o previsible, o de lo que por ser muy verosímil es susceptible de ser tenido en consideración [...]” . (Sentencia de 19 de julio de 2019 del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, MP. Luis Roberto Suarez Gonzalez, Exp.025-2013-00447-02)

14.7. El fallo citado reitera y reafirma la necesidad de que exista prueba del perjuicio causado, y que el mismo no puede estar soportado en expectativas y mucho menos en suposiciones.

14.8. Suma de todo lo anterior es el fallo de la Corte Constitucional en el que se resume todo lo expuesto:

“La Corte Suprema de Justicia ha sido clara y reiterativa en afirmar que no se presumen los perjuicios por interposición de medidas cautelares dentro de un proceso ejecutivo cuando prosperan las excepciones del ejecutado. Será necesario en consecuencia demostrar que de la interposición de las medidas se derivaron perjuicios para el demandado en el proceso ejecutivo.” (CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dos (2002). Referencia: expediente T-614051).

14.9. Es claro que a la ETB le correspondía probar de manera fehaciente el daño y el perjuicio alegado, sin que fuera dable para el H. Juzgado hacer presunciones sobre el perjuicio por el solo hecho de que el mismo, supuestamente, devenía de la imposición de una medida cautelar.

14.10. Eso fue precisamente lo que hizo el H. Juzgado de primera instancia, que ignoró el acervo probatorio y los límites de aplicación de la condena preceptiva, presumiendo la existencia de daño y perjuicio por el sólo hecho de que el incidente de reparación de perjuicios se fundamentara en la existencia de una medida cautelar dictada en el marco de un proceso ejecutivo, limitándose con ello al cálculo de intereses (no solicitados) como supuesta medida de reparación, olvidando por completo que para la aplicación del “principio de reparación integral” supone la existencia del daño como requisito indispensable para su aplicación.

14.11. Por lo tanto, se pone de presente al H. Tribunal que resulta claro que el fallo de primera instancia no sólo excedió el marco de lo solicitado por presumir indebidamente la existencia de un daño en la categoría de lucro cesante que no se comprobó, sino que además presumió la existencia de un perjuicio carente de todo sustento.

14.12. Y es que si el fallo de primera instancia hubiera aplicado el precedente jurisprudencial anotado, el *a quo* se hubiera abstenido de presumir el perjuicio, liberando al Banco incidentado de cualquier tipo de condena. Al no ocurrir esto, resulta necesaria y justificada la revocatoria del mismo por parte del H. Tribunal.

15. El principio de reparación integral del perjuicio no releva al incidentante de la carga de probar el perjuicio ni le permite al juez presumirlo

15.1. Se fundamentó el fallo recurrido en la supuesta aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, según el cual toda petición indemnizatoria debe resolverse con atención al principio de “reparación integral”.

15.2. Este principio de reparación integral, como parte del regimen de responsabilidad civil establecido en Colombia, es un elemento fundamental que propende por que el afectado por una conducta humana, personal y antijurídica sea resarcido integralmente respecto al daño ocasionado por la misma¹². De allí es que el legislador haya establecido, conforme a la Ley 446 de 1998, a la reparación integral como un principio dentro de los procesos que se surtan ante la administración de justicia y que esten relacionados con la atención a daños generados en contra de sujetos del derecho¹³.

¹² Diego Alejandro Sandoval Garrido. *Reparación integral y responsabilidad civil: El concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas*. Revista de Derecho Privado, no. 25 (2013).

¹³ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-114 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz.

15.3. El presente recurso no tiene por objeto desconocer la importancia ni aplicabilidad del principio de “reparación integral”, más si recalcar que su aplicación por parte del Juzgado de primera instancia desconoció el hecho de que la “reparación integral” no exime al incidentante de demostrar los perjuicios, ni al juzgador de exigir dicha carga probatoria.

15.4. Así lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

“(…) para indemnizar un daño, además de su existencia cierta, actual o posterior, es menester su plena demostración en proceso con elementos probatorios fidedignos, existiendo a propósito libertad en la prueba, y por ende, salvo norma expresa en contrario, son idóneos todos los medios permitidos por el ordenamiento, dentro de éstos, la confesión de parte, los testimonios de terceros, los documentos, los indicios, las inspecciones judiciales y dictámenes periciales.

“Probado el daño es pertinente establecer el quantum debetur según los elementos de convicción del proceso, desde luego que, la prueba del quebranto y la de su cuantía son asuntos diferentes, el juzgador para establecerla debe ejercer sus facultades oficiosas (incisos 1º y 2º del art. 307 del C. de P. Civil; cas. civ. sentencia de 9 de agosto de 1999, [S-033-99], exp. 4897) cuando están acreditados los perjuicios, y toda vicisitud probatoria respecto del monto de la indemnización no excluye su reconocimiento, cuya valoración “atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales” (artículos 16, Ley 446 de 1998, 230 de la C. P., 32 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887; cas. civ. sentencias del 3 de septiembre de 1991, 5 de noviembre de 1998, 1 de abril de 2003, [S-042-2003], exp. 6499).

“Por supuesto, la determinación de la cuantía de la indemnización [...], parte de un daño cierto, actual o futuro, y demostrada su existencia, la víctima tiene derecho a su reparación...” (cas. civ. sentencia de 9 de septiembre de 2010, exp. 17042-3103-001-2005-00103-01).

15.5. En síntesis, la precitada jurisprudencia deja claro que se requiere acreditar el perjuicio que sufre, es decir, este debe estar demostrado con elementos de convicción para que de lugar a la indemnización.

15.6. En pronunciamiento posterior, la misma Corporación dijo lo siguiente:

“No obstante, la obligación de reparación integral del daño exige, como presupuesto habilitante, la demostración de los perjuicios, por cuanto los mismos no se aprecian inequívocos per sé.

Ya bien lo dijo esta Corte en los albores del siglo XX, al afirmar que “(…) la existencia de perjuicios no se presume en ningún caso; [pues] no hay disposición legal que establezca tal presunción (...)”¹⁴. Sin embargo, tratándose de perjuicios inmateriales, se presumen, por tanto, su indemnización es oficiosa por virtud del principio de reparación integral; por supuesto, ayudado de los elementos de convicción que obren en el juicio, atendiendo la naturaleza del derecho afectado y la prudencia racional del juez;

¹⁴ CSJ SC. Sentencia de 19 de junio de 1925 (G.J. T. XXXII, pág. 374).

Recientemente y en el mismo sentido, expuso esta Corporación:

*“(…) [P]ara lograr prosperidad en las pretensiones derivadas de la responsabilidad, cualquiera sea el origen de esta, resulta indispensable que la parte interesada asuma la carga de acreditar los elementos axiológicos que conduzcan a establecer, sin duda, la presencia de esa fuente de obligaciones, máxime si se trata del perjuicio, pues como tiene dicho la Corte dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. **De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria**” (Sent. Cas. Civ. de 4 de abril de 1968, G.J. CXXIV, Pág. 62, reiterada en Sentencias de Casación Civil de 17 de julio de 2006, Exp. No. 02097-01 y 9 de noviembre de 2006, Exp. No. 00015) (…)” (se destaca)¹⁵.*

Los anotados criterios deben ser acogidos por el sentenciador al momento de tasar la condena en concreto, teniendo en cuenta, además, el desempeño probatorio por quien pretende la reparación, conforme lo dispone el artículo 177 del otrora vigente Código de Procedimiento Civil, hoy recogido en el canon 167 del Código General del Proceso¹⁶.

Es evidente, en el caso concreto, que el Juzgado de primera instancia relevó a la ETB del deber de probar los perjuicios y dictó un fallo basado en presunciones arbitrarias, tanto sobre la existencia del daño, como sobre la existencia del perjuicio y su cuantificación.” (Sentencia de 12 de junio de 2018 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. MP. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA. SC2107-2018. Radicación: 11001-31-03-032-2011-00736-01).

15.7. Señalado lo anterior, se concluye sin lugar a dudas que el principio de reparación integral y equidad supone como requisito *sine qua non* la existencia del daño y su demostración.

15.8. En otras palabras, si el interesado no acredita la existencia del daño es imposible aplicar el principio de reparación integral y equidad porque entonces el operador judicial necesariamente se vería obligado a presumir la existencia de un perjuicio para tasar la indemnización, situación que como ya se mencionó no procede.

15.9. De allí que la misma Sala de Casación Civil manifestara que:

“(…) Para lograr prosperidad en las pretensiones derivadas de la responsabilidad, cualquiera sea el origen de esta, resulta indispensable que la parte interesada asuma la carga de acreditar los elementos axiológicos que conduzcan a establecer, sin duda, la presencia de esa fuente de obligaciones, máxime si se trata del perjuicio, pues como tiene dicho la Corte dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único

¹⁵ CSJ SC. Sentencia de 18 de diciembre de 2007, rad. 2002-00222-01.

¹⁶ “(…) Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (…).”

*común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. **De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado**, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria”¹⁷ (Subrayas fuera del texto original)*

15.10. En resumidas cuentas, la aplicación del principio de reparación integral y equidad en ningún caso releva al interesado de su obligación del probar la ocurrencia del daño cierto, personal y directo que reclama. Si no se prueba el daño, no existe perjuicio que deba ser indemnizado ya que “*el perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del “(...) perjuicio que el daño ocasionó(...)*”¹⁸. Por lo anterior, mal puede hacer el juez de conocimiento en presumir los perjuicios para endilgar responsabilidad sobre un daño inexistente.

15.11. Así, es claro que el principio de “reparación integral” no puede ser aplicado en el presente caso como se hizo en la sentencia de 17 de septiembre de 2020 en el trámite de la referencia, donde el H. Juzgado reconoció las carencias probatorias y demostrativas de la ETB, pero aún así decidió imponer una condena basada en una presunción arbitraria de supuestos perjuicios sufridos por la incidentante, por demás inexistentes.

15.12. Como lo ha señalado la Corte, esa “reparación integral” depende, sin ambages, de que se haya logrado demostrar por el solicitante la existencia de los perjuicios, como lo señala el artículo 167 del C.G.P., cosa que no sucedió.

15.13. Razón por la cual resulta meritorio solicitar al H. Tribunal la revocatoria integral del fallo de instancia, para que en su lugar se dicte sentencia que absuelva al Banco de cualquier condena.

16. Carencia de fundamentación fáctica y probatoria del fallo para la determinación de la existencia del perjuicio

16.1. Sea lo primero reiterar otro claro fragmento jurisprudencial sobre la necesidad de que en el trámite incidental, como en cualquier trámite en el que se busca declarar la responsabilidad civil, se acrediten los elementos de dicha responsabilidad y, primordialmente, el perjuicio. Esto tiene dicho la Corte:

¹⁷ Sentencia del 4 de abril de 1968 G.J. CXXIV, Pág. 62, reiterada en Sentencias de Casación Civil de 17 de julio de 2006, Exp. No. 02097-01 y 9 de noviembre de 2006, Exp. No. 00015.

¹⁸ Sentencia del 12 de junio de 2018. Radicación: 11001-31-03-032-2011-00736-01. MP LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

“El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del “(...) perjuicio que el daño ocasionó (...)”.

*Este último para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, “(...) cierto y no puramente conjetural, [por cuanto] (...) no basta afirmarlo, puesto que **es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario** (...)” (se destaca). (Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia SC2107-2018 **11001-31-03-032-2011-00736-01**. Fecha 21 de junio de 2018. MP Dr. Luis Armando Tolosa Villabona)*

16.2. En este punto resulta clave citar otro aparte del mismo fallo antes mencionado, donde la Corte dijo lo siguiente:

*“En este contexto, la aplicación del principio *arbitrium iudicis*, en lo pertinente, es entendido no como una facultad arbitraria o inverosímil, sino como un poder racional y prudente, enlazado, claro está, con las reglas de la sana crítica, y con los criterios normativos o subreglas que ofrezca la jurisprudencia vigente, o los principios del derecho, en pos de mejores estándares probatorios de probabilidad lógica que avancen hacia la certidumbre, superando las ambivalencias y las dudas, extrayendo elementos de convicción de las pruebas existentes, a fin de hacer justicia, reparando integralmente a la víctima o causabientes.” (Sentencia de 12 de junio de 2018 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. MP. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA. SC2107-2018. Radicación: 11001-31-03-032-2011-00736-01)*

16.3. En el presente caso, se tiene ya reiterado que no hubo ningún tipo de prueba aportada por la ETB que permitiera demostrar la existencia del daño o del perjuicio en los términos que dicha empresa solicitó. A efectos de lo anterior, vale poner de presente lo señalado en la sentencia de 17 de septiembre de 2020:

“Verificadas ambas visiones de la indemnización del daño, para esta Sede Judicial, la aproximación a la tasa de interés por la probabilidad de explotación o generación de utilidad en las sumas de dinero cauteladas resulta insuficiente en lo que demostró ETB, porque ni sus dictámenes o sus testigos fueron capaces de articular razonadamente las fuentes de implementación de tasas de interés como que si quiera aportó un estudio de las utilidades operacionales (...) indicada en cada línea de negocio y su aplicación a la masa monetaria equivalente \$21.252.609.462, que fue el valor retenido, y menos aun demostraron la incidencia del débito bancario en las fechas señaladas. Luego, como dijo el perito de ETB en su dictamen, comprobar la pérdida de oportunidad o WACC en este caso es asunto que resulta improbadado aunque no imposible.”

16.4. En ese marco, es claro que si no existía demostración del daño ni del perjuicio, como lo reconoció y recalzó el *a quo*, no había entonces sustento para la imposición de condena alguna, mucho menos una que se salió de lo solicitado.

16.5. Otra razón que sustenta la petición de revocatoria del Fallo de instancia, como se solicita en el presente recurso.

17. El Juez no puede suplir la carga probatoria de las partes

17.1. Acerca de las cargas probatorias, señala el artículo 167 del Código General del Proceso, lo siguiente:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

17.2. Sobre dicha norma, que previamente estaba contenida en los artículo 170 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se pronunció la H. Corte Suprema de Justicia, así:

“La comprensión previamente expuesta no implica que las partes hayan sido liberadas de la carga probatoria que les incumbe, según el mencionado precepto 177 del Código de Procedimiento Civil; por el contrario, con excepción de «los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas», o de aquéllos eventos en donde la ley presume un determinado acontecimiento y se apareja anticipadamente una consecuencia jurídica, les corresponde actuar diligentemente en la demostración del «supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen».

En otros términos, si bien los poderes que se le han venido confiriendo al fallador ponen de presente que la tendencia legislativa se orienta a la superación del sistema dispositivo puro y la mayor vigencia del inquisitivo, la supresión de aquél no se ha producido, de lo cual puede concluirse que la existencia del sistema mixto representa una equilibrada amalgama, en la que, con la denodada intervención de las partes y la potestad oficiosa del juez, se logre una justa y eficaz composición del debate, a partir de bases ciertas y no meramente formales.

Conforme con ello, aunque al juez se le exige acuciosidad y dinamismo en la búsqueda de la verdad real sobre la cual ha de definir la controversia, esa labor no se extiende hasta el punto de tener que suplir en cualquier supuesto la carga probatoria que le incumbe a las partes. (Sentencia de 19 de diciembre de 2018. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA. SC5676-2018. Radicación n.º 20001-31-03-001-2008-00165-01)

17.3. Sobre este mismo asunto se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado, en auto de 26 de abril de 2017 (Exp. 1999 – 2203), en los siguientes términos:

“1.4.- Así las cosas, se resalta, entonces, la importancia de determinar con precisión los parámetros que debe dictar el Juez fallador a fin de permitir la liquidación de la condena dictada en abstracto. En este sentido, se impone una carga singular de claridad argumentativa, de manera que el razonamiento del Juez en este aspecto no remita a dudas a las partes y al juez que a futuro resolverá la cuestión, lo que se manifiesta, a modo

enunciativo, en i) la determinación de cuál es el rubro indemnizatorio a liquidar, ii) los supuestos fácticos –expuestos en el litigio- que servirán para obtener la tasación del perjuicio, iii) los medios probatorios que considere pertinente que se puedan practicar, con respeto en todo caso de la libertad probatoria que rige, para determinar la magnitud del perjuicio, iv) de ser el caso, la exposición de los criterios jurídicos (y de ser el caso jurisprudenciales) que deberá tener en cuenta el Juez al momento de conocer el incidente, y iv) por exclusión, y en orden a hacer énfasis en el objeto del incidente, la identificación de aquellos aspectos fácticos o jurídicos que no se deberán considerar en la liquidación.

Código de Procedimiento Civil. Artículo 177. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. 2.2.- De la citada norma se deriva una exigencia de justificación, a partir de la cual se demanda la acreditación de los supuestos fácticos en los que se han fijado las pretensiones o excepciones según el caso², regla ésta entendida por Devis Echandía como “una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.”³ 2.3.- Dicha regla se justifica por diversos motivos, como es, por una parte, en el hecho de que el trámite de instrucción del proceso judicial, en general, tiene por finalidad obtener la verdad en torno a los hechos del asunto litigioso, de manera que mal haría el Juez en fundamentar la resolución de la disputa a partir de conjeturas o meras intuiciones expuestas por los intervinientes, este es un aspecto conexo con la necesidad de la prueba⁴; pero también puede ser comprendida como un mecanismo de racionalización, en tanto que instituye una regla práctica tendiente a determinar el sujeto sobre el cual pesará la obligación de justificar la existencia en la realidad empírica de un determinado suceso, y como consecuencia, permite achacarle a éste las implicaciones negativas que emanan de la insatisfacción de esta exigencia⁵; para decir, entonces, que a falta de prueba de tal hecho no es posible para el Juez proceder a aplicar las normas sustanciales sobre el asunto.

2.4.- Este último punto tiene una trascendencia que excede el ámbito procesal para insertarse en el contexto de la argumentación jurídica, pues cada uno de los intervinientes en el proceso actúan guiados, bajo la égida de una pretensión de corrección de manera que aspiran o procuran por conseguir que la base fáctica de los enunciados jurídicos alegados en su interés se considere, sin más, como racionalmente acertada, o dicho en otros términos “quien fundamenta algo pretende que su fundamentación es acertada y, por ello, su afirmación correcta.”⁶; de manera que mal haría en verse la regla de la carga de la prueba como una exigencia que el ordenamiento jurídico le impone a las partes del proceso sino que esta debe entenderse, de mejor manera, como un presupuesto a satisfacer por cada sujeto procesal a fin de que su argumentación jurídica pueda ser valorada al momento de desatarse el litigio, una vez acreditada la base fáctica sobre la cual ésta se sustenta. En este orden de ideas, se diría que el incumplimiento de la carga de la prueba por un sujeto procesal puede entenderse como la defraudación de la pretensión de corrección.” (Subrayas fuera de texto).

17.4. Resulta claro de los pronunciamientos citados que no puede el juez suplir la carga probatoria que les incumbe a las partes en el proceso o en el trámite, y que son estas, las partes, las que tienen la obligación de demostrar los supuestos de hecho en los que fundan sus peticiones.

17.5. En el caso que nos ocupa, resulta necesario reiterar que le correspondía a la ETB demostrar los elementos de la responsabilidad civil que buscaba y, más precisamente, demostrar el daño y el perjuicio en los términos expuestos y concretos de su solicitud.

17.6. Como ya se ha dicho, le correspondía a la ETB demostrar la existencia de ese daño cierto y concreto, supuestamente correspondiente a las presuntas inversiones o proyectos frustrados a raíz del embargo, así como probar el perjuicio derivado de ese daño, esto es, la presunta “rentabilidad mínima” dejada de obtener y cuantificada como el “costo de oportunidad” (WACC).

17.7. No obstante, como el mismo fallo de primera instancia lo reconoció, la ETB no probó ni el daño ni el perjuicio reclamados, por lo que no podía el a-quo simplemente proceder a suplir esa carga probatoria, ni mucho menos suplirla de forma meramente argumentativa.

17.8. De lo anterior se desprende que el Fallo de primera instancia debe ser revocado, no solo por la ausencia total de prueba del daño y del perjuicio, como se ha expuesto hasta acá, sino porque el la Jueza superó sus competencias y limitaciones al entrar a suplir la carga probatoria que le correspondía a la ETB, lo cual implica que el Fallo fue proferido en abierta contravía de las normas procesales que, como ya se dijo, son de orden público (art. 13 C.G.P).

18. No existe nexo de causalidad entre lo solicitado por la ETB y la condena impuesta al Banco

18.1. Corolario de lo que se ha expuesto hasta acá, es claro que tampoco se cumple con otro elemento clave de la responsabilidad civil extracontractual, y es el nexo causal.

18.2. Se tiene que la petición de la ETB, contenida en el escrito de solicitud de apertura al trámite incidental, giraba en torno a la supuesta “(...) *rentabilidad mínima que se hubiera obtenido mediante la inversión del dinero embargado, en los proyectos propios del giro ordinario de la compañía (...)*”.

18.3. Por el contrario, el *a quo* condenó al pago de uso intereses no relacionados con esas actividades, proyectos o negocios frustrados, sino con fundamento en suposiciones y presunciones que se han estudiado a lo largo de este documento, pues como la misma sentencia lo reconoció, nada de lo que alegó la ETB resultó probado.

18.4. Por ende, resulta menester reiterar al H. Tribunal la solicitud de revocatoria de la Sentencia de 17 de septiembre de 2020, habida cuenta de que no existe nexo causal alguno

entre el supuesto de hecho alegado por la ETB y el perjuicio caculado y al que fue contenido el Banco incidentado.

19. No existe nexo de causalidad entre el embargo y el supuesto daño causado

19.1. Sumado a lo anterior, se debe reiterar lo expuesto en los alegatos de conclusión del trámite incidental, en el sentido que tampoco existe nexo de causalidad entre los supuestos perjuicios padecidos y el actuar del Banco.

19.2. El nexo de causalidad, como elemento fundamental del juicio de responsabilidad en Colombia, exige que se demuestre como los supuestos perjuicios padecidos fueron causados o son el resultado exclusivo del actuar reprochable que se le imputa al agente del daño; puesto que, si existe perjuicio pero su génesis, causa o fuente no es la conducta reprochada al demandado, no es posible imponer condena alguna en su contra.

19.3. En el presente asunto no está demostrada la existencia del nexo de causalidad necesario entre el actuar del BANCO y los supuestos perjuicios padecidos, razón más que suficiente para negar las suplicas del incidente, máxime si se tiene en cuenta que:

- (i) La ETB aduce que se causaron perjuicios puesto que como resultado del embargo del dinero - hecho dañoso que imputa a EL BANCO -, no pudo obtener “... *la rentabilidad mínima que se hubiere obtenido mediante la inversión del dinero embargado, en los proyectos propios del giro ordinario de la compañía;*”¹⁹, - supuesto perjuicio causado.
- (ii) En primer lugar la ETB no demostró o comprobó cuáles eran esos proyectos que planeaba desarrollar con el dinero embargado, se limita simplemente a señalar la existencia de un hipotético o sueño de ganancia, sin demostrar su ocurrencia.
- (iii) En segundo lugar, la ETB no demostró que los proyectos que planeaba desarrollar, no pudieron llevarse a cabo como consecuencia de la materialización del embargo, por ser recursos que tenían una destinación específica para la financiación de los supuestos proyectos a desarrollar.

¹⁹ Numeral 8 del acápite de hechos del escrito de solicitud de apertura del incidente de liquidación de perjuicios radicado por la ETB.

- (iv) En tercer lugar, la ETB no demostró cómo el embargo de los dineros impidió el desarrollo de ciertos proyectos relacionados con el giro ordinario de la entidad, como quiera que según sus estados financieros, dicha entidad a corte del 31 de diciembre de los años 2017 y 2018 contaba con activos en efectivo en cuantía superior a los \$250.000'000.000, es decir, diez (10) veces la suma de dinero embargada, recursos con los que hubiere podido financiar los supuestos proyectos a realizar sin problema alguno.

19.4. En consecuencia, NO se demostró la existencia del nexo de causalidad que evidencie que el embargo efectuado dentro del proceso fue la causa eficiente y excluyente por la que no se generaron los supuestos beneficios reclamados como perjuicios, puesto que, se reitera, no se demostró la existencia de los supuestos proyectos de inversión a realizar, y de existir, no se demostró que los mismos no se hubieren podido llevar a cabo como consecuencia del embargo.

20. Indebida aplicación de intereses comerciales en la condena

20.1. Uno de los principales reparos contra el fallo de primera instancia tiene que ver con la argumentación inconsistente y tendiente a conceder al incidentante intereses comerciales, que no sólo no fueron objeto de pretensión (la ETB nunca solicitó la aplicación del artículo 884 del Código de Comercio, ni de norma alguna), sino que tampoco aparecen probados ni justificados estos intereses, configurando su concesión otra extralimitación en la función del operador judicial.

20.2. De hecho, se debe partir de la base de que el *a quo* definió, de manera correcta, que el trámite incidental se enmarcaba en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, esto es, dentro de lo dispuesto por el artículo 2341 del Código Civil, que establece que “(...) *quien ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización*”.

20.3. Por lo tanto, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, son los intereses legales del artículo 1617 del C. C., que no aplicó el sentenciador, los llamados a tener cabida en este evento, y no aquellos que se impusieron con apoyo en el artículo 884 del C. de Co., norma que en este caso no es aplicable. Lo anterior, valga aclarar, en gracia de discusión y en la medida que estén probados *a priori* tanto el daño como el eventual perjuicio, como requisitos indispensables para que se configure la obligación de indemnizar.

20.4. Al respecto, resulta oportuno traer a colación varios fallos de la Corte Suprema de Justicia, que en Sala de Casación Civil, ha dicho:

- (i) Sentencia del 2 de agosto de 1995 MP. Dr. Pedro Lafont Piannetta. Expediente No. 4159:

“Este lucro cesante puede, según el caso, encontrarse representado en la pérdida de beneficios efectiva y realmente dejados de obtener por habérsele impedido con dicha medida una determinada y especial explotación o rentabilidad del bien objeto de la misma, que, de acuerdo con la actividad ordinaria y la destinación del bien, se hubiese injustificadamente frustrado; o bien puede estimarse representado en la rentabilidad que deja de percibirse por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación dineraria debida, que, tratándose de responsabilidad civil extracontractual, dicha rentabilidad frustrada es, de acuerdo a la regla general (Art. 1617, C.C.) y por no tratarse de un negocio mercantil, del 6% anual (Sentencia 042 del 15 de febrero de 1991). Ahora bien, lo ordinario es que producido el hecho ilícito en que se funda la responsabilidad extracontractual, la ley establezca la obligación de resarcir inmediatamente el daño emergente a la víctima, y, si fuere el caso, la reparación del lucro cesante que desde ese mismo instante se cause por el incumplimiento de aquella obligación, lo que se traduce, como lo ha dicho esta Corporación, en la obligación del pago de los intereses legales sobre la indemnización de aquel daño, aunque la declaración judicial de condena se haga con posterioridad. Pero cuando no hay daño emergente, porque no exista demostración de la pérdida de la cosa o la prestación debida, el lucro cesante puede estimarse constituido por la pérdida o la falta de ganancia frustrada y no percibida por el bien indebidamente embargado y secuestrado calculada sobre el valor que habría de tener la cosa en caso de perecimiento. De allí que el lucro cesante por medidas cautelares abusivas pueda estar igualmente representado en la rentabilidad que habría de producir sin haberse percibido el valor del precio que tiene o tendría la cosa embargada y secuestrada en las condiciones antes mencionadas, cuando precisamente estando ella destinada a venderse por efecto de dicha medida cautelar no se puede hacer oportunamente la negociación correspondiente, lo que, consecencialmente, al impedir la obtención del precio de su venta, tampoco puede percibirse la rentabilidad que debió producir la suma de dinero de dicho precio. Por esa razón el referido lucro cesante puede estimarse como la rentabilidad que debió producir el valor de la cosa abusivamente embargada y secuestrada que estaba a la venta.”

- (ii) Sentencia de casación N° 021 de 16 de febrero de 1995 cuando precisó:

“Pero ello es completamente distinto de las indemnizaciones en caso de `responsabilidad extracontractual por el daño ocasionado por el pago irregular del cheque cruzado... y no de una responsabilidad fundada en el incumplimiento de una obligación derivados de `negocios mercantiles`. Porque la ganancia frustrada que se produce por aquella responsabilidad extracontractual no es la regulada `en el artículo 884 del C.de Co., exclusiva `en los negocios' e `intereses' estrictamente `moratorios' y `mercantiles'; sino que aquella es la contemplada en las `reglas generales civiles`; esto es, las del `artículo 2341 del Código Civil, en armonía con el artículo 1649 del Código Civil`, lo que indica que la ganancia frustrada causada por el daño ocasionado en responsabilidad aquiliana, debido a falta de norma especial, esta representada `en los intereses civiles anuales del 6% dejados de percibir (art.1617 C.C.)`, sent. No.042 del 15 de febrero de 1991”.

(iii) En Sentencia de 13 de mayo de 2002, exp. 6377:

“... Tórnase como algo indiscutible, que la responsabilidad deducida por el Tribunal en contra de la demandada es civil y extracontractual y que, siendo esa su naturaleza, ella esta, en todos sus aspectos, sometida a las normas de ese mismo linaje. También que, por principio, a tal tipo de responsabilidad no le son aplicables preceptos de otras disciplinas, como las comerciales, rectoras, en general, de los comerciantes y los actos y negocios mercantiles.

“... En tal orden de ideas propio es ver, entonces, que, cual lo plantea la recurrente, la ordenación de intereses causados en relación con el valor de indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil extracontractual, como es la impuesta en los fallos de instancia proferidos en este asunto, está sujeta a lo dispuesto en el artículo 1617 del Código Civil, es decir, al interés legal (puro) del 6% anual que allí se consagra, descartándose, ante esa expresa regulación, la posibilidad de aplicarse disposición diferente y, menos, la del artículo 884 del Código de Comercio, que está referida a los ‘negocios mercantiles’, siendo ese, por tanto, su exclusivo campo de aplicación...”

20.5. En efecto, luego de verificar el caso *sub examine*, se concluye que la de condenar a pagar intereses bancarios corrientes sobre las sumas de dinero reconocidas en la sentencia de primera instancia es contraria a derecho.

20.6. Y es que en el caso concreto no existe prueba de que las sumas de dinero embargadas devengaran intereses comerciales. Es más, no existe ningún elemento de juicio que permita inferir o determinar qué valores ingresarían ni a que título (inversiones bancarias, contratos comerciales, etc), por lo que para fallar en el sentido que lo hizo, el *a quo* claramente se vio en la necesidad de acudir a un supuesto abiertamente contradictorio con las normas procesales y sustanciales.

20.7. De hecho, resulta del caso advertir que en el fallo del 17 de septiembre de 2020 cuestionado no existe consideración alguna sobre el origen de los recursos embargados, ni sobre su uso o destinación específica ni aparente; o por lo menos, no demostrada en el proceso.

20.8. Tampoco existe análisis o consideración alguna sobre el hecho de que la ETB, en su solicitud, no invocó el artículo 884 del Código de Comercio como sustento de sus peticiones. Es más, no invocó norma alguna que permitiese la imposición de intereses de esta naturaleza.

20.9. Ello, sumado al hecho de que no existe certidumbre alguna del perjuicio supuestamente padecido, entendiendo por certidumbre que no exista discusión acerca de

su existencia, como por ejemplo sería, ser propietario de un vehículo automotor, tenerlo arrendado con contrato firmado, recibir un canon de arrendamiento mensual por el uso del bien, y dejar de percibir dicho valor mensualmente como consecuencia de un accidente de tránsito, en donde es claro que como consecuencia de la existencia de un negocio jurídico (contrato de arrendamiento), sería cierto e indiscutible que mes a mes ingresaría al patrimonio del titular una suma de dinero específica, caso en el que el perjuicio se concretaría en aquellos valores que dejaron de ingresar en su patrimonio como consecuencia del daño padecido.

20.10. Para finalizar, se resalta que el *a quo* no impuso su condena basado en el hecho de haber probado la existencia de otros negocios que la ETB hubiera celebrado y que no se materializaron o llevaron por no haber podido contar con el dinero embargado.

20.11. Contrario a ello, simplemente impuso tal condena bajo la mera hipótesis o conjetura que, si ETB hubiera contado con el dinero, esta hubiese podido efectuar otras inversiones, situación irreal, hipotética, improbable y no demostrada, que no es amparable por el derecho, razones que obligan a revocar la sentencia en punto de la condena a pagar intereses bancarios corrientes liquidados sobre las sumas de dinero reconocidas a los demandantes.

21. La responsabilidad civil no puede ser fuente de enriquecimiento sin causa para la ETB

21.1. La determinación de la responsabilidad civil cumple el objetivo de reparar a quien, demostrándolo, ha sido víctima de un menoscabo de sus derechos. Así, se obliga al Juez de instancia a valorar la conducta culpable, el daño ciertamente acaecido y los perjuicios que, estando debidamente demostrados y probados, deben ser reparados. Lo anterior siempre bajo límites claros que establece no sólo el marco fáctico, sino también el marco jurídico de la justicia rogada que nos rige.

21.2. En ese ámbito, le está vedado al Juez imponer condenas excesivas, que no sólo no estén demostradas, sino que excedan los hechos y los fundamentos de la imputación.

21.3. Por consiguiente, en el caso de daños patrimoniales, como lo es el que nos ocupa, la reparación integral debe obedecer a la valoración de los daños efectivamente causados y probados, pues la tasación debe corresponder a un criterio objetivo, el cual debe estar

enmarcado dentro del principio de equidad, que obliga a demostrar que el daño es cierto, directo, personal y que haya causado la supresión de un beneficio.

21.4. En este punto, no puede perderse de vista lo señalado por la Constitución Política de Colombia, que establece:

“De los deberes y obligaciones: ... El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de las personas y del ciudadano:

1. *Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; (...)*”

21.5. Lo anterior que implica que, si bien las víctimas están llamadas a ser reparadas, también lo que es que, por esta condición reconocida judicialmente, no pueden abusar de sus derechos, pretendiendo que bajo el principio de reparación integral puedan llegar a obtener un enriquecimiento injustificado, en detrimento del patrimonio del causante del perjuicio.

21.6. Sobre este particular tiene dicho lo siguiente la Corte Suprema:

“La anterior supone, de un lado, el deber jurídico de resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes de la víctima, al punto de regresarla a una situación idéntica o menos parecida al momento anterior a la ocurrencia del hecho lesivo; y de otro, la limitación de no excederse en tal reconocimiento pecuniario, porque la indemnización no constituye fuente de enriquecimiento.” (Sentencia de 12 de junio de 2018 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. MP. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA. SC2107-2018. Radicación: 11001-31-03-032-2011-00736-01)

21.7. Lo señalado por la Corte Suprema no es otra cosa que la extensión del regla prevista en el artículo 831 del Código de Comercio, según el cual *“Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”*.

21.8. Al armonizar las disposiciones citadas, se observa que si bien el legislador exige que el juez valore de manera integral los perjuicios, el límite de esta valoración se encuentra en la aplicación del principio de equidad, señalando en la jurisprudencia que este consiste en:

“... la equidad pues esta manda que los derechos y las obligaciones entre las personas, en sus relaciones, se desarrollen de manera armónica, y ajustando las cargas entre estos de forma proporcionada. Pues bien, para

*la equidad resulta inadmisibles que una persona se empobrezca a causa de otra, sin que esta esté dotada de un título suficiente que justifique su enriquecimiento. ...*²⁰

21.9. Así, se hace evidente que la Juez de primera instancia estimó unos perjuicios inexistentes o improbados y, como consecuencia de ello, su fallo promueve el enriquecimiento de ETB a costa del empobrecimiento correlativo del Banco, sin que exista un verdadero nexo causal; es decir, no existe una justificación para que ello suceda.

21.10. Y sumado a ello, no sólo existe una condena sobre perjuicios no demostrados, sino que, además, la condena al Banco a pagar intereses comerciales (interés bancario corriente), aunque limitada a lo solicitado por el juramento estimatorio del incidentante, es una condena totalmente excesiva y que genera el enriquecimiento injustificado de la ETB, con el ya mencionado empobrecimiento correlativo del Banco.

21.11. En este aspecto, debe tenerse en cuenta que si en gracia de discusión se admite la causación de un perjuicio a ETB, este se deriva de la medida cautelar decretada dentro de un proceso ejecutivo, razón por la cual, no existe, como lo señala la decisión de primera instancia, la obligación de pagar intereses ni moratorios ni corrientes sobre los dineros retenidos, ya que no se trata de un contrato en el que exista una obligación principal que esté en mora de ser cumplida, y mucho menos de un negocio mercantil, razón por la que los argumentos de la juez de conocimiento no tienen asidero alguno para considerar la presunción de indemnización y mucho menos indexar la suma que consideró debida por parte de mi representado.

21.12. Por ende, tratándose de recursos sin uso ni destinación específica ni aparente; o por lo menos, no demostrada en el proceso, resulta excesivo y constituye enriquecimiento injustificado a favor de la ETB el haber concedido a dicha empresa intereses comerciales.

21.13. En el evento de haberse demostrado el daño y el perjuicio, habría sido necesario, cuando menos, realizar un examen del lugar de donde se extrajeron los recursos para poder determinar un *quantum* de ese perjuicio realmente ajustado a la realidad.

21.14. Por todo lo anterior, se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocar integralmente el Fallo de 17 de septiembre de 2020, pues con el mismo se

²⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D. C., veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009) Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026)

está provocando un enriquecimiento injustificado de la ETB a costas del Banco, situación vedada por el ordenamiento jurídico nacional.

22. En el evento de una condena, no podría concederse más de lo demostrado o de lo que las normas aplicables permiten

22.1. Sin perjuicio de lo anterior y en el remoto evento de que se llegase a considerar acertado el argumento del Juez según el cual se puede presumir que los demandantes habían podido utilizar sus recursos para hacer inversiones (en el sentido genérico), es decir, que se puede presumir el daño y el perjuicio, es claro que el monto a condenar no sólo puede ser el que aparezca realmente probado en el proceso.

22.2. En particular, no podría condenarse por el “costo de oportunidad” o tasa WACC, que como dijo la Sentencia de primera instancia, no fue demostrado; ni tampoco podría condenarse por intereses comerciales que no resultan aplicables según la normatividad vigente.

22.3. La eventual condena, si fuera procedente (que no lo es, por todo lo expuesto a lo largo de este documento), debería estar únicamente fundamentada en lo que se encuentre realmente probado y de conformidad con las normas realmente aplicables.

23. Error en la consideración de la base para calcular la condena

23.1. Es claro que el daño señalado por la ETB no existe y, por ende, no existe perjuicio indemnizable.

23.2. Empero, en el hipotético caso de considerar lo contrario, de manera enfática se resalta que la cuantía del mismo NO podía ser calculada como se hizo en la sentencia de primera instancia, por lo siguiente:

- (i) Dentro del expediente que se decretó una medida de embargo cuya cuantía estaba limitada a la suma de \$20.687.737.320.

- (ii) Por circunstancias no imputables al Banco, se embargaron recursos por la suma de \$21.252.609.462, es decir, se embargaron dineros en exceso en cuantía de \$564.872.142.
- (iii) Por consiguiente, la ETB como parte demandada dentro del proceso ejecutivo y titular de los recursos embargados, contó con la posibilidad de solicitar la devolución de los recursos embargados en exceso (\$564.872.142), cosa que no ocurrió en el caso en concreto.

23.3. Así las cosas, se debe resaltar que ante cualquier eventual cálculo de perjuicios, se debía tomar como cifra del daño imputable al Banco la suma de \$20.687.737.320, que fue la suma del embargo solicitado, y no la correspondiente al total de los recursos embargados, pues la suma restante continuó embargada porque el incidentente no solicitó oportunamente la devolución del dinero embargado en exceso.

23.4. Por lo tanto, sin perjuicio de los demás argumentos expuestos en este escrito, es claro que si se iba a imponer una condena al Banco, ello sólo podía ocurrir sobre la suma del embargo decretado y solicitado por el Banco.

23.5. Cabe reseñar que en el fallo de 17 de septiembre de 2020 no hubo ningún pronunciamiento sobre este particular, lo que sustenta el hecho de que se solicite su revocatoria integral en los términos de los argumentos expuestos en este documento.

V. REITERACIÓN DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS EN LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Se solicita al H. Tribunal Superior de Bogotá, encargado de resolver la segunda instancia tener como argumentos integrados de esta impugnación, los expuestos durante el trámite incidental por el Banco y, en particular, los argumentos de los alegatos de conclusión presentados por escrito y de forma oral el día 17 de septiembre de 2020.

VI. SOLICITUD

De manera respetuosa, como corolario de los argumentos expuestos y de los reparos concretos señalados a lo largo de este documento, le solicitamos al H. Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Civil, lo siguiente:

1. En primera medida, convocar a las partes a audiencia para sustentar sus recursos de apelación y presentar los alegatos de conclusión previos a dictar sentencia de segunda instancia.
2. Sin perjuicio de lo anterior, revocar integralmente el fallo de 17 de septiembre de 2020 proferido por el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá y en su lugar, declarar improcedentes los argumentos en que se sustenta las súplicas reclamadas por la ETB vía incidente.
3. En consecuencia, negar todas las solicitudes y/o pretensiones reclamadas en el escrito de solicitud de apertura de incidente de liquidación de perjuicios formulado por la ETB.
4. Imponer a la ETB las condenas que correspondan en los términos del artículo 206 del C.G.P.

Muy cordialmente,



ALONSO DE LA PAVA VÉLEZ
C.C.80.882.981
T.P. 162.095 del CSJ.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

Correo electrónico: des12ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

des12ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

ESD

**Ref. Rad. 110013103022-2015-00253-01 - PROCESO VERBAL DE GUILLERMO DEVIA NARANJO
CONTRA JAIME GONZALEZ MONSALVE Y OTROS**

-SUSTENTA APELACIÓN-

NOHORA RAMÍREZ TOVAR, mayor de edad, domiciliada en Bogotá, identificada como aparece al pie de mi firma, abogada en ejercicio, actuando en representación de **SEGUROS COLPATRIA S.A. (HOY AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.)**, de conformidad con la documental obrante en el expediente, dentro del término legal, en calidad de apelante en este litigio, por cuanto, también interpusimos recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, presento la sustentación, atendiendo los reparos formulados en primera instancia, así:

RAZONES DE INCONFORMIDAD

1.-En la sentencia de primera instancia, en cuanto a mi representada se tuvo en cuenta un valor asegurado de \$27.690.000,00; además, el deducible de 10% pero se incurrió en error al tener en cuenta *“cobertura de daños morales tiene un sub limite del 40% del limite asegurado, que, en el evento en concreto, equivale a \$11.076.000 M/cte”*

2.-No obstante, se incurre en error en la sentencia de primera instancia al considerar que el perjuicio moral se cubre ADEMÁS del valor asegurado, o en EXCESO del valor asegurado, nótese que la póliza de RCE 8001025490 (única a afectar) establece que se trata de un **SUB**límite.

Es decir, según el Diccionario de la lengua española, el prefijo sub- significa 'bajo' o 'debajo de', indica inferioridad, subordinación, acción secundaria”

Por tanto, ese SUBlímite se subsume, hace parte de un valor más amplio, un valor mayor, que es el valor asegurado, es decir, \$27.690.000,00 y condenar a mi representada por \$27.690.000,00 más \$11.076.000, es una condena que supera el valor asegurado de \$27.690.000 y que limita la responsabilidad de mi representada.

3.-Ahora bien, si en gracia de discusión se otorgó un valor asegurado adicional para perjuicio moral, como equivocadamente lo consideró el juez de primera instancia, la suma de \$11.076.000, es superior a la suma por perjuicio moral de \$8.281.160,00 que se reconoció en la sentencia de primera instancia, al aplicar el 50% en el que se redujo la condena, haciendo más gravosa la situación para mi representada que para los demandados.

Sobre el particular, el artículo 1079 del Código de Comercio regula la responsabilidad del asegurador hasta la concurrencia de la suma asegurada, es decir, el asegurador no está obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada.

No obstante, al sumar la condena por perjuicio moral y perjuicio patrimonial que la sentencia de primera instancia resolvió a cargo de mi representada se infiere que supera la máxima suma asegurada en la póliza.

SOLICITUD

Con base en estas consideraciones, respetuosamente solicito al Despacho se reforme la sentencia de primera instancia, en lo que atañe a la condena a mi representada porque fue por suma superior al valor asegurado y en su lugar limite la responsabilidad de mi representada a \$27.690.000, menos deducible de 10%

Atentamente,



NOHORA RAMÍREZ TOVAR

C.C. No 55.167.852

T.P. No 86.969

NELSON VIDALES MARTINEZ

ABOGADO

CALLE 12 B # 8-23 OF. 711 EDIF. CENTRAL

TEL. 5 60 66 93 CEL. 311 20 20 440

E MAIL NELVIMAR93@YAHOO.ES

BOGOTA D.C.

Doctora

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

Magistrada Tribunal Superior de Bogotá – Sal Civil

Bogotá D.C.

INFORMACION PROCESO

CLASE DE PROCESO ORDINARIO – HOY DECLARATIVO CON TRAMITE VERBAL

DEMANDANTE : GUILLERMO DEVIA NARANJO

DEMANDADO : TAXATELITE S.A. Y OTROS.

RADICACION : 2015-253

JUZGADO DE ORIGEN EL 2 CIVIL DEL CIRCUITO TRANSITORIO-

LEGITIMACION EN LA QUE ACTUO

NELSON VIDALES MARTINEZ, Abogado litigante, actúo en mi calidad de apoderado de la parte actora dentro del proceso de la referencia, según mandato conferido y personería en debida forma reconocida.

ASUNTO A TRATAR

Con comedimiento me permito en la oportunidad legal para ello, manifestar que procedo a SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACION del fallo de fecha 13 de diciembre del 2019, notificado en estado el día 27 de enero del 2020, sustentación que se da, en la forma estricta de los reparos presentados inicialmente y en su oportunidad ante la primera instancia.

Así las cosas, considero que debe su Señoría, proceder a REVOCAR PARCIALMENTE el fallo impugnado, esto, por cuanto la primera instancia incurrió en errores de hecho, de derecho y de valoración en las probanzas aportadas, más aún, en la aplicación de esas reglas de la sana critica. Veamos.

1º. Con el respeto debido, considero que incurre en error la primera instancia frente a la tasación de los perjuicios inmateriales (morales y a la vida de relación), situación de hecho que debe su Despacho REVOCAR, perjuicios los cuales debieron ser tasados en suma superior a la fijada por la primera instancia, pues en el caso de marras, se deja de valorar la connatural aflicción, tristeza, angustia y demás, que sufre una persona por la pérdida de su capacidad física, por las secuelas con deformidad permanente que quedan en testa del demandante y que como es apenas comprensible, adquiere mayores dimensiones por las particulares condiciones del mismo, sobre quien, no hay que olvidar, contaba con algo más de veinticinco años al producirse el accidente, es decir, en plena juventud, sin olvidar que el suceso se dio traumáticamente, situaciones que permiten entender que sus lesiones, itero, de carácter permanente por demás, afectara con mayor intensidad sus sentimientos, y que su pérdida le resulta más dolorosa y perturbadora, de ahí que la condena por los apuntados conceptos, que como se sabe no compensa ese dolor y constituye apenas una medida de relativa satisfacción de él, deba incrementarse.

La interpretación del caso en concreto, cohibe a la Señora Juez de primera instancia tener una visión más amplia para liquidar satisfactoriamente a la víctima, dado que la dramática situación en que quedó el joven, truncará de por vida sus expectativas, afectará el goce de vivir, alterará significativamente sus condiciones de existencia y en fin, hará ostensiblemente dramático su desarrollo personal, familiar, laboral y expectativas de vida. Ahora, señora Magistrada, nótese por su parte, que paso por alto la primera instancia un hecho relevante aquí frente a los perjuicios inmateriales, y es, que frente a los morales, se tienen para pretender los OBJETIVADOS Y SUBJETIVADOS, es decir, dos clases, situación de hecho que conlleva necesariamente a que su tasación se dé en una suma superior a la fijada por la primera instancia, así como también Señoría, frente a los daños a la vida en relación, pues, insisto, se trata de un joven que a sus 25 años padeció un traumático accidente, donde quedó con fracturas y deformidades, hecho éste, que sin duda alguna afecta ostensiblemente su vida con el medio que se relaciona o sobre el cual se circunscribe diariamente y que la jurisprudencia ha denominado daños a la vida en relación, daño que se hace más palmario cuando es una persona joven, en su plena vitalidad y desarrollo para cumplir con los retos que la vida a esa edad ofrece. Así señoría, la suma fijada no compensa el perjuicio inmaterial causado a mi mandante como quedó igualmente demostrado, por lo que sin duda alguna, la primera instancia en testa del Juez del Circuito Transitorio erró al fijar tan exigua suma por estos conceptos y que debe su Despacho proceder a enmendar para incrementar dicha tasación.

Igual señora Magistrada, craso error resulta también de la decisión de primera instancia, que en virtud de la responsabilidad compartida que ha expuesto la Sra. Juez, determine que estos perjuicios, es decir, los inmateriales, que tienen que ver especialmente con el sentimiento del aquí lesionado sean reconocidos en el 50%, cuando palmario es que este tipo de condenas no compensa ese dolor padecido por el ofendido, y que sólo constituye apenas una medida de relativa satisfacción de él, peor aún, se afecta el principio de reparación integral y plena de perjuicios, más aún, cuando se trata de inmateriales.

La teoría de la responsabilidad compartida Señoría, sólo debe y puede aplicarse y tiene efectos frente a los perjuicios materiales que se puedan haber causado con ese actuar de culpa compartida, empero, jamás frente a los perjuicios inmateriales como aquí erróneamente lo hace la primera instancia, esto por cuanto aquellos tienen unas particulares condiciones que tienen que ver con el sentimiento y ser de cada individuo, sin desconocer que la retribución de dichos perjuicios es apenas una mínima parte de satisfacción y dar así una mejor calidad de vida, empero, nunca, jamás, puede entenderse como una indemnización directa.

Así, consideramos que debe su despacho REVOCAR este aspecto, para en su defecto, fijar en mayor valor la cuantía de los perjuicios inmateriales reclamados.

2º. Por otra parte, debe igualmente REVOCARSE la teoría expuesta por el Juzgado de culpa compartida, pues, no hay prueba que haya determinado de forma fehaciente, contundente y concreta, que mi cliente y aquí demandante haya tenido culpa en el siniestro por haberse aparentemente salido de su carril, solo tuvo en cuenta para tal tesis la primera instancia, lo diagramado en el croquis por el Agente de Tránsito, hipótesis que quedó desvirtuada, cuando mi cliente en su interrogatorio informó que transitaba por dicha carrera a un metro y medio de la acera. Ahora, en gracia de discusión para el presente caso, pudo mi cliente tener la imperativa obligación o necesidad de salir de su carril para esquivar algún elemento o vehículo que había estacionado a la orilla del carril por el cual él se dirigía, situación de hecho que debe incluso entenderse para presumirse como una fuerza mayor para así ser exonerado de cualquier culpa.

Bajo estos parámetros señoría, se hace necesario que su Despacho declare la totalidad de la culpa del accidente y sus consecuencias en testa del conductor del taxi por obrar este con culpa como aparece fehacientemente probado.

3º. Hay inconformidad con la decisión también, y es otro aspecto que debe su Despacho REVOCAR, cuando la primera instancia determina que los perjuicios deben liquidarse a partir de la pérdida del trabajo del aquí demandante, cuando debió tenerse la fecha de estructuración emitida por los médicos, especialmente la fecha que determinó la Junta Regional en su concepto de pérdida de capacidad de trabajo.

Así señoría, aquí paso por alto la primera instancia, que la fecha de estructuración de una incapacidad, de una lesión, es la que por ley (776-2003), determina con ello, el pago de las prestaciones y desde luego, debe entenderse que igualmente los perjuicios que a partir de dicha estructuración se causen, contrario a ello, tuvo en cuenta la primera instancia fue la fecha del despido o pérdida de su trabajo como empleado, lo que es un garrafal error, pues la pérdida de su empleo, se dio fue precisamente como consecuencia de la incapacidad que con anterioridad venía padeciendo el demandante.

Ahora, no puede tenerse como aparentemente lo entendió la primera instancia, que la seguridad social por incapacidad que venía gozando el aquí demandante como trabajador y como consecuencia de sus lesiones, subsume o subroga los perjuicios a él causados, así no es, ni puede y debe considerarse pues es un error, ya que conculcaría el derecho a una indemnización integral y plena. Así, debe su Despacho REVOCAR esta decisión para en su defecto, ordenar el pago de la indemnización desde la fecha que la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó la estructuración de las lesiones.

4º. Por ultimo señoría, debe REVOCARSE ese aparta de la sentencia de primera instancia, donde determinó que la aseguradora o llamada en garantía y condenada como tal, deba pagar para reembolsar el amparo por el valor asegurado a Taxsatélite, cuando debió ordenarse directamente el pago a la víctima del siniestro, por ser el reclamante judicial, mejor aún, por ser el beneficiario, más aún, cuando la Empresa afiliadora no ha pagado a mi cliente como para que la aseguradora le “reembolse lo pagado”.

Con el respeto debido, considero que aquí la Sra. Juez de primera instancia, hace una interpretación muy estricta para rayar en la equivocación, pues ordenar que la llamada en garantía le pague el dinero del amparo que cubre la póliza a la Empresa afiliadora, so pretexto de un “reembolso” por un aparente pago que hizo, es sin duda alguna un craso error, por una parte, porque no aparece acreditado que la Empresa Tax Satélite haya pagado al demandante como para que se le tenga que reembolsar suma alguna, por otra, por cuanto, el pago debe hacerse directamente al beneficiario que es el aquí afectado, por último, porque es el aquí actor, el reclamante de los perjuicios que cubre esa póliza y en consecuencia es el acreedor, por tanto, la persona a quien debe hacerse el pago, so pena como lo ordena la primera instancia, de hacerse un pago indebido.

Bajo estos parámetros señoría, estos someros y concretos argumentos, estimo son suficientes para llevarla al convencimiento para la REVOCATORIA aquí pretendida.

Atentamente,



NELSON VIDALES MARTINEZ

T.P. 104572 del C.S. de la J.

Señor
Honorable
DR. GERMAN VALENZUELA VALBUENA
MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL
E. S. D.

ORIGEN: JUZGADO 14 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.

REFERENCIA : 2016/351/03
PROCESO : EJECUTIVO DE MAYOR CUANTIA
DEMANDANTE : RAHS INGENIERIA S.A.S.
DEMANDADO : EQUIPO UNIVERSAL S.A.

JORGE ARMANDO AVILA HERNANDEZ, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Bogotá, identificado como aparece al pie de mi firma, en calidad de apoderado de la parte actora, dentro del término procesal oportuno me permito conforme a lo establecido por el Art. 331 del C. G. P. en concordancia con el Art. 321 numeral 6 del C. G.P., interponer el **RECURSO DE SÚPLICA** contra la providencia emitida por su despacho con fecha 7 de diciembre de 2020 y notificada mediante estado del 10 de diciembre de 2020, mediante la cual resuelve el trámite de la nulidad procesal impetrada por la actora, que fue resuelta mediante la providencia aquí recurrida negando la solicitud de nulidad de la actora.

Me permito sustentar el recurso de súplica impetrado teniendo en cuenta los hechos y circunstancias de carácter procesal que en gran parte han sido expuestos en el escrito de solicitud de nulidad que fue negado, y que en esta sustentación busco ampliar su claridad y en especial llamar la atención del honorable tribunal en el principio de la buena fe que fundamenta todas nuestras actuaciones y en el afán que el Honorable Tribunal conozca los argumentos fundamento de la apelación, que ya fueron presentados inicialmente ante el juez de primera instancia y nuevamente presentados y declarados extemporáneos en la segunda instancia, buscando ser escuchados para defender los derechos que representamos con la esperanza que el principio de igualdad, inmediación y de acceso a la administración de justicia sean los que privilegien la interpretación de las normas procesales. Es así como nos permitimos aportar como parte de la sustentación del presente recurso la reciente jurisprudencia que versa sobre un proceso que tiene gran similitud, en las circunstancias procesales aquí debatidas, en relación con el proceso que nos ocupa; se trata de la sentencia N° STC6687-2020 de la Honorable Corte Suprema de Justicia, sala de casación Civil - con la ponencia del Honorable Magistrado Dr. Luis Armando Tolosa Villabona con radicación N° 11001-02-03-000-2020-02048-00 de fecha 3 de septiembre de 2020.

Si estudiamos detenidamente el contenido de esta jurisprudencia en los antecedentes encontramos una gran similitud en el desarrollo procesal de la demanda que dio origen al fallo estudiado en relación con el proceso que nos ocupa, la cual permite tener una visión diferente en donde se privilegia el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

Con el fin de corroborar lo anteriormente planteado, en primer lugar, me permito citar textualmente la jurisprudencia relacionada en su capítulo denominado: 1. ANTECEDENTES numerales 1, 2 y 3.

“1 La reclamante implora la protección de sus prerrogativas al debido proceso y acceso a la administración de justicia, presuntamente violentadas por la autoridad accionada.

2. Del escrito inaugural y la revisión de las pruebas, la causa petendi permite la siguiente síntesis:

El 14 de febrero de 2020, el Juzgado Cuarto de Familia de Manizales profirió sentencia en el decurso promovido por Uillintón Alberto Tabares Restrepo frente a la impulsora.

Inconforme con lo decidido, la promotora formuló apelación, cuya resolución correspondió a la colegiatura confutada.

El 12 de junio postrero, se admitió la alzada y, el 25 de junio ulterior, al tenor de lo reglado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio anterior, se le corrió traslado a la inicialista por cinco (5) días para sustentar el recurso impetrado.

El 7 de julio del presente año, la corporación encausada declaró desierto el medio de defensa vertical incoado por la tutelante, aduciendo que la argumentación de la apelación no se había allegado al diligenciamiento en la oportunidad concedida.

Por tal motivo, la actora pidió la nulidad de las actuaciones, pues conforme alega, no pudo enterarse del auto donde se corrió traslado para sustentar la alzada, por cuanto el procedimiento para acceder a la plataforma era complejo y no existía un instructivo para usarla.

El 29 de Julio siguiente, el tribunal atacado desestimó la invalidez rogada, porque, en su decir, la auto materia de disenso, se le notificó a la actora conforme a la normatividad vigente, sin que esta allegara el escrito de fundamentación del remedio propuesto.

Para la querellante, las actuaciones acusadas cercenaron su prerrogativa a la doble instancia, por cuanto el modo de ingreso virtual para consultar los procesos es confuso y no se han otorgado capacitaciones o tutoriales para el manejo programas de la Rama Judicial.

3. Solicita, por tanto, dejar sin efecto la actuación reprochada y, en su lugar, tramitar, adecuadamente la apelación formulada. “

Frente a los anteriores antecedentes la sentencia en su numeral 2, denominado CONSIDERACIONES, entre otros argumentos establece los siguientes:

“1. La controversia estriba en determinar si el tribunal accionado vulneró las garantías superlativas de la reclamante, al dar aplicación a lo reglado al artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio

de 2020, para situar el recurso de apelación que ella impetró, cuando tal defensa se propuso en vigencia del canon 327 del Código General del Proceso.

2. Para la sala, se conculcaron derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia porque el remedio vertical que la tutelante propuso, respecto a la sentencia de 14 de febrero de 2020, lo incoó en el momento en el cual regía el procedimiento señalado en la Ley 1564 de 2012, en especial, el mandato previsto en el precepto 327 de esa codificación.

Por tanto, como el Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, nada indicó sobre la transición entre una y otra reglamentación, el colegiado enjuiciado debió atender a la directiva general establecida en el artículo 625 de la Ley 1564 de 2012, para los eventos en donde se introducen modificaciones a los procedimientos.

Bajo este horizonte, si el Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020 modificó la manera para sustentar la apelación, así como la forma de resolver un mecanismo defensivo de ese talante, además, nada esboza en torno a los remedios verticales propuestos en vigencia del artículo 327 del Código General del Proceso, el recurso debía finiquitarse con la Ley anterior y no con la nueva.

Al punto, el numeral 5°, artículo de la Ley 1564 de 2012, es claro en señalar:

“(...) Artículo 625. Tránsito de legislación. Los procesos en curso al entrar a regir este código se someterán a las siguientes reglas de tránsito de legislación: ...)”

“(...) No obstante lo previsto en los numerales anteriores, **los recursos interpuestos**, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieran comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos**, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones (...)” (se destaca).

En armonía con lo anterior, en canon 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, indica:

“(...) Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir (...)”.

“(...) Sin embargo, **los recursos interpuestos**, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieran comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos**, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones (...)”.

Así, de manera general, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y el canon 625 del Código General del Proceso, consignan el principio retrospectividad como regla general y, de forma excepcional en materia de recursos, de modo que, según el último, es del caso conceder el amparo invocado. “

En el proceso que nos ocupa el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá D.C., se interpuso en la audiencia pública celebrada el día 16 de julio de 2019 al amparo del Código General del Proceso, al respecto la Jurisprudencia estudiada hace la siguiente afirmación en relación con este aspecto procesal:

“Se insiste, si la impulsadora interpuso apelación contra la sentencia emitida el 14 de febrero de 2020, estando en vigor el Código General del Proceso, es decir antes de expedirse el Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, la sustentación del recurso debía rituarse al tenor de lo reglado en el artículo 327 de la Ley 1564 de 2012, el cual expresa:

“(…)Artículo 327. Trámite de la apelación de sentencias (…)”

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

“(…)”.

“(…) **Ejecutoriado el auto que admite** la apelación, **el juez convocará a la audiencia de sustentación y fallo.** Si decreta pruebas, estas se practicarán en la misma audiencia, y a continuación se oirán las alegaciones de las partes y se dictará sentencia de conformidad con la regla general prevista en este código (…)”

“(…) El apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia (…)”

“Así el ad quem conflatado debió proceder de la manera exigida por ese precepto y no como lo dispone, ahora, el canon 14 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020, según el cual, en firme el proveído que admite la apelación y define lo pertinente sobre el decreto de pruebas, dará cinco (5) días de traslado al recurrente para que lo sustente por escrito, so pena de declararlo desierto.”

“A pesar de la directriz sobre el tránsito de legislación en materia de recursos, el colegiado demandado la desconoció y dio aplicación inmediata a la aludida normatividad para reanudar el trámite de los procesos, ante la pandemia generada por la “COVID19”

“El respeto por el paso de una Ley procesal a otra no podía soslayarse porque, amén de conculcar el debido proceso de la promotora, ello en manera alguna se opone a la práctica de las audiencias orales virtuales.”

Adicionalmente del estudio de las normas procesales aplicables en el caso que nos ocupa y que claramente la sentencia de la Suprema Corte determina que para el caso que nos ocupa se debe dar el trámite a la apelación establecido en el Art. 327 del C. G. del P. y no como se procedió dando aplicación al Art. 14 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, lo que constituye una violación al debido proceso y que debe dar origen a declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de que

corrió traslado a las partes para alegar de fecha 10 de junio de 2020. Esta Jurisprudencia hace referencia a los argumento en se fundamentó la solicitud de nulidad presentada por la parte demandante, al referirse a los mecanismos de notificación establecidos por el Decreto Legislativo 806 y en especial a los medios tecnológicos en cuanto a su uso por parte de los actores en el proceso judicial, entendiendo la parte actora como ampliamente lo expuso en el escrito de nulidad y lo reitera en este recurso, que estos medios no brindan la plena y oportuna facilidad de acceso a la información emitida por los despachos judiciales limitando así el acceso a esta información con las nefastas consecuencias, e igualmente la jurisprudencia hace mención al no uso de los correos electrónicos aportados por las partes y que se encuentran inscritos en el Registro Nacional de Abogados, como un medio que puede permitir superar las limitaciones y posibles errores que presenten las otras alternativas electrónicas propuestas por el Decreto Legislativo 806, tal y como lo plasmamos en el escrito de solicitud de nulidad, en ningún momento fue utilizada esta herramienta electrónica para facilitar el acceso de las partes a las providencias emanadas y de esta manera garantizar el ejercicio de los derechos y el pleno acceso al servicio de justicia, que al no ser notificadas oportunamente las providencias, se ven cercenados, al respecto de estos elementos procesales la jurisprudencia citada hace las siguientes manifestaciones:

“2.1. La accionante, además, cuestiona el acceso a las plataformas de los estrados judiciales para enterarse de las providencias, por cuanto aduce, las mismas son complejas y no existen instructivos para acceder a los pronunciamientos. Por ello, ante la falta de tutoriales, sostiene, se le impidió conocer el auto del 25 de junio de 2020, en donde se le dio traslado para sustentar la alzada por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes.”

“Conforme aduce, supo de esa providencia cuando consulto con la secretaria del Tribunal el link para conocer los estados de esa corporación, momento en el cual se enteró de que el recurso ya había sido declarado desierto.”

En lo que hace referencia a los medios electrónicos para acceder a la información publicada por los despachos judiciales para notificar las providencias, La Jurisprudencia hace un estudio detallado del paso a paso que deben surtir quienes consultan estos medios de información, llegando a las siguientes conclusiones:

“Como se acaba de exponer la consulta del ritual cuestionado en el portal de la Rama Judicial, no es el más expedito y demanda cierta práctica que agilice el ingreso hasta los estados del Tribunal acusado para, posteriormente, tras varios intentos, lograr descargar la decisión buscada.”

“Adicionalmente, llama la atención de la Sala, que pese a tenerse conocimiento de los correos de los apoderados, no se hubiese enviado el contenido de la providencia que daba traslado para sustentar la apelación.”

“Al punto, la Sala recientemente enfatizó:

“(…)La Ley 270 de 1996 dispone en el artículo 95 que se debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia y autoriza que los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informativos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones. Esa disposición persigue que la

Rama Judicial cuente con la infraestructura técnica y la logística informática necesaria para el recto cumplimiento de las atribuciones y responsabilidades que la Constitución le asigna, según dijo la Corte Constitucional (C037 de 1996) (...)"

"(...) En sintonía con dicho mandato, el artículo 103 del Código General del Proceso consagró como postulado central la virtualidad al decir que en todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones con los propósitos de facilitar y agilizar el acceso a la justicia y ampliar su cobertura. De manera que al tiempo que se propende por el uso de esas herramientas para simplificar los trámites judiciales se persigue que por esa vía se garantice la prestación del servicio jurisdiccional en todo el territorio nacional(...)"

"(...) Se sigue de allí que el empleo de los medios informáticos en la ritualidad de los procesos judiciales se ensambla a los principios de eficiencia y efectividad en la medida que se dinamiza el envío y recepción de documentos por esos canales, al tiempo que facilita la realización de otras actuaciones significativas, como las audiencias a través de la virtualidad, con las obvias ventajas que ello produce en cuanto a la accesibilidad a la información, sin que sea indispensable permanecer en la misma cede de los despachos, como lo fuera la presencialidad (...)"

"(...) Ciertamente, el uso de las tecnologías en el discurrir del litigio facilita que los intervinientes cumplan algunas cargas sin importar el lugar donde se encuentren, pues en la fase escrita, por ejemplo una vez implementado el Plan de Justicia Digital no será necesario presentar copia física de la demanda (art 89 C.G.P.), además de que el canon 109 ibidem establece que las autoridades judiciales deberán mantener el buzón de correo electrónico con disponibilidad suficiente para recibir los mensajes de datos, al referirse a la presentación de memoriales por esa vía. Emerge así la autorización legal para que en este tipo de actuaciones todos los sujetos del proceso puedan acudir al uso de esas tecnologías y no solo cuenten con la posibilidad, sino que lo hagan en cumplimiento del deber que supone el arriba mencionado artículo 103 (...)"

"(...) En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática al sostener que la notificación constituye uno de los actos de comunicación procesal de mayor efectividad, en cuanto garantiza el **conocimiento real de las decisiones judiciales con** el fin de dar aplicación concreta al debido proceso (destacado propio Sentencia T 025-18). De donde fluye que el núcleo esencial de las notificaciones en general gira alrededor del conocimiento que puedan adquirir los justiciables respecto del pronunciamiento que se les informa, con sujeción a las formalidades prescritas por el legislador, en aras de consolidar el principio de publicidad de las actuaciones judiciales (...)"

"(...) Sobre el punto, se ha esgrimido que las consecuencias del error judicial no pueden gravitar negativamente en la parte procesal que lo padece, hasta el punto de perder la oportunidad de defenderse por haber conformado su conducta procesal a los informes precedentes del despacho judicial...; claro es que los errores judiciales se deben corregir, pero no a costa del sacrificio del legítimo derecho de la defensa y menos de la buena fe puesta en los actos de las autoridades judiciales (STC14157-2017)

La jurisprudencia citada luego de un estudio amplio de los anteriores fundamentos jurisprudenciales y de carácter procesal, determina lo siguiente:

“Aunque ni el Código General del Proceso ni el Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, exigen a los estrados remitir, por correo electrónico, las providencias que se emitan se memoran, el objeto de los procedimientos es la materialización del derecho sustancial y, cualquier vacío en las normas, deberá conjurarse con observancia al principio de acceso a la justicia, según se establece en los artículos 11 y 12 de la primera normatividad reseñada.”

“Por tal motivo ante casos como el estudiado, debe garantizarse la publicidad de las actuaciones a través de los medios disponibles, porque el paradigma de la virtualidad de los procedimientos impone el respeto de las prerrogativas de los usuarios de la administración de justicia y, del mismo modo, corresponde dar preminencia al principio pro actione, según el cual, debe buscarse la interpretación más favorable para el ejercicio de la acción evitando su “rechazo in limine”.

“3. Así las cosas, la autoridad convocada lesionó las garantías superlativas de la accionante al no tener en cuenta el tránsito de legislación entre el artículo 327 del Código General del Proceso y el canon 14 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, en materia de recursos interpuestos.”

“Tampoco se tuvieron en cuenta las dificultades del nuevo modelo para notificar las actuaciones, a través de medios virtuales, pues en realidad, no existen instructivos y, como se expuso, la revisión de las providencias que se enteran por estado no es sencilla.”

“Se ignoró la efectividad derecho sustancial, pues pudiéndose enterar a la promotora por correo electrónico de la providencia refutada, no se facilitó el acceso a su contenido.”

“4. Varios principios y derechos en los regímenes democráticos imponen la obligatoriedad de motivar la sentencia judicial: el de publicidad porque asegura la contradicción del fallo y muestra la transparencia con que actúan los jueces, pues si hay silencio en las causas de la decisión no habrá motivos para impugnar; el de racionalidad para disuadir el autoritarismo y la arbitrariedad; el de legalidad porque el fallo debe estar afincado en las normas aplicables al caso y en las pruebas válidamente recaudadas; los de seguridad jurídica y confianza legítima y debido proceso, entre otros, para materializar el principio de igualdad y aquilatar el Estado Constitucional.”

“El deber de motivar toda providencia que no tenga por única finalidad impulsar el trámite, reclama, como presupuesto sine qua non, que la jurisdicción haga públicas las razones que ha tenido en cuenta al adoptar la respectiva resolución, de tal manera que tras conocerlas se tenga noticia de su contenido para que no aparezca arbitraria, caprichosa, antojadiza, sino producto del análisis objetivo, amén de reflexivo de los diferentes elementos de juicio incorporados al plenario y dentro del marco trazado por el objeto y la causa del proceso.”

“5. En consecuencia, se otorgará el auxilio implorado, previniendo a la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en conductas como la que dio origen a la presente salvaguarda; ordenándosele, además, que, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de este pronunciamiento, deje sin efecto la decisión proferida el 25 de junio de 2020, así como las providencias que de ella se deriven y, en el mismo término, tramite la apelación formulada por la actora, teniendo en cuenta para ello las razones aquí esbozadas.”

La Jurisprudencia que venimos analizando de fecha 3 de septiembre de 2020, de la Corte Suprema de Justicia, nos aporta nuevos elementos de carácter procesal que nos permite determinar la existencia de la vulneración del derecho del debido proceso dentro del proceso que nos ocupa, teniendo en cuenta que las apelaciones interpuestas por las partes en audiencia pública el día 16 de julio de 2019 se encajan en la tesis de la jurisprudencia en el sentido que estos recursos deben ser tramitados con la norma procesal vigente al momento de ser interpuestos, es decir mediante el artículo 327 del C.G.P., no como se dio en nuestro caso en donde se le dio aplicación a una norma posterior como es el Decreto legislativo 806 del 4 de junio de 2020. Por estas razones procesales consideramos que en concordancia con lo expresado por la jurisprudencia las actuaciones posteriores al auto que admitió los recursos, deben declararse nulas y ordenar que se resuelvan las apelaciones presentadas por las partes conforme a lo rituado en el artículo 327 del C.G.P.

Luego del estudio planteado del contenido de la Jurisprudencia anterior, me permito reiterar los argumentos y los hechos que se han presentado dentro del proceso que nos ocupa, aclarando que aquí recurrido mediante el presente recurso de súplica, esto con el fin de poder aplicar en el caso concreto los anteriores postulados jurisprudenciales.

En la providencia del 7 de diciembre de 2020 se desvirtúa los argumentos de la solicitud de la nulidad entre otras razones afirmando que, si eventualmente hubiera existido la nulidad, esta quedo saneada de conformidad con el numeral 1 del Art. 136 del C. G.P. afirmando lo siguiente: "..., pues se actuó sin proponer la irregularidad aducida. Es de ver que luego de la emisión de tales providencias, el apoderado radicó escrito de sustentación – extemporáneamente – y no menciono aspecto alguno relacionado con la notificación de ellas.”.

Debo reiterar que en forma juiciosa, permanente y responsable he estado revisando la página judicial durante la pandemia del covid 19 a la fecha, una vez detecte el traslado del recurso, conteste el traslado dentro del término concedido, es de anotar que en ningún momento aparece evidencia dentro de la página judicial de los memoriales presentados por la actora, como si sucede con los memoriales allegados por el apoderado de la contraparte.

Es de aclarar al despacho que durante el mes de junio del presente año no encontramos ningún movimiento de este proceso hasta el día 24 de junio de 2020, inclusive, e inmediatamente apareció en la página judicial que se corría traslado a las partes procedí a descorrer el traslado dentro del término concedido, es decir el día 30 de junio de 2020, enviando el correo al electrónico “des19ctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co”, tal y como se ratifica en la anotación número dos a pie de página de la providencia de fecha 22 de julio de 2020.

En el escrito presentado el día 30 de junio sustentando el recurso de apelación manifesté que en su momento ante el juez de primera instancia se sustentó el recurso dentro del término otorgado y que nos ratificábamos ante el Honorable Tribunal en cada una de los inconformidades planteadas en esa primera oportunidad y no hicimos nuevos planteamientos de inconformidad, considero que la diferencia de fechas en relación a la publicación en la página judicial mediante la cual tradicionalmente es el mecanismo utilizado para que el despacho notifique a las partes de la

providencia que nos corre el traslado que nos ocupa; existe la posibilidad que obedezca a un error en el registro de dicha información, explicable si tenemos en cuenta las circunstancias de aislamiento preventivo obligatorio, la suspensión de términos, y en general la pandemia, error que no debe vulnerar el derecho de las partes al impedir el conocimiento de las decisiones judiciales oportunamente y que como consecuencia genere un impedimento para acceder a la justicia en defensa de sus derechos.

Por lo anteriormente expuesto ratifico que no tuve conocimiento de ninguna providencia emanada y notificada por su despacho antes del día 22 de junio de 2020, situación que coincide con el actuar procesal de la parte pasiva, si tenemos en cuenta lo expresado por el despacho al respecto en su providencia del 22 de julio de 2020 en donde afirma:

“...se **DECLARAN DESIERTOS** los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 14 Civil del Circuito en audiencia celebrada el 16 de julio de 2019, comoquiera la demandante no presentó escrito de sustentación en tiempo, y la demanda tampoco allegó escrito alguno para esos efectos.”

De la anterior cita es claro deducir que el apoderado de la pasiva tampoco sustentó su apelación en los términos aducidos por el despacho, es decir estamos ante la presencia de conductas similares en ambas partes del litigio ante este traslado para sustentar el recurso, lo que hace relevante estudiar a la luz del proceso el actuar procesal de la pasiva en esta instancia procesal y en las subsiguientes, para esclarecer las causas del porque las dos partes no hubieran contestado el traslado dentro de los términos planteados por el despacho; y más aún si vemos el discurrir de la actuación de las partes durante todo el curso del proceso, en donde se puede determinar claramente que ambas partes han estado atentas en el cumplimiento de sus cargas procesales a lo largo de tan dispendioso proceso, y en donde se debe tener en cuenta el principio de buena fe que reviste las actuaciones de las partes en el proceso.

Al no haber tenido oportuno acceso a la notificación de la providencia de fecha 10 de junio de 2020, mal podría exigirse a la parte actora una carga procesal en ella consignada como tampoco se le puede exigir que se manifestara sobre la legalidad de un acto procesal del que no tuvo conocimiento con anterioridad a la fecha en que presento el escrito descorriendo el traslado, 30 de junio de 2020, razón por la cual esta actuación de la actora no se puede tomar como una convalidación de actos procesales anteriores que no le fueron notificados con antelación, para dar aplicación al numeral 1 del Art. 136 del C. G. P.

Los recursos de apelación en contra de la sentencia promulgada por el Juez 14 Civil del Circuito, fueron interpuestos por ambas partes en audiencia pública celebrada el 16 de Julio de 2019, este proceso fue abonado a su despacho H. Magistrado desde el 26 de septiembre de 2019, y posteriormente fue publicado a través de la página judicial en estado del 16 de marzo de 2020 “ADMITE RECURSO Y PRORROGA EL TERMINO”, El Acuerdo PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), suspendió los términos judiciales desde el 16 de marzo hasta el 20 de marzo inclusive.

El honorable tribunal publica nuevamente esta misma providencia, pero ahora con fecha del 1 de

junio de 2020.

Se emite el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, del cual no se dio la suficiente publicidad a los abogados litigantes, quienes nos fuimos enterando de su existencia en la medida que iba avanzando nuestra necesidad judicial. Teniendo en cuenta que no tuvimos acceso a los despachos judiciales, los cuales nos permitirían constatar la veracidad de lo publicado en la página judicial con los estados, una vez nos adaptamos a la nueva forma de dar publicidad a las providencias de algunos despachos, pues en su mayoría continúan sin reflejar movimiento alguno durante la pandemia.

No podemos desconocer que nos encontramos avocados a una nueva e inusitada realidad en relación con la cual el Decreto 806 del 4 de Junio de 2020 ha implementado mecanismos y herramientas procesales que permitan tanto a los funcionarios judiciales como a las partes dar continuidad a los procesos buscando proteger los derechos fundamentales de cada uno de ellos, es así como estamos a partir de esta norma implementando y dando aplicación a la virtualidad utilizando todos y cada uno de los medios que la tecnología y esta norma nos permiten tomar como herramientas para poder dar cumplimiento a los deberes procesales de cada una de las partes intervinientes dentro del proceso judicial, teniendo como máxima motivación esta norma el hecho indiscutible de la crisis sanitaria y los procesos de cuarentena que rigen en nuestra ciudad, entendiéndolo que como consecuencia de esta realidad las partes no tienen acceso a los despachos judiciales lo que limita ostensiblemente los medios de interacción entre los despachos judiciales y las partes.

Se debe tener en cuenta que los litigantes en este momento dando cumplimiento a lo ordenado por las autoridades locales y nacionales debimos restringir nuestro actuar profesional al teletrabajo desde nuestros hogares, sin poder contar con la capacitación ni asesoría adecuada para tener los conocimientos que nos permitan en tan corto lapso de tiempo operar los sistemas computarizados y electrónicos de manera eficiente para así garantizar el acceso oportuno y eficiente a todos los despachos judiciales en los que actuamos como litigantes, más si tenemos en cuenta que nuestra formación profesional no nos capacita en esta área, es así como el litigante en este momento cuenta como única herramienta con la página judicial para consultar la evolución de los procesos, conociendo como es sabido que en muchas ocasiones presenta inconsistencias y errores y que por tal razón en reiteradas jurisprudencias se ha determinado que dicho medio no es el idóneo para tomarlo como medio único de notificación de providencias y actos procesales; adicionalmente en el corto lapso de tiempo transcurrido entre la vigencia del Decreto 806, 4 de junio de 2020, a la fecha no hemos recibido por parte de los operadores judiciales información y/o instrucción suficiente y clara que nos permita acceder de manera eficiente a los sistemas de los despachos para consultar los estados; y en este proceso hasta el día 23 de julio de 2020 recibimos el link, para poder acceder a la información publicada por su Honorable despacho.

Vale la pena resaltar que entre el inicio de la vigencia del decreto 806, es decir el 4 de junio de 2020 y la fecha de los hechos procesales que nos ocupan, solamente transcurrieron algunos días hábiles, en los cuales no se contó con el conocimiento ni la información requerida para entrar a operar eficientemente los procedimientos y los medios electrónicos y tecnológicos que se requieren

para manejar con confiabilidad estas herramientas, esto tanto para los funcionarios judiciales como para los litigantes y más si se tiene en cuenta las graves dificultades y limitaciones que para esa fecha nos generaba la pandemia.

El Decreto 806 del 4 de junio de 2020 en sus Artículos; 1,2,3,4 y 8; establece; las comunicaciones. Es deber de los sujetos procesales realizar sus actuaciones y asistir a las audiencias y diligencias a través de medios tecnológicos. Para el efecto deberán suministrar a la autoridad judicial competente, y a todos los demás sujetos procesales, los canales digitales elegidos para los fines del proceso o trámite y enviar a través de estos un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones que realicen, simultáneamente con copia incorporada al mensaje enviado a la autoridad judicial. Identificados los canales digitales elegidos, desde allí se originarán todas las actuaciones y desde estos se surtirán todas las notificaciones, mientras no se informe un nuevo canal. Es deber de los sujetos procesales, en desarrollo de lo previsto en el artículo 78 numeral 5 del Código General del Proceso, comunicar cualquier cambio de dirección o medio electrónico, so pena de que las notificaciones se sigan surtiendo válidamente en la anterior. Todos los sujetos procesales cumplirán los deberes constitucionales y legales para colaborar.

Todos los sujetos procesales cumplirán los deberes constitucionales y legales para colaborar solidariamente con la buena marcha del servicio público de administración de justicia. La autoridad judicial competente adoptará las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento, para tal efecto se exigió la actualización del correo electrónico de cada uno de los abogados, mediante el registro en el Registro Nacional de Abogados.

Aclaro que en ningún momento me fue enviada ninguna de las providencias proferidas durante el aislamiento obligatorio a mi correo inscrito en mi calidad de abogado litigante en el Registro Nacional de Abogados, para tal fin, como si sucede con otros despachos judiciales.

Es relevante tener en cuenta las graves limitaciones existentes en la actualidad para que las partes accedan al proceso y a las providencias en el emanadas, esta norma establece múltiples mecanismos con diferentes medios tecnológicos existentes, para que tanto los operadores judiciales como las partes tengan múltiples alternativas para comunicar y acceder a la información generada en los procesos, buscando evitar que por un error involuntario o por el no funcionamiento de los medios habitualmente utilizados, se incurra en situaciones que acarren perjuicio a cualquiera de las partes intervinientes en el proceso vulnerando sus derechos entre otros el del debido proceso y acceso a la administración de justicia.

El Consejo Superior de la Judicatura cuenta con el Registro Nacional de Abogados el cual en el mencionado Decreto 806 del 4 de junio de 2020, manifiesta que todos los abogados litigantes deben estar en el registrados informando el correo electrónico, en donde entre otras actuaciones, puedan ser notificado por los operadores judiciales de las providencias emanadas en los procesos en los que actúa en representación de alguna de las partes, en el caso del suscrito me encuentra inscrito en mi calidad de abogado litigante en el Registro Nacional de Abogados con el correo electrónico info@abogadosconsultoresbya.com, inscripción que ratifique el pasado 28 de abril ante la Unidad de

Registro Nacional de Abogados del Concejo Superior de la Judicatura, y que se encuentra vigente a la fecha.

Considero que teniendo en cuenta la relevancia de la actuación correspondiente a correr traslado para sustentar el recurso de apelación ante el Honorable Tribunal, y además teniendo en cuenta que dicha providencia se promulgo con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, la misma debió ser notificada a las partes agotando todos y cada uno de los mecanismos establecidos para tal fin en el Decreto 806, situación procesal que el caso que nos ocupa no se presentó.

Si se hubiera dado aplicación a lo establecido en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020, y el Honorable Tribunal con base en la información que reposa en el proceso y especialmente conforme lo ordena la norma antes citada mediante el correo electrónico registrado por el suscrito en calidad de abogado litigante en la Unidad de Registro Nacional de Abogados, o por cualquiera de los otros medios planteados con este fin por la norma, sin lugar a dudas no estaríamos dependiendo única y exclusivamente de la página judicial, con todas sus carencias y vicisitudes ya conocidas que como se ha reiterado en muchas ocasiones no es una fuente de información que ate a las partes y que es susceptible de muchos errores, como considero que es el caso que nos ocupa.

Al estudiar los hechos procesales anteriormente descritos en relación con lo normado por el Decreto 806, vemos que la norma entro en vigencia el 4 de junio de 2020 y según nos fue informado ahora la providencia fue de fecha 10 de junio de 2020, consideramos que no existió el plazo adecuado para conocer los nuevos mecanismos procesales, y consideramos que en virtud del espíritu de la norma se debió facilitar el acceso a la providencia enviando un correo electrónico a las partes informando de dicho traslado, dado lo reciente de la norma que regula la notificaciones en pandemia y teniendo en cuenta las dificultades existente en esa fecha, igualmente es de anotar que **ninguna de las partes** según lo afirma el Honorable Tribunal recorrió el traslado en relación con la fecha del 11 de junio de 2020, situación que hubiera sido diferente si se utilizan los medios tecnológicos disponibles que además de la página judicial le hubiera permitido a las partes recibir la información oportunamente y cumplir con su carga procesal dentro de los términos establecidos.

Consideramos de vital importancia procesal, el pleno acceso al conocimiento de las decisiones tomadas por su honorable despacho, de tal manera que los actores en el proceso tengamos pleno conocimiento oportuno de las providencias y podamos actuar en consecuencia, más si tenemos en cuenta las circunstancias sanitarias que actualmente afectan a todos los intervinientes en el proceso y en especial procurando por encima de las formalidades procesales permitir a las partes acceder a un fallo judicial que dirima las diferencias existentes en relación con el fallo de primera instancia.

Me permito solicitar al Honorable Tribunal tener en cuenta que solo al notificar la providencia de fecha 22 de julio de 2020 providencia a través de la página judicial nos es informado por primera vez el **link** al cual podemos acceder para bajar las providencias, hecho que por la novedad de la norma me era totalmente desconocido, es por ello que solicito que su señoría ordene revocar el auto de fecha 7 de diciembre de 2020 y como consecuencia de todos los argumentos bases de la sustentación de este recurso de decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que admite el recurso de apelación y se ordene dar el trámite a las apelaciones conforme a lo establecido por

el Art. 327 del C. G. P.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

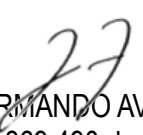
La sustentación del presente recurso de súplica se fundamenta en las siguientes normas, el Código General del Proceso, artículos; 11, 12, 103, 109, 289, 295, 321, 327, 331, y 625; ley 270 de 1996 artículo 95; Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 y demás normas concordantes.

PRUEBAS

Solicito ser tenidas como pruebas que fundamentan el presente recurso de súplica, todas y cada una de las actuaciones procesales surtidas dentro del proceso de la referencia.

PETICION

Me permito solicitar al Honorable Tribunal que al resolver el presente recurso de súplica impetrado contra la providencia emanada el 7 de diciembre de 2020 y notificada por estado del 10 de diciembre del 2020, con base en los hechos, actuaciones y circunstancias procesales, que se encuentra ampliamente probados en el proceso, se ordene revocar en su totalidad el auto recurrido en súplica de fecha 7 de diciembre de 2020 y en consecuencia teniendo en cuenta la protección del debido proceso y el derecho de acceso a la justicia se decrete la nulidad de las actuaciones que con posterioridad al auto que admite los recursos de apelación interpuestos por las partes el pasado 16 de julio de 2019, se ordene dar trámite a estos recursos de apelación conforme lo establece el artículo 327 del Código General del Proceso, esto teniendo en cuenta los hechos y razones base de la presente sustentación y en especial los preceptos claramente delineados en la sentencia emanada por la Corte Suprema de Justicia N° STC6687-2020 que forma parte integral de la sustentación del presente recurso de súplica.


JORGE ARMANDO AVILA HERNANDEZ
CC. N° 79.369.490 de Bogotá D.C.
TP. N° 62.424 del C.S. de la J.



Tel. (517) 3426942
Cel. (+57) 3173836493
Calle 18 No. 6-56 Of. 701 Bogotá- Colombia
prdiaz@prdiazabogados.com

ABOGADOS

Señores

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

Att. Honorable Magistrado Ponente

Dr. Luis Roberto Suárez González

E. S. D.

Ref. **Expediente No. 2015-00402-03**

**PROCESO ESPECIAL DE DECLARACIÓN DE PERTENENCIA POR
PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINIO**

De. MARÍA STELLA DÍAZ SEPÚLVEDA y OTROS

**Vs. HEREDEROS DETERMINADOS DE JOSÉ ARTURO DÍAZ ENCISO
(q.e.p.d) y MARÍA CLOVIS SEPÚLVEDA DE DÍAZ (q.e.p.d) y demás
PERSONAS INDETERMINADAS**

PEDRO RODOLFO DÍAZ ACERO, mayor de edad, con domicilio en esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi firma, abogado portador de la tarjeta profesional número 50.503 del C. S. de la J., en mi condición de apoderado de la parte actora, respetuosamente manifiesto a ustedes que **INTERPONGO RECURSO DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO RECURSO DE QUEJA** contra la providencia de diciembre 7 del 2020, notificada por anotación en el estado del 10 de diciembre de 2020, por medio de la cual no se concedió el recurso extraordinario de casación interpuesto por nosotros, contra la sentencia de segunda instancia proferida por ese mismo Tribunal, el día 29 de septiembre de 2020, providencia esta mediante la cual se revocó la sentencia de primera instancia que había accedido a las pretensiones de la demanda declarando la prescripción adquisitiva del dominio a favor de mis mandantes.

PETICION

Mediante el presente recurso se pretende que ese mismo Despacho revoque la decisión objeto de esta censura, y en su lugar conceda el recurso extraordinario de casación, o subsidiariamente para que ordene la reproducción de las piezas procesales necesarias, para remitirlas a la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, para que sea esta la que decida sobre la admisión del recurso extraordinario.

ANTECEDENTES

Esa Honorable corporación, en sentencia del 29 de septiembre de 2020, resolvió revocar la sentencia de primera instancia, que había proferido el señor



ABOGADOS

Tel. (517) 3426942
Cel. (+57) 3173836493
Calle 18 No. 6-56 Of. 701 Bogotá- Colombia
prdiaz@prdiazabogados.com

Juez 26 Civil del Circuito, y en su lugar denegó las pretensiones de la demanda de pertenencia vinculadas al inmueble de calle 119 B No. 5-09 / 5-11 de la ciudad de Bogotá.

Contra dicha providencia se interpuso en tiempo, por el suscrito apoderado, que representa a la parte actora, recurso extraordinario de casación, pero el H. Magistrado Ponente, Dr. Luis Roberto Suárez González, en providencia del 7 de diciembre de 2020, decidió no concederlo, al considerar, grosso modo, que el valor de la resolución desfavorable al recurrente no supera el monto que determina el artículo 338 del C. G. del P., esto es, es inferior a mil salarios mínimos mensuales legales mensuales vigentes, haciendo ver que por tratarse de un litisconsorcio facultativo, “el interés para recurrir al medio extraordinario es propio y particular de cada litigante”, ... “sin que sea posible adicionar la afectación que ese proveído ocasione a los demás integrantes de la parte, pues la ley no previó ese beneficio”.

CONSIDERACIONES DEL RECURSO

1. Respetuosamente disentimos del juzgador, en este caso, y por ello imploramos por este medio que se revise su decisión, bien directamente por quien la ha proferido, ora a través del superior funcional, como lo permite la ley adjetiva.

2. Si bien es cierto que se cita jurisprudencia de la máxima Corporación en la Jurisdicción Ordinaria Civil, no es menos que son dos los reparos contra la providencia, primero en cuanto se entiende que la acumulación de las pretensiones constituye un litisconsorcio facultativo y, segundo, cuando se desestima la unidad procesal y material que ha existido en la relación jurídico procesal que nos ocupa, y que debe ser la que imponga al juzgador el justiprecio que determine la viabilidad del recurso.

3. En cuanto a lo primero, esto es, la naturaleza del litisconsorcio, vemos que el artículo 61 del C. G. del P. prevé

“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.



ABOGADOS

Tel. (517) 3426942
Cel. (+57) 3173836493
Calle 18 No. 6-56 Of. 701 Bogotá- Colombia
prdiaz@prdiazabogados.com

“En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

“Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

“Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

“Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio”.

4. En el caso que ocupa ahora nuestra atención, todos los herederos de JOSÉ ARTURO DÍAZ ENCISO (q.e.p.d) y MARÍA CLOVIS SEPÚLVEDA DE DÍAZ (q.e.p.d), debían comparecer al proceso, bien como demandantes, o bien como demandados, para poder decidir el asunto de manera uniforme, so pena que el juez desestimara la actuación, ordenando la adecuación del trámite, o bien decretando una nulidad.

5. Es decir, en este proceso, existe la obligación de integrar el contradictorio por activa o por pasiva, de manera que no era facultativo para los demandantes acudir individualmente en procesos separados, sin además sacrificar, de manera grave, principios fundamentales del ordenamiento civil adjetivo, como los de prevalencia del derecho sustancial, economía procesal, acumulación de pretensiones conexas para evitar fallos contradictorios, etc.

6. Recordemos que en este caso se trata de un mismo inmueble, sobre el cual ejercen posesión, pública, quieta y pacífica, dos familias unidas a un tronco común, que es el titular inscrito del derecho de dominio, y contra quien, su cónyuge y herederos, debía adelantarse una sola acción, pues no tendría mayor utilidad ni razón intentar acciones separadas, pues se trata de “relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos”, máxime, si consideramos la necesaria reciprocidad de demandantes y demandados.



ABOGADOS

Tel. (517) 3426942
Cel. (+57) 3173836493
Calle 18 No. 6-56 Of. 701 Bogotá- Colombia
prdiaz@prdiazabogados.com

7. Por lo mismo, mal hace el H. Magistrado Ponente, al separar las pretensiones, pues “*los une un vínculo tal que la resolución para todos ellos es uniforme*”, de suerte que el agravio que sufre la parte actora se predica del inmueble en su totalidad, cuyo avalúo (\$944.400.000), que data de abril de 2018, supera con creces el interés patrimonial que fija la ley procesal para recurrir en casación.

La parte actora debía concurrir en un único proceso, ya que no solo se trataba de un mismo inmueble, sino también por la relación jurídica procesal que imponía necesariamente a las partes la comparecencia de todos los herederos del titular inscrito, para que con la ayuda de varias pruebas comunes, con el mismo grupo de demandados, y evitando el concurso de distintos falladores que les arriesgaran a decisiones contradictorias, no afectara sin razón los intereses de todos los llamados a concurrir al proceso para hacer valer sus derechos. Finalmente, si no se conforma adecuadamente este litisconsorcio necesario, la sentencia que se profiera no podría ser oponible frente a quien no fue vinculado.

8. La misma jurisprudencia dictada por el H. Tribunal para desestimar la procedencia de la casación (Auto 11 de octubre de 2013 Exp 2013-01247 M.P. Dr. JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ) contempló en otro de sus apartes que “*...es que en este caso se está en presencia de un litis consorcio facultativo, en el cual el interés para recurrir lo constituye el agravio personal e individual que con el fallo haya padecido cada uno de los afectados, mas no frente a un litisconsorcio necesario que en cambio si permitiría considerar la sumatoria de las pretensiones individuales como una cifra única total. Doctrina que ha sido constante sobre las diferencias que existen para cuantificar el interés para recurrir frente a los diferentes tipos de litisconsorcios (Autos del 6 de junio de 2013, exp. 110001-31-03-036-2009-00025-01; 15 de agosto de 2013, exp. 05001-31-03-005-2001-00178-01; 10 de julio de 2013, exp. 11001-0203-000-2013-00610-00; 20 de marzo de 2013, exp. 11001-0203-000- 2013-00067-00; 11 de febrero de 201, exp. 25286-31-03-001-2009-00240-01 y 20 de noviembre de 2012, exp. 76001-3103-012-2004-00197-01; entre otros)*” (las subrayas son nuestras).

9. Decisiones similares, en cuanto a la unidad de acción frente a los litisconsortes necesarios abunda en la jurisprudencia nacional, de manera que no cabe duda que en este caso, por ser esa la naturaleza que une las pretensiones de la parte actora, resulta mal denegado el recurso extraordinario de casación y, por ello, se formula este recurso, con la esperanza que se corrija este yerro de apreciación.

PRD

Tel. (517) 3426942
Cel. (+57) 3173836493
Calle 18 No. 6-56 Of. 701 Bogotá- Colombia
prdiaz@prdiazabogados.com

ABOGADOS

10. En la providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de fecha cinco (5) de abril de dos mil trece (2013), siendo Magistrado Ponente el Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez, por ejemplo, se consideró sobre el particular:

“El litisconsorcio necesario puede originarse en la ‘disposición legal’ o imponerlo directamente la ‘naturaleza’ de las ‘relaciones o actos jurídicos’, respecto de los cuales ‘verse’ el proceso (artículo 83 ejusdem), presentándose este último caso, cuando la relación de derecho sustancial objeto de la pretensión está conformada por un número plural de sujetos, activos o pasivos, ‘en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos’ (G.J. t. CXXXIV, pág. 170), o como la propia ley lo declara, ‘cuando la cuestión haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes...’ (artículo 51 Código de Procedimiento Civil)’ (...)”

De todo lo anterior se tiene que otra consideración debió hacerse frente a este asunto, pues si bien hay dos intereses en cabezas distintas, el juez no podía fallar el caso si no se integraba adecuadamente el litisconsorcio necesario, de manera que no se trata de uno facultativo, como se contempló al denegar el recurso extraordinario, y en ese sentido, respetuosamente, se solicita modificar la providencia objeto de esta censura, para que en su lugar se conceda, por ser procedente, el recurso extraordinario de casación a favor de la parte actora, afectada como un todo, con el fallo de segunda instancia.

Del Honorable Magistrado.



PEDRO RODOLFO DÍAZ ACERO

C.C. 79.154.771 de Usaquén

T.P. 50.503 del C.S. de la J.

PRD/

Señores
HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
M.P. Dr. IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA
E. S. D.

REF. **DEMANDANTES:** JORGE JACOME SAGRA Y OTRA
DEMANDADOS: ASISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL Y
OTROS
PROCESO: VERBAL No. 2016-383
ASUNTO: ART. 322 del C. G. del P.

GUSTAVO ADOLFO ROMERO TORRES, de las calidades civiles y judiciales reconocidas en este proceso, obrando en mi calidad de apoderado de la parte ACTORA dentro del asunto de la referencia, respetuosamente me dirijo a usted, me permito sustentar el RECURSO DE APELACION, de la sentencia proferida por el Juez 6° Civil del Circuito de Bogotá, Dr. REINALDO HUERTAS, en los siguientes términos:

I.- OPORTUNIDAD

Me encuentro dentro de la oportunidad legal para presentar este escrito, teniendo en cuenta que el auto se notificó por estado del día 2 de diciembre/20, por lo que el término pasados los tres (3) días de ejecutoria, vence el día 15 de diciembre hogaño, encontrándome dentro de la oportunidad legal respectiva.

II.- DE LA SUSTENTACION PROPIAMENTE DICHA

2.1.- FALTA DE LEGITIMACION POR PASIVA

- LO QUE AFIRMA EL JUEZ EN LA SENTENCIA

Se afirma en la sentencia que los señores EDGAR TORRES MARTINEZ Y ROMER SALAZAR no están legitimados por pasiva, toda vez que el único contratista fue la sociedad ASISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL S.A.S., representada legalmente por el primero de ellos, sin que existiera ningún otro documento u otro sí, donde constara que ellos eran los contratistas a título personal.

- NUESTRA POSICION

2.1.1. “ Toda legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda (...) por ser sujeto de la relación sustancial pretendida (...). Se deja así en claro que no se trata de titularidad

del derecho o la obligación sustancial, por que puede que éstos no existan, y que basta con que se pretenda su existencia.”¹

Para la época en que se suscribieron los contratos de prestación de servicios, no estaba vigente el art. 75 del C.G. del P., por expreso mandato del art. 627 de dicho ordenamiento adjetivo, por lo que poder no se podía conferir a la persona jurídica, para que actuara el profesional del derecho inscrito en el certificado de existencia y representación legal, con lo cual el poder lo puede conferir directamente la persona jurídica con vocación de apoderada. En este caso, es claro que el apoderamiento lo ejerce la persona jurídica y participa en el proceso representando al contratante-mandante, a través de unos abogados que gozan de tarjeta profesional.

Si se presentara este caso, y se celebrara el contrato de prestación de servicios, (el cual se rige para estas situaciones, por las normas del mandato art. 2144 del C.C.), queda claro que el obligado contractualmente es la empresa y no el abogado.

2.1.2. En el caso que nos ocupa, al no estar vigente la norma anterior, si bien se celebró el contrato de prestación de servicios con la demandada, esta DELEGÓ sin ninguna clase de oposición de el mandante, el cumplimiento de las obligaciones del contrato en cabeza de los demandados ROMER SALAZAR Y EDGAR TORRES, apoderados en los procesos judiciales que se adelantaban en las ciudades de Cúcuta y Bogotá, hecho que fue aceptado siempre por mis poderdantes, constituyéndose según lo dispuesto por el art. 2.163² del C.C., un nuevo mandato entre los contratantes y las personas naturales demandadas, con lo cual queda claro que existe legitimidad para ser parte pasiva en este proceso.

En tal sentido el profesor José Alejandro Bonivento afirma que *“La delegación consiste en el acto por medio del cual el mandatario encarga a otra persona de la ejecución parcial o total de la facultad de gestión recibida del mandante (...)”*³ *“En este caso el delegado es el nuevo mandatario del mandante, por lo tanto, al encomendarse o realizarse la delegación, el mandatario queda sin excepción o salvedades, libre de toda responsabilidad frente al mandante (...)”*⁴

Finalmente, y para mayor claridad, nuestra Corte Suprema de Justicia, en auto del 25 de octubre de 1.999, con la ponencia del entonces magistrado Manuel Ardila Velásquez, señaló: “... *Es potestativo del mandatario -salvo que se lo hayan prohibido- delegar el mandato; empero cuando la elección de la persona delegada es suya, lo hace bajo su responsabilidad y solo él ha de entenderse con el poderdante ...”*⁵

Por lo tanto Honorables Magistrados, es claro que sí existe la LEGITIMACION EN LA CAUSA, los demandados si tienen la relación

¹ Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I. Biblioteca Jurídica DIKE, decimotercera edición 1994, pág 279.

² Art. 2163 C.C. Cuando la delegación a determinada persona ha sido autorizada expresamente por el mandante, se constituye entre el mandante y el delegado un nuevo mandato, que sólo puede ser revocado por el mandante (...)

³ Bonivento Fernández, José Alejandro, Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. 18ª edición. Ediciones Librería El Profesional Ltda. Pág 639.

⁴ Obr. Cit. Pág 640

⁵ Torrado Helí Abelm, Código Civil, Comentado, concordado, jurisprudencia, Cuarta Edición, Librería de Ediciones El Profesional, Cuarta Edición pág. 831.

contractual por delegación con el demandante y por ende son sujetos de condena en este asunto.

2.- INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS.

Las pretensiones de la demanda nunca fueron encaminadas a establecer la resolución de un contrato de prestación de servicios por incumplimiento, sino que la revocatoria o terminación unilateral del contrato, aplicando las normas del mandato, fue con justa causa por parte de los demandantes y como consecuencia de ello, tienen derecho a que se les repare el daño debido a la conducta maliciosa de los demandados.

2.1.LO QUE AFIRMA EL JUEZ Y QUE ES BASE DEL RECURSO

El juez señaló que la parte demandada había actuado en forma diligente, (i) que era un hecho notorio la morosidad de la justicia e hizo alusión a la fiscalía donde se atendía la denuncia por la muerte de Juan Jorge Jácome, (ii) que los contratos no tenían términos para lograr su ejecución, (iii) que en tratándose del contrato para atender el caso del occiso JUAN JORGE JACOME, frente a las acciones disciplinarias y civiles se podían instaurar por parte de la demandada, hasta el día anterior a cumplirse los términos de prescripción (5 y 10 años), (iv) que en materia penal participó en unas reuniones con el fiscal, (v) que la terminación de los contratos se debió más a la conducta del señor Jorge Jácome Sagra que de los abogados TORRES MARTINEZ Y SALAZAR, en especial el primero de ellos, por cuanto no aceptaba que su mandante le quisiera imponer sus criterios sin ser abogado, (vi) que habían varios procesos archivados y que en los demás por lo menos presentó el memorial pidiendo copias, y conforme a las respuestas de las diversas fiscalías no podían actuar por estar en etapa de indagación, (vii) Que nunca en los contratos se delimitó el ámbito de los procesos en los que actuarían y solo después de celebrado apareció una lista no limitativa. (viii) Que TORRES MARTINEZ actuó en un proceso donde obtuvo sentencia de primera instancia y en una restitución de un bien inmueble. (ix) Que se violó el contrato por el Señor Jorge Jácome por cuanto no dio por terminado los contratos por escrito. (x) Que el demandado presentó siempre los informes verbales. (xi) Que los demandados atendieron un proceso de restitución.

- NUESTROS REPAROS

Nuestra disconformidad se centra en que la morosidad de la justicia a la que se refiere UN JUEZ DE LA REPUBLICA, no puede ser óbice para justificar el incumplimiento del deber profesional, por cuanto es inherente al ejercicio profesional de abogado, acordar con claridad los términos del mandato en lo concerniente al objeto, los costos, la contraprestación y forma de pago, atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, lo cual se extiende al control de los abogados suplentes y dependientes, así como a los miembros de la firma o asociación de abogados que represente al suscribir contrato de prestación de servicios, y a aquellos que contrate para el cumplimiento del mismo, Informar con veracidad a su cliente sobre las posibilidades de

la gestión, sin crear falsas expectativas, magnificar las dificultades ni asegurar un resultado favorable; No demorar la iniciación o prosecución de las gestiones encomendadas o dejar de hacer oportunamente las diligencias propias de la actuación profesional, descuidarlas o abandonarlas, omitir o retardar la rendición escrita de informes de la gestión en los términos pactados en el mandato o cuando le sean solicitados por el cliente, y en todo caso al concluir la gestión profesional.

Los postulados de la ley 1123 de 2007 son claros y pr endes inherentes al contrato de servicios profesionales, cuya delegación recayó en los demandados, veamos algunos:

“Art. 28 Son deberes profesionales del abogado:

10. Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, lo cual se extiende al control de los abogados suplentes y dependientes, así como a los miembros de la firma o asociación de abogados que represente al suscribir contrato de prestación de servicios, y a aquellos que contrate para el cumplimiento del mismo”.

Artículo 37. Constituyen faltas a la debida diligencia profesional:

“1. Demorar la iniciación o prosecución de las gestiones encomendadas o dejar de hacer oportunamente las diligencias propias de la actuación profesional, descuidarlas o abandonarlas”.

Todo lo anterior se traduce en el hecho que la demandada, no actuó conforme a estos deberes de diligencia, los contratos a pesar de habersele “OLVIDADO” a la testigo LEIDY SANTANA, fueron elaborados por el abogado TORRES MARTINEZ, y a pesar de no contener todas las clausulas que extraña el juez, el abogado dentro de su deber de diligencia y cuidado (art. 63 C.C.) no obró con celosa diligencia. No se valoró suficientemente que le pagaron \$10.000.000 para realizar un análisis contextualizado de la situación y conoció desde un principio el estado de los procesos ulteriormente enlistados, para llevar después la representación judicial a sabiendas de que si estaban en etapa de indagación su actuar era absolutamente básico y pese a ello, se demora mas de dos meses para pedir copias, con un resultado negativo previsible, pero percibiendo el honorario mensual sin sonrojo alguno.

Unicamente existían tres procesos archivados, y en solo uno de los procesos realmente hizo actuación judicial. En lo que respecta al objeto contractual en el caso de JUAN JORGE JACOME, de manera superficial dijo que la era notoria la lentitud de la justicia⁶, en esa fiscalía (que tal ah?), sin que realmente se soportara la razón de esa afirmación, y lo que más nos pareció escandaloso para sustentar la actitud diligente de los demandados, es que el abogado puede actuar hasta el día antes de que se cumpla la prescripción de las acciones, es decir, que a pesar de habersele pagado a los demandados \$90.000.000.00 por concepto de honorarios de manera anticipada, tenían patente de corzo para iniciar las acciones civiles hasta el año 2.023, y las disciplinarias hasta el 2.018.

Pasa por alto lo expuesto por la testigo LEYDI SANTANA, cuando afirma que no habían iniciado las acciones disciplinarias debido a que no habían recibido respuesta de la clínica, circunstancia que no se dio por la falta de idoneidad de los abogados, al aceptar que presentaron una solicitud

⁶ Si señores magistrados, tanto que el juez REINALDO HUERTAS, por vencimiento de términos en su proceso penal (hecho notorio), sigue por morosidad administrando justicia.

de carácter administrativo y no un derecho de petición conforme a la ley y a la Constitución, siendo el actuar de los demandados muy distante al ejercicio diligente y probo de la profesión y por ende violando entre otros, el art. 2155 del C.C.

Otra manifestación totalmente incontrastable, es darle valor a la afirmación de TORRES MARTINEZ cuando expresa que la terminación de los contratos se debió a que él no aceptaba los criterios que el señor Jorge Jácome quería imponerle, máxime que su cliente era un ingeniero y no un abogado. A esa tendenciosa afirmación, el Juez dio pleno valor probatorio basado en la respuesta a una pregunta que le hizo a LEYDI SANTANA, cuando **LE PIDE SU OPINION (ojo)** sobre cual habría podido ser la causa del rompimiento contractual y ella como “testigo de oídas” le responde y da su opinión, es decir le da valor probatorio a lo que no puede dársele.

Sin perjuicio de todo ello nos preguntamos ¿Si el abogado TORRES MARTINEZ estaba tan inconforme y perturbado por las posiciones del señor JORGE JACOME en los manejos y estrategias judiciales, porque no dio por terminado los contratos de prestación de servicios? Es clarísimo, porque en unos tenía un INGRESO MENSUAL nada despreciable y por el caso del fallecimiento de JUAN JORGE JACOME, ya había recibido \$90.000.000.00 que no estaba dispuesto a restituir.

En cuanto al proceso de restitución, el mismo no estaba enmarcado dentro de las labores pactadas en los contratos y simplemente su asistencia estaba limitada a determinar si existían o no conductas punibles. Sí como lo sostiene TORRES MARTINEZ, tendría derecho a una cuantiosa suma de dinero por honorarios, porque ¿nunca han reclamado su pago judicial o extrajudicialmente?

Por ende, lo que si existió fue una justa causa por parte de los demandantes para dar por terminado los contratos de prestación de servicios y si bien esa decisión no se plasmó en un documento formal, los demandados aceptaron la terminación de la relación contractual, tanto, que remitieron un informe escrito de su supuesta actuación diligente y nunca durante los siguientes siete (7) años reclamaron judicial o extrajudicialmente que la terminación hubiese sido contraria al contrato o a derecho.

Por lo tanto, H. Magistrados, es claro que a los demandados se les aplicó lo dispuesto por el art. 2189 No. 3 del C.C., en cuanto que el mandante REVOCÓ el mandato a su arbitrio (art. 2191 C.C) y con justa causa, base de la pretensión que ahora se desconoce por el juez a quo. Además, precisamente lo que se le pide al juez es que reconozca la JUSTA CAUSA, es decir que no hubo abuso del derecho por parte del mandante, tal y como se viene reiterando por jurisprudencia colombiana desde 1955,⁷ y la doctrina nacional⁸, desatendiendo lo pedido al señalar que estábamos el camino de la resolución del contrato por incumplimiento. NO SE PUEDE RESOLVER, LO QUE YA SEA HABÍA EXTINGUIDO.

Finalmente debemos destacar, que la Fiscalía a los derechos de petición elevados por la parte actora, ha ido reiterando la deficiente actuación

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación civil, Julio 6 de 1955, Mag. Ponente. Dr. Manuel Barrera Parra. Gaceta Judicial No. 2155, pág 646 y ss.

⁸ Bonivento Fernández, José Alejandro, Obr. Cit. Pág 645. “ Si el mandante revoca el mandato, sin motivo justificado, deberá igualmente al mandatario, la remuneración pactada o la usual, a falta de convenio expreso, sea cual fuere el resultado de la gestión”.

procesal de los demandados, hecho que tampoco fue valorado y por el contrario consideramos que fue descontextualizado por el juzgador, veamos:

Respecto del contrato inicial, es menester tener presente que a partir del día 18 de julio de 2.013 se dio inicio formal a la relación contractual entre las partes para la atención de los procesos relacionados en el hecho 9 de la demanda.

De la prueba documental allegada al expediente, se puede verificar que tan solo hasta el día 2 de septiembre del año 2013, el abogado TORRES MARTINEZ, comienza a pedir copia de simple de toda la actuación, la cual le es negada en la mayoría de los casos, pero le advierten que en su calidad de representante de víctimas tienes acceso al expediente a solicitar elementos probatorios, advirtiéndole en algunos casos que el asunto se encontraba en etapa de indagación y estaba al despacho para la decisión pertinente.

Estos casos se suscitaron por ejemplo los asuntos con radicados 2011-01657, 2010-0259, 2011-02260, 2011-0022, 2012-0378, 2011-5355, 2013-2684 (remitido a Dora Muñoz el 12 de agosto/13), 2011-02260, 2009-05429, otros fueron archivados, como el radicado No. 2009-05429 el día 11 de septiembre de 2.013, el 2010-5299 y otros como el mismo lo confiesa fueron archivados con anterioridad, como el 2010-3334, el 100796 y el 2012-878, es decir, de aproximadamente 25 procesos penales, que supuestamente había revisado y cobrado \$10.000.000, no había advertido previamente la situación en que se encontraban, y vino realmente a saberlo en el mes de septiembre, cuando presentó el día 2, los poderes que previamente le había corregido la Ing MUÑOZ, solicitando copias de las actuaciones.

Es decir, que como profesional del derecho, obró de manera reprochable, se comprometió a atender y a cobrar honorarios por una serie de asuntos en los cuales no podía actuar como abogado como consta en las respuestas a los radicados 2011-01657, 2010-0259, 2011-02260, 2011-0022, 2012-0378, 2011-5355, 2013-2684 (remitido a Dora Muñoz el 12 de agosto/13), 2011-02260, 2009-05429, 2011-966, 2011-1647, 161948, 166049, 2010-572, 2012-592, otros que ya estaban archivados de tiempo atrás, como el 2010-3334, el 100796 y el 2012-878, y de otros en los cuales ni siquiera presentó el poder como el 2013-2684, 2012-878, 2012-6220 y el 2012-0297, para un gran total de 22 de asuntos penales, sobre los cuales percibía ingresos, se incurría en gastos de viaje, se le pagaba el desplazamiento y alojamiento de todos sus "ACOMPANANTES" y realmente no había ninguna clase de actividad.

- **Respecto de los contratos para el caso de JUAN JORGE JACOME**

Miremos como, ninguno de estos dos contratos se cumplió a pesar de las excusas que esgrimió el abogado TORRES en la diligencia de interrogatorio de parte. Simplemente su labor profesional se centró en cobrar como anticipo de honorarios la suma de \$90.000.000 y como lo confiesa en los folios 151 a 153 del expediente, simplemente a un par de reuniones con los clientes, a referenciarles al Dr MAXIMO DUQUE y a tratar de efectuar un par de reuniones con el fiscal del caso.

Sin embargo, nunca presentó el poder de algunas de las víctimas, tampoco presentó las quejas o denuncias ante el Tribunal de ética médica contra el personal médico y paramédico, ante la Superintendencia de Salud, y tampoco dio inicio al proceso civil en contra de Colsanitas Salud Prepagada y Clínica Reina Sofía.

Señora juez, quiero además de todo lo anterior destacar la afirmación del abogado TORRES como persona natural y como representante legal de la firma demandada, que realiza a través de su apoderado judicial y que consta a folio 154 del expediente que al tenor reza:

“Se tiene entonces que mi mandante ha dado cabal cumplimiento a los dos contratos de prestación de servicios, el 99% de los expedientes asignados se encontraban en etapa de indagación y en tal etapa el apoderado de víctimas no tiene mayor gestión que hacer, tal y como se evidenció, las respectivas fiscalías le negaban las copias, es claro que a partir de la formulación de acusación es que realmente las víctimas tienen acceso al proceso, por lo que mi mandante no puede ser obligado a lo imposible, el gestionó durante los 8 meses de ejecución del contrato lo que realmente podía hacer, y se tiene que en tan solo un proceso se encontraba en la etapa del juicio, audiencias que fueron debidamente atendidas”

Señora Juez, nadie puede alegar su propia culpa o torpeza en su propio beneficio, y mucho menos un profesional del derecho, que en su especialidad como litigante en el campo del derecho penal, conoce y sabe hasta la saciedad como es el decurso de un proceso y cual es el alcance del servicio profesional que puede prestar, sea que lo contraten a través de una persona jurídica o como persona natural, finalmente en los casos de TORRES Y SALAZAR, se contrataron por sus calidades y cualidades profesionales, mas que por la relevancia en el mercado pudiera tener la firma ASISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL.

Y esa probidad es la que supuestamente demostraron cuando inicialmente cobraron \$10.000.000 por efectuar un ANALISIS CONTEXTUADO de la situación procesal, lo cual como se evidencia FUE DESCONTEXTUADO, por que como tal y lo confiesan solo a partir de las respuestas a sus peticiones de copias el dos (2) de septiembre de 2.013, es que se dieron cuenta que el 99% de los expedientes se encontraban en etapa de indagación, por lo que entonces nos preguntamos ¿Cuál FUE SU LABOR PREVIA? ¿Qué informaron a los clientes después de ese primer análisis? ¿Por qué cobran una mensualidad para atender apenas el 1% de lo contratado? ¿será que de ellos mismos se obligaron a lo imposible?

Como podemos concluir, la deslealtad profesional es a todas luces visible, mis poderdantes tenían toda la razón en dar por terminado en contrato en forma unilateral, LA confianza se perdió, el acto de terminación no fue abusivo y por el contrario fue totalmente justificado, lo cual redundo en que las pretensiones deban ser despachadas favorablemente

3.- EN CUANTO A LA REPARACION DEL DAÑO

-LO QUE AFIRMA EL JUEZ Y ES BASE DEL RECURSO

El Juez afirma que no se dan los presupuestos para la reparación del daño alegado y que los rublos reclamados no son indemnizables, en el caso de los \$90.000.000 corresponden a una restitución del precio más no a la tasación de un perjuicio, que los costos en que se incurrió como pago de pasajes y alojamiento eran propios de una carga pactada en el contrato para su ejecución y que los honorarios del nuevo abogado fueron producto de una decisión voluntaria. Hace una alegoría de las obligaciones de medio y de resultado, para distinguir sobre el acaecimiento o no de la obligación de indemnizar.

-NUESTROS REPAROS

En cuanto al hecho generador como lo llama el Juez, este si se dio, ha quedado probado en el expediente, a pesar que el contrato duró desde el 18 de Julio/13 hasta el mes de febrero de 2014, a los dos meses, es decir, en septiembre 2 de 2.013 a penas solicitaron copias en los procesos que previamente habían contextualizado y sabían como profesionales del derecho penal, que se encontraban en indagación y no podía tener acceso a los expedientes (mala fe), que habian solo tres (3) procesos archivados y en uno solo de los procesos actuó TORRES MARTINEZ, pero pese a todo ello, devengaban la totalidad de la mensualidad pactada con los demandantes y en cuanto al proceso de JUAN JORGE JACOME, simplemente asistió a un par de reuniones con el fiscal durante los 7 meses relación contractual, presentó una solicitud de información ante la Clínica Reina Sofía sin cumplir con los requisitos del derecho de petición, hecho que causó la falta de pronunciamiento de dicho ente y por ende la imposibilidad de accionar en tutela, y a pesar de haber recibido \$90.000.000 de honorarios, ni siquiera fueron diligentes para dar inicio al proceso civil descrito en el contrato. Esto muy a pesar de la nefasta afirmación del Juez de que tenían 10 años para iniciar el proceso civil y el tiempo de prescripción de la acción disciplinaria, con este criterio tan impropio es fácil violar el derecho constitucional del acceso a la justicia. ¿Qué justicia puede impartir un juez bajo esos criterios?

En cuanto al monto de la indemnización, recordemos que existe la estimación jurada de la cuantía, la cual fue MAL OBJETADA y así el juez lo reconoció en la sentencia, por ende el juez se contradice en su fallo al criticar los montos y su origen, cuando la ley es clara (art. 206 del C.G. del P.) cuando señala que la cuantía estimada bajo juramento hará prueba de su monto, mientras no sea objetada, circunstancia evidente en este plenario, toda vez que lo alegado por la contraparte no le alcanzó para ser atendida como objeción.

Finalmente la contratación de un nuevo abogado, no fue por la liberalidad de los demandantes, sino como consecuencia de la terminación justificada de la relación contractual, la cual de no haberse sucedido, la contratación del nuevo profesional del derecho no se habría dado, por la potísima razón que los demandados hubiesen seguido con la representación judicial de los demandantes ante los diversos estrados judiciales. Entonces no era por mera liberalidad como injustamente lo calificó el juez, sino por necesidad para que los asuntos fueran atendidos.

4.- EN CUANTO A LA TACHA DE SOSPECHA

- **LO QUE AFIRMA EL JUEZ Y ES BASE DEL RECURSO**

Afirma el Juez que no procede la tacha de sospecha de los testigos LEIDY SANTANA Y JAIRO RODRIGUEZ por que son totalmente creibles y concordantes con las demás pruebas aportadas al proceso.

- **NUESTROS REPAROS**

Como quedó probado en el expediente, JAIRO RODRIGUEZ sigue trabajando para los demandados y su testimonio siempre estuvo enmarcado para favorecerlos, en una clara demostración de su parcialidad. Lo mismo ocurrió con LEIDY SANTANA, quien a pesar de no trabajar hoy en día con los demandados, sigue manteniendo lazos de amistad, se acordaba de lo que le convenía para el proceso, pero en lo que no, manifestaba que no recordaba, es decir, que para lo sucedido entre el año 2013 y principios del 2014, si era favorable a los demandados mantenía un mente lúcida pero si no lo era, tenía lagunas mentales. ¿Qué raro?

El art. 211 del C.G. del P. es claro que estos dos testigos no son y no fueron imparciales a la hora de rendir su testimonio, por lo que su valoración fue totalmente ajena a la realidad procesal.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C- 790 de 2006 para el evento en que los testigos sean sospechosos por encontrarse en situaciones que afecten su credibilidad o imparcialidad, en tal situación la declaración si puede recibirse pero debe apreciarse con mayor severidad. Eso se señaló en la referida jurisprudencia:

*"En cuanto al artículo 217 del C.P.C., éste lo que hace es definir como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador; ello por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, **...la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha, lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil.***

No obstante lo anotado, cuando una controversia entre particulares debe ser dirimida por el juez competente, éste deberá definirla, como antes se dijo, a partir del análisis que realice del acervo probatorio, el cual está en la obligación de estudiar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica confrontarlas, permitir que las partes las contradigan y si es del caso las desvirtúen, y ponderarlas en conjunto, a la luz de su saber técnico específico y su experiencia"

Con base en lo anterior, es claro que la sospecha se revela aún más, cuando se contrasta estas declaraciones con la prueba documental que obra en el expediente, donde se le requería especialmente al abogado

TORRES el cumplimiento de sus deberes, la atención del proceso de Juan Jorge Jácome, el impulso de los procesos, etc., todo lo cual pretendió desviar la atención al apoyarse el demandado en estos testigos.

Por eso consideramos H. Magistrados, que el juez no hizo gala de la sana crítica, no contrastó estos testimonios con las demás pruebas para poder igualmente concluir que son sospechosos y no pueden ser valorados como soporte de las excepciones de fondo incoadas en este asunto.

5.- NEGATIVA A PRACTICAR UNA PRUEBA LEGALMENTE DECRETADA

- LO QUE AFIRMA EL JUEZ Y BASE DEL RECURSO

El Juez desestimó practicar la prueba de los señores JAIRO ORTIZ LEON Y YAJAIRA ORDÓÑEZ, residentes en la ciudad de CUCUTA, por cuanto señaló que a penas con 8 días de antelación a la práctica de la audiencia se le entregaron los email para realizarla vía SKYPE y que como no consiguió la sala apropiada “ a pesar de sus ingentes esfuerzos”, no era dable proceder a su práctica.

- NUESTROS REPAROS

En ningún auto previo a la audiencia, el juez señaló un término judicial perentorio para que la parte solicitante de la prueba allegara los email de sus testigos y mucho menos advirtió que era causal de rechazo de la prueba no hacerlo dentro del mismo. Tampoco hay norma (art. 9° C.C. La ignorancia de la ley no es excusa”), que determine la antelación con la que se debe allegar la información al despacho judicial.

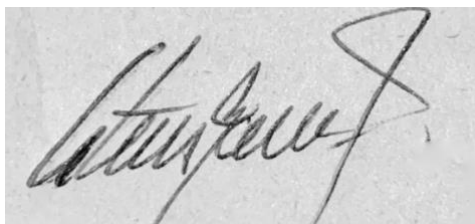
Con base en todo lo anterior, pero siendo prudentes, con 8 días de antelación advertimos al Juez sobre los email, tal y como quedó consignado por escrito en el respectivo memorial. Por ende, consideramos que el juez en forma ilegal dejó de practicar la prueba, ha debido previamente a la diligencia advertir que era imposible conseguir la sala de audiencias acondicionada para recibir dichos testimonios, para que como parte hubiesemos, por lo menos vislumbrado la posibilidad de traerlos a Bogotá, pese al alto costo de los pasajes y así que no se cercenara el derecho a interrogarlos, vioándose en nuestro sentir el derecho al debido proceso y el acceso a la justicia como principios constitucionales, amén de las normas legales.

En virtud de lo anterior, nos permitimos solicitar que en sede de la segunda instancia sean recepcionados, por cuanto reiteramos, fue legalmente decretada la prueba y no hubo negligencia de nuestra parte.

III.- PETICION

Con base en todo lo expuesto me permito solicitarle se sirva REVOCAR la sentencia impugnada, y en su defecto se acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Atentamente,

A black and white photograph of a handwritten signature in cursive script, appearing to read 'Gustavo Adolfo Romero Torres'.

GUSTAVO ADOLFO ROMERO TORRES

T.P. 45.264 del C.S. de la J.

**HONORABLE
MAGISTRADO IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
E.S.D.**

**REF. PROCESO 2017 – 544
DTE: SONIA JOHANNA ORTEGA CHAVES
DDA. ROSALABA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ Y OTROS**

NELLY MILENA ALVAREZ CUELLAR, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderada judicial de la parte demandante, estando dentro del término legal me permito presentar la sustentación del **RECURSO DE APELACIÓN** a la sentencia de fecha 15 de Octubre del 2020, con los siguientes argumentos:

PRIMERO: A LA FALTA DE DEMOSTRAR QUE LAS DEMANDADAS TENIAN EL BIEN INMUEBLE EN CALIDAD DE TENEDORAS.

La parte demandante apporto los siguientes documentales para dar fuerza probatoria a todos y a cada uno de los hechos y así se despachara favorablemente mis pretensiones:

1. Aportamos el certificado de tradición y libertad de la inmueble ubicado en la calle 44 No. 7 – 76, con el único fin de demostrar que mi mandante es la propietaria del inmueble y no hay sentencia que la hubiera revocado la propiedad.
2. Copia de la escritura de compra y venta del inmueble, inmueble ubicado en la calle 44 No. 7 – 76, para demostrar el modo de adquisición del bien inmueble.
3. Copia del contrato de arrendamiento de la casa de fecha 25 de octubre del 2008, el cual finiquito en el año 2014, con el fin de demostrar que las personas que se encontraban dentro del inmueble eran arrendatarias, mas no poseedoras, puesto que mediaba un contrato de arrendamiento.
4. y con la copia de la sentencia del Juzgado 11 de Descongestión de Bogotá, demostramos que hubo un pronunciamiento sobre la terminación del contrato de arrendamiento entre el señor **JUAN PABLO ORTEGA** y la señora **SONIA JOHANNA ORTEGA**; para que allí viviera la señora madre de este, es decir la señora MARIA LUCIA ACOSTA.

Logramos demostrar que la señora **SONIA JOHANNA ORTEGA**, es la propietaria del inmueble desde el año de 1999 y ha realizado actos de señor y dueño sobre el inmueble, casa ubicada en la calle 44 No. 7 – 76, esta ha tenido que responder por servicios públicos, impuestos, multas, quejas y demás actos; el documento idóneo para demostrar la titularidad del bien inmuebles es el certificado de tradición y libertad y este se puede evidenciar que mi poderdante sigue siendo la titular del bien.

Si bien es claro, la suscrita en su escrito de la demanda y en las pruebas aportadas logra demostrar que las aquí demandadas las señoras **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ** y la señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, tiene el inmueble en calidad de tenedoras, pues tienen el uso y el goce, mas no cuentan con la disposición ya que en vida de la señora MARIA LUCIA ACOSTA, esta se encontraba dentro el inmueble bajo el título de Arrendataria, ya que el hijo el señor JUAN PABLO firmo contrato desde el año 2008, para que allí viviera su señora progenitora, por ende estas dos personas también se encontraban dentro del inmueble bajo la misma condición "ARRENDATARIAS".

Dentro de este proceso **confiesa** en el interrogatorio rendido ante el despacho la demandada la señora **Yolanda** que tiene conocimiento de dicha querrela y argumenta que dicho contrato es fraudulento, **con el folio 46** que reposa dentro del expediente; adicionalmente en los renglones 4, 5, 6, 7 8 y 9 el cual es un acta de la inspección de policía segunda de Chapinero, dentro de la querrela número 6299 del 2014, asunto perturbación por ocupación de hecho y así se evidencia la señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, realizo bajo la gravedad del juramento y confiesa que los señora SONIA JOHANNA ORTEGA, y el señor JUAN PABLO ORTEGA, llegaron junto con el doctor Camilo Andrés Peña, Dos (2) policías del CAI de la 60 y la orden de un juzgado 11 de Descongestión de Bogotá, ingresaron al inmueble casa de la Calle 44 No 7- 76, cuando ella trato de ingresar a la casa, la policía la saco de la casa, ya que ella no tenía ni vínculo familiar, no tenía relación alguna con el inmueble, demostramos que la casa sí estuvo bajo el poder y cuidado de la propietaria del inmueble, si no que la señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, violentamente ingreso a la casa, rompiendo las chapas de la puerta principal, en compañía del cerrajero del barrio; después que todos se retiraron del inmueble, aprovechando la salida de la propietaria mientras ella traía más cosas para reforzar la seguridad de su inmueble.

Con lo anterior demostramos que las Dos (2) demandadas tenían el pleno conocimiento que la propietaria del inmueble, tenía la posesión del inmueble casa Calle 44 No. 7 – 76, después de un proceso de restitución, a pesar que la autoridad - Policía del CAI de la 60, ya las habían sacado de la casa, advirtiendo que ellas no eran parte del núcleo familiar, ni tenían porque estar allí, las señoras **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS y ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ**, ingresaron al inmueble por medios violentos - rompió las chapas de la puerta principal del inmueble e ingresaron en horas de la noche.

Hasta este punto hay que destacar que el Juzgado 11 de Descongestión de Bogotá, emitió el despacho comisorio numero 14 -0108 de fecha 2 de mayo del 2014, es decir, la propietaria la señora **SONIA JOHANNA ORTEGA CHAVES**, ingreso a la casa con acompañamiento de la policía Nacional, como bien fue confesado por una de las demandadas, por ende mi mandante haciendo actos de señor y dueño, cambio las chapas e ingreso a su inmueble por orden judicial.

Ahora bien, con el interrogatorio los cuales fueron rendidos bajo la gravedad del juramento por la señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS, confiesa:**

1. Que estas entraron al inmueble por que la señora MARIA LUCIA ACOSTA DE PINZON, les permitió la entrada con la condición que la cuidara a ella y al señor MARIO EDUARDO o MAYITO, el cual era una persona especial.
2. Que ingresaron bajo una condición, la cual era "esclarecer las cosas que estaban pasando allí" colocar denuncias.

3. Confiesa que la dueña de la casa es la señora MARIA LUCIA ACOSTA DE PINZON y nunca ella vendió su casa y así es confesado en la 1 Hora 23 minutos 22 segundos, del interrogatorio de fecha 6 de Octubre del 2020.
4. Confiesa que la titular del inmueble es la señora **SONIA JOHANNA ORTEGA CHAVES, en el minuto 1 hora 23 minutos y 43 segundos.**
5. Confiesa que la señora **MARIA LUCIA ACOSTA**, le entrego la pertenencia, como se puede evidenciar en 1 hora Veinticuatro minutos 43 segundos, del interrogatorio.

También hay que tener en cuenta que las Cinco (5) veces, que la señora Juez Ad-Quo le pregunto cómo había ingresado al inmueble a la demandada esta cambio su versión: **1.** Que había ingresado en el 1986, **2.** después que había ingresado en el 2001 inicios del 2002, **3.** que era amigas, que por eso había ingresado a la casa **4.** Que Lucia la había dejado en la casa viviendo y por ultimo **5.** Por que lucía le había entregado la pertenencia a la hija Rosalba, es decir, nunca pudo explicar cómo había ingresado al inmueble ni en qué calidad estaba allí viviendo, esta demandada.

Las versiones antes rendidas por la señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, son falacias, ya que de mostramos que estas Vivian en el inmueble mediante un contrato de arrendamiento el cual también cobijaba a la señora MARIA LUCIA ACOSTA, dicho contrato de arrendamiento se dio por terminado mediante un proceso de restitución por falta de pago de los cánones de arrendamiento.

Cabe advertir que la señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, reconoció bajo la gravedad del juramento que la titular del inmueble era la aquí demandante la señora **SONIA JOHANNA ORTEGA CHAVES**, es decir, reconoce dueño ajeno, esto ocurre en la 1 hora 23 minutos de la audiencia celebrada el día 6 de Octubre del 2020.

Se puede concluir de la versión rendida por la señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, que estas se encontraban dentro del inmueble en calidad de arrendatarias ya que a ellas también las cubría el contrato de arrendamiento el cual fue celebrado el día 25 de Octubre del 2008, por estar viviendo dentro del inmueble y que posteriormente – horas de la noche, ingresaron al inmueble perturbando la posesión de mi poderdante.

Ahora bien la señora **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ, confeso:**

1. Que la casa se las dejaron, porque no querían dejarle la casa a Juan Pablo ortega ni a SONIA JOHANNA ORTEGA CHAVES.
2. Que quien le abrió las puertas de la casa fue la señora MARIA LUCIA ACOSTA.
3. Vivian en la casa como contraprestación, ya que ellas la cuidaban y la apoyaban a la señora MARIA LUCIA ACOSTA.
4. Manifiesta que ella no ingreso en calidad de poseedora, pues hay vivía María Lucia Acosta, en la casa.

Lo que podemos concluir es que ellas tampoco se reconocen como poseedoras del inmueble casa ubicada en la Calle 44 No. 7 - 76, pues reconocen dueño ajeno, primero a la señora **MARIA LUCIA ACOSTA DE PINZON**, la cual fue propietaria del inmueble y quien las dejó habitar dentro del inmueble a las dos demandadas, posteriormente reconocen a la demandante a la señora **SONIA JOHANNA ORTEGA CHAVES**, como propietaria del mismo inmueble, es decir, reconocen dueño ajeno y que existe personas con mejor derecho a ellas; no cuentan con el animus, el cual es requerido, es por eso que son unas simple tenedoras del inmueble, pues reconocen cuales son las últimas Dos propietarias del inmueble.

También reconocen que como cuidadora de la señora María Lucia, también las mismas condiciones en que habitaban dentro del inmueble, también estaban bajo el contrato de arrendamiento, el cual era vigente desde el año 2008 hasta el año 2014, que ahora las aquí demandadas alegan que la señora María Lucia Acosta, nunca vendió la casa pero nos basamos en el certificado de tradición y libertad, la realidad jurídica del inmueble es otro.

La señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, dice que le dejaron la posesión a la hija, pero no aporta documento alguno, ni testigo alguno que así lo acredite, ahora bien hay una serie de inconsistencias ya que las aquí demandadas estaban bajo condición de cuidar **MARIA LUCIA ACOSTA** y a **MARIO EDUARDO**, porque, la señora MARIA LUCIA, no le dejó la casa a su otro hijo el señor **MARIO EDUARDO**? Si vivía con este, es bastante sospechosa las versiones de estas dos personas y poco creíbles ya que va a preferir la señora MARIA LUCIA a un par de extrañas que a su propio hijo con el cual ella vivía.

Atendiendo lo anterior la parte demandante demuestra que si cumplió a cabalidad probatoriamente que las aquí demandadas las señoras **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ** y la señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, tiene en calidad de tenedoras el inmueble y así fue confesado por estas mismas, toda vez que reconocen que quien le abrió las puertas de la casa fue la Arrendataria, es decir, estas estaban bajo la misma condición de la principal.

No hay que pasar por alto que las ultimo pronunciamiento emitido por la Inspección de Policía de Chapinero 2 D, en su fallo de fecha 15 de Noviembre del 2020, las declararon como perturbadoras de la posesión a las señoras **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS** y a la señora **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ**, sobre el inmueble calle 44 No. 7 – 76 de Bogotá, el cual es propietaria mi mandante la señora **SONIA JOHANNA ORTEGA CHAVES**.

SEGUNDO: QUE LA PARTE DEMANDANTE NO DEMOSTRO EN QUE CALIDAD SE ENCONTRABAN DENTRO DEL INMUEBLE EN LOS TERMINOS DEL artículo 775 DEL CODIGO CIVIL.

Si bien es clara la señora Juez Ad-Quo, solo admite los cinco casos que menciona el código civil en su artículo 775, el cual reza “Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario*, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece. **Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno**”.(subrayado y negrilla propia)

Es decir, no valoro en debida forma, cuando a las aquí demandadas las señoras **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ** y la señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, reconocen como propietarias del inmueble primero a la señora **MARIA LUCIA ACOSTA DE PINZON**, persona la cual les abre la puerta y posteriormente reconocen a **SONIA JOHANNA ORTEGA CHAVES**, en calidad de nieta y propietaria de la casa, es decir confesaron y reconocieron dueño ajeno del inmueble que hoy se pretende la restitución de la casa.

La Juez Ad-Quo, realiza una valoración errada de este artículo y dentro de su sentencia afirma que solo procede en los casos de El acreedor prendario*, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, pero no valora ni tiene en cuenta el segundo inciso del artículo 775 del Código Civil, el cual es el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno, no lo tuvo en cuenta, ni lo miro y el artículo es claro.

En el caso en concreto, y aplicando el artículo 775 del Código Civil "**Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno**", las señoras **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ** y la señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, han tenido el inmueble para el uso y el goce y así se reconoce por la propietaria, pero las demandadas no cuentan con el animus domini sobre el inmueble, pues como bien lo confesaron entraron al inmueble por invitación y posteriormente cuando restituyeron el inmueble por orden judicial, después de un par de horas ingresaron de manera violenta rompiendo chapas, pero sin embargo reconocen como propietaria a la señora **SONIA JOHANNA ORTEGA CHAVES**, en concordancia con el artículo 777 del Código Civil, el cual reza: " Mera tenencia y posesión. El simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión", en el caso concreto la estadia de las aquí demandadas, las señoras **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ** y la señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, en ningún momento se ha convertido en poseedoras como lo proclama la señora Juez Ad- Quo, realizando una errónea valoración y desconociendo los preceptos y las sentencias en las cuales se establece cuando existe una posesión y cuando es una mera tenencia como es en nuestro caso.

Es por eso Honorables Magistrados que solicitamos la valoración de la norma en su extensión este aspecto; ya que nunca fue valorado por la señora Juez Ad-Quo, el cual negó nuestras pretensiones, sin tener en cuenta las confesiones realizadas por las aquí demandadas y tampoco tuvo en cuenta la norma.

TERCERO: LA JUEZ LAS CONSIDERO A LAS DEMANDADAS COMO POSEEDORAS SIN HABERLO SOLICITADO NINGUNA DE LAS PARTES DENTRO DE LA PRESENTE LITIS, DANDO Y VALORANDO ALGO EXTRA PETIC. QUE SOLO SE PUEDE DAR EN EL DESARROLLO EN EL PROCESO LABORAL,

A este cargo es importante resaltar que jamás dentro de las pretensiones y dentro de los hechos, se solicitó a la señora Juez Ad-Quo, le reconociera o les diera la calidad de poseedoras a las aquí demandadas, las señoras **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ** y la señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, sobre el inmueble pues por el contrario los **Honorable Magistrados del Tribunal de Bogotá**, mediante sentencia de fecha 9 de Agosto del 2017, en la parte de

consideraciones les dan como una TENENCIA CLANDESTINA sobre el inmueble, pues estas señoras siempre se escondieron detrás de la señora **MARIA LUCIA ACOSTA**, y así fue ratificado por la Honorable **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA CIVIL**, la cual les negó el recurso de Casación cuando interpusieron la Pertenencia sobre el mismo inmueble, aquí debatido, por no demostrar la posesión que tanto alegan y si por el contrario la parte demandante logro demostrar las falacias en que estas incurrieron dentro del proceso y las cuales alegaron la supuesta posesión.

También hay que tener en cuenta el último pronunciamiento del Inspector de policía de Chapinero 2 D, el cual las dio como PERTURBADORAS de la posesión la cual tenía mi poderdante la señora **SONIA JOHANNA ORTEGA CHAVES**, en su inmueble, es que no se puede permitir que este tipo de personas las cuales tiene varias pertenencias activas y en todas dicen que viven dentro de los inmuebles, puedan apoderarse de los bienes adquiridos legalmente por las personas y mucho menos podemos permitir que estas señoras se apoderen de los inmuebles como está acostumbrada hacerlo.

Si, en aquella oportunidad cuando interpusieron demanda de pertenencia las demandadas, las señoras **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ y la señora YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, buscaban el reconocimiento como poseedoras y ninguna de las instancias se las otorgo, a pesar que pasaron por el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá, la sentencia del Tribunal de Bogotá y Casación la cual resolvió que no cumplía con ninguno de los requisitos; no entendemos como dentro de un proceso de restitución por otro tipo de tenencia, la señora Juez Ad- Quo, reconoce una posesión que jamás demostraron, adicional jamás fue solicitado por ninguna de las partes, ahora bien, no le dio el valor probatorio a las sentencias y su contenido, es decir, dio más de lo pedido por la parte demandada y por la parte demandante, reconoció un derecho el cual no ostenta las aquí demandadas las señoras **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ y la señora YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**.

Aquí la juez Ad- Quo, obrando como Juez de la Republica, actúa de manera arbitraria violando derechos a la propietaria del inmueble, pues le impone toda la carga probatoria a esta, incluso también el impone la carga de las demandadas y es probar el ingreso de las aquí demandas al inmueble, pero adicionalmente que nos impone una carga tampoco valoro las pruebas y mucho menos valoro las confesiones y documentos en lo cual demostramos de la manera que estas ingresaron al inmueble, el cual fue después de una restitución el mismo día, por que antes no lo habían podido realizar ya que en el inmueble estaba Juan Pablo ortega Chávez y la señora MARIA LUCIA ACOSTA DE PINZON, el cual alegan que era un maltratador sin demostrar dicha calidad.

Atendiendo la Sentencia T-751/04 menciona “ *De la coexistencia de los derechos del nudo propietario y el usufructuario, se infiere que la calidad de este último es incompatible con la de poseedor. La Ley establece que para que exista posesión, es necesario que haya tenencia de la cosa con ánimo de señor o dueño. En relación con ello, la doctrina ha señalado el animus domini como aquel que caracteriza la posesión y que consiste en la intención del poseedor de comportarse como dueño y amo del bien que ostenta. Por el contrario, la mera tenencia genera otra conducta, en la que la persona reconoce la existencia de un dueño distinto de él. Así pues, la institución del usufructo implica de manera intrínseca el reconocimiento de la propiedad ajena y descarta de plano el animus domini necesario para la posesión.*”
(Subrayado y negrilla propia)

Ahora bien, hay que aclarar que la señora **SONIA JOHANNA ORTEGA CHAVES**, tiene en su poder una parte de la casa, lo que está tratando de recuperar es la parte de la vivienda del inmueble, es decir esta no ha perdido el animus domini, sobre el inmueble pues aún se comporta como dueña del inmueble y ha venido ejerciendo todas las acciones necesarias para recuperar su inmueble.

Se debe advertir que la señoras **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ** y la señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, no se comportan como poseedoras sobre el inmueble, porque sencillamente saben y son conocedoras que se adeudan varios impuestos prediales y estas ni siquiera han querido pagar un solo impuesto, ya que alegan que ellas pagaron cuando estaba MARIA LUCIA Acosta en vida, y los recibos supuestamente se los robaron, lo cual es falso.

Es por lo anterior que las aquí demandadas no cuentan con el animus sobre el inmueble y tampoco son poseedoras, ya como se mencionó, al juez les recoció una calidad jamás solicitada por ninguna de las partes, extralimitándose en el petitum de la demanda y eso solo puede suceder en materia laboral no en civil.

Adicionalmente se debe recalcar que las demandadas **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ** y la señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, no lograron demostrar desde que momento dejaron de ser tenedoras para pasar a ser poseedoras, tampoco lograron demostrar los actos de poseedoras sobre el bien inmueble, cuando en la página siglo XXI se puede evidenciar los diferentes inmuebles que ellas están solicitando pertenencias.

Honorables magistrados este cargo es llamado a proceder por los argumentos antes mencionados y por ende la apelación debe ser a favor de la parte demandante.

CUARTO: FALTA DE VALORACIÓN A LOS INTERROGATORIOS DE LAS SEÑORAS ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ Y YOLANDA VELASQUEZ VARGAS Y LAS PRUEBAS APORTADA DENTRO DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Acerca de este cargo, se desprende Dos (2) situaciones y son la falta de valoración e iniciaremos por la:

- ✓ **FALTA DE VALORACIÓN A LOS INTERROGATORIOS DE LAS SEÑORAS ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ Y YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**

Lo entraremos a sustentar así; hay que advertir que la señora Juez Ad- Quo, no valoro en debida forma los interrogatorios los cuales fueron rendidos por las aquí demandadas, las señoras **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ** y la señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, cuando confesaron y aceptaron que el inmueble primero era de la señora **MARIA LUCIA ACOSTA DE PINZON** y posteriormente la casa paso a ser propietaria mi mandante que además es la nieta de MARIA LUCIA, la señora **SONIA JOHANNA ORTEGA CHAVES**, pero adicionalmente reconoce que el señor **JUAN PABLO ORTEGA** el hijo de la

señora María lucia Acosta, siempre frecuentaba la casa e ingresaba cuando él quería.

La señora **YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, menciona que le señor Juan Pablo Acosta, el cual es el hijo, siempre agredía a la señora MARIA LUCIA ACOSTA pero tampoco menciona que el señor **JUAN PABLO ORTEGA**, era el anterior propietario del inmueble y este también seguía frecuentando la casa e ingresaba a esta sin que nadie se lo prohibiera y así se puede demostrar con la Anotación número 5, por lo mismo también reconoce a otro de los anteriores dueños del inmueble, es decir, demostrada la cadena de titulares del inmueble y las señoras **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ y la señora YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, nunca pudieron explicar con claridad y precisión de la manera de como ingresaron al inmueble y en qué calidad estaban allí.

Resáltese como la Juez Ad-Quo, no valoro en debía forma los testimonios del único testigo el señor **FABIO PEÑA GARZON**, la cual la misma juez se dio cuenta que era amañando, que cuando la señora Juez Ad-Quo, le pregunto qué sabia de la demanda y de su contestación este confeso que nada, que a él lo habían llevado para que confesara que el día 6 de Junio del 2014, el señor Juan pablo “hijo Malo” pues así se refirió el testigo, ingreso a la casa y que en la misma casa vivía la señora MARIA LUCIA ACOSTA, cuando la señora Juez, le siguió preguntando este lo que hizo fue salirse de la diligencia y abandonar la sala, lo cual es un indicio grave en contra de las aquí demandadas y por ende se descartó al resto de los testigos, los cuales unos estaba en el mismo sitio que se encontraban las aquí demandadas.

Lo ocurrido dentro de la audiencia no se tuvo en cuenta en contra de las aquí demandadas, tampoco se tuvo en cuenta la solicitud realizada por el curador ad-liten el doctor Camargo Cartagena, cuando solicitó a la señora juez, se le compulsara copias a la fiscalía general por falso testimonio a lo que la señora Juez Ad- Quo hizo caso omiso.

Como se ha mencionado hasta el cansancio las señoras **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ y la señora YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, siempre reconocieron dueño ajeno del inmueble casa ubicada en la Calle 44 No 7 – 76 de esta ciudad, por lo mismo configurando la tenencia de esta en favor de las aquí demandadas.

✓ **A LA FALTA DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS APORTADA DENTRO DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Este cargo es importante aclarar que la parte demandante con el material probatorio aportado en la demanda y no valorado por la juez Ad- Quo, la parte demandante logra demostrar que la señora **SONIA JOHANNA ORTEGA CHAVES**, es la actual propietaria, se debe resaltar que las aquí demandadas nunca demostraron ni aportaron documento alguno para demostrar que nuestras hechos que fueron el sustento de la demanda, eran falsos, como lo manifestaron dentro de la audiencia, pero brillo por ausencia la controversia de las prueba aportadas.

Ahora bien la señoras **ROSALBA ISABEL NUÑEZ VELASQUEZ y la señora YOLANDA VELASQUEZ VARGAS**, las cuales actuaron mediante apoderada

judicial la Doctora **CAROLINA RAMIREZ OTALORA**, esta contesto demanda y manifestó que el título en el cual nos basamos y demostramos la titularidad del bien inmueble era totalmente simulado, pero no aportaron prueba alguna, ni lograron demostrar las afirmaciones de las demandadas dentro del proceso de la referencia, pues documento jamás fue aportado.

Cuando la señora Juez Ad-Quo, realiza el decreto de pruebas rechaza de plano las pruebas aportadas por la parte demandada; ya que las demandadas no aportaron documento alguno y tampoco pagaron las copias del documento de la fiscalía 158 Seccional dentro del proceso 661023, el cual alegaba como prueba y basaron la contestación de la demanda, por ende en la parte pasiva de la Litis no logro demostrar las excepciones de mérito propuestas por estas misma, ni logran demostrar con la contestación que nuestros hechos eran falsos.

Se debe resaltar que los documentos aportados dentro del presente proceso nunca fueron tachados de falsos por la parte demandada y por el contrario la parte activa de la litis probó todos y cada uno de los hechos mencionados en la demanda de restitución.

Atendiendo lo anterior, me permito realizar las siguientes,

SOLICITUDES:

PRIMERA: Que mediante sentencia se revoque la decisión de la Juez Ad-quo emitida mediante fallo del día 15 de Octubre del 2020.

SEGUNDA: Que es despache favorablemente las pretensiones de la parte activa de la Litis

TERCERO: Que mediante sentencia se ordene la entrega del inmueble y se comisione a la autoridad competente para realizar la diligencia de entrega del inmueble ubicado en la Calle 44 No. 7 – 76 de esta ciudad.

Del señor Magistrado,

Atentamente



NELLY MILENA ALVAREZ CUELLAR
C.C. 52.438.379 de Bogotá
T.P. 198.297 del C.S. de la J.